

La incidencia de la negociación colectiva en las relaciones laborales de la empresa

María Otero Ruiz de Alegría

Máster Universitario en Acceso a la Profesión
de Abogado



MÁSTERES
DE LA UAM
2021-2022

Facultad de Derecho

UAM Universidad Autónoma
de Madrid

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

TRABAJO FIN DE MASTER (TFM) 2021-2022

OPCIÓN A - CASO

**“La incidencia de la negociación colectiva en
las relaciones laborales de la empresa”**

Alumna: María Otero Ruiz de Alegría
Máster de Acceso a la Abogacía
2021-2022

ÍNDICE DEL CASO PRÁCTICO.

- I. Sobre el régimen convencional aplicable a las contratadas y subcontratadas.**
- II. Sobre la vigencia de los convenios colectivos.**
- III. Sobre el establecimiento convencional de una edad de jubilación obligatoria.**
- IV. Sobre la inaplicación del Convenio Colectivo y el concepto de SMI como tope al descuelgue salarial.**
- V. Sobre la posibilidad de establecer una forma de disfrute acumulado del permiso de lactancia mediante convenio colectivo.**
- VI. Sobre la posibilidad de establecer una retribución variable condicionada a no haber sido sancionado por la empresa durante el periodo de devengo.**

I. Sobre el régimen convencional aplicable a las contrata y subcontratas.

- **¿Qué marco laboral convencional colectivo es aplicable a los trabajadores de la Compañía que prestan sus servicios exclusivamente en las oficinas del cliente?**

Como se trata de una subcontratación que tiene por objeto la realización de proyectos relacionados con la propia actividad de la empresa principal, se aplica el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores¹. El apartado seis del citado artículo establece la regla general de que el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas será el del sector de la actividad desarrollada en el seno de la contrata, con independencia del objeto social o forma jurídica de la contratante.

No obstante, el citado precepto incluye dos excepciones a esta regla general². La primera de ellas se refiere a la aplicabilidad de “*otro convenio sectorial conforme a lo establecido en el Título III*”, es decir, a la existencia de un convenio colectivo del sector aplicable a la empresa contratista³. En el presente caso, esta primera excepción carece de virtualidad dado que la actividad desarrollada en el seno de la contrata es la misma que la actividad principal de la empresa contratista, lo que conlleva que el convenio sectorial de la contratista al que alude la excepción sea el mismo convenio sectorial que el de la actividad desarrollada.

En segundo lugar, la citada regla general encontraría otra excepción en el caso de que la empresa contratista contara con un convenio de empresa propio, que se aplicaría en los términos establecidos en el artículo 84⁴. Pero, ante la inexistencia de un convenio de empresa propio de la Compañía Pérez S.A, esta excepción tampoco sería aplicable a este supuesto.

Por tanto, presuponiendo que el objeto de la contrata es la prestación de servicios de consultoría, el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que prestan sus servicios en el seno de la misma sería el del citado sector, de acuerdo con la regla general prevista en el artículo 42.6 ET.

¹ No obstante, a falta de una interpretación judicial, existen autores que sostienen que la regla establecida en el artículo 42.6 ET es aplicable a todo tipo de contrata. NORES TORRES, L.E, “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre” En *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N° 3, 2022, pp.73-82, pp. 77-78.

² Además de aquella dispuesta en la disposición adicional vigesimoséptima del Estatuto de los Trabajadores para las contrata suscritas con los centros especiales de empleo.

³ NORES TORRES, L.E, “La reforma del...” *op.cit.* p.80. No obstante, otros autores entienden que esta excepción hace referencia a los acuerdos interprofesionales. MORALES ORTEGA, J.M., “Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/202” En *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico, 2022, pp. 223-257, p. 249.

⁴ Así, por un lado, en virtud de los principios de prioridad temporal y no concurrencia (Art. 84.1 ET), el convenio de empresa sería aplicable en la totalidad de sus cláusulas cuando su entrada en vigor precediera a la entrada en vigor del convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata. Por otro lado, en el caso de que su entrada en vigor fuere posterior, cabría también la posibilidad de que el convenio de empresa siguiera siendo aplicable en parte, dada la prioridad aplicativa de las materias enumeradas taxativamente en el artículo 84.2 ET.

- **¿Cuál ha sido la evolución de la legislación y de la jurisprudencia en esta materia?**

Con anterioridad a la introducción del apartado sexto del artículo 42 Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) mediante Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, el legislador no había intervenido directamente en la determinación del convenio colectivo aplicable a los supuestos de descentralización productiva.

Ahora bien, sí que han existido modificaciones legislativas que han tenido incidencia sobre esta materia. Entre ellas, se encuentra la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral para aquellos casos en los que las contratistas tuvieran convenio propio, así como, la regla establecida en el artículo 122.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que impuso la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales establecidas en el convenio sectorial de aplicación.

En ausencia de un precepto legal específico que determinara el convenio colectivo aplicable a la subcontratación, ha sido la interpretación jurisprudencial de las reglas generales de afectación y vigencia del Título III ET la que ha contribuido a clarificar esta materia⁵. De hecho, el contenido del artículo 42.6 ET no es sino la cristalización legislativa de la regla que venía aplicando el Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos, que fue adoptada tras el proceso evolutivo que se describe a continuación.

Los casos que mayor litigiosidad han suscitado han sido aquellos en los que la empresa contratista carecía de convenio de empresa propio, planteándose la cuestión de qué régimen convencional era aplicable en estos casos, si el convenio colectivo de la empresa principal o el convenio del sector de la contratista. Ante esta disyuntiva, el Tribunal Supremo se terminó decantando por la segunda de las opciones [STS 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018) y 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019)]⁶.

Ahora bien, la determinación del convenio de sector aplicable se presentaba asimismo problemática, más aun en aquellos casos en los que la empresa contratista operaba en más de un sector productivo, como es el caso de las empresas multiservicios. En un principio, el criterio del Tribunal Supremo, difería según la entidad de la empresa contratista. Así, hasta la reciente modificación de doctrina, la jurisprudencia establecía que, mientras que el convenio sectorial

⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Convenio Colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de las contrataciones y subcontratas.” en DE LA PUEBLA PINILLA, A., MERCADER UGUINA, J.R. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma laboral del 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 117- 149. p. 127.

⁶ Tal y como se afirma en la primera de las sentencias referidas, «*el silencio del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contrataciones o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal.*»

aplicable a las empresas multiservicio era el de la actividad preponderante de la empresa [por todas, STS 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014)⁷], en los casos en los que la contratista o subcontratista no fuera una empresa multiservicios, era de aplicación el convenio colectivo de la actividad efectivamente desempeñada por los trabajadores para la empresa principal [STS 22 de febrero 2019 (rec. 237/2017) y STS 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018)].

