



El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución

Juan Bautista Vivero Serrano

Profesor titular (acreditación para CU) de Derecho del Trabajo.

Universidad de Salamanca (servicios especiales)

Asesor del Defensor del Pueblo

jvivero@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-4442-3369>

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2021** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Lourdes Arastey Sahún, don José Antonio Fernández Avilés, doña Rocío Gallego Losada, don Miguel Ángel Purcalla Bonilla, don Miguel Rodríguez-Piñero Royo y doña Aránzazu Roldán Martínez.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La notable y sostenida subida del salario mínimo interprofesional (SMI) de los últimos años plantea a la negociación colectiva y a las empresas unos problemas y unos retos jurídicos distintos a los del pasado. Además del análisis teórico y práctico de los problemas y de los retos jurídicos, se ofrece en este estudio una apuesta por la negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica donde la inseguridad viene campando a sus anchas, así como por el replanteamiento del marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, muy en particular de la regulación (legal, reglamentaria y convencional) de la absorción o compensación del incremento anual del SMI, sin duda, el principal de los problemas y retos jurídicos tratados en este trabajo. El previsible incremento del SMI durante los próximos años, la próxima intervención del Tribunal Supremo para poner orden en esta judicialmente desordenada materia y el debate europeo sobre los salarios mínimos adecuados a buen seguro contribuirán a mantener el protagonismo asumido por la temática objeto de este estudio.

Palabras clave: salario mínimo legal; negociación colectiva; determinación del salario; absorción y compensación.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 20-10-2021

Cómo citar: Vivero Serrano, Juan Bautista. (2021). El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 464, 49-88.



The increase of the interprofessional minimum wage. The impact on collective bargaining and business management of remuneration

Juan Bautista Vivero Serrano

Abstract

The notable and sustained rise in the minimum interprofessional wage in recent years causes problems and legal challenges for collective bargaining and employers that are different from those of the past. In addition to the theoretical and practical analysis of the legal problems and challenges, this study offers a commitment to collective bargaining as an instrument of legal security where insecurity has been rampant, as well as the rethinking of the legal framework in the that the incidence of the annual increase in the minimum interprofessional wage unfolds in collective bargaining and in the business obligation to pay wages, particularly in the regulation (legal, regulatory and conventional) of the absorption or compensation of the annual increase in the minimum interprofessional wage, without a doubt the main one of the legal problems and challenges dealt with in this work. The foreseeable increase in the minimum interprofessional wage over the next few years, the forthcoming intervention of the Supreme Court to put order in this judicially disorderly matter, and the European debate on adequate minimum wages will surely contribute to maintaining the prominence assumed by the subject matter of this work.

Keywords: legal minimum wage; collective bargaining; determination of wage; absorption and compensation.

Citation: Vivero Serrano, Juan Bautista. (2021). The increase of the interprofesional minimum wage. The impact on collective bargaining and business management of remuneration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 49-88.

Sumario

1. Una temática problemática y de creciente protagonismo
2. Factores explicativos del protagonismo cobrado por la materia objeto de estudio y de su previsible relevancia en el futuro
 - 2.1. El espectacular crecimiento porcentual del SMI entre los años 2017 y 2020: un crecimiento del 45 % en un periodo de bajísima inflación
 - 2.2. La política salarial *low cost* de cierta negociación colectiva empresarial
 - 2.3. La nueva y controvertida doctrina sentada por la Audiencia Nacional a la espera del Tribunal Supremo
 - 2.4. El previsible crecimiento real del SMI en los próximos años
3. El marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario
 - 3.1. Principales aspectos del marco jurídico
 - 3.2. Crítica de la heterodoxa y rupturista doctrina de la AN del año 2019
4. La problemática absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI: el reto de la negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica
 - 4.1. La calificación y la definición de las percepciones extrasalariales
 - 4.2. La definición de los complementos salariales y su reconducción o no a las tres categorías de complementos del artículo 26.3 del ET
 - 4.3. El establecimiento de reglas convencionales claras sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI
5. El necesario replanteamiento de la regulación estatal de la absorción o compensación del incremento anual del SMI
6. Otros problemas y retos jurídicos derivados del incremento anual del SMI
 - 6.1. La negociación colectiva tendente a la acomodación de la regulación convencional del salario al incremento anual del SMI
 - 6.2. El empleo por la negociación colectiva del SMI a determinados efectos y las normas transitorias de afectación establecidas en los últimos años por las normas reglamentarias de fijación del SMI
 - 6.3. La problemática particular del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo y el papel de la negociación colectiva
 - 6.4. La controvertida cuantía anual del SMI para el año 2021 a efectos de absorción o compensación

Referencias bibliográficas

1. Una temática problemática y de creciente protagonismo

La incidencia, más o menos problemática, de la subida anual del salario mínimo interprofesional (SMI) en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario no es ni mucho menos una temática novedosa. En los ámbitos normativo, judicial y doctrinal hay suficientes rastros de esa relación problemática desde hace mucho tiempo¹.

Ahora bien, desde el año 2017 en adelante, esta temática ha cobrado un notable protagonismo, muy superior al de antaño, reflejado en una producción bibliográfica por el momento no muy extensa², pero que a buen seguro irá en aumento. La organización por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos de un foro técnico, el día 8 de octubre de 2020, constituye una prueba evidente de ese protagonismo³. Y, lo que es más importante, el protagonismo alcanzado no parece que vaya a ser flor de un día, tal y como habrá ocasión de demostrar en las siguientes páginas. Al contrario, irá en aumento en la medida en que el SMI, tras el relativo parón pandémico del año 2021, siga creciendo en los próximos años de forma notable y por encima de la inflación hasta alcanzar el 60 % del salario medio en consonancia con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa como órgano de garantía y control de la Carta Social Europea, cuya versión revisada de 1996 ha sido recientemente ratificada por España⁴.

El análisis que aquí se lleva a cabo, del que se da somera cuenta en el resumen que abre este trabajo, se circunscribe exclusivamente a la problemática jurídica del incremento anual del SMI, eludiendo deliberadamente la más mediática problemática económica y político-ideológica, no exenta precisamente de aportaciones doctrinales, institucionales (Banco de España, incluido) y de otro signo⁵.

¹ Especial mención, a este respecto, merece la obra de Martínez Jiménez (1986). Asimismo, entre más, García-Perrote Escartín (1992) y Sagardoy Bengoechea (1982, pp. 65 y ss.).

² Llompart Bennassar (2019); Pérez del Prado (2017) y Pérez Hernández (2020).

³ Foro técnico celebrado en Madrid, el día 8 de octubre de 2020, en la sede del Ministerio de Trabajo y Economía Social, bajo el título «El impacto del incremento del salario mínimo interprofesional en la negociación colectiva».

Asimismo, el seminario virtual organizado por la Universidad Carlos III de Madrid, el día 20 de noviembre de 2020, bajo el título «El impacto del incremento del salario mínimo: una visión comparada y nacional».

⁴ BOE de 11 de junio de 2021.

⁵ Entre más, Pérez Domínguez y González Güemes (2005) y Ruesga Benito y Baquero Pérez (2019).

Entre otros muchos documentos, resulta de interés el reciente estudio auspiciado por el Banco de España y dado a conocer en junio de 2021: Barceló *et al.* (2021).

De la multitud de problemas y retos jurídicos que la subida anual del SMI conlleva, algunos muy evidentes y otros no tan conocidos⁶, aquí se pone el foco en la negociación colectiva, en el impacto problemático de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en el complejo y rico papel que la misma puede desempeñar al respecto, en especial como instrumento de seguridad jurídica, con el consiguiente sometimiento de las decisiones empresariales en materia retributiva a reglas relativamente seguras.

La idea fuerza o hilo conductor del presente trabajo es la imprescindible aproximación a esta materia con una nueva mirada, sin que las ideas y las soluciones del pasado, concebidas para una situación fáctica muy distinta de la actual, puedan continuar sirviendo por inercia para unos hechos y unos problemas radicalmente distintos, lo que no significa prescindir por completo del pasado, sino más bien situarlo en sus justos términos y extraer del mismo experiencias y enseñanzas útiles para el presente y para el inmediato futuro.

2. Factores explicativos del protagonismo cobrado por la materia objeto de estudio y de su previsible relevancia en el futuro

Hay al menos cuatro factores o elementos que explican el protagonismo alcanzado desde el año 2017 en adelante por la temática objeto del presente trabajo. Y lo explican tanto cada uno de ellos por separado como, a mayores, conjuntamente barajados. Por tanto, aunque alguno de los factores a los que se pasará revista a continuación pudiera declinar en el inmediato futuro, la temática en cuestión a buen seguro seguirá gozando de suficiente relevancia teórica y práctica a medio plazo.

2.1. El espectacular crecimiento porcentual del SMI entre los años 2017 y 2020: un crecimiento del 45% en un periodo de bajísima inflación

En tan solo 4 años, entre los años 2017 y 2020, el SMI experimentó un crecimiento acumulado del 45%⁷, dejando el importe mensual, en catorce pagas, en 950 euros brutos para

Al cierre de la revisión de este trabajo se dio a conocer el Premio Nobel de Economía para el canadiense David Card, fundamentalmente por sus trabajos de los años noventa del siglo pasado sobre la relación entre la subida del salario mínimo y el empleo en diferentes estados de USA, aparentemente extrapolables más allá de ese país.

⁶ Así, por todos/as, Llopart Bennàssar (2019, pp. 57 y ss.).

⁷ Subidas del 8% en el año 2017, del 4% en el año 2018, del 22,3% en el año 2019 y del 5,5% en el año 2020.

el año 2020, 100 euros más de lo previsto por el acuerdo social alcanzado en 2018 entre el entonces Gobierno del Partido Popular y los agentes sociales⁸.

Crecimiento acumulado del 45 % en tan solo 4 años que no tiene parangón en la serie histórica desde la creación del SMI en el año 1963. Y es que, frente a otros periodos históricos de fuerte crecimiento acumulado del SMI, el crecimiento de esos 4 años vino a coincidir con una etapa de bajísima inflación, con un incremento acumulado del IPC entre los años 2017 a 2020 de tan solo el 3,1 %⁹.

En efecto, en los anteriores periodos históricos de fuerte crecimiento acumulado del SMI el alza fue más nominal que real, al coincidir con periodos de hiperinflación o de moderada inflación. Se trata de los periodos de 1975 a 1981, con la característica hiperinflación de aquellos años (202 % en el acumulado de esos 7 años), y, más recientemente, de 2004 a 2009, con un incremento acumulado del SMI del 38 %, si bien con una inflación acumulada (18 %) mucho más elevada que la de los años 2017 a 2020 (3,1 %)¹⁰.

Es más que evidente que una subida tan notable y sostenida del SMI, coincidente con un periodo de bajísima inflación, tenía que impactar de lleno en la negociación colectiva, principal fuente de fijación de los salarios en España, dada la elevada tasa española de cobertura de la negociación colectiva (Martínez Matute, 2016, pp. 34 y ss.). En este sentido, es muy significativo el escasísimo margen entre el SMI para el año 2020, igual a 13.300 euros en cómputo anual, y el objetivo de salario mínimo profesional del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2018-2020, igual a 14.000 euros anuales para el año 2020.

Un estudio de CC. OO. acerca de la negociación colectiva sectorial en el año 2019 venía a poner de manifiesto la enorme cantidad de convenios colectivos sectoriales con salarios profesionales formalmente por debajo del SMI para el año 2019, lógicamente para las categorías o niveles profesionales con salarios tradicionalmente más bajos, y otros muchos convenios con salarios *grosso modo* iguales al SMI para el año 2019, de nuevo para esas categorías o niveles profesionales de salarios más modestos¹¹. Y otro tanto habría que decir del año 2020¹².

⁸ El Acuerdo Social para el Incremento del Salario Mínimo Interprofesional 2018-2020 fue firmado el día 26 de diciembre de 2017 por el Gobierno de la nación y los agentes sociales (CC. OO., UGT, GEOE y CEPYME).

Un comentario de este acuerdo producto del diálogo social, a cargo de Cabero Morán (2018, pp. 96 y ss.).

⁹ Cálculo realizado mediante la aplicación disponible en la página web oficial del Instituto Nacional de Estadística. <https://www.ine.es/varipc/>.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Informe de la Secretaría de Acción Sindical de CC. OO. titulado *Balance de la negociación colectiva 2019* (febrero de 2020, pp. 25 y ss.). <https://www.ccoo.es/3c6d47073ab22a3a8cb766bda16f538000001.pdf>.

También está disponible en la página web del sindicato el informe del año 2020, publicado en el año 2021. <https://www.ccoo.es/c9fb316b4f46c1f4346b6d8511814a46000001.pdf>.

¹² Por poner solo un ejemplo, la revisión salarial para el año 2020 del Convenio colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (BOE de 10 de septiembre de 2020).

Así las cosas, ya no puede afirmarse ni mucho menos, tal como se venía haciendo hasta hace no mucho tiempo¹³, que el SMI es el salario de las personas trabajadoras sin cobertura de la negociación colectiva, salvo contadas excepciones (aprendices, sobre todo). Son ya legión las personas trabajadoras pertenecientes a categorías y niveles profesionales o retributivos de salarios más bajos cuyos salarios profesionales, más producto de la negociación colectiva que de la autonomía individual, vienen más o menos a coincidir con el SMI, cuando no a quedarse formalmente por debajo del mismo. Es, pues, una realidad incuestionable que el notable y sostenido crecimiento anual del SMI está influyendo decisivamente en la negociación colectiva de nuevo cuño, igual que está incidiendo en los convenios colectivos celebrados años atrás y no revisados todavía, se encuentren en su periodo de vigencia ordinaria, en su periodo de vigencia prorrogada o en su periodo de vigencia ultra-activa. He aquí un motivo de peso para aproximarse a esta temática con una mirada nueva, el hilo conductor de este estudio.