Es a partir de pronunciamientos como los del 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019) cuando el Tribunal Supremo rectifica la disparidad de criterios mantenida anteriormente y establece que “*ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio [...], las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios [...] se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto*” Ello aunque no se trate de la actividad principal de la empresa multiservicio y se tenga que aplicar en la misma empresa una pluralidad de convenios colectivos sectoriales.

Este criterio terminó consolidándose con la SSTS del 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019) y 11 de noviembre de 2021 (rec. 3330/2019), teniendo ahora su reflejo en la legislación vigente.

II. Sobre la vigencia de los convenios colectivos.

• ¿Cuál será la normativa aplicable a la Compañía en los años 2021 y 2022?

El artículo 86.1 del ET remite a la libertad de las partes negociadoras para fijar la duración del convenio colectivo, siendo esta materia uno de los contenidos mínimos que ha de contener la norma convencional estatutaria de acuerdo con el artículo 85.3 b) del ET. En la misma línea, el apartado segundo del artículo 86.2 ET establece la prevalencia de lo acordado por las partes en lo que respecta a la vigencia del convenio transcurrida su duración inicial, ya que prevé una regla de prórroga automática anual que puede ser modificada mediante “*pacto en contrario*”.

Todo ello indica que el régimen jurídico aplicable tras el transcurso de la vigencia pactada del convenio se determina con carácter preferente en la propia norma convencional. En el presente caso, el segundo párrafo de la cláusula referente a la vigencia del convenio reproduce el régimen legal disponiendo que, «*En caso de no mediar denuncia se entenderá prorrogado, en idénticas condiciones, por períodos anuales.*» Por consiguiente, a pesar de que la vigencia pactada en el momento de la negociación del convenio terminó el 31 de diciembre de 2020, dado que el convenio

⁷ Pero también: STS 10 de julio de 2000 (rec. 4315/99); 29 de enero de 2002 (rec. 1068/01); 31 de octubre de 2003 (rec. 17/2002) y 31 de enero de 2008 (rec. 2604/2007).

no fue denunciado por ninguna de las partes durante los seis primeros meses de 2020 ni de 2021, han tenido lugar dos prórrogas anuales sucesivas del mismo.

Por ello, la normativa aplicable a la Compañía en los años 2021 y 2022 es el mismo Convenio Colectivo que lleva rigiendo desde el 1 de enero de 2018, manteniendo la vigencia en la totalidad de sus cláusulas en tanto que se prorroga “en idénticas condiciones”.

- **En caso de denunciarse el convenio ¿En qué momento debería hacerse? ¿Podría denunciarse el convenio el día de hoy y, en caso afirmativo, qué efectos causaría sobre la vigencia del convenio?**

Del artículo 85.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, referente al contenido mínimo de la norma convencional, se deduce que la forma, condiciones, y el plazo mínimo para la denuncia del convenio colectivo se determinarán según lo acordado por las partes. Por ende, es preciso atender de nuevo a lo dispuesto en el convenio colectivo en cuestión.

Según el apartado segundo de la cláusula referente al ámbito temporal, la denuncia habrá de realizarse mediante comunicación escrita y con un plazo de preaviso de seis meses a la fecha del vencimiento del convenio. Ello, de acuerdo con las reglas procesales de cómputo de plazos, quiere decir que el último día para la presentación de la denuncia sería el 30 de junio de 2022⁸.

En cuanto a los efectos de la denuncia sobre la vigencia del convenio, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 diciembre 2016 (rec. 14/2016) expone que “[La denuncia] *En el terreno de los negocios de cuño contractual suele identificarse con la advertencia de que se desea poner término al vínculo que venía existiendo. En el caso del convenio colectivo la denuncia confirma que ha transcurrido el tiempo pactado originariamente.*”, añadiendo que la denuncia es un acto «*de tipo excluyente (de la prórroga automática) y admonitivo (del deseo de que el convenio finalice realmente)*». Por tanto, denunciado el convenio en tiempo y forma, se evitaría su ulterior prórroga.

Pero, denunciada la norma convencional, su vigencia no decaería con el fin del periodo de prórroga, sino que el convenio entraría en *fase de ultraactividad* a partir de entonces si en el lapso que media entre la denuncia y el fin de su vigencia pactada o prorrogada no se ha alcanzado un acuerdo renegociador. Como puede deducirse del prefijo latino que acompaña a este término, se dice que un convenio colectivo entra en fase de ultraactividad cuando, habiendo mediado denuncia del mismo, se extienden provisionalmente sus efectos jurídicos *más allá* de su vigencia pactada.

⁸ Se hace especial hincapié en el último día porque, mientras que los órganos judiciales admiten la denuncia *ante tempus* [STSJ Galicia 9 de junio de 2014 (rec. 1465/2014), STSJ Andalucía de 3 de diciembre de 2004 (rec. 3376/2004, STS 27 de septiembre de 1997 (rec. 3311/1996)], sobre todo en aquellos casos en los que el convenio colectivo no establece una antelación máxima [STSJ Andalucía de 3 de diciembre de 2004 (rec. 3376/2004) y de 14 de enero de 2016 (rec. 2685/2015)], la denuncia extemporánea resulta ineficaz, tal y como se justificará a continuación.

Esta extensión de la eficacia de la norma durará hasta la negociación de un nuevo convenio o durante un tiempo determinado, según el modelo de ultraactividad por el que se haya optado⁹.

El artículo 86.3 del ET establece un régimen de ultraactividad legal de carácter dispositivo¹⁰, de modo que puede ser modificado por las previsiones convencionales. En este caso, la regla de ultraactividad consiste en el mantenimiento de la vigencia del convenio durante un año a contar desde la finalización de la prórroga, en concordancia con la limitación temporal establecida por el régimen legal anterior (último párrafo del artículo 14.6 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

Por consiguiente, denunciado el convenio colectivo, se evitaría una ulterior prórroga del mismo, entrando la norma en fase de ultraactividad a partir del 1 de enero de 2023 y extendiéndose su eficacia jurídica hasta finales de ese año, a excepción de que se alcanzara un acuerdo renegociador con carácter previo. En cualquier caso, según el segundo párrafo artículo 86.3 ET, la extensión de los efectos jurídicos del convenio tendría lugar salvo en lo que cláusulas del deber de mantenimiento de la paz social respecta, que decaerían a partir de la denuncia del mismo.

- **¿Operaría la ultraactividad legal en caso de no alcanzarse un acuerdo en los doce meses siguientes?**

Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, se retorna a un régimen legal de ultraactividad indefinida, de acuerdo con el último párrafo del artículo 86.4 ET.

No obstante, la aplicabilidad inmediata de este régimen se ve condicionada por la regla de transitoriedad prevista en la Disposición Transitoria 6ª Real Decreto-ley 32/2021. Según este precepto, los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de la norma mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 ET, dando prioridad, en consecuencia, a las reglas de ultraactividad previstas convencionalmente.

Tal y como señala GORDO GONZÁLEZ, el régimen transitorio establecido por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, *«no resuelve qué ocurre con aquellos convenios colectivos que hayan incorporado cláusulas de vigencia que exceptúan el régimen previsto en el Estatuto de los*

⁹ SALA FRANCO, T., “La ultraactividad de los convenios colectivos.” en El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés. CARL, Sevilla, 2014. pp. 453- 470. p.454 y MONTOYA MELGAR A., “Derecho del trabajo” Tecnos, Madrid, 2021. Versión EPUB.

¹⁰ MERCADER UGUINA, J.R., “La recuperación de la ultraactividad indefinida” en DE LA PUEBLA PINILLA, A., MERCADER UGUINA, J.R. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma laboral del 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 289-306. p. 295 y LAHERA FORTEZA, J., *La Negociación Colectiva tras la Reforma Laboral de 2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, Ed.1ª, 2022. p. 64. Pero, no solo desde la última reforma del régimen de ultraactividad sino que, anteriormente, el régimen de ultraactividad legal también podía esquivarse mediante pacto en contrario [STS 15 de julio de 2014 (rec. 2020/13) y STS 25 de enero de 2007 (rec. 63/06)].

*Trabajadores pactadas conforme al marco normativo anterior.»¹¹ Así, se plantea la cuestión de si la incorporación del año de ultraactividad limitada al convenio colectivo que imponía el último párrafo del artículo 86.3 de la legislación anterior «*debe interpretarse solo como el compromiso de los negociadores con la normativa que en cada momento esté en vigor o como el pacto en contrario que exige el artículo 86.3 ET para disponer de un régimen alternativo a la ultraactividad dispuesta por el Estatuto de los Trabajadores*»¹²*

La misma problemática se suscitó con la Reforma de 2012 en relación con los convenios colectivos que tenían previstas cláusulas de ultraactividad indefinida y que, en ese sentido, se diferenciaban de la limitación temporal anual que había introducido el legislador. En aquel entonces, el Tribunal Supremo interpretó que la redacción convencional debía entenderse como el ejercicio del “pacto en contrario” que prevé el régimen legal [por todas, STS 17 de marzo 2015 (rec. 233/2013)]¹³

Por tanto, cabe afirmar que no operaría la ultraactividad legal transcurridos los doce meses, surgiendo la cuestión entonces de cuál sería la regulación aplicable en ausencia de una previsión convencional que supla el vacío normativo que se genera en estos supuestos¹⁴.

III. Sobre el establecimiento convencional de una edad de jubilación obligatoria.

• ¿Dicha regulación será aplicable a los empleados que cumplirán 65 años durante el año 2022?

Después de que el apartado segundo de la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, estableciera la nulidad de las cláusulas convencionales que impusieran una edad obligatoria de

¹¹ GORDO GONZÁLEZ, L. “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012.” En *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Nº 3, 2022, pp. 129-141. p. 139

¹² GORDO GONZÁLEZ, L. “El retorno...” *Op.cit.* p. 140

¹³ Pero también, STS 2 de julio 2015 (rec. 1699/2014); 7 julio 2015 (rec. 193/2014); SSTS 17 de noviembre 2015, (rec. 321/2014); 11 mayo 2018 (rec. 48/2017).

¹⁴ Si bien es este un supuesto sobre el que todavía la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse, la doctrina sugiere que podría tener que recurrirse a los sistemas de cobertura previstos por la legislación anterior, como es la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior o la contractualización de las condiciones laborales en ausencia del mismo. MERCADER UGUINA, J.R., “La recuperación de la ultraactividad indefinida” en DE LA PUEBLA PINILLA, A., MERCADER UGUINA, J.R. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma laboral del 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 289-306. p. 303 o BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Sobre las nuevas reglas de ultraactividad” en el Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 11 de enero de 2022 [<https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>] (última consulta 5/06/2022).

No obstante, otros autores se posiciona a favor de la necesidad de superar la tesis de la contractualización. ROJO TORRECILLA, E. “Estudio de la reforma laboral de 2021 (V) La restricción de la prioridad aflictiva del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad” en Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. [<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-v.html>] (última consulta 5/06/2022)

jubilación, no fue hasta la entrada en vigor del Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre el 1 de enero de 2019 cuando se volvió a autorizar esta posibilidad. En consecuencia, dado que la norma convencional fue suscrita el 1 de enero de 2018, cabría entender que la cláusula referente a la jubilación obligatoria es ineficaz y susceptible de impugnación por ser contraria a derecho (arts. 163 y ss. LRJS). Ello se confirma por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que afirma que el establecimiento de este tipo de cláusulas necesitan una habilitación legal previa para no resultar discriminatorias por razón de la edad [por todas, STS 9 de marzo de 2004 (rec. 765/2003)]¹⁵.

Sin embargo, a efectos de dar una solución al presente caso práctico, vamos a presuponer que el convenio colectivo no presenta ningún vicio de legalidad.

Tal y como se ha expuesto en líneas anteriores, la disposición final primera del Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, a través de la modificación de la disposición adicional décima del ET, posibilitó nuevamente el establecimiento convencional de la figura de la jubilación obligatoria.

Recientemente, el apartado primero de la disposición final primera de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que entró en vigor el 1 de enero de 2022, dio nueva redacción a la disposición adicional décima del ET. A través de la misma, se limita a 68 años la edad a partir de la cual se puede prever una jubilación forzosa convencional.

No obstante, el apartado dos de la citada disposición final establece un régimen transitorio para esta limitación. Así, se introduce una disposición transitoria novena en el Estatuto de los Trabajadores, que dispone que el límite de los 68 años *«sólo se aplicará a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022.»* Asimismo, añade el precepto que, *«En los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión.»*

La vigencia pactada del Convenio Colectivo aplicable a nuestro caso finalizó el 1 de diciembre de 2020. En consecuencia, como en 2022 todavía no han transcurrido los tres años dispuestos en el citado precepto, la jubilación obligatoria que establece el convenio colectivo sí que sería aplicable a los empleados que cumplan 65 años durante el año 2022.