2.2. La política salarial *low cost* de cierta negociación colectiva empresarial

Mientras en el anterior factor explicativo es la notable y sostenida subida gubernamental del SMI la que progresivamente va aproximando este al salario mínimo profesional de las personas trabajadoras con salarios tradicionalmente más bajos, fijado sobre todo por la negociación colectiva sectorial, en el elemento explicativo que se expone a continuación sucede justo lo contrario, a saber, es cierta negociación colectiva empresarial la que fija unos salarios profesionales cada vez más cercanos al SMI, cuando no equiparados al mismo, e incluso a veces formalmente por debajo. Es verdad que no es un fenómeno generalizado, pero también que no se trata de algo puramente marginal o anecdótico, con importantes consecuencias de «devaluación salarial» en no pocas empresas¹⁴.

Frente a la clásica negociación colectiva empresarial, que es una negociación de mejora de la negociación sectorial, la reforma laboral de 2012 propicia la negociación empresarial a la baja, muy en particular en material salarial; *low cost*, podría decirse. Los mimbres jurídicos que permiten esa negociación colectiva empresarial *low cost* son bien conocidos: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de cuantía salarial del artículo 84.2 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y los acuerdos de empresa (o laudos producto de arbitraje obligatorio) de descuelgue salarial del artículo 82.3 d) del ET. Unos mimbres jurídicos que el pacto político entre el Partido Socialista y Unidas Podemos situó en su punto de mira, reformista para unos y derogatorio para otros. Y aunque el Plan Anual Normativo

¹³ Entre más, Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 97 y ss.). Con anterioridad, Martínez Jiménez (1986, pp. 146 y ss.).

¹⁴ Vid. Vivero Serrano *et al.* (2016, pp. 103 y ss.). Asimismo, Moreno Preciado y Sanz Berzal (2020).

2020 del Gobierno de la nación incorporaba su próxima modificación¹⁵, lo cierto es que ya muy avanzado el año 2021 estos controvertidos aspectos de la reforma laboral del año 2012 siguen en vigor, varados en el fatigoso proceso de diálogo social, con el lastre de las supuestas presiones de la Comisión Europea a favor de la prioridad de otras reformas laborales más urgentes (simplificación de las modalidades de contratación laboral, lucha contra la temporalidad, políticas activas de empleo, etc.).

La negociación colectiva *low cost* tiene su paradigma en las empresas multiservicios (Vivero Serrano *et al.*, 2018, pp. 171 y ss.). En la negociación colectiva en dichas empresas es muy habitual que el salario profesional de buena parte de las categorías, puestos y niveles retributivos del sistema de clasificación profesional se confunda con el SMI, cuando no se sitúe por debajo de él. A diferencia de lo que sucede en la negociación sectorial, en la que la equiparación entre el salario profesional y el SMI solo se da en las categorías o niveles con salarios tradicionalmente más bajos, en la negociación colectiva de las empresas multiservicios esa equiparación es muy habitual que afecte al conjunto de las categorías profesionales de personas trabajadoras contratadas por las empresas multiservicios para la «cesión» a las empresas clientes, lo que bien podría constituir fraude de ley o abuso del derecho¹⁶, y algún ejemplo hay ya de pronunciamiento judicial en ese sentido¹⁷. Eso por no hablar de la contravención del principio de transparencia retributiva de los artículos 22.3 del ET y 3 del Real Decreto (RD) 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, al menos del espíritu de dicho principio.

La fuerte subida del SMI para el año 2019, incrementada con la subida para el año 2020, ha supuesto que fuera de las empresas multiservicios, y en buena medida presionadas por la política salarial *low cost* de las mismas, muchas otras empresas de sectores con salarios profesionales bajos hayan acabado por emular esa política salarial *low cost*, de equiparación entre el salario profesional y el SMI, vía negociación colectiva empresarial, si bien no para el conjunto de categorías o niveles profesionales, sino solo para las categorías y niveles retributivos con salarios tradicionalmente más bajos¹⁸.

¹⁵ Plan Anual Normativo 2020, Gobierno de España (p. 25). <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>.

La reforma de determinados aspectos del ET, incluidos los relativos a la negociación colectiva, también figuran en el Plan Anual Normativo 2021, estando prevista la correspondiente reforma laboral para finales del año 2021, de conformidad con los compromisos asumidos con la Unión Europea (UE) para la obtención de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

¹⁶ Tesis defendida por Vivero Serrano (2018, pp. 122 y ss.).

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 52/2019, de 8 de abril, confirmada recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de febrero de 2021 (rec. 128/2019).

¹⁸ Por poner un par de ejemplos, la revisión salarial para el año 2020 del Convenio colectivo para los centros de Barcelona y Alicante de Pro-Activa Serveis Aquàtics (BOE de 6 de octubre de 2020), y el Convenio colectivo de Balkania Distal, SL (BOE de 9 de febrero de 2021).

2.3. La nueva y controvertida doctrina sentada por la Audiencia Nacional a la espera del Tribunal Supremo

El tercer factor o elemento explicativo del protagonismo asumido por la temática estudiada en este trabajo tiene una naturaleza muy distinta a la de los dos factores explicativos apenas vistos, no siendo ni política ni económica, sino judicial. Se trata de la nueva y controvertida doctrina de la Audiencia Nacional (AN) sobre la eventual absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI. Conforme a la SAN 71/2019, de 24 de mayo, en la necesaria comparación en cómputo anual entre el SMI y el salario profesional (convencional o contractual), en el primero solo debe manejarse el importe fijo y garantizado, mientras en el segundo deben computarse cualesquiera partidas salariales, pudiendo en consecuencia absorberse o compensarse la subida anual del SMI con el salario profesional fijado por la negociación colectiva (o por la autonomía individual) por cualesquiera conceptos salariales, salvo disposición contraria del propio convenio colectivo, lo que a la postre beneficia sobremanera a las empresas y desprotege a las personas trabajadoras.

Más allá del detallado análisis crítico de la nueva doctrina judicial de la AN, que se acometerá en el siguiente epígrafe, basta ahora con señalar que esa doctrina judicial viene a alterar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), a contrariar la doctrina científica y la doctrina administrativa de la Dirección General de Trabajo, a prescindir del claro tenor literal de las normas reglamentarias anuales de fijación del SMI; en fin, a poner patas arriba el marco jurídico en el que se venía desarrollando la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la decisión empresarial de eventual absorción o compensación de dicho incremento. En definitiva, un factor explicativo de primer orden del protagonismo cobrado por la materia que se viene tratando, a la espera del pronunciamiento del TS que resuelva el recurso de casación ordinaria presentado frente a la SAN de mayo de 2019.

Mientras los dos factores explicativos anteriormente vistos conectan con la idea fuerza de este trabajo, la necesidad de una nueva mirada sobre una materia cuyos actuales presupuestos fácticos son radicalmente distintos de los del pasado, este factor explicativo de tipo institucional, la irrupción de la AN (y de su mano de otros jueces y juezas y tribunales de lo social), a la espera del TS, supone precisamente un caso de libro de esa nueva mirada.

2.4. El previsible crecimiento real del SMI en los próximos años

Es de sobra sabido que la grave crisis económica y social producto de la pandemia de la COVID-19, así como las disputas internas en el Gobierno de coalición progresista, se han saldado durante buena parte del año 2021 con la congelación del SMI para este año, prorrogándose el SMI del año 2020¹⁹. Al cierre de la revisión de este estudio, se ha logrado

¹⁹ Disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley (RDL) 38/2020, de 29 de diciembre.

un acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos, con el parecer contrario de las patronales, que supone una modesta subida del SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021, pasando el SMI de 950 euros al mes a 965 euros al mes. Subida plasmada en el RD 817/2021, de 28 de septiembre.

Tras el relativo parón pandémico del año 2021, el crecimiento anual del SMI pudiera continuar a buen ritmo durante los próximos años 2022 y 2023, al menos a tenor del pacto de gobierno entre el Partido Socialista y Unidas Podemos²⁰, que aspira a situar el SMI a lo largo de la legislatura en el 60 % del salario medio, en la línea de las recomendaciones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el derecho a la remuneración suficiente del artículo 4.1 de la parte II de la Carta Social Europea (Teixeira Alves, 2014). De hecho, la Comisión Asesora del Ministerio de Trabajo y Economía Social sobre la subida del SMI, integrada por doce personas expertas, fundamentalmente economistas del ámbito académico²¹, ha propuesto esa subida para los años 2022 y 2023 en su informe entregado a mediados del año 2021²². Compromiso gubernamental de subida del SMI para alcanzar el 60 % del salario medio durante los años 2022 y 2023 que figura asimismo en los preámbulos de los reales decretos de fijación del SMI de los últimos años, por ejemplo, en el del más reciente RD 817/2021. Podría así alcanzar el SMI para el año 2023 una cifra de alrededor de 1.050 euros mensuales.

El intenso debate en el seno de la UE sobre el salario mínimo adecuado también ayudará previsiblemente al crecimiento del SMI durante los próximos años. Aunque en la propuesta de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, presentada por la Comisión con fecha 28 de octubre de 2020²³, solo se obliga a los Estados a la utilización de valores indicativos de referencia (comparación entre el salario mínimo legal y los salarios medios brutos), en el ámbito de la adecuación o suficiencia de los salarios legales (art. 5), pero sin imposición de objetivos porcentuales concretos, lo cierto es que en la exposición de motivos de la propuesta de directiva el objetivo de la adecuación de los salarios mínimos legales sobre la base del 50 % o el 60 % de los salarios medios brutos está permanentemente presente.

²⁰ El pacto firmado el 30 de diciembre de 2019, bajo el título «Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España», dice así en este concreto asunto: «Subiremos el salario mínimo interprofesional hasta alcanzar progresivamente el 60 % del salario medio en España tal y como recomienda la Carta Social Europea» (punto 1.4, p. 4).

²¹ *Vid.* la noticia, por ejemplo, en <https://elpais.com/economia/2021-01-28/trabajo-crea-un-comite-de-expertos-para-subir-el-smi-al-60-del-sueldo-medio-durante-la-legislatura.html>.

²² Disponible en internet. Por ejemplo, en https://s03.s3c.es/imag/doc/2021-06-18/Informe_comision_asesora_smi.pdf.

²³ Propuesta de directiva disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:2020PC0682&from=ES>.

En definitiva, la temática objeto del presente estudio previsiblemente seguirá gozando de suficiente protagonismo en el inmediato futuro, en la medida en que el crecimiento sostenido y real del SMI continúe incidiendo de manera significativa sobre los salarios profesionales de las personas trabajadoras de categorías y niveles profesionales de salarios tradicionalmente más bajos; e, incluso, de salarios ya no tan bajos. Habrá que prestar atención, en este sentido, a la nueva versión del AENC, una vez expirada la anterior el 31 de diciembre de 2020, aunque sin atisbo alguno por el momento, y no ya de acuerdo en la cumbre, sino de la propia negociación colectiva necesaria para intentar alcanzar este.

3. El marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario

Antes de abordar los principales problemas y retos jurídicos que el incremento anual del SMI plantea a la negociación colectiva y a las empresas, parece necesario pasar revista al marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de dicho incremento en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, empezando por el marco jurídico en cuestión y terminando por la controvertida doctrina de la AN que ha venido a poner provisionalmente patas arriba dicho marco jurídico.

Con todo, no se pretende ni mucho menos ofrecer una visión exhaustiva del marco jurídico, una labor por lo demás ya realizada²⁴. De forma más modesta, se trata exclusivamente de focalizar la atención en los aspectos más relevantes de ese marco jurídico, siempre desde la perspectiva de la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario.

3.1. Principales aspectos del marco jurídico

Junto a las normas internacionales²⁵, todas ellas incorporadas al derecho español, que reconocen el derecho de las personas trabajadoras asalariadas a una remuneración suficiente, es el artículo 35.1 de la Constitución española (CE) el que proclama el derecho fundamental de estas «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia» (Arias Domínguez, 2019, pp. 1-52, en versión digital; Del Valle Villar, 2002; García Murcia, 2002, pp. 1.193 y ss.).

²⁴ Entre más, Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 55 y ss.). Asimismo, Valdés Dal-Ré (2000, pp. 631 y ss.).

²⁵ Normas internacionales, mundiales y europeas, a las que se refiere Llopart Bennàssar (2019, pp. 50-51).

En cuanto a la legalidad ordinaria, dicho derecho fundamental viene desarrollado por la institución del SMI, muy anterior a la CE, creada durante el régimen franquista, en el año 1963²⁶, pero no por ello ajena al derecho fundamental del artículo 35.1 de la CE; al contrario²⁷.

El artículo 27 del ET, que contempla y regula de forma muy escueta la institución del SMI, lógicamente no se ocupa del importe anual del mismo, ni siquiera ofreciendo parámetros que directa o indirectamente pudieran condicionar de manera efectiva la fijación anual del importe, no siéndolo realmente los criterios económicos a tener en cuenta conforme al artículo 27.1 del ET, en particular el evanescente criterio de la coyuntura económica general del 27.1 d) del ET²⁸.

Más allá del necesario respeto de las escasas reglas fijadas por el artículo 27.1 del ET (competencia del Gobierno/Consejo de Ministros, utilización del cauce del diálogo social y vigencia anual), el legislador entrega al Gobierno de la nación la fijación del importe del SMI, apostando por la naturaleza política de la intervención ejecutiva o decisoria del Gobierno, pudiendo el mismo manejar los cuatro parámetros económicos expresamente previstos por el artículo 27.1 del ET (uno de ellos, la coyuntura económica general, de suyo inabarcable en sede jurídica), así como otros muchos parámetros más, económicos, sociales y de mera estrategia política, a su antojo, respondiendo de las consecuencias del mayor o menor incremento anual del SMI exclusivamente en la arena política, sin control alguno por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, como ha tenido ocasión de manifestar recientemente el Alto Tribunal al hilo de la impugnación del RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el SMI para el año 2019²⁹.

²⁶ *Vid.* los autores citados en la nota número 1.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 31/1984, de 7 de marzo, y Auto del Tribunal Constitucional 44/2003, de 10 de febrero.

²⁸ En este sentido, ya la STS, Sala 3.^a, de 24 de julio de 1991 (rec. 151/1987). Asimismo, la STS, Sala 3.^a, de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019).

Así lo había advertido tempranamente la doctrina, sobre la base del antecedente legislativo del artículo 27.1 del ET, el artículo 28 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales. Así, entre más, De la Villa Gil y Palomeque López (1977, p. 606). En la actualidad, Arias Domínguez (2019, pp. 59-60, en versión digital).

²⁹ STS, Sala 3.^a, de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019). Sentencia comentada por Sempere Navarro (2020).

La fijación del SMI para 2019, con un incremento del 22 % respecto del SMI del año anterior, al margen del acuerdo social alcanzado en el año 2018 por el entonces Gobierno del Partido Popular y los agentes sociales, y al margen de los primeros síntomas de ralentización del crecimiento del PIB español, constituye la mejor prueba del carácter esencialmente político del cometido del Gobierno de la nación en este ámbito.

Por lo demás, y a diferencia de lo que sucede en algunos países³⁰, es obvio que el legislador español apuesta por una figura salarial mínima común o interprofesional, incorporando el adjetivo calificativo al nombre mismo de la institución legal, excluyendo así la alternativa de la pluralidad de salarios mínimos de base profesional/sectorial. Ciertamente, la negociación colectiva en la cumbre del artículo 83.3 del ET podría alumbrar un SMI o común para todas las personas trabajadoras asalariadas, evidentemente igual o superior al fijado anualmente por el Gobierno de la nación, pero esa vía convencional nunca ha sido explorada con alcance normativo. Tampoco el artículo 27.1 del ET se ha ocupado de potenciar esa posible vía convencional interprofesional ni como alternativa ni como mejora del SMI de origen legal/gubernamental.

Y lo que el Gobierno viene haciendo desde hace mucho tiempo, superada la etapa inicial de relativa diversificación del SMI³¹, es fijar un único SMI para «cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores» (art. 1.1 RD 817/2021, por el que se fija el SMI para 2021). Un único SMI necesariamente en dinero desde la limitación del salario en especie introducida en el artículo 26.2 del ET por la reforma laboral de 2010.

Sucede, sin embargo, que el Gobierno no se está limitando al cumplimiento de la función ejecutiva o decisoria, de naturaleza política (art. 97 CE), prevista por el legislador en el artículo 27.1 del ET, sino que adicionalmente está ejerciendo la potestad reglamentaria, aprobando todos los años una norma reglamentaria del máximo rango, un real decreto, que incluye la faceta decisoria a que se viene haciendo referencia, pero también una faceta normativa, regulatoria. Así lo ha dicho en varias ocasiones el TS, sin que esa doble naturaleza incorporada en el instrumento formal del real decreto conlleve ilicitud alguna³². Se trata de un típico reglamento ejecutivo, amparado en la habilitación general de la disposición final segunda.1 del ET, en ausencia de habilitación específica alguna en el propio artículo 27 del ET. Es verdad que contrasta con los típicos reglamentos ejecutivos o de desarrollo de vigencia indefinida, teniendo en cambio cada real decreto de fijación del SMI vigencia anual, aunque también es cierto que la reiteración anual de las mismas reglas reglamentarias ofrece en la práctica un alcance similar al de las habituales normas reglamentarias de vigencia indefinida.

³⁰ Sobre el salario mínimo en el derecho comparado, Martínez Jiménez (1986, pp. 78 y ss.) y Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 43 y ss.).

Asimismo, resulta de mucho interés el Dictamen aprobado en el año 2020 por el Consejo Económico y Social Europeo, a petición del Parlamento Europeo, bajo el título «Salarios mínimos dignos en toda Europa».

³¹ Hasta 1998, el SMI tenía diversas cuantías, una para las personas trabajadoras de 18 o más años y otra para aquellas con una edad inferior a 18 años (Sempere Navarro y Pérez Campos, 2007, pp. 87-90).

Fundamental, a este respecto, resulta la STC 31/1984, de 7 de marzo, que vino a avalar, aunque con importantes matices, la heterogeneidad de salarios mínimos por razón de la edad.

³² SSTs, Sala 3.ª, de 29 de octubre de 2015 (recs. 187/2014 y 207/2014). Más recientemente, STS, Sala 3.ª, de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019).

Pues bien, el aspecto más llamativo de la normativa reglamentaria anual sobre el SMI es el establecimiento de un SMI de estructura compleja. En efecto, viene el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria, estableciendo con claridad que el SMI tiene un componente fijo y garantizado, expresado en cómputo mensual o en cómputo anual, con remuneración tanto del tiempo de trabajo como del tiempo de descanso y para una jornada a tiempo completo (igual para el año 2020 a 950 euros mensuales por catorce pagas, esto es, 13.300 euros anuales, siendo para el año 2021 estos importes mensuales y anual algo más complejos), y pudiera eventualmente tener también un componente variable, el proveniente de los complementos salariales del artículo 26.3 del ET (y el «incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción»), con origen convencional o contractual. Así lo dispone para el año 2020 el artículo 2 del RD 231/2020, de 4 de febrero, y otro tanto hace para el año 2021 el mismo artículo del RD 817/2021, de 28 de septiembre.

Precisamente porque el Gobierno viene queriendo desde hace mucho tiempo que el SMI tenga dos importes, uno fijo y garantizado *ex lege*, y otro variable y eventual, producto de la autonomía colectiva y de la autonomía individual, cada año se viene reglamentariamente estableciendo una regla particular de eventual absorción o compensación del incremento anual del SMI, que hunde sus raíces no en la regla general del artículo 26.5 del ET, sino en la regla particular del artículo 27.1 *in fine* del ET.

Conforme a dicha regla particular, para que la empresa pueda proceder a la absorción en todo o a la compensación en parte del incremento anual del SMI tiene que efectuar una comparación en términos anuales entre el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos y el SMI, integrado por la parte fija y garantizada *ex lege* y por la parte variable y eventual, obra de la autonomía colectiva y de la autonomía individual, si bien concretada exclusivamente en los complementos salariales del artículo 26.3 del ET y en el incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción³³.

Expresado en otros términos, puesto que en la comparación en términos anuales al importe fijo y garantizado del SMI hay que añadir todos los complementos salariales del artículo 26.3 del ET por convenio colectivo (en su caso, laudo) o por contrato, que son complementos causales, más el incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción, y puesto que todos esos conceptos salariales integran, junto a otros, el salario profesional (convencional o contractual), la comparación en cuestión debe realizarse entre la parte fija y garantizada del SMI, 13.300 euros anuales para el año 2020 (la comparación es más compleja en el año 2021), y el salario profesional integrado por las retribuciones básicas, entendiéndose por tales el salario base, las pagas extraordinarias (dos o más de dos) y los complementos salariales no reconducibles

³³ Así lo dispone literalmente el artículo 3 del RD 231/2020, de 4 de febrero, por el que se establece el SMI para 2020, bajo el rótulo «Compensación y absorción». Y otro tanto hace para el año 2021 ese mismo artículo del RD 817/2021, de 28 de septiembre.

ni a ninguno de los tres tipos de complementos salariales del artículo 26.3 del ET ni al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción, esto es, carentes de causa específica distinta de la retribución por unidad de tiempo, a modo de salario base encubierto.

Y, por supuesto, sin consideración en la comparación de los complementos extrasalariales de cualquier tipo, tal y como ha tenido ocasión de manifestar la AN, saliendo al paso de ciertas prácticas empresariales de indebida absorción o compensación del fuerte incremento del SMI de estos últimos años mediante el manejo comparativo de ciertas percepciones extrasalariales, concretamente suplidos³⁴.

La comparación a que se viene haciendo referencia, querida año tras año por el Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en desarrollo de la fórmula legal abierta e imprecisa del artículo 27.1 *in fine* del ET, es la que pacíficamente viene aceptando tanto la jurisprudencia del TS³⁵ como la doctrina científica³⁶; incluso, la doctrina administrativa de la Dirección General de Trabajo³⁷.

Desde luego, habría argumentos para dudar de la legalidad de la normativa reglamentaria que desde tiempo inmemorial viene, a los exclusivos efectos de la hipotética absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI, añadiendo a la parte fija y garantizada del SMI otra parte variable y eventual, en el sentido de una posible voluntad legislativa, más implícita que explícita, de SMI ceñido a una única partida fija, que la normativa reglamentaria vendría a contravenir, incurriendo en *praeter legem*, más que en *contra legem*.

Lo cierto es que hasta el momento no ha habido impugnación alguna en dicho sentido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, pese a no haber faltado impugnaciones de las normas reglamentarias anuales del SMI, ni tampoco pronunciamiento de los jueces y juezas y tribunales de lo social de inaplicación por ilegalidad de la norma reglamentaria anual sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, ni siquiera formalmente en el caso de la polémica SAN que será objeto de crítica en el siguiente epígrafe, habiendo seguido

³⁴ SSAN 51/2019, de 3 de abril, y 102/2019, de 16 de septiembre.

Mucho antes, el extinto Tribunal Central de Trabajo (TCT) había sentado la misma doctrina judicial. Así, por todas, la Sentencia del TCT (STCT) de 3 de mayo de 1976 (Ar. 705/1976).

³⁵ SSTS de 13 de abril de 1989 y de 9 de marzo de 1992 (rec. 529/1991).

Con anterioridad, el extinto TCT había sentado ese mismo criterio. Por ejemplo, la STCT de 12 de diciembre de 1978 (Ar. 7005/1978).

³⁶ Así, Llopart Bennàssar (2019, p. 58); Pérez Hernández (2020) y Vivero Serrano (2018, pp. 128-130).

Mucho antes habían defendido la misma tesis, entre más, Martínez Jiménez (1986, pp. 174 y ss.); Sagarroy Bengoechea (1982, pp. 97-98) y Sempere Navarro y Pérez Campos (2007, pp. 87 y 95 y ss.).

³⁷ Respuesta de la Dirección General de Trabajo, de fecha 6 de mayo de 2019, a la consulta efectuada por la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica del organismo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La misma puede verse en Pérez Hernández (2020).

la misma una vía metodológica distinta para llegar al mismo resultado, la no aplicación de la norma reglamentaria sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI.

Para despejar la duda acerca de la posible ilegalidad (*praeter legem*) de la normativa reglamentaria anual de configuración del SMI con arreglo a una estructura compleja a efectos de absorción o compensación, nada mejor que recurrir a la historia. En este sentido, el legislador del ET de 1980 no podía desconocer que el Gobierno desde el inicio mismo de la fijación del SMI en el año 1963 venía apostando por una estructura compleja del SMI³⁸. Por poner solo un ejemplo, en el real decreto de fijación del SMI inmediatamente anterior a la aprobación del ET, el RD 888/1979, de 20 de abril, por el que se fija el SMI para 1979, la estructura compleja del SMI era más que evidente, con un importe fijo (art. 1) y un importe variable y eventual (art. 3), y una regla de absorción y compensación del incremento anual del SMI que consideraba tanto el importe fijo como el importe variable y eventual³⁹.

Y en la misma línea, tampoco el antecedente legislativo inmediato del artículo 27.1 *in fine* del ET, el artículo 28.3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, podía desconocer esa arraigada normativa reglamentaria que desde el año 1963 venía fijando una estructura compleja del SMI. Por último, es muy revelador que el artículo 10 del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario, aludiese en materia de absorción y compensación del incremento anual del SMI a la «regulación específica» del SMI, esto es, a la que todos los años desde 1963 venía configurando el SMI con una estructura compleja.

En definitiva, si realmente la voluntad del legislador en el año 1980 hubiera sido establecer, a efectos de la eventual absorción o compensación de la subida anual del SMI, un SMI de importe único y fijación gubernamental, a buen seguro habría aprobado una regulación contundente y clara, de ruptura con el pasado de regulación reglamentaria del SMI con una

³⁸ Aunque en el Decreto 55/1963, de 17 de enero, sobre establecimiento de salarios mínimos y su conexión con los establecidos por convenios colectivos sindicales o mejoras voluntarias, no se establecía una estructura compleja del SMI, en la Orden de 5 de febrero de 1963, por la que se dictan normas interpretativas y de aplicación del Decreto 55/1963, de 17 de enero, se establecía una relación de complementos salariales de origen profesional no absorbibles ni compensables, lo que de forma indirecta venía a configurar un SMI de estructura compleja. Así vino a ratificarlo el Decreto 2419/1966, de 10 de septiembre, sobre salario mínimo interprofesional y bases de cotización para la Seguridad Social (art. 5). La estructura compleja del SMI fue establecida de forma directa por vez primera por el Decreto 720/1970, de 21 de marzo, por el que se fija el salario mínimo interprofesional y las bases de cotización para la Seguridad Social (art. 3).

³⁹ Desde el año 1963, las normas reglamentarias anuales de fijación del SMI solo adicionaban al importe fijo del SMI determinados complementos salariales previstos no por los convenios colectivos, sino por las reglamentaciones del trabajo y las ordenanzas laborales. Sobre este particular, Sagardoy Bengoechea (1982, p. 104).

El RD 2299/1984, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1985, en cambio, adicionaba al importe fijo del SMI determinados complementos salariales creados por convenio colectivo o por normas sectoriales (reglamentaciones y ordenanzas).

estructura compleja. Y no habiéndolo hecho así, más bien la voluntad legislativa debería interpretarse en sentido continuista. Y otro tanto habría que decir del RDL 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que bien podría haber acabado con la estructura compleja del SMI producto de la recurrente regulación reglamentaria y, sin embargo, no lo hizo.