Esta regla es avalada asimismo por la jurisprudencia, que afirma que la modificación de la habilitación legal para el establecimiento de este tipo de cláusulas no supone la pérdida de su vigencia ya que, entiende el Tribunal Supremo, han sido *«establecidas de acuerdo con una política*

¹⁵ Pero también, STS 2 de noviembre de 2004 (rec. 2633/2003); STS 31 de enero de 2006 (rec. 656/2004); 29 de junio de 2006 (rec. 5380/2004).

de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión» [STS 9 de marzo de 2004 (rec. 765/2003)].

IV. Sobre la inaplicación del Convenio Colectivo y el concepto de SMI como tope al descuelgue salarial.

- **¿Es posible efectuar alguna reducción salarial? En caso afirmativo ¿cuál sería el procedimiento?**

Por regla general, los convenios colectivos estatutarios «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia» (art. 82.3 ET). Sin embargo, en aras de facilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias de la empresa, la norma legal permite la inaplicación de algunas de las condiciones previstas en el convenio colectivo, siempre y cuando se cumplan los presupuestos que exige la ley:

- Primeramente, se exige que concurren en la empresa circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifiquen la medida.
- En segundo lugar, que la inaplicación afecte a alguna de las materias tasadas exhaustivamente en el artículo 82.3 ET. El carácter *numerus clausus* de las materias que pueden ser objeto de “descuelgue” ha sido afirmado reiteradamente por la jurisprudencia [entre muchas, STS 27 de mayo de 2013 (rec. 90/2012) y, más recientemente, STS 11 de junio de 2019 (rec. 157/2017)].
- En tercer lugar, se requiere que se siga el procedimiento establecido legalmente para ello.

En lo relativo a la concurrencia de las conocidas como “causas ETOP”, entendemos que en este caso se cumple el presupuesto, especialmente si la empresa fundamenta la adopción de la medida en causas económicas, ya que el sector en el que desarrolla su actividad está en crisis. En cualquier caso, para entender que concurre la causa, la empresa tendrá que demostrar, por un lado, que su situación financiera se ajusta a los parámetros que establece el Estatuto de los Trabajadores, como son la existencia de pérdidas actuales, pérdidas previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. Por otro lado, tendrá que acreditar la existencia de una relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y la causa invocada [STS 23 de septiembre 2015 (rec. 314/2014)].

El segundo de los requisitos también se cumple en el presente caso, ya que la reducción salarial se enmarca dentro del supuesto d) del artículo 82.3 ET, referente al “sistema de remuneración y cuantía salarial”.

En lo que respecta a los requisitos procedimentales, dado que el derecho afectado viene previsto en una cláusula de un convenio colectivo estatutario, el procedimiento a seguir sería el que queda previsto en el artículo 82.3 ET, comúnmente conocido como “descuelgue”, de acuerdo con el artículo 41.6 ET. Tal y como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 30 de mayo de 2014 (rec. 1797/13), *«La vía adecuada para conseguir la inaplicación de un convenio no es otra sino la del art. 82.3 ET, tal como señala el art. 41.6 ET [...] Mientras, la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET queda reservada a los cambios de condiciones laborales establecidas por convenios extraestatutarios, decisión unilateral de la empresa o contrato de trabajo»*¹⁶

Grosso modo, el procedimiento de “descuelgue” es el que se describe a continuación. En línea con el respeto a la autonomía colectiva de los representantes y el carácter negociado de la norma convencional (Art. 37.1 CE), el Estatuto exige que la medida se adopte mediante acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores tras el desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 ET¹⁷ o, en su defecto:

- Lo permita la comisión paritaria del convenio¹⁸ o;
- Se resuelva a través de alguno de los mecanismos de solución extrajudicial dispuestos por los acuerdos interprofesionales o;
- Subsidiariamente a todo lo anterior¹⁹, lo autorice la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el órgano homólogo en la comunidad autónoma, dependiendo de si la medida afecta a centros de trabajo situados en distintas comunidades autónomas o no.

En cualquiera de los casos, esta medida nunca se puede adoptar de manera unilateral por el empresario. Así lo vienen recordando los órganos judiciales, que han declarado en numerosas

¹⁶ Las SSTS de 30 de junio de 2017 (rec. 238/2015); STS 29 de junio de 2017 (rec. 186/2016) y 17 de diciembre de 2014 (rec. 24/2014) avalan la misma afirmación.

¹⁷ Esto significa que, en primer lugar, el empresario deberá notificar a la representación legal de los trabajadores su intención de llevar a cabo el descuelgue del convenio colectivo, indicando en esta notificación el alcance de la inaplicación, las causas que lo motivan y la fecha de iniciación del periodo de consultas.

Con carácter previo al periodo de consultas, los trabajadores o sus representantes deberán constituir una comisión negociadora en el plazo de 7 o 15 días desde la notificación de la comunicación, dependiendo de si los centros de trabajo afectados cuentan con representación legal de los trabajadores o no.

Transcurrido el plazo para la constitución de la comisión negociadora, la empresa podrá dar curso al inicio del periodo de consultas, en el que las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a alcanzar un acuerdo. Por último, el eventual acuerdo alcanzado en el periodo de consultas *«deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa.»* (Art. 82.3 ET).

¹⁸ No obstante, es preciso tener en cuenta que la comisión paritaria solamente puede ejercitar facultades de mera gestión, por lo que solo puede pronunciarse sobre la procedencia o no del descuelgue, sin poder llegar a emitir una resolución sustitutoria del acuerdo entre la empresa y los representantes [SAN núm. 176/2014, de 30 octubre].

¹⁹ La subsidiariedad de la intervención de esta institución ha sido destacada por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo en SSTC 119/2014, de 16 julio y 8/2015, de 22 enero, y STS de 15 septiembre 2015 (rec. 218/2014).

ocasiones la nulidad de aquellas decisiones empresariales adoptadas unilateralmente de forma indebida²⁰.

Así las cosas, la empresa podría llevar a cabo la reducción salarial siempre que en la ejecución de la medida se ajustara a los requisitos exigidos por el artículo 82.3 ET que se acaban de exponer.

- **¿Operaría el SMI en caso de que, tras la reducción, el salario base del trabajador resultara inferior al mismo aunque la retribución total lo superara como consecuencia de computar el plus de antigüedad en la empresa?**

Evidentemente, el SMI (Art. 27 ET) opera como límite al descuelgue del convenio colectivo en materia salarial, ya que esta medida de reestructuración empresarial puede practicarse, por definición, solamente sobre condiciones convencionales, pero no sobre disposiciones legales de derecho necesario²¹ que, por otro lado, de acuerdo con los artículos 3.1 c) y 3.5 ET, son irrenunciables.

Ahora bien, la cuestión fundamental en este caso es qué es aquello que compone el SMI, si este suelo mínimo se aplica a la cuantía del salario base o a la totalidad de las cantidades salariales que perciben los trabajadores.

El concepto de SMI que ha dibujado Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022 resulta contradictorio en este punto. Así, a la vez que el artículo 2 dispone que habrán de adicionarse los complementos salariales a que se refiere el artículo 26.3 del ET, inmediatamente después, el apartado primero del artículo 3 de la citada norma establece que la revisión del SMI *«no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo las personas trabajadoras cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo»*, reiterando así lo dispuesto en el artículo 27.1 del Estatuto. A ello añade la norma que la cantidad que corresponde al SMI *«es compensable con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo las personas trabajadoras en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales»*.

A pesar de esta ambigüedad, tradicionalmente la noción de salario base se ha distinguido de la noción de SMI [STS 13 abril 1989 (RJ 1989\2969) y STS 9 marzo 1992 (rec. 529/1991)]. De este modo, cabe afirmar que mientras que *«la primera se refiere a la estructura que adopta el salario, la*

²⁰ SAN núm. 149/2012, de 28 noviembre; SAN núm. 20/2012, de 22 febrero; STSJ Asturias de 1 marzo de 2013 (rec. 3125/2012); STSJ Cataluña de 9 octubre de 2013 (rec. 4193/2012).

²¹ De acuerdo con la STS 9 de marzo de 1992 (rec. 529/1991), el artículo que regula el SMI es un precepto de derecho necesario relativo.

segunda se refiere a la cuantía que (mediante la suma de todos sus componentes) debe alcanzar el salario.»²²

En la misma línea, más recientemente, la STS 26 de enero de 2022 (rec. 89/2020) interpreta que en caso de computarse la remuneración derivada del SMI, no con lo percibido en cómputo global, sino con el resultado de sumar al SMI los diversos complementos existentes, la revisión del suelo mínimo tendría un efecto multiplicador, socavando así el papel de la negociación colectiva y convirtiendo al Gobierno en el principal agente a la hora de fijar los salarios. Es por ello que termina estableciendo que el complemento de antigüedad ha de computar a efectos de determinar si el salario percibido alcanza el suelo mínimo establecido por el SMI. Por su parte, la STS 29 de marzo de 2022 (rec. 162/2019), extiende esta regla de absorción y compensación a todos los complementos salariales²³.

De todo ello se deduce que el SMI solamente operaría cuando el salario percibido por los trabajadores, en su conjunto y cómputo anual fuera inferior al mismo. Por ende, podría practicarse un descuelgue del que resultara un salario base inferior a esta cuantía, siempre y cuando la cantidad fijada por el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero fuera alcanzada computando el resto de complementos salariales recibidos.

V. Sobre la posibilidad de establecer una forma de disfrute acumulado del permiso de lactancia mediante convenio colectivo.

- **¿Puede el convenio colectivo permitir la sustitución del permiso de lactancia por disfrutar de 5 días más de descanso?**

El régimen legal del permiso para el cuidado del lactante se regula en el artículo 37.4 ET. En él, se prevén tres formas de disfrute de este derecho:

- Una hora de ausencia de trabajo, que se puede dividir en dos fracciones.
- La reducción de la jornada de media hora.
- La acumulación del permiso en jornadas completas *«en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo de empresa»*.

Una vez verificado que la legislación permite el disfrute acumulado del permiso en los términos previstos por el convenio colectivo, procede analizar si la cláusula convencional respeta la duración mínima atribuible al disfrute acumulado del permiso.

²² MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.; “Derecho del Trabajo” *Editorial Tecnos*, Madrid, 2018, p. 660.

²³ Por el contrario, no resultan compensables las percepciones que tienen naturaleza extrasalarial [STS 1 de abril de 2022 (rec. 60/2020)].

Según el citado precepto, el permiso se prolonga como regla general desde que la persona trabajadora se reincorpora tras el permiso por nacimiento y cuidado del menor hasta que el lactante cumpla nueve meses.

Por su parte, la STS 19 de abril de 2018 (rec. 1286/2016)²⁴ dicta que el régimen previsto en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores tiene naturaleza de derecho necesario relativo. Según asentada jurisprudencia, esto significa que mediante convenio colectivo o pacto individual pueden mejorarse las condiciones establecidas por la legislación, pero en ningún caso empeorarse [por todas, STS de 20 de junio de 2005 (rec. 83/2004)]²⁵. A partir de la mencionada premisa, el Tribunal Supremo, en la sentencia del 19 de abril de 2018, sigue el criterio de que la duración del disfrute acumulado de la lactancia debe tomar como referencia la hora de ausencia y no la media hora de reducción de jornada²⁶.

Ahora bien, el planteamiento del Tribunal Supremo que se acaba de exponer surge de un supuesto en el que el convenio colectivo no concretaba la forma de articulación del ejercicio acumulado del permiso. De hecho, en los casos en los que el convenio colectivo sí especifica la duración de este derecho en esta fórmula de disfrute, el Alto Tribunal dispone que habrá que dar preeminencia a lo acordado por las partes negociadoras. Precisamente, en sentencia de 11 de noviembre de 2009 (rec. 133/2008), refiriéndose a la duración del disfrute acumulado de la lactancia, el Tribunal Supremo considera que *«la ley ha venido a reconocer de manera expresa al convenio y al acuerdo contractual la posibilidad de establecer la acumulación en las condiciones que estimen oportunas»*. Ello le lleva a concluir que *«conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer [...] un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación»*, no siendo necesario que exista una correlación entre la acumulación de días y la duración del permiso de lactancia. Ello se debe, apunta el Tribunal, a que se trata de una forma de disfrute alternativa del derecho que depende de la elección de quien lo ejercite, pero que *«no es necesaria en el esquema legal»*.

En el mismo sentido, la STSJ Cataluña 1 de junio de 2011 (rec. 4098/2010), afirma que *«Ha de notarse que ciertamente es indiscutible que cuando conste la existencia de un pacto colectivo o individual, el derecho queda limitado por su contenido, conforme al tenor de la norma»*, admitiendo la legalidad del reconocimiento del permiso de lactancia acumulado por una duración de 7 días.

²⁴ Así como por STS 20 de junio de 2005 (rec. 83/2004); la SAN 19 de julio de 2018 (rec. 144/2018) y STSJ Cantabria de 26 de mayo de 2011 (rec. 334/2011)

²⁵ Pero también, STS de 23 de abril de 2009 (rec. 44/2007); STS 25 de enero de 2011 (rec. 216/09); 16 de abril de 2014 (rec. 183/2013);

²⁶ La misma conclusión alcanzan la STSJ Galicia de 6 de mayo de 2021 (rec. 1418/2021); STSJ Castilla y León de 30 de mayo de 2012 (rec. 287/2012) y STSJ Navarra de 12 de enero de 2017 (rec. 545/2016); STSJ Cataluña 23 de octubre 2009 (rec.4853/2008) y STSJ Cataluña 21 de septiembre de 2007 (rec. 3516/2007).