Cambiando de registro, en el marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia del incremento anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, hay también espacio para la autonomía colectiva. En efecto, por citar solo el ejemplo de mayor interés para la temática que se viene tratando, puede perfectamente la negociación colectiva mejorar desde la perspectiva de las personas trabajadoras asalariadas el régimen legal/reglamentario de la absorción y compensación del incremento anual del SMI, igual que puede hacerlo, y a veces lo hace, con el régimen general de la absorción o compensación del artículo 26.5 del ET.

Podría la negociación colectiva prohibir sin más la absorción o compensación del incremento anual del SMI, con la consiguiente traslación obligatoria de la subida del SMI al salario profesional, aunque dada la radicalidad de semejante prohibición tendría que establecerse mediante una norma convencional inequívoca. Téngase en cuenta que el artículo 28.3 de la derogada Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, prohibía expresamente ese tipo de cláusulas convencionales.

Y, por supuesto, también podría mejorar la negociación colectiva el régimen legal/reglamentario mediante la inclusión de cualesquiera complementos salariales por convenio o por contrato, y no solo los del artículo 26.3 del ET, junto a la parte fija del SMI. Una mejora así conduciría en la práctica a la comparación en cómputo anual entre la parte fija del SMI por catorce pagas y el salario profesional integrado exclusivamente por el salario base y las dos gratificaciones extraordinarias por ley. Y otras muchas fórmulas de mejora convencional que por su notable casuística se eluden aquí, sin perjuicio de que algunas puedan mencionarse más adelante.

Lo dicho hasta aquí no agota ni mucho menos el marco jurídico en el que se desenvuelve la incidencia de la subida anual del SMI en la negociación colectiva y en la obligación empresarial de pago del salario, si bien parece aconsejable no alargar más este epígrafe.

3.2. Crítica de la heterodoxa y rupturista doctrina de la AN del año 2019

En el escenario apenas descrito, relativamente pacífico, irrumpe con estrépito la SAN 71/2019, de 24 de mayo, que de un plumazo prescinde del claro tenor literal de la regla reglamentaria sobre la absorción o compensación del incremento anual del SMI para 2019, y considera que el SMI tiene una única partida fija y garantizada *ex lege*, sin adición de parte alguna variable y eventual. Dicho de otra manera, que el SMI de importe fijo no es un salario

mínimo básico, sino un salario mínimo único o por todos los conceptos, a la fuerza igual para todas las personas trabajadoras asalariadas, al margen de los complementos salariales a los que las mismas pudieran tener derecho por convenio colectivo o por pacto contractual, debiendo efectuarse la comparación, a efectos de la eventual absorción o compensación del incremento anual del SMI, entre este último mondado y pelado y el salario profesional por cualesquiera conceptos salariales, con la consiguiente ventaja para las empresas y perjuicio para las personas trabajadoras⁴⁰.

La línea argumentativa que sigue esta controvertida sentencia pasa por crear una artificial duda interpretativa en torno a la regla reglamentaria sobre absorción o compensación del incremento del SMI para el año 2019⁴¹, para a continuación prescindir del criterio interpretativo gramatical y acudir a una interpretación teleológica, en la que la AN hace decir al legislador (art. 27.1 *in fine* ET y art. 1 RDL 3/2004) lo que este expresamente no dice, y sin que tampoco implícitamente parezca que la voluntad legislativa sea la existencia de un único y fijo SMI para todas las personas trabajadoras asalariadas, sin la menor consideración del mayor o menor esfuerzo de cada una, por ejemplo, a efectos de un eventual complemento salarial por calidad o por cantidad de la prestación de trabajo, producto de la autonomía colectiva o de la autonomía individual.

Téngase muy en cuenta que en el anterior epígrafe se ha tenido ocasión de probar con arreglo a la historia cómo la voluntad legislativa implícita sería más bien la contraria de la defendida por la AN. Ni rastro, por supuesto, en la SAN que se viene criticando de una operación de rastreo histórico similar a la emprendida párrafos atrás.

Con todo, la principal crítica que cabe efectuar a la SAN de mayo de 2019 es de tipo metodológico⁴². Así, en primer lugar, bajo la excusa formal de la interpretación de la normativa aplicable al caso, lo que en realidad hace la SAN es proceder a la inaplicación de la normativa reglamentaria por considerarla incompatible con la finalidad de la regulación legal, la de los artículos 27.1 *in fine* del ET y 1 del RDL 3/2004. Y ello sin alusión alguna al

⁴⁰ SAN 71/2019, de 24 de mayo. Una breve reseña crítica puede verse en Vivero Serrano (2019).

La AN desestima la demanda de conflicto colectivo presentada por varios sindicatos frente a la empresa Incatema, SL, al ser el salario de las personas trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo por convenio colectivo empresarial y por todos los conceptos (salario base y complementos de puesto de trabajo, de vestuario y de transporte), más la prima de productividad fuera del convenio colectivo, ligeramente superior (algo menos de 1.000 €) a la parte fija del SMI para 2019, igual a 900 euros brutos mensuales.

⁴¹ Artículos 2 y 3 del RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.

⁴² Al margen de la cuestión metodológica, también hay en la SAN 71/2019, de 24 de mayo, algún que otro aspecto criticable como la confusión entre la actualización de los complementos salariales del artículo 35 del convenio colectivo de la empresa demandada, garantizada por el propio convenio, y el carácter compensable/absorbible o no de esos complementos salariales, que la sentencia defiende pese al claro tenor prohibitivo de la norma convencional.

carácter *contra legem* (o, más bien, *praeter legem*) de la regulación reglamentaria inaplicada materialmente.

Y, en segundo lugar, omite la SAN la existencia de jurisprudencia previa sobre la problemática objeto del caso litigioso⁴³. Y una cosa es que en el derecho español la jurisprudencia ordinaria, a diferencia de la jurisprudencia europea y constitucional, no vincule necesariamente a los órganos judiciales inferiores y otra muy distinta que, existiendo jurisprudencia, esta no sea objeto de mención, y encima se adopte una solución contraria a la misma. Y en esta misma línea, considera la SAN que su solución es conforme con un precedente propio, una sentencia sobre el mismo problema de noviembre de 2018, cuando en esa sentencia previa se había aplicado, cuando menos teóricamente, la normativa reglamentaria sobre absorción o compensación de forma literal, sin reinterpretación teleológica alguna⁴⁴.

La controvertida, heterodoxa y rupturista SAN de mayo de 2019, reiterada en alguna ocasión posterior por el mismo tribunal⁴⁵, no es firme, pues está recurrida en casación ordinaria por los sindicatos demandantes en la instancia. Mientras el TS no se pronuncie, la inseguridad jurídica está servida y las empresas tienen ante sí un poderoso estímulo para la absorción o compensación del incremento anual del SMI al margen de lo previsto por la correspondiente y específica norma reglamentaria sobre absorción y compensación. Un foco de litigiosidad garantizado a la espera del pronunciamiento del Alto Tribunal.

Y no es solo que algunas empresas estén aprovechando la doctrina sentada por la AN para no trasladar en todo o en parte la subida anual del SMI a las categorías de personas trabajadoras con salarios profesionales más bajos, es que la propia negociación colectiva empresarial y sectorial presenta ya algunos ejemplos de recepción de la doctrina de la AN. Hay, en efecto, convenios colectivos empresariales⁴⁶ y

⁴³ SSTS de 13 de abril de 1989 y de 9 de marzo de 1992 (rec. 529/1991).

⁴⁴ SAN 88/2018, de 30 de noviembre, que defiende la aplicación literal del artículo 3 de la normativa reglamentaria anual de fijación del SMI para los años 2017 y 2018, con la consiguiente inclusión en la comparación entre el SMI y el salario profesional por todos los conceptos de los complementos salariales del artículo 26.3 del ET junto a la partida fija del SMI para los años 2017 y 2018. Cuestión distinta es la valoración concreta que la sentencia hace de los complementos salariales del convenio colectivo de franja de los tripulantes de cabina de pasajeros de Iberia, que la empresa maneja para la absorción del incremento anual del SMI para los años 2017 y 2018, considerando dichos complementos como ajenos al artículo 26.3 del ET, pese a la inequívoca conexión de algunos de ellos con los complementos ligados a la prestación de trabajo, por ejemplo, la gratificación por cumplimiento de objetivos, la prima por venta a bordo y la prima por razón de viaje.

⁴⁵ Reitera la doctrina de la SAN de mayo de 2019, la SAN 3/2020, de 15 de enero, bien es cierto que *obiter dicta* y con una argumentación técnica decididamente mejorable. Asimismo, la SAN 137/2021, de 14 de junio.

⁴⁶ Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (zona 3) (BOE de 10 de julio de 2020), que para llegar al importe anual fijo del SMI para 2019 en algunas categorías profesionales computa no solo el salario base y las dos pagas extraordinarias, sino también el plus personal y el plus variable. Muy elocuente, a este respecto, es el artículo 23 *in fine*, que dice así:

sectoriales⁴⁷ recientes que, orillando la regulación reglamentaria anual sobre absorción y compensación del SMI y prescindiendo del principio de jerarquía normativa, establecen que en la comparación anual entre el SMI y el salario profesional por convenio colectivo deben computarse todos y cada uno de los conceptos salariales del convenio, los fijos y los variables, los básicos y los complementarios, los causales y los no causales, así como las mejoras contractuales o garantías salariales *ad personam*, sin que, por otro lado, algunos de esos complementos, los del artículo 26.3 del ET, deban añadirse a la parte fija del SMI. En consecuencia, calificación convencional del SMI fijo como SMI único o por todos los conceptos.

Téngase muy en cuenta que la doctrina rupturista de la AN, pese a la falta de firmeza, está teniendo un notable seguimiento por parte de otros jueces y juezas y tribunales de lo social (corta y pega, incluido)⁴⁸, aunque no falten ejemplos relevantes de signo contrario⁴⁹, lo que de nuevo aboca tarde o temprano a la intervención unificadora del TS.

En aquellos supuestos en los que, incluyendo todos los conceptos que forman parte de la estructura salarial en cómputo anual, el salario resultante sea inferior al salario mínimo interprofesional que en cada momento legalmente se establezca, se complementará el salario abonándose las diferencias que correspondan en proporción al tiempo trabajado.

Igualmente, la revisión salarial del Convenio colectivo de MDL Distribución Logística, SA (BOE de 22 de marzo de 2021), con un salario base y dos pagas extraordinarias para el año 2021 de importe anual muy inferior al SMI para numerosos niveles retributivos (10.676 € brutos anuales), admitiéndose convencionalmente la adición de cualesquiera complementos salariales por convenio o por contrato (antigüedad, nocturnidad, carretilla, responsabilidad, prima por beneficio empresarial, prima individual graciable y garantías *ad personam*), pese a situarse todos ellos inequívocamente dentro del ámbito del artículo 26.3 del ET.

⁴⁷ III Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación (BOE de 10 de julio de 2020), cuyo artículo 49 establece un salario por todos los conceptos y para determinadas «categorías» profesionales igual al SMI para el año 2020, es decir, con inclusión de los diversos complementos salariales previstos en el convenio, incluidos los causales reconducibles al artículo 26.3 del ET.

Asimismo, el Acuerdo del Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE de 3 de julio de 2020).

⁴⁸ Siguen al pie de la letra, corta y pega incluido, la doctrina de la SAN de mayo de 2019, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de la Comunidad Valenciana 915/2020, de 4 de marzo, y de Extremadura de 16 de septiembre de 2020 (rec. 248/2020). Asimismo, aunque *obiter dicta*, la STSJ de Canarias de 22 de octubre de 2020 (rec. 391/2020).

Pese a que no mencionan la SAN de mayo de 2019, quizá por desconocerla, siguen su doctrina las SSTSJ de Cataluña 15/2019, de 22 de octubre, de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 2020 (rec. 165/2020) y de la Comunidad Valenciana de 26 de enero de 2021 (rec. 2342/2020).

En cuanto a los juzgados de lo social, entre otras muchas, aplican la doctrina de la AN como *ratio decidendi* la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 2 de Badajoz 416/2019, de 23 de diciembre, y la SJS número 3 de Ciudad Real 269/2020, de 11 de septiembre.

⁴⁹ Especial protagonismo merece, a este respecto, la STSJ de Cantabria de 28 de diciembre de 2018 (rec. 755/2018), que además es firme tras la inadmisión por el Alto Tribunal del recurso de casación para la unificación de doctrina presentado en su día frente a la misma (Auto del TS de 15 de septiembre de

Pese a la crítica que se acaba de efectuar, que afecta tanto a la solución judicial alcanzada por la AN como a la vía metodológica seguida para ello, debe reconocerse a la SAN de mayo de 2019 el mérito de haber puesto sobre la mesa una nueva mirada sobre una problemática que, a la vista de las nuevas circunstancias fácticas, no puede seguir respondiendo mecánicamente o por inercia a las soluciones del pasado, concebidas para unos hechos y unos problemas muy distintos de los actuales. Lástima que esa nueva mirada que esta sentencia ofrece, y que conecta con el hilo conductor o idea fuerza de este estudio, no se limite al terreno que le corresponde, el dialéctico, el de la propuesta judicial de *lege ferenda*, y haya, en cambio, penetrado en el ámbito de la interpretación de *lege data*. De ahí la valoración crítica de la doctrina de la AN que aquí se lleva a cabo.

Adviértase que la propuesta de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, a la que se ha hecho ya referencia en este estudio, no contempla en su estado actual ninguna previsión sobre la problemática que aquí se está tratando, como no lo hace tampoco el Convenio número 131 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ahora bien, la propuesta de directiva seguramente tenga en mente una estructura compleja del salario mínimo, pese a que en el artículo 3.1 el salario mínimo solo tenga en cuenta la remuneración sobre la base del tiempo o del rendimiento; una remuneración mínima básica, en definitiva. Y es que solo con una estructura compleja del salario mínimo tendría sentido una de las ideas fuerza de la propuesta de directiva en relación con la adecuación del salario mínimo, a saber, la comparación entre el salario mínimo y el salario medio de cada país. En efecto, para que la referida comparación no estuviese viciada de partida, y teniendo en cuenta que en el salario medio se incluyen a la fuerza cualesquiera conceptos salariales, al importe del salario mínimo habrían de añadirse los complementos salariales, lo que equivaldría a una comparación entre la parte fija del salario mínimo y el salario medio básico, entendido como salario por unidad de tiempo o de rendimiento, sin complementos salariales causales.