En consecuencia, dado que se trata de una forma de ejercicio del derecho cuya concreción se atribuye al convenio colectivo y sobre la que el artículo 37.4 ET no impone una duración mínima, la cláusula del convenio colectivo que permite sustituir los permisos de lactancia por disfrutar de 5 días más de descanso resulta plenamente válida²⁷.

• **Por otra parte, el convenio colectivo no regula el régimen aplicable en caso de parto múltiple y un empleado ha tenido trillizos ¿Cómo afecta esa situación a la acumulación de lactancia?**

El régimen legislativo prevé para este supuesto que *«La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples»* (segundo inciso artículo 37.4 ET).

No obstante, este incremento proporcional en la duración del permiso no implica necesariamente un incremento en la duración de su modalidad acumulada si ello no se establece expresamente en el convenio colectivo o acuerdo empresarial. En efecto, según el artículo 37.4 ET, esta modalidad de disfrute se ejercita de forma voluntaria y *“en los términos previstos en la negociación colectiva [...] respetando, en su caso, lo establecido en aquella”*. Tal y como se afirma en la STS 11 de noviembre de 2009 (rec. 133/2008), en la que se resuelve un supuesto similar al que se nos plantea en este caso, *«si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, tras la vigencia del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, un tope de acumulación de 14 días»*²⁸. Con ello, termina concluyendo que no se establece una exigencia legal de un aumento proporcional de la acumulación en caso de parto múltiple.

Por tanto, a excepción de aquellos casos en los que el convenio colectivo establezca una previsión al respecto, el incremento proporcional de la duración solamente se aplica al disfrute diario del permiso, no al disfrute acumulado.

²⁷ No obstante, a pesar del criterio jurisprudencial que se acaba de exponer, desde una perspectiva material, podría plantearse que la acumulación del permiso en 5 días desnaturaliza el permiso de lactancia, impidiendo que cumpla la finalidad que le es propia, que no es sino la de facilitar la compatibilización de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. Un objetivo nada desdeñable ya que, según la STC 3/2007 de 15 de enero, tiene engarce constitucional, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE).

²⁸ Esta conclusión se confirma asimismo por la STSJ Cataluña 1 de junio de 2011 (rec. 4098/2010) y STSJ Andalucía 19 de mayo de 2011 (rec. 2357/2010).

VI. Sobre la posibilidad de establecer una retribución variable condicionada a no haber sido sancionado por la empresa durante el periodo de devengo.

- **El convenio colectivo establece en el apartado de retribución que los trabajadores tendrán derecho a retribución variable siempre que no hayan sido sancionados por la Compañía durante el año de generación. Se pregunta si ésta es una previsión válida.**

En el presente caso, se entiende que la percepción de la retribución variable queda sujeta a una doble condición, cuantitativa y cualitativa, ya que el devengo de la misma no queda vinculado solamente a la productividad de la persona trabajadora sino a que no haya sido sancionada durante el periodo de devengo.

El artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores deja en manos de la negociación colectiva o, en su defecto, del contrato individual, la determinación de la estructura del salario. En él, se establece que ésta deberá comprender el salario base y, en su caso, los *«complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten.»*

Con ello, la norma legal deja libertad a las partes para determinar tanto la cuantía de los complementos como los criterios de devengo que, tal y como ordena el sistema de fuentes de la relación laboral, serán válidos siempre que no contravengan alguna norma de derecho necesario (Art. 3.3 ET).²⁹ En este sentido, lo que procede determinar es si el acuerdo alcanzado en el convenio colectivo sobre las condiciones de devengo de la retribución variable, rebasa los límites impuestos por la legislación a la negociación colectiva.

La cuestión planteada merece una respuesta afirmativa por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque la infracción cometida por la persona trabajadora tendría un doble castigo, ya que no solamente recibiría la sanción estipulada en el correspondiente régimen disciplinario sino que, además, supondría una disminución de sus derechos retributivos. Ello vulneraría el principio *non bis in idem* que, según la doctrina constitucional [STC núm. 2/1981, de 30 de enero], se engarza en la Constitución a través los principios de legalidad, tipicidad y

²⁹ La sujeción del convenio colectivo a la ley en razón de jerarquía normativa establecida en el artículo 3.1 del ET ha sido apreciada reiteradamente por la doctrina constitucional y la jurisprudencia, pudiendo destacarse la STC núm. 210/1990 de 20 diciembre, en la que se afirma que *«la ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, así como, más genéricamente, a lo establecido en las normas de mayor rango jerárquico»*. Siguen la misma senda las SSTC núm. 58/1985 de 30 abril; núm. 177/1988 de 10 octubre; núm. 171/1989 de 19 octubre. Por parte de la Sala IV del TS podemos encontrar las SSTS 25 de marzo de 1998 (rec. 3823/1997); 16 de febrero 1999 (rec. 3808/1997); 16 de enero de 2008 (rec. 49/06); 23 de abril d 2009 (rec. 44/07).

proporcionalidad (Art. 25.1 CE)³⁰. Según este principio, un mismo hecho no puede ser sancionado doblemente en los supuestos en los que coincide el sujeto, objeto y el fundamento de la sanción³¹, como ocurriría en este caso.

En el mismo sentido, partiendo de la misma premisa de que la minoración de los derechos retributivos constituiría una sanción encubierta, se vería asimismo afectado el principio de tipicidad (Art. 25.1 CE), ya que el empresario estaría imponiendo un castigo sin contar con la habilitación legal o convencional requerida por la ley y la jurisprudencia [Art. 58.1 ET y STS de 8 octubre 1988 (RJ 1988\8107)]³²

De otra parte, excluir el cobro de la retribución variable por el hecho de haber sido sancionado podría llegar a constituir una multa de haber, un tipo de castigo expresamente prohibido por el apartado tres del artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores.

Por último, cabe pensar también en la arbitrariedad de semejante condición de devengo, ya que la productividad de los empleados no tiene por qué estar necesariamente ligada a las penalizaciones a las que hayan podido estar sujetos.