4. La problemática absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI: el reto de la negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica

De los no pocos problemas jurídicos que la subida anual del SMI plantea a los titulares de la autonomía colectiva y a las empresas en el cumplimiento de la obligación de pago del salario, algunos de los cuales serán objeto de un breve apunte más adelante, el más importante es, sin duda, el relativo a la eventual absorción o compensación empresarial del incremento anual del SMI.

2020, rec. 1021/2019). Sentencia del tribunal cántabro evidentemente anterior en el tiempo a la SAN de mayo de 2019.

Con posterioridad a la SAN, se aparta de su doctrina y sigue la de la sentencia del tribunal cántabro apenas citada la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2020 (rec. 623/2020).

Una materia muy problemática en la práctica, a la espera de que el TS confirme o no la controvertida doctrina de la AN a que se ha hecho referencia en el anterior epígrafe, y en la que la negociación colectiva podría dejar de ser parte del problema y empezar a ser ingrediente fundamental de la solución, de convertirse progresivamente en instrumento de seguridad jurídica donde la inseguridad campa en la actualidad a sus anchas.

El reto que tiene ante sí la negociación colectiva es el que da sentido unitario a este epígrafe y además conecta con el hilo conductor o idea fuerza de este trabajo, la necesidad de ofrecer una nueva mirada sobre una materia en la que las ideas y las soluciones del pasado, concebidas para una situación fáctica muy distinta de la actual, no pueden continuar sirviendo por inercia para unos hechos y unos problemas radicalmente distintos. Una inercia fácilmente apreciable en las cláusulas de muchos convenios colectivos, redactadas de espaldas al eventual impacto del incremento anual del SMI.

Para muchas personas trabajadoras de salarios profesionales tradicionalmente bajos y para sus empresas, el conocimiento del salario a cobrar y a pagar tras el incremento anual del SMI, que viene además repitiéndose durante los últimos años en porcentajes muy altos, constituye una tarea nada sencilla, rodeada de una considerable inseguridad jurídica, con la consiguiente litigiosidad real o potencial. Lo que aquí pretende exponerse es el papel que la negociación colectiva podría cumplir en este complejo y problemático escenario como instrumento de seguridad jurídica y ello tanto para las empresas como para las personas trabajadoras, facilitando, asimismo, la labor judicial en los inevitables supuestos de conflictividad individual y/o colectiva.

Por supuesto, siguen siendo muy mayoritarias las personas trabajadoras cuyos salarios profesionales claramente por encima del SMI no se ven en modo alguno afectadas por la subida anual del SMI, operando la íntegra absorción del incremento de origen estatal de manera tan pacífica como inadvertida, centrando la atención de estas personas trabajadoras no el porcentaje de subida anual del SMI, sino el eventual porcentaje de subida de su salario profesional conforme al convenio colectivo de referencia. Y, en su caso, con arreglo a la autonomía individual para las personas trabajadoras con suficiente poder contractual.

La negociación colectiva como instrumento de seguridad jurídica podría tener proyección, al menos, sobre los siguientes ámbitos materiales. En primer lugar, la calificación y la definición de las percepciones extrasalariales más conflictivas, los suplidos, como, por ejemplo, el plus de transporte y el plus de vestuario. En segundo lugar, la precisa definición de las distintas partidas salariales, asignando a cada una un papel distinto, y reconducibles o no con claridad a los tres tipos de complementos salariales del artículo 26.3 del ET. En tercer lugar, y en línea con el anterior ámbito material, la correcta configuración de los pluses salariales de vencimiento superior al mes, distinguiendo bien las genuinas pagas de participación en beneficios o similares de las gratificaciones extraordinarias adicionales a las dos legales. Y, en cuarto y último lugar, el establecimiento de reglas claras sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, ya se trate de reglas *ad hoc*, ya de reglas generales también aplicables en este terreno.

4.1. La calificación y la definición de las percepciones extrasalariales

Resulta capital la calificación y la definición de las percepciones extrasalariales, en particular los suplidos y los beneficios sociales que más fácilmente podrían prestarse a confusión con partidas salariales en dinero o en especie⁵⁰. Paradigmático, a este respecto, resulta el plus de transporte/plus de distancia.

Ya se sabe que la calificación convencional de las percepciones extrasalariales no vincula al juez o a la jueza o tribunal que se enfrente a la determinación de la verdadera naturaleza de una percepción económica controvertida, pero evidentemente constituye un relevante punto de partida. Y más importante que la calificación convencional es la definición convencional de las diferentes partidas extrasalariales, despejando las dudas acerca de la compensación económica de los gastos derivados del trabajo (art. 26.2 ET), sin que la ausencia de prestación de trabajo por diversos motivos permita el devengo de unas compensaciones por gastos inexistentes, so pena de desnaturalizar las percepciones extrasalariales y apuntar a la verdadera naturaleza de partidas salariales.

Ya se ha dado cuenta en este trabajo de la imposibilidad legal de neutralizar empresarialmente el incremento anual del SMI mediante el manejo de las percepciones extrasalariales por convenio colectivo o por contrato, que no pueden, en consecuencia, entrar en la comparación en cómputo anual entre el SMI (parte fija) y el salario básico profesional, rechazándose judicialmente sin fisuras las prácticas empresariales en sentido contrario⁵¹.

Ahora bien, una deficiente o confusa práctica convencional en esta materia podría acabar volviéndose en contra de las personas trabajadoras de apostar la negociación colectiva por la naturaleza salarial de determinadas percepciones típicamente extrasalariales como el plus de transporte/plus de distancia y el plus de vestuario. Apuesta que puede fácilmente encontrarse en la negociación colectiva en vigor⁵². E igualmente abundan en la negociación colectiva las cláusulas que pese a la calificación de estos pluses como extrasalariales en realidad ofrecen unos criterios de devengo que materialmente apuntan a la naturaleza salarial de los mismos⁵³.

⁵⁰ Sobre los problemas de calificación jurídica de las percepciones extrasalariales, en especial de los suplidos, entre más, Llopart Bennassar (2007, pp. 271 y ss.) y Matorras Díaz-Caneja (2018, pp. 453 y ss.).

⁵¹ SSAN 51/2019, de 3 de abril, y 102/2019, de 16 de septiembre. Igualmente, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 2020 (rec. 165/2020).

⁵² El artículo 16.IV) (y el anexo II) del Convenio colectivo de Fernando Buil, SA (BOE de 16 de septiembre de 2020), califica el plus de transporte como salarial.

⁵³ Una amplia muestra de este tipo de cláusulas puede verse en Vivero Serrano *et al.* (2018, pp. 231 y ss.).

En la heterodoxa SAN de mayo de 2019, tantas veces citada en este trabajo, se parte de la consideración de los pluses de vestuario y de transporte como salariales, con la correspondiente inclusión de estos en la comparación en cómputo anual entre el SMI (parte fija) y el salario profesional, y ello pese a que, de conformidad con el artículo 35 del convenio colectivo empresarial de aplicación, el plus de transporte podría ser extrasalarial en función de la decisión individual de las personas trabajadoras⁵⁴. En todo caso, las partes en conflicto admitieron pacíficamente la naturaleza salarial del plus de transporte, y si se trae a colación aquí este asunto es a modo de ejemplo de la confusión introducida por la negociación colectiva, permitiendo el convenio colectivo empresarial en liza la calificación del plus de transporte como salarial o extrasalarial en función de la decisión individual de las personas trabajadoras. Un ejemplo de inseguridad jurídica que habría que evitar a toda costa.

4.2. La definición de los complementos salariales y su reconducción o no a las tres categorías de complementos del artículo 26.3 del ET

Igual de importante resulta la precisa definición de cada uno de los complementos salariales mensuales, así como de las pagas de vencimiento superior al mes, más allá de las dos pagas extraordinarias garantizadas por el artículo 31 del ET. La reconducción de unos u otras al ámbito estricto de los complementos salariales del artículo 26.3 del ET, más por razones materiales que formales o nominales, tiene gran relevancia, al menos mientras las normas reglamentarias anuales sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI sigan adicionando esos complementos al importe fijo y garantizado del SMI para su comparación en cómputo anual con el salario profesional por todos los conceptos de las personas trabajadoras potencialmente afectadas por el incremento anual del SMI en cuestión.

Empezando por las pagas de vencimiento superior al mes, es habitual encontrar en la negociación colectiva una tercera paga (entera, media u otras posibilidades), denominada frecuentemente «paga por beneficio», cuya regulación realmente suele prescindir de requisito alguno de beneficio empresarial o similar⁵⁵.

⁵⁴ Dice así el artículo 35 d) del Convenio colectivo de Incatema, SL (BOE de 3 de julio de 2015):

Plus de transporte: Dada la necesidad de desplazamiento diario de los trabajadores para la ejecución de su trabajo durante su jornada laboral, la empresa abonará la cantidad fijada en la tabla anexa. *El trabajador podrá elegir que sea un concepto no cotizable, con la presentación de los justificantes correspondientes* (la cursiva es mía).

⁵⁵ I Convenio colectivo de Solplast, SA (BOE de 9 de febrero de 2021), concretamente el artículo 42, que establece una falsa paga entera de participación en beneficios, que en realidad es una tercera paga extraordinaria por convenio colectivo.

Asimismo, el Convenio colectivo de la empresa Fernando Buil (BOE de 16 de septiembre de 2020): artículo 17.

Ese tipo de pagas no puede reconducirse al tercero de los grupos de complementos salariales mencionados en el artículo 26.3 del ET, teniendo sin la menor duda la condición de retribución básica, por unidad de tiempo o de obra (Llompарт Bennàssar, 2007, pp. 380 y ss.). En consecuencia, esa tercera paga en la comparación anual entre el SMI y el salario profesional solo debe añadirse, junto al salario base y a las dos pagas extraordinarias por ley, al salario profesional y no así al SMI. Y sin que la incertidumbre creada por la doctrina rupturista de la AN tenga el menor efecto en este caso. Así las cosas, y pese a la inexistencia de inseguridad jurídica en este concreto ámbito, sería bueno que la negociación colectiva sin figuras llamase a las cosas por su nombre y dejase de etiquetar esas terceras pagas como de beneficios para calificarlas como pagas extraordinarias por convenio colectivo, en la línea de lo que desde antaño viene haciendo una parte importante de la negociación colectiva.

En cuanto a los complementos salariales de devengo mensual⁵⁶, puede observarse en la negociación colectiva todo un festival de complementos⁵⁷, de no fácil reconducción en muchos casos al ámbito estricto y causal de los complementos del artículo 26.3 del ET, ni siquiera a la más abierta e imprecisa categoría de los complementos personales. Abundan así en la negociación colectiva complementos sin nombre o sin regulación⁵⁸; complementos con nombre puramente retórico, como, por ejemplo, plus por convenio⁵⁹ y plus específico⁶⁰; y complementos con denominación formal (aparentemente causal) no ajustada a las reglas materiales de su devengo⁶¹, que en principio deberían considerarse como genuinas retribuciones básicas por unidad de tiempo o de obra, al menos por lo que se refiere a la eventual absorción o compensación del incremento anual del SMI, debiendo añadirse los mismos al salario base y a las pagas extraordinarias (dos o más de dos) a efectos de la comparación anual entre el SMI y el salario profesional básico por convenio colectivo (o por contrato de trabajo, de ser

⁵⁶ Sobre los complementos salariales, Burgos Giner (2011) y Llompарт Bennàssar (2007, pp. 386 y ss.).

⁵⁷ Festival de complementos salariales causales y no causales a partir de un salario base muy bajo que puede verse, como ejemplo paradigmático, en el XXI Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, SA (BOE de 15 de julio de 2020).

⁵⁸ Así sucede con el plus de dedicación y el plus paga del Convenio colectivo de Establiments Viena (BOE de 25 de septiembre de 2020). Adviértase que en la revisión salarial para 2020 el salario base y las dos pagas extraordinarias de determinadas categorías de personas trabajadoras no alcanzarían el importe anual fijo del SMI para 2020, debiendo integrarse como retribuciones básicas los referidos pluses de dedicación y de paga, sin regulación alguna en el articulado del convenio colectivo.

⁵⁹ Convenio colectivo de Cor Outsourcing, SL (BOE de 15 de julio de 2020): artículo 42 y tabla salarial.

⁶⁰ Convenio colectivo de la Fundación Diagrama (BOE de 9 de febrero de 2021), concretamente el artículo 46.F) y la tabla salarial.

⁶¹ Así sucede con el complemento de compensación por primas del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de las entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, regulado en el artículo 31, sin exigencia alguna para su devengo distinta de la prestación de trabajo por unidad de tiempo, es decir, un salario base encubierto. Téngase en cuenta que el importe de dicho complemento por compensación por primas permite alcanzar el importe anual del SMI para el año 2019 en el nivel retributivo de nuevo ingreso, no llegándose a dicho importe exclusivamente con el salario base y las dos pagas extraordinarias.

superior). Y ello aunque, tal y como sucede en no pocas ocasiones, el propio convenio colectivo de manera confusa e indebida calificase expresamente el plus de convenio no causal como complemento causal por calidad o cantidad de trabajo, pero sin regulación alguna de los parámetros de calidad o de cantidad exigibles para el devengo del complemento⁶².