Por todo ello, resultaría contraria a derecho y, por ende, nula, no solo la cláusula convencional que condicione la percepción de retribución variable a no ser sancionado por la empresa sino la propia sanción encubierta consistente en esta minoración salarial, de acuerdo con los artículos 163 y ss. y 115.1 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Es precisamente en base a los argumentos expuestos por los que el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de junio de 2009 (rec. 145/2007), declara la nulidad de una cláusula convencional que excluye del cobro del complemento de productividad a los trabajadores que durante el período evaluado hubieran sido sancionados por la comisión de una falta grave o muy grave. Se argumenta en este pronunciamiento que *«esta prohibición constituye una sanción encubierta, vulnerándose los artículos 58.3 del Estatuto de los Trabajadores, 115.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, y 25.1*

³⁰ Que el poder disciplinario del empleador, propio del ámbito privado, queda informado por estos principios, de naturaleza pública, se confirma por la STC núm. 125/95, de 24 de julio. En ella, se afirma que *«El carácter punitivo de las sanciones disciplinarias laborales y sus posibles consecuencias motivan tanto la intervención del legislador, sustrayendo a la libre determinación del empresario la fijación de las infracciones y sanciones, como el ulterior control judicial del correcto ejercicio del poder disciplinario, que se halla sometido a límites semejantes a los que, por preceptuarlo así la CE de 1978 (RCL 1978, 2836), ha de respetar la potestad punitiva del Estado, aunque se hallen recogidos en normas de rango legal: así, v. g., los representados por la tipicidad y proporcionalidad (art. 58 ET)»*

Llegan a la misma conclusión específicamente para el principio de *non bis in idem* las STSJ Asturias, de 14 de noviembre de 2017 (rec. 2325/2017); STSJ C. Valenciana de 3 de abril de 2012 (rec. 3366/2011); STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010 (rec. 401/2010); STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2005 (rec. 25/2005).

³¹ SSTC núm. 2/1981, de 30 de enero de 1981; núm. 154/1990, de 15 de octubre; núm. 234/1991, de 10 de diciembre y núm. 204/1996, de 16 de diciembre.

³² Pero también, STSJ de País Vasco de 21 julio (rec.773/2020); STSJ Cataluña 6 de marzo de 2019 (rec. 70/2019); STSJ Asturias, de 14 de noviembre de 2017 (rec. 2325/2017).

de nuestra Constitución, por falta de tipicidad de la sanción y ausencia de procedimiento para su imposición, constituyendo en la práctica una multa de haber, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, por conllevar la privación del complemento de productividad una pérdida o perjuicio económico para el trabajador.»³³

Pero, más allá de los argumentos que ofrece el Tribunal Supremo en la citada resolución, cabría pensar en otra serie de razones por las que el establecimiento de esta condición de devengo de la retribución variable resulta contraria a derecho.

El artículo 1256 del Código Civil establece que *«La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.»* En el mismo sentido, el artículo 1115 de la misma norma dispone que *«Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.»* En el presente caso, en tanto que condicionada a la imposición de una sanción que depende del ejercicio del poder disciplinario empresarial, podría argumentarse que el abono de la retribución variable o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de la obligación, depende de la exclusiva voluntad del deudor. En efecto, a pesar de que el poder disciplinario del empresario está sujeto a determinados límites (principio de tipicidad, proporcionalidad, etc.), no resulta difícil pensar en la posibilidad de que se pudiera realizar un uso interesado del mismo para evitar el devengo de la retribución pactada en convenio colectivo.

Precisamente, en virtud de los citados artículos del Código Civil, el Tribunal Supremo ha apreciado la nulidad de las condiciones de devengo de los *bonus* cuyo cumplimiento queda al arbitrio unilateral de la empresa, como sería en el presente caso el ejercicio del poder disciplinario. Así, la STS 5 de abril 2022 (rec. 151/2021), declara la nulidad del requisito contenido en una instrucción empresarial, consistente en la necesidad de mantenerse en alta en la Seguridad Social en la fecha de abono de la retribución variable. Al margen de que no se trate del mismo supuesto de hecho, se argumenta en ella que este requisito resulta contrario a derecho porque *«La empresa puede decidir unilateralmente poner fin a la relación laboral mediante despido objetivo, despido disciplinario [...]»*, razonando que comporta *«un enriquecimiento injusto de la empresa, puesto que recibe los frutos del trabajo, pero no los retribuye.»³⁴* En el mismo sentido, en un supuesto similar al anterior, el Tribunal Supremo dicta que *«la condición [de tener que estar dado de alta en la Seguridad Social para el devengo del Bonus] es claramente abusiva porque deja el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes, ya que si la empresa despide al trabajador antes de esta fecha, aunque hubiera cumplido el resto de requisitos, no se le abonaría la retribución variable. Además el trabajo ya ha sido realizado y los objetivos cumplidos y la empresa no lo retribuye»* [STS 11 de febrero 2020 (rec. 3624/2017)].

³³ Aun así, también existen pronunciamientos judiciales de órganos inferiores que entienden que esta serie de medidas quedan amparadas por la autonomía colectiva de las partes (Art. 37.1 CE). Entre ellas, la STSJ Cantabria 6 de abril de 1993 (rec. 2318/1992) y la STSJ Castilla La Mancha 28 de octubre de 2010 (rec. 1493/2010).

³⁴ La STS 11 de febrero 2020 (rec. 3624/2017) falla en la misma línea también.

En virtud de lo expuesto, queda en evidencia, pues, que la cláusula convencional que condiciona la percepción de la retribución variable a no ser sancionado por la Compañía durante el año de generación no resulta una previsión válida.

• LEGISLACIÓN

- Constitución Española.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.
- Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.
- Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.
- Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

• SENTENCIAS

• Tribunal Constitucional

- STC núm. 8/2015, de 22 enero.
- STC núm. 119/2014, de 16 julio.
- STC núm. 3/2007, de 15 de enero.
- STC núm. 20/2002, de 28 de enero.
- STC núm. 204/1996, de 16 de diciembre.
- STC núm. 234/1991, de 10 de diciembre
- STC núm. 210/1990, de 20 diciembre.
- STC núm. 154/1990, de 15 de octubre
- STC núm. 171/1989, de 19 octubre.
- STC núm. 177/1988, de 10 octubre.
- STC núm. 58/1985, de 30 abril.
- STC núm. 2/1981, de 30 de enero.

• Sala IV del Tribunal Supremo.

- STS 1 de abril de 2022 (rec. 60/2020).
- STS 29 de marzo de 2022 (rec. 162/2019).
- STS 26 de enero de 2022 (rec. 89/2020).
- STS 11 de noviembre de 2021 (rec. 3330/2019).
- STS 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019).
- STS 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019).
- STS 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018).