Tiene aquí la negociación colectiva un importante reto pendiente, la integración en el salario base de todos y cada uno de los complementos salariales mensuales sin una verdadera causa distinta de la retribución por unidad de tiempo y no reconducibles, por ello, a ninguna de las tres categorías genuinas de complementos causales del artículo 26.3 del ET.

Seguramente todos los complementos no causales tengan una larga (o no tan larga) historia detrás, justificándose su nacimiento autónomo por las razones que fuesen, así como su mantenimiento en las sucesivas ediciones de los correspondientes convenios colectivos, hasta constituir dicho mantenimiento en el tiempo una cuestión de pura inercia. Incluso en los supuestos en los que dichos complementos no causales sirviesen para disminuir el coste de determinadas partidas salariales (y extrasalariales) calculadas a partir del salario base⁶³, podría perfectamente lograrse el mismo resultado mediante la integración de los complementos no causales en el salario base y la utilización como parámetro de cálculo no del ampliado salario base en su totalidad, sino de un determinado porcentaje del mismo, el acordado por los titulares de la autonomía colectiva. En definitiva, la racionalidad y la transparencia deberían abrirse paso donde fuese necesario, facilitando, entre otras muchas cosas, la labor de comparación en cómputo anual entre el salario profesional básico y la parte fija del SMI. Saldrían ganando con ello las empresas, las personas trabajadoras y cualesquiera operadores jurídicos, incluidos desde luego los jueces/zas y tribunales de lo social que tuvieran que enfrentarse a litigios (individuales y colectivos) sobre neutralización o no del incremento anual del SMI.

Sin salir del ámbito de los complementos salariales no causales, resultan especialmente confusos los complementos de asistencia⁶⁴ o denominaciones parecidas⁶⁵, distintos de las genuinas primas antiabsentismo. Aunque el devengo íntegro del complemento de asistencia estuviera condicionado a la efectiva prestación de trabajo durante todos los días laborables del mes y aunque estuviera prevista la reducción proporcional del complemento por ausencias injustificadas al trabajo, el complemento en cuestión no parecería reconducible al ámbito

⁶² Así sucede con el plus de convenio del Convenio colectivo de Thales España, GRP, SAU (BOE de 11 de julio de 2020): artículo 11.1, que dice así: «El "Plus Convenio" constituye, por su carácter y naturaleza, un complemento por calidad y cantidad de trabajo, aunque no vaya unido a un sistema de retribución por rendimiento».

⁶³ Por poner solo un ejemplo, el caso del Convenio colectivo de Cor Outsourcing, SL (BOE de 15 de julio de 2020): artículo 42 y tabla salarial.

⁶⁴ I Convenio colectivo de Solplast, SA (BOE de 9 de febrero de 2021): artículo 41 y tabla salarial.

⁶⁵ Convenio colectivo de la Compañía Auxiliar al Cargo Express, SA (BOE de 11 de julio de 2020): artículo 16, que bajo la denominación insustancial de plus de convenio encubre en realidad un típico plus de asistencia.

de los complementos del artículo 26.3 del ET, retribuyendo en realidad la prestación de trabajo por unidad de tiempo, igual que el salario base y las pagas extraordinarias, siendo la eventual reducción proporcional del complemento por ausencias injustificadas al trabajo una mera consecuencia del carácter sinalagmático del contrato de trabajo⁶⁶. Nada impediría, en consecuencia, la integración de ese tipo de complementos en el salario base, aunque pudiera entenderse la pervivencia de estos para reforzar enfáticamente el carácter sinalagmático del contrato de trabajo.

4.3. El establecimiento de reglas convencionales claras sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI

Por último, donde más se echa en falta un marco convencional de seguridad jurídica es en materia de reglas de absorción o compensación. La lectura de las habituales cláusulas convencionales sobre absorción/compensación, lo mismo da que se trate de convenios sectoriales que de convenios empresariales, resulta demasiadas veces espeluznante⁶⁷. Es verdad que las dudas doctrinales acerca de los propios conceptos de absorción y compensación y de su respectivo alcance (indistinto, diferenciado o complementario) no ayudan nada⁶⁸.

Por lo pronto, suelen integrarse en un mismo precepto, y bajo la denominación de «compensación y absorción», verdaderas reglas sobre absorción y/o compensación salarial con reglas sobre sucesión temporal de convenios colectivos del mismo ámbito (art. 82.4 ET), más el reconocimiento convencional (declarativo o constitutivo, según el origen de las condiciones) de condiciones más beneficiosas de origen contractual o de origen convencional, así como la absorción/compensación de condiciones (convencionales o contractuales) ya en vigor y que de manera sobrevenida dejaran de ser más favorables o beneficiosas⁶⁹.

En cuanto a las estrictas reglas convencionales sobre absorción y compensación, no son infrecuentes los supuestos ininteligibles, foco asegurado de litigiosidad⁷⁰.

Para que la negociación colectiva pudiera actuar también en este ámbito como instrumento de seguridad jurídica resultaría fundamental la incorporación de una cláusula específica sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, acorde con la

⁶⁶ Muy interesante la STS de 27 de mayo de 2021 (rec. 182/2019), que considera lícita la práctica empresarial de descuento proporcional del salario en concepto de impuntualidad de las personas trabajadoras, sin que dicha práctica pueda considerarse una sanción económica encubierta.

⁶⁷ Por todos/as, Mercader Uguina (2005, pp. 175 y ss.).

⁶⁸ Sobre la problemática delimitación de los conceptos de absorción y compensación, González-Posada Martínez (1984) y Thibault Aranda (2002, pp. 634 y ss.).

⁶⁹ Un inaceptable *totum revolutum* en expresión de Sala Franco (2020, pp. 420-421).

⁷⁰ Así, por ejemplo, la recurrente litigiosidad planteada por la regla (art. 5) del Convenio colectivo del sector de la banca (última versión, la XXIV, publicada en el BOE de 30 de marzo de 2021).

regulación legal/reglamentaria, que no es la general del artículo 26.5 del ET, sino la particular del artículo 27.1 *in fine* del ET, con el recurrente desarrollo reglamentario anual: artículo 3 del RD 817/2021, por el que se establece el SMI para los meses de septiembre a diciembre del año 2021.

Y puesto que la norma reglamentaria anual sobre absorción o compensación del incremento del SMI ya establece los parámetros de la comparación anual entre el SMI (parte fija, más complementos del 26.3 ET, más incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción) y el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos, las posibilidades de esa cláusula convencional específica serían fundamentalmente dos.

Una primera posibilidad, seguramente descartable por la parte patronal por su drástico alcance en estos últimos años de fuerte subida del SMI, sería la prohibición sin más de la absorción o compensación del incremento anual del SMI, debiendo trasladarse en todo caso el porcentaje de subida anual del SMI al salario profesional, a las retribuciones básicas integrantes del salario profesional, en realidad. No se ha encontrado, de hecho, en la negociación colectiva ninguna cláusula específica con semejante alcance prohibitivo.

La segunda posibilidad, más moderada y plausible, consistiría en la mejora desde la perspectiva de las personas trabajadoras de los términos de la comparación anual entre el SMI (parte fija, más complementos del 26.3 ET, más incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción) y el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos, por ejemplo, añadiendo a la parte fija del SMI complementos salariales ajenos al artículo 26.3 del ET. Tampoco se han encontrado en la negociación colectiva este tipo de cláusulas específicas.

Esta segunda posibilidad cobraría una especial relevancia si el TS hiciera suya la doctrina de la SAN 71/2019, de 24 de mayo, cosa que aquí no se vaticina, aunque evidentemente no habría que descartar del todo.

En ausencia de una cláusula convencional específica sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, habría que acudir tanto a la eventual cláusula general sobre absorción y compensación como a las posibles normas convencionales sobre el carácter absorbible/compensable o no de cada complemento salarial de origen convencional. Y ya se ha dicho, y se reitera ahora, que en ese escenario generalista la negociación colectiva más que instrumento de seguridad jurídica está sirviendo para todo lo contrario.

Por último, hay que volver a recordar⁷¹ cómo en los últimos tiempos han aparecido cláusulas convencionales específicas que en materia de absorción o compensación del incremento anual del SMI están siguiendo, en perjuicio de las personas trabajadoras, la doctrina

⁷¹ *Vid.* los ejemplos de las notas 45 y 46.

no firme de la AN de mayo de 2019. Esas cláusulas deben reputarse nulas por contravención del principio de jerarquía normativa (art. 3.1 ET), concretamente por vulneración de la normativa reglamentaria anual sobre absorción/compensación del incremento anual del SMI.

5. El necesario replanteamiento de la regulación estatal de la absorción o compensación del incremento anual del SMI

Sin perjuicio del importante papel que la negociación colectiva está llamada a cumplir en esta materia como instrumento de seguridad jurídica, en los términos vistos en el anterior epígrafe, hay razones de peso para un replanteamiento de la regulación estatal de la absorción o compensación del incremento anual del SMI⁷². En este sentido, la vigente regulación legal y reglamentaria, que en lo sustancial permanece establece desde antes incluso de la aprobación de la CE, está claramente diseñada para un escenario fáctico, el de la escasa importancia práctica de la subida anual del SMI, que ya no se corresponde con la realidad, tal y como ha tenido ocasión de probarse en la primera parte de este trabajo. Añádase la obsolescencia de la clasificación legal de los complementos salariales causales del artículo 26.3 del ET⁷³.

Se comparta o no la controvertida doctrina de la AN de mayo de 2019, y aquí no se comparte, la misma tiene la innegable virtud de haber puesto sobre la mesa la necesidad de una nueva mirada sobre una temática que no puede seguir sin más siendo analizada como se venía haciendo desde hace muchas décadas, aunque solo sea porque los problemas y los hechos nuevos mal pueden ser abordados mediante las ideas y las soluciones de antaño. Este es, se insiste, el hilo conductor o idea fuerza de este estudio.

Los términos del replanteamiento no son ajenos a lo que el TS pueda decir acerca de esa doctrina de la AN. En todo caso, diga lo que diga el Supremo, y aquí se apuesta por la casación de la sentencia de instancia, el replanteamiento debería llevarse a cabo, y es lo que precisamente se ensaya a continuación. Eso sí, más a modo de esbozo de ideas que de propuesta acabada y sólidamente construida. Interesa, pues, avivar el debate, dejando para otros (agentes sociales incluidos) la elaboración de una propuesta mucho más sopesada y rematada.

El replanteamiento pasaría por el establecimiento de unas nuevas reglas legales y reglamentarias sobre absorción o compensación del incremento anual del SMI, alterando los términos objeto de la comparación en cómputo anual. Así, del lado del SMI junto al importe fijo del SMI habrían de añadirse todos los complementos salariales (mensuales o de vencimiento superior al mes) no personales. Y del lado del salario profesional, continuaría

⁷² También se muestra partidario de una reforma de la regulación reglamentaria anual Cruz Villalón (2019).

⁷³ Autoras citadas en la nota 57.

considerándose como hasta ahora el salario profesional (convencional o contractual) por cualesquiera conceptos. De esta manera, los complementos salariales no personales se anularían entre sí y la verdadera comparación en cómputo anual se produciría entre el importe fijo del SMI de un lado y del otro lado el salario profesional básico (salario base, pagas extraordinarias y complementos no causales) más los complementos salariales personales.

Y entre esas nuevas reglas habría que replantearse también el juego de determinadas percepciones extrasalariales, en particular los suplidos libremente establecidos por la autonomía colectiva o la autonomía individual. Asimismo, habrían de tomarse en consideración los típicos beneficios o ayudas sociales, producto de la autonomía colectiva o de la decisión empresarial unilateral de alcance colectivo, bajo la cobertura de la responsabilidad social corporativa o no.

Empezando por la propuesta de una nueva regla de comparación en cómputo anual entre el SMI de estructura compleja y el salario profesional por todos los conceptos, la aquí formulada constituye una propuesta intermedia. Una postura intermedia entre la que año tras año viene reproduciendo la normativa reglamentaria sobre el SMI, que incluye todos los complementos salariales reconducibles a alguna de las tres categorías del artículo 26.3 del ET (más el incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción), y la postura defendida por la AN en mayo de 2019, de exclusión de cualesquiera complementos salariales y consideración única y exclusivamente del importe fijo del SMI.

La finalidad de esta postura intermedia es huir de las dos posiciones extremas en liza y de sus peores consecuencias. En efecto, con la postura de la AN, de exclusión de cualesquiera complementos salariales y consideración única del SMI de importe fijo, podría darse la injusta situación de personas trabajadoras de una misma empresa que pese a haber devengado diferentes complementos salariales ligados a la cantidad o la calidad de la prestación de trabajo, o a la aportación mayor o menor a los resultados de la empresa, al final del año percibieran el mismo salario global, unas gracias a los complementos salariales devengados, pero sin traslado en todo o en parte del incremento anual del SMI, y otras sin complementos salariales, pero con el traslado en todo o en parte de la subida anual del SMI. Una situación así además de profundamente injusta sería antieconómica, contraria al fomento de la productividad. Y no se olvide que el SMI no solo pretende atender las necesidades de las personas trabajadoras y de sus familias, sino que tanto en la normativa de la OIT (Convenio núm. 131) como en el propio artículo 27.1 del ET hay también una función económica que cumplir, muy en particular no debiendo actuar el SMI en detrimento de la productividad.

En cuanto a la posición que año tras año viene recogiendo la normativa reglamentaria sobre el SMI, de adición, junto al importe fijo del SMI, de cualesquiera complementos salariales reconducibles a las tres categorías del artículo 26.3 del ET, no parece acorde con el cambio radical que ha experimentado en los últimos años la parte fija del SMI, cuya notable y sostenida subida ha dejado prácticamente sin margen a los salarios profesionales tradicionalmente más bajos. Cuando en el pasado la distancia entre la parte fija del SMI y los

salarios profesionales por todos los conceptos era considerable, incluso para las personas trabajadoras de salarios más bajos, no había mayor obstáculo para la salvaguardia de todos los complementos salariales del artículo 26.3 del ET, para la consideración indirecta de los mismos como no absorbibles ni compensables. Cuando, tal y como sucede en la actualidad, el margen de diferencia entre el SMI y el salario profesional se ha estrechado considerablemente, y a veces incluso ha desaparecido por completo, la solución del pasado no puede seguir defendiéndose por inercia, so pena de consecuencias económicas negativas, con repercusión en el empleo de las personas trabajadoras de salarios tradicionalmente más bajos.

La propuesta pasaría por la adición, junto al importe fijo del SMI, de los complementos salariales (mensuales o de vencimiento superior al mes) vinculados con la prestación de trabajo (tipo de puesto de trabajo y calidad o cantidad de la prestación de trabajo) y con los resultados de la empresa, y no así de los complementos salariales personales (incluidas las condiciones salariales más beneficiosas genéricas o innominadas⁷⁴), por tener estos últimos una menor vinculación con la productividad y con los factores económicos, técnicos, organizativos y productivos del día a día de las empresas. Complementos salariales personales, por lo demás, cada día menos importantes (Llompert Bennàssar, 2007, p. 390). De esta forma, el incremento anual de la parte fija del SMI podría, en su caso, absorberse o compensarse con los complementos salariales personales y no así con los demás complementos salariales por convenio colectivo o por pacto contractual, no absorbibles ni compensables.

Desde el punto de vista formal, la propuesta podría perfectamente articularse por vía reglamentaria, sin necesidad de reforma legal, del artículo 27.1 del ET. Sin perjuicio de que pudiera seguirse la vía tradicional de las normas reglamentarias de vigencia anual (arts. 2 y 3 del correspondiente real decreto de fijación del SMI), también podría optarse por una vía reglamentaria de vigencia indefinida, de desarrollo del artículo 27.1 del ET a partir de la habilitación reglamentaria general de la disposición final segunda.2 del ET. De esta manera, se pondría fin a la heterodoxa praxis gubernamental de inclusión, en una misma norma reglamentaria de vigencia anual, de un contenido típicamente reglamentario, el relativo a la absorción o compensación del incremento anual del SMI, y de otro contenido decisorio y puramente político, el establecimiento del importe fijo del SMI en cumplimiento del mandato del artículo 27.1 del ET. Una vía que por mucho que cuente con el aval de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tal y como ya se ha visto, no deja por ello de ser heterodoxa.

Podría aprovecharse la «negociación» entre el Gobierno y los agentes sociales más representativos acerca del SMI, habitualmente desarrollada a finales de cada año, para seguir cualquiera de esas dos vías (vigencia anual o vigencia indefinida) y llevar a cabo una reforma de la obsoleta regla reglamentaria de absorción o compensación del incremento anual del SMI, la última plasmada en los artículos 2 y 3 del RD 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021. Reforma reglamentaria que sería bueno llegase antes del pronunciamiento del TS acerca de la controvertida

⁷⁴ Fundamental, a este respecto, resulta la STS de 25 de enero de 2017 (rec. 2198/2015).

doctrina sentada por la SAN de mayo de 2019, tantas veces citada en este trabajo. De ser posterior, evidentemente habría que tener en cuenta el pronunciamiento del Supremo, aunque seguramente el mismo no restaría virtualidad a la reforma que aquí se postula; al contrario. Habrá, pues, que esperar a lo que pueda resultar del real decreto de fijación del SMI para el año 2022, a la vista de la oportunidad perdida por el reciente RD 817/2021, continuista con las normas reglamentarias anuales anteriores.

Siguiendo con la propuesta de replanteamiento de la vigente regulación de la absorción o compensación del incremento anual del SMI, habría de barajarse también el juego de determinadas percepciones extrasalariales, de los suplidos y de los beneficios sociales libremente establecidos por la autonomía colectiva (o la autonomía individual o la decisión empresarial unilateral), esto es, no obligatorios por ley (o por normas reglamentarias) y ajenos al objeto del contrato de trabajo, a las obligaciones principales que integran la relación individual de trabajo. Se trata de retribuciones *lato sensu*, que, aunque de manera inmediata vengan a compensar determinados gastos difusos derivados de la prestación de trabajo, o supongan una política social de financiación empresarial, no son exigibles por ley, a diferencia de lo que sucede con los gastos de viaje y las dietas por los desplazamientos temporales (art. 40.6 ET), ni encuentran en la esencia misma del contrato de trabajo su reconocimiento imperativo. En definitiva, percepciones económicas todavía formalmente extrasalariales, aunque materialmente más próximas a lo salarial que a lo extrasalarial. De ahí las reformas de la legislación de Seguridad Social para la inclusión en las bases mensuales de cotización de las percepciones extrasalariales que aquí interesan (art. 147 Ley general de la Seguridad Social y art. 23 RD 2064/1995) (Matorras Díaz-Caneja, 2016, pp. 1-41, en versión digital). Piénsese, a este respecto, en determinados suplidos y beneficios sociales previstos en la negociación colectiva de manera difusa o indiferenciada, para el conjunto de las personas trabajadoras, como el plus de transporte o distancia⁷⁵, el plus de vestuario y los cheques, tarjetas o pluses de comida.

La propuesta en cuestión pasaría no tanto por la inclusión de esas percepciones extrasalariales junto al salario profesional por todos los conceptos en la comparación en cómputo anual entre el SMI y el salario profesional, algo rechazado por la jurisprudencia como ya se ha visto, cuanto por la posibilidad empresarial de minoración de las correspondientes percepciones extrasalariales en la misma media en que se hubiera tenido que incrementar el salario profesional a resultas del traslado en todo o en parte del incremento anual del SMI. De esta forma, las empresas podrían, en su caso, neutralizar el coste retributivo del incremento anual del SMI, al tiempo que las personas trabajadoras verían reforzada la parte estrictamente salarial de su retribución económica *lato sensu*, con el traslado en todo o en parte del incremento anual del SMI, con las correspondientes consecuencias favorables en materia laboral (posible indemnización por despido, cobertura a cargo del Fogasa, etc.) y de Seguridad Social

⁷⁵ Téngase en cuenta que desde la reforma laboral de 1994 (Ley 11/1994) los pluses de distancia y transporte ya no cuentan con la vieja regulación reglamentaria de apoyo o sustento, no siendo ya preceptivos, sino producto, en su caso, de la autonomía colectiva, la autonomía individual o la decisión empresarial unilateral.

(mayores cotizaciones sociales). Un reforzamiento de la centralidad de la obligación salarial, objeto principal, junto a la prestación de trabajo, del contrato de trabajo.

Ni que decir tiene que esta propuesta exigiría a la fuerza una reforma legal, del artículo 27.1 *in fine* del ET, no pudiendo confiarse este muy relevante cambio normativo exclusivamente a la potestad reglamentaria. Un cambio legal que, evidentemente, incrementaría la posibilidad empresarial de neutralización retributiva (más que salarial) del incremento anual del SMI, pero que sería coherente con la consideración del SMI como «ingreso anual irreductible», en los términos del histórico artículo 10 del Decreto de ordenación del salario de 1973. E igualmente sería coherente con la visión economicista de la retribución, la que se sigue en la gestión empresarial de los recursos humanos, conforme a la cual en el diseño del coste retributivo del factor trabajo, de las personas trabajadoras, se suman las partidas salariales, las cotizaciones sociales patronales y las percepciones extrasalariales, y muchas de estas últimas, en particular determinados suplidos y beneficios sociales, no dejan de ser materialmente salarios encubiertos.

La propuesta última que se acaba de formular encontraría plena coherencia si viniera acompañada de la reordenación integral de la sobreprotección legal de determinadas percepciones extrasalariales, en concreto los suplidos y los beneficios sociales, frente a las percepciones salariales, muy visible en los acuerdos de empresa de descuelgue del artículo 82.3 del ET y en la prioridad aplicativa del convenio de empresa del artículo 84.2 del ET, limitados ambos preceptos a las percepciones salariales y dejando incomprensiblemente fuera esas percepciones extrasalariales. Y, por supuesto, la reforma del artículo 27.1 *in fine* del ET en este punto debería también afectar a la regla general sobre absorción y compensación del artículo 26.5 del ET, una regla obsoleta y de espaldas a la naturaleza materialmente salarial de muchos suplidos y beneficios sociales.

6. Otros problemas y retos jurídicos derivados del incremento anual del SMI

El incremento anual del SMI plantea otros muchos problemas y retos jurídicos. Algunos de ellos se exponen a continuación, aunque solo a modo de apunte, pues un tratamiento exhaustivo de los mismos exigiría extender en exceso el espacio de este estudio, de por sí ya amplio.

6.1. La negociación colectiva tendente a la acomodación de la regulación convencional del salario al incremento anual del SMI

Cuando el incremento anual del SMI sitúa el salario profesional convencional de determinadas personas trabajadoras por debajo del mínimo legal/reglamentario, lo razonable es que los titulares de la autonomía colectiva reaccionen tempestivamente ajustando las tablas

salariales en la medida estrictamente necesaria (o más allá, faltaría más). De hecho, una parte muy importante de las revisiones salariales de los últimos años tanto en la negociación colectiva sectorial como en la negociación colectiva empresarial responde a esa función. Esa labor de ajuste de la cuantía salarial podría llevarse a cabo con o sin retoque de la estructura salarial, y a mayores de la estructura retributiva (percepciones extrasalariales incluidas)⁷⁶, correspondiendo libremente a la negociación colectiva elegir el camino a seguir en cada caso. Ahora bien, si se tratase de un mero ajuste de la cuantía salarial, sin remodelación de la estructura salarial (y retributiva), podría seguramente confiarse dicha tarea puramente ejecutiva o de mera gestión a la comisión paritaria, sin necesidad de revisión parcial y *ante tempus* del convenio colectivo en sentido estricto.

Si cualquiera de las dos partes con legitimación negociadora propusiera el inicio de una negociación colectiva tendente a la revisión salarial necesaria para hacer frente al incremento anual del SMI, no parece que la otra parte tuviese una genuina obligación de negociación colectiva. Desde luego, esa obligación no podría ampararse ni en el artículo 86.1 del ET ni en el artículo 89.1 del ET. Y tampoco parece que el artículo 27.1 *in fine*, con el auxilio de la norma reglamentaria anual⁷⁷, establezca de manera inequívoca una obligación de negociación colectiva, proyectándose más bien la norma legal sobre la obligación empresarial de pago del salario, con respeto en todo caso del SMI en cómputo anual. Y otro tanto habría que decir de la doctrina judicial, aparentemente reacia al reconocimiento de una obligación de negociación colectiva en ese escenario⁷⁸.

6.2. El empleo por la negociación colectiva del SMI a determinados efectos y las normas transitorias de afectación establecidas en los últimos años por las normas reglamentarias de fijación del SMI

Es de sobra conocido que en la negociación colectiva se ha venido empleando con frecuencia la referencia del SMI a diversos efectos como el importe del salario base de determinadas categorías de personas trabajadoras, el parámetro de cálculo de determinados complementos salariales y la referencia objetiva para la revisión salarial anual. Se trata de una práctica basada en la convicción del moderado incremento anual del SMI, privada de sentido en los últimos años con los notables y sostenidos incrementos anuales del SMI. Para que ese notable incremento del SMI de los últimos años no tuviera un efecto indeseado sobre las correspondientes cláusulas convencionales en vigor con anterioridad a dichos incrementos, en las normas reglamentarias anuales de fijación del SMI desde el año 2017 en adelante

⁷⁶ Muy interesante el cambio lícito de estructura retributiva, con supresión de antiguos complementos extrasalariales e inclusión de los mismos en el salario base, del que da cuenta la STS de 8 de junio de 2021 (rec. 190/2019).

⁷⁷ Para los meses de septiembre a diciembre de 2021, el artículo 3.3 del RD 817/2021, de 28 de septiembre.

⁷⁸ SAN 71/2019, de 24 de mayo, tantas veces citada en este trabajo.

se han venido fijando reglas transitorias de afectación, consistentes en el manejo de diferentes SMI (parte fija), en función del año de entrada en vigor de los convenios colectivos con referencias al SMI a distintos efectos, siempre de cuantía inferior a la del SMI del año de vigencia de la norma reglamentaria de fijación del SMI y de establecimiento de las correspondientes reglas transitorias⁷⁹. Reglas transitorias en la línea de las que se introdujeron en la anterior subida notable del SMI, en el primer Gobierno de Rodríguez Zapatero: RDL 4/2004 (Sempere Navarro y Pérez Campos, 2007, pp. 133 y ss.).

Reglas transitorias de afectación, ya aplicadas por los jueces/zas y tribunales de lo social⁸⁰, que plantean no pocos problemas jurídicos. Por ejemplo, la concreción de lo que deba entenderse por utilización del SMI como referencia a cualquier efecto. Parece razonable que la utilización del SMI por las normas convencionales incluya tanto la referencia nominal o en palabras como la más habitual referencia numérica, coincidente con el importe del SMI del año de aprobación del convenio colectivo en cuestión⁸¹. El problema es que con demasiada frecuencia se emplea un importe numérico solo unos céntimos por encima de la cifra exacta del SMI del año de aprobación del convenio colectivo que sea⁸², sin que quede claro si en ese caso resultarían o no de aplicación las reglas transitorias de afectación.

Y por poner otro ejemplo, la posible interferencia entre la determinación del importe de una concreta partida salarial, como el salario base, referenciada sobre el SMI, con aplicación de la cifra del SMI no del año en curso, sino la inferior producto de las reglas transitorias de afectación, y la eventual norma convencional sobre subida salarial anual, que de arrojar un importe de esa partida salarial superior debería prevalecer sobre la regla transitoria de afectación, aunque no esté del todo claro que ello deba ser necesariamente así.