- STS 11 de febrero 2020 (rec. 3624/2017).
- STS 11 de junio de 2019 (rec. 157/2017).
- STS 27 de marzo 2019 (rec. 1196/2017).
- STS 22 de febrero 2019 (rec. 237/2017).
- STS 19 de abril de 2018 (rec. 1286/2016).
- STS 2 diciembre 2016 (rec. 14/2016).
- STS 30 de junio de 2016 (rec. 238/2015).
- STS 10 de diciembre de 2015 (rec. 356/2014).
- STS 23 de septiembre 2015 (rec. 314/2014).
- STS de 15 septiembre 2015 (rec. 218/2014).
- STS 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014).
- STS 15 de julio de 2014 (rec. 2020/13)
- STS 16 de abril de 2014 (rec. 183/2013).
- STS 27 de mayo de 2013 (rec. 90/2012).
- STS de 25 de enero de 2011 (rec. 216/2009).
- STS 11 de noviembre de 2009 (rec. 133/2008).
- STS 16 de junio de 2009 (rec. 145/2007)
- STS 23 de abril de 2009 (rec. 44/07).
- STS 9 de marzo de 2009 (rec. 70/2008).
- STS 16 de enero de 2008 (rec. 49/06).
- STS 31 de enero de 2008 (rec. 2604/2007).
- STS 25 de enero de 2007 (rec. 63/06).
- STS 29 de junio de 2006 (rec. 5380/2004).
- STS 31 de enero de 2006 (rec. 656/2004).
- STS de 20 de junio de 2005 (rec. 83/2004)
- STS 2 de noviembre de 2004 (rec. 2633/2003).
- STS 9 de marzo de 2004 (rec. 765/2003).
- STS 31 de octubre de 2003 (rec. 17/2002).
- STS 5 de diciembre de 2002 (rec. 10/2002)
- STS 29 de enero de 2002 (rec. 1068/01).
- STS 5 de junio de 2001 (rec. 2160/2000).
- STS 10 de julio de 2000 (rec. 4315/99).
- STS 16 de febrero 1999 (rec. 3808/1997).
- STS 25 de marzo de 1998 (rec. 3823/1997).
- STS 27 de septiembre de 1997 (rec. 3311/1996).
- STS 9 marzo 1992 (rec. 529/1991).
- STS 13 abril 1989 (RJ 1989\2969).
- STS de 8 octubre 1988 (RJ 1988\8107).

- [Audiencia Nacional.](#)

- SAN 19 de julio de 2018 (rec. 144/2018).
- SAN núm. 142/2014 de 4 septiembre.
- SAN núm. 94/2014 de 14 mayo.
- SAN núm. 176/2014, de 30 octubre
- SAN núm. 149/2012, de 28 noviembre.
- SAN núm. 20/2012, de 22 febrero

- [Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.](#)

- STSJ Galicia, de 6 de mayo de 2021 (rec. 1418/2021).
- STSJ Islas Canarias, de 23 de abril de 2021 (rec. 973/2020).
- STSJ Galicia, de 15 de diciembre de 2020 (rec. 3589/2020).
- STSJ de País Vasco, de 21 julio de 2020 (rec.773/2020).
- STSJ Cataluña 6 de marzo de 2019 (rec. 70/2019).
- STSJ Asturias, de 14 de noviembre de 2017 (rec. 2325/2017)
- STSJ Navarra, de 12 de enero de 2017 (rec. 545/2016).
- STSJ Andalucía, de 14 de enero de 2016 (rec. 2685/2015).
- STSJ Galicia, 9 de junio de 2014 (rec. 1465/2014).
- STSJ Madrid, de 30 de mayo de 2014 (rec. 1797/13).
- STSJ Cataluña, de 9 octubre de 2013 (rec. 4193/2012).
- STSJ Asturias, de 1 marzo de 2013 (rec. 3125/2012);
- STSJ Castilla y León, de 30 de mayo de 2012 (rec. 287/2012).
- STSJ C. Valenciana de 3 de abril de 2012 (rec. 3366/2011)
- STSJ Castilla La Mancha, de 28 de octubre de 2010 (rec. 1493/2010).
- STSJ Cataluña, de 1 de junio de 2011 (rec. 4098/2010).
- STSJ Andalucía, de 19 de mayo de 2011 (rec. 2357/2010).
- STSJ Cantabria, de 26 de mayo de 2011 (rec. 334/2011).
- STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010 (rec. 401/2010).
- STSJ Cataluña, de 23 de octubre 2009 (rec.4853/2008).
- STSJ Cataluña, de 21 de septiembre de 2007 (rec. 3516/2007).
- STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2005 (rec. 25/2005).
- STSJ Andalucía, de 3 de diciembre de 2004 (rec. 3376/2004).
- STSJ Andalucía, de 20 de mayo de 2003 (rec. 3559/2002).
- STSJ Andalucía, de 14 de febrero de 2001 (rec. 3225/1999).
- STSJ Andalucía, de 16 de mayo de 1994 (rec. 277/1994).
- STSJ Cantabria, de 6 de abril de 1993 (rec. 2318/1992).

- [BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA](#)

- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto del SMI sobre las nóminas, a la luz de las últimas resoluciones judiciales”, El *Foro de Labos*, accesible vía <https://www.elforodelabos.es/2022/04/el-impacto-del-smi-sobre-las-nominas-a-la-luz-de-las-ultimas-resoluciones-judiciales/>
- PÉREZ GUERRERO, M^a L., “La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos.” En *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*; Monográfico, 2022, 99. 157-182.

• BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Sobre las nuevas reglas de ultraactividad” en el Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 11 de enero de 2022 [<https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>] (última consulta 5/06/2022)
- CÁMARA BOTÍA, A. y GIL PLANA, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- GORDO GONZÁLEZ, L. “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012.” En *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N° 3, 2022, pp. 129-141.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Convenio Colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de las contratas y subcontratas.” en DE LA PUEBLA PINILLA, A., MERCADER UGUINA, J.R. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma laboral del 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 117- 149.
- LAHERA FORTEZA, J., *La Negociación Colectiva tras la Reforma Laboral de 2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, Ed.1^a, 2022.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.; “Derecho del Trabajo” Editorial Tecnos, Madrid, 2018.
- MERCADER UGUINA, J.R., “La recuperación de la ultraactividad indefinida” en DE LA PUEBLA PINILLA, A., MERCADER UGUINA, J.R. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma laboral del 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 289-306.
- MONTOYA MELGAR A., “Derecho del trabajo” Tecnos, Madrid, 2021. Versión EPUB.
- NORES TORRES, L.E, “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre” En *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N° 3, 2022, pp.73-82
- MORALES ORTEGA, J.M., “Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/202” En *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico, 2022, pp. 223-257.
- ROJO TORRECILLA, E. “Estudio de la reforma laboral de 2021 (V) La restricción de la prioridad aflictiva del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad” en Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. [<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-v.html>] (última consulta 5/06/2022)

- SALA FRANCO, T., “La ultraactividad de los convenios colectivos.” en *El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*. CARL, Sevilla, 2014. pp. 453- 470.