Estos ejemplos, y otros más que podrían citarse, vienen a poner de manifiesto la inseguridad jurídica que reina en este ámbito y que la propia negociación colectiva debería contribuir a restablecer. Pese a ello no se ha encontrado ninguna previsión convencional reciente que se pronuncie sobre el régimen jurídico a seguir en caso de aplicación de las reglas transitorias de afectación. Téngase en cuenta que, de conformidad con esas mismas reglas transitorias de afectación, la eventual negociación colectiva *ad hoc* prevalecería sobre la regulación reglamentaria.

⁷⁹ La última de esas reglas transitorias de afectación es la de la disposición transitoria única del RD 231/2020, de 4 de febrero, de fijación del SMI para el año 2020, idéntica a la de la norma reglamentaria de fijación del SMI para 2019, más simple y clara que las reglas de afectación de las normas reglamentarias de fijación del SMI para los años 2017 y 2018.

Vid. Casas Baamonde y García Quiñones (2017).

⁸⁰ Por ejemplo, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 21 de noviembre de 2018 (rec. 1366/2018) y de Cataluña 15/2019, de 22 de octubre.

⁸¹ Convenio colectivo de Balkania Distal, SL (BOE de 9 de febrero de 2021).

⁸² Pueden verse numerosos ejemplos en la obra citada en la nota número 15.

Reglas transitorias de afectación que alcanzan en la última norma reglamentaria de fijación del SMI una inseguridad jurídica todavía mayor. En efecto, conforme a la disposición transitoria única, apartado 2, del RD 817/2021, por el que se fija el SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021, la regla transitoria de afectación para los convenios colectivos vigentes en la fecha de entrada en vigor de ese real decreto consiste en la consideración no del nuevo SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021, sino del SMI vigente a la entrada en vigor del citado real decreto, lo que pudiera significar bien el importe del SMI del año 2020, prorrogado durante los meses de enero a agosto de 2021, igual a 950 euros mensuales, bien los diferentes importes del SMI de las reglas transitorias de afectación del RD 231/2020, por el que se fija el SMI para el año 2020 (disp. trans. única)⁸³.

6.3. La problemática particular del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo y el papel de la negociación colectiva

Aunque se trata de un asunto antiguo⁸⁴, y aunque el problema es ajeno al incremento anual del SMI, lo cierto es que el notable y sostenido incremento del SMI de los últimos años ha contribuido a dotar de mayor protagonismo a la problemática particular del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo, ámbito en el que suelen coincidir en muchos territorios el SMI y el salario profesional.

A las personas trabajadoras temporeras del campo, que suelen ser contratadas por días o por horas, se les aplica la regulación especial del SMI de las personas trabajadoras eventuales con contratos de hasta 120 días de duración, que establece un importe diario del SMI, sin inclusión de las vacaciones anuales, igual a 45,70 euros para los meses de septiembre a diciembre de 2021⁸⁵. Sin perjuicio de otros problemas aplicativos e interpretativos de esa normativa especial, resulta ininteligible el criterio seguido para la determinación de esa concreta cuantía diaria⁸⁶.

Ante el arcano origen del importe diario del SMI de las personas trabajadoras temporeras del campo, parece razonable el criterio seguido en Extremadura en el año 2019 a través

⁸³ Dice literalmente la disposición transitoria única, apartado 2, del RD 817/2021:

En los supuestos a que se refiere el apartado anterior, salvo disposición o acuerdo en contrario, la cuantía del salario mínimo interprofesional se entenderá referida durante 2021 a la que estaba vigente a la entrada en vigor de este real decreto.

⁸⁴ Así, Sagardoy Bengoechea (1982, pp. 104 y ss.).

⁸⁵ Artículo 4 del RD 817/2021, de 28 de septiembre, de fijación del SMI para los meses de septiembre a diciembre de 2021.

⁸⁶ Sobre el particular, resulta imprescindible la obra de Pérez Hernández (2020).

del laudo de la Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura sobre el Convenio colectivo del campo de Extremadura⁸⁷. Se lleva a cabo en dicho laudo el cálculo del importe del SMI, con inclusión de las vacaciones, por cada hora de trabajo mediante la división del importe anual ordinario del SMI entre el número de horas de la jornada anual fijada por el Convenio colectivo del campo de Extremadura. Y a partir del SMI de cada hora de trabajo se calcula fácilmente el importe diario del SMI mediante la multiplicación del importe de cada hora por el número de horas de la jornada diaria de trabajo fijada por el referido convenio colectivo⁸⁸. Esta fórmula de cálculo podría ser asumida sin problemas de jerarquía normativa por la negociación colectiva del campo más allá de Extremadura, ganando con ello la seguridad jurídica. Hay ya, de hecho, algún pronunciamiento judicial que avala la fórmula de cálculo seguida por el citado laudo⁸⁹.

6.4. La controvertida cuantía anual del SMI para el año 2021 a efectos de absorción o compensación

Se deja para el final el más reciente de los problemas jurídicos ligados al incremento anual del SMI, un problema puramente coyuntural, ceñido al singular incremento del SMI para el año 2021. Como se ha visto ya en este trabajo, durante los meses de enero a agosto del año 2021, el SMI estuvo congelado, siendo su importe mensual el mismo del año 2020, igual a 950 euros. Y durante los meses de septiembre a diciembre de 2021, el RD 817/2021 ha procedido a un ligero incremento, pasando el SMI mensual de 950 euros a 965 euros.

Aunque la norma reglamentaria es muy clara a la hora de limitar la vigencia del incremento del SMI a los meses de septiembre a diciembre de 2021, con una vigencia retroactiva que se detiene en el 1 de septiembre de 2021 y no alcanza al 1 de enero de 2021⁹⁰, lo cierto es que a efectos de compensación o absorción del incremento anual del SMI el artículo 3.1 del RD 817/2021 fija un SMI en cómputo anual igual a 13.510 euros, esto es, 965 euros por catorce pagas.

Puesto que casan mal la ausencia de vigencia retroactiva a 1 de enero de 2021 del nuevo SMI y el importe anual a efectos de compensación o absorción de 13.510 euros, la interpretación más razonable es la del mero error aritmético, la multiplicación por catorce pagas del nuevo importe mensual del SMI para los meses de septiembre a diciembre de

⁸⁷ Laudo publicado en el Diario Oficial de Extremadura de 24 de mayo de 2019.

⁸⁸ Para el año 2019, el resultado sería el siguiente: 12.600 euros del SMI anual entre 1.768 horas de jornada anual igual a 7,13 euros la hora. Y puesto que en el Convenio del campo de Extremadura la jornada diaria es de 6,5 horas, el importe diario del SMI asciende a 46,34 euros, un importe superior al reglamentario, igual a 42,62 euros, aunque con inclusión de la retribución de las vacaciones anuales.

⁸⁹ STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 2020 (rec. 597/2020).

⁹⁰ Disposición final tercera del RD 817/2021.

2021, igual a 965 euros. Un error aritmético producto de la inercia de tantos años de multiplicación del nuevo SMI mensual por catorce pagas para hallar el importe anual del SMI, el relevante a efectos de compensación o absorción del incremento anual del SMI, a partir de la comparación entre el nuevo SMI y el salario profesional por todos los conceptos de las correspondientes personas trabajadoras.

Así pues, ha de entenderse que, pese a lo que dice el artículo 3.1 del RD 817/2021, el SMI para 2021 en cómputo anual no puede ser igual a 13.510 euros, sino a una cuantía inferior. Concretamente, 13.370 euros. Importe al que se llega mediante la adición de ocho pagas ordinarias de 950 euros (meses de enero a agosto), una paga extraordinaria de 950 euros (verano), cuatro pagas ordinarias de 965 euros (meses de septiembre a diciembre) y una compleja paga extraordinaria de diciembre resultado de la suma de dos importes, 316,66 euros (dos sextas partes de 950 euros) y 643,33 euros (cuatro sextas partes de 965 euros).

Referencias bibliográficas

- Arias Domínguez, Ángel. (2019). La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el SMI. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 52.
- Barceló, Cristina; Izquierdo, Mario; Lacuesta, Aitor; Puente, Sergio; Regil, Ana y Villanueva Ernesto. (2021). *Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España*. Serie Documentos Ocasionales, n.º 2113. Banco de España. <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosOcasionales/21/Fich/do2113.pdf>.
- Burgos Giner, María Ángeles. (2011). *Los complementos salariales en la negociación colectiva (un análisis del efectivo papel regulador de los convenios colectivos en la conformación de los complementos salariales): tesis doctoral*. Comité Económico i Social de la Comunitat Valenciana, DL.
- Cabero Morán, Enrique. (2018). El Acuerdo Social para el Incremento del Salario Mínimo Interprofesional 2018-2020 y el Real Decreto-Ley 20/2017, de 29 de diciembre. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 38, 96-99.
- Casas Baamonde, María Emilia y García Quiñones, Juan Carlos. (2017). Informe núm. 374. Reglas de afectación sobre la nueva cuantía del SMI según las disposiciones transitorias del Real Decreto 742/2016, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017. UGT-UCM. http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_29/doc07.pdf.
- Cruz Villalón, Jesús. (7 de junio de 2019). Incidencia del salario mínimo sobre las diferentes partidas económicas. *Blog de Jesús Cruz Villalón*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2019/06/>.
- García Murcia, Joaquín. (2002). Derecho a una remuneración suficiente. En Cristóbal Molina

- Navarrete, José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida (Coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (pp. 1.193-1.212). Comares.
- García-Perrote Escartín, Ignacio. (1992). El salario mínimo interprofesional. En Luis Enrique de la Villa Gil (Coord.), *Estudios sobre el salario* (pp. 303-362). ACARL.
- González-Posada Martínez, Elías. (1984). *La compensación y absorción de salarios*. Ministerio de Trabajo.
- Llompert Bennàssar, Magdalena. (2007). *El salario: concepto, estructura y cuantía*. La Ley.
- Llompert Bennàssar, Magdalena. (2019). La subida del salario mínimo profesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 57, 50-65.
- Martínez Jiménez, José Miguel. (1986). *El salario mínimo legal*. Publicaciones de la Universidad de Málaga.
- Martínez Matute, Marta. (2016). La cobertura de la negociación colectiva en España. Una nueva propuesta de medición. *Revista de Economía Laboral*, 2(13), 34-64.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana. (2016). Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible. *Revista de Derecho Social y Empresa*, 5.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana. (2018). Beneficios complementarios y percepciones extrasalariales en la negociación colectiva. Sistemas de retribución flexible y mejoras voluntarias. En José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007-2015)* (pp. 453-510). Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2005). Compensación y absorción como método de ajuste salarial en la negociación colectiva. En Jesús Rafael Mercader Uguina (Dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva* (pp. 171-182). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Estudios/ContenidoEconomico.pdf.
- Moreno Preciado, Rita y Sanz Berzal, Esméralda. (2020). *Los acuerdos de inaplicación de convenios colectivos en cifras*. CC. OO. <https://www.ccoo.es/40b06d62d3bb3257b7e4bab02cb4d23c000001.pdf>.
- Pérez del Prado, Daniel. (2017). El salario mínimo interprofesional en el debate jurídico y económico. *Revista de Información Laboral*, 1, 229-248.
- Pérez Domínguez, Carlos y González Güemes, Inmaculada. (2005). *Salario mínimo y mercado de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos.
- Pérez Hernández, María del Mar. (2020). La subida del salario mínimo interprofesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 231, 107-130.
- Ruesga Benito, Santos Miguel y Baquero Pérez, Javier. (2019). Análisis de los efectos de la subida del salario mínimo en España en 2019. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 148, 13-40.
- Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio. (1982). Salario mínimo interprofesional. En Efrén Borrajo Dacruz (Dir.), *El Estatuto de los Trabajadores* (vol. V). Edersa.
- Sala Franco, Tomás. (2020). La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales. En *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

- Sempere Navarro, Antonio Vicente. (2020). Control judicial a la excepcional subida del salario mínimo interprofesional para 2019. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000001068.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente y Pérez Campos, Ana Isabel. (2007). *SMI e IPREM*. Aranzadi.
- Teixeira Alves, Luisa. (2014). *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*. Atelier.
- Thibault Aranda, Xavier. (2002). *La compensación y absorción de salarios*. Tirant lo Blanch.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (2000). Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28). *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100(1), 631-654.
- Valle Villar, José Manuel del. (2002). *La protección legal de la suficiencia del salario*. Dykinson.
- Villa Gil, Luis Enrique de la y Palomeque López, Manuel Carlos. (1977). *Introducción a la economía del trabajo*. Debate.
- Vivero Serrano, Juan Bautista. (2018). La regulación del salario en los convenios colectivos propios de las empresas multiservicios entre el fraude de ley, el abuso del derecho y la acomodación a la subida anual del salario mínimo interprofesional. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 46, 122-130.
- Vivero Serrano, Juan Bautista. (2019). Las sentencias anotadas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 57, 92-93.
- Vivero Serrano, Juan Bautista; Cruz Villalón, Jesús; Pérez Rey, Joaquín; Sepúlveda Gómez, María y Morato García, Rosa M. (2016). La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial. En Carlos Luis Alfonso Mellado, Miguel Ángel Almendros González, Amparo Merino Segovia, Wilfredo Sanguineti Raymond, Juan Bautista Vivero Serrano y María Emilia Casas Baamonde (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012* (pp. 97-237). Lefebvre-El Derecho/CC. OO.
- Vivero Serrano, Juan Bautista; Lantarón Barquín, David; Pérez Rey, Joaquín; Morato García, Rosa M. y Todolí Signes, Adrián. (2018). La remuneración en los convenios colectivos de las empresas multiservicios. En Carlos Luis Alfonso Mellado, Miguel Ángel Almendros González, Jesús Cruz Villalón, María Amparo Esteve Segarra, Amparo Merino Segovia, José Luis Monereo Pérez, Ana Belén Muñoz Ruiz y Juan Bautista Vivero Serrano (Coords.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico* (pp. 171-252). Lefebvre-El Derecho/CC. OO.