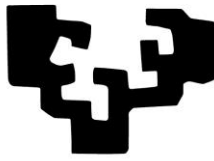
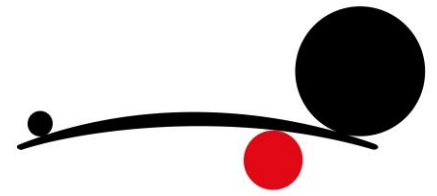


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea



Zuzenbide Fakultatea
Facultad de Derecho

La ultraactividad de los convenios colectivos tras la reforma laboral de 2012

Soluciones judiciales

Humberto Huici Ciaurriz

Grado en Derecho 2014-2015

Bajo la Dirección de Juan Pablo Landa Zapirain

INDICE

I.	CUESTIONES INTRODUCTORIAS.....	3
II.	LA VIGENCIA, LA DENUNCIA Y LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONVENIO.....	4
III.	LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA DE 2012.....	6
	<i>a. La voluntad del legislador.....</i>	9
IV.	LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA REFORMA LABORAL DE 2012.....	12
	<i>a. Los escenarios de incertidumbre.....</i>	13
	<i>b. Las posiciones básicas asumidas en la doctrina judicial....</i>	14
	i. La naturaleza supletoria del régimen legal de ultraactividad, el pacto como neutralizador de la reforma.....	20
	ii. La búsqueda de la verdadera intención del legislador.....	22
	iii. El voto particular.....	24
V.	LA SENTENCIA TS (SALA 4.ª, REC. 264/2014) DE 22 DE DICIEMBRE DE 2014.....	26
	<i>a. La tesis de la contractualización.....</i>	28
	i. Crítica.....	29
	<i>b. Las tesis conservacionistas (votos concurrentes).....</i>	31
	<i>c. La tesis rupturista (votos discrepantes).....</i>	32
VI.	CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL.....	33
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	35

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

En ésta investigación voy abordar el problema del estado de la vigencia de los convenios colectivos en España después de la reforma laboral promulgada por el Gobierno actual en febrero de 2012.

La estructura del trabajo comienza con una explicación de lo que significan las figuras de la negociación colectiva, la ultraactividad, la vigencia de los convenios, necesaria para poder entrar en contacto con la materia y poder encontrar un mayor entendimiento e lo que se pretende demostrar. Para ello, he usado el manual que considero más completo (contiene lo que dicen el resto pero más completo), el Derecho del Trabajo, por Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa.

El objetivo del trabajo es hacer ver lo necesario de una reforma de la reforma, por lo menos en ese punto de ultraactividad, fundamentalmente por el alto grado de sentencias contradictorias y concurrentes (con distintas motivaciones) demostrativas de que la situación no se está resolviendo de una manera pacífica. El análisis se sustenta en el estudio de éstas sentencias (las más representativas), el recorrido de las mismas a lo largo de las diferentes instancias con la culminación en el Tribunal Supremo en su sentencia más reciente, la de 22 de diciembre de 2014. El libro de Cristóbal Molina Navarrete “Escenarios de pos-ultraactividad del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre”, me ha servido de guía “jurisprudencial” para seleccionar las sentencias que necesitaba para argumentar mis conclusiones.

Como he dicho, la base de mi trabajo es el análisis de las muchas sentencias que se han ido dictando como consecuencia de la redacción del artículo 86.3, cada una aborda problemas distintos o da soluciones distintas a problemas parecidos. Mucha es la casuística que se ha generado y es mi principal motivo para argumentar que el nuevo precepto no ofrece una solución pacífica en su aplicación. Problemas, de interpretación (qué se considera convenio superior aplicable) de lagunas (qué ocurre si no hay un convenio de ámbito superior para aplicar), nos van hacer ver que se hace necesaria una reforma urgente.

Me he apoyado en textos legales para advertir las modificaciones técnicas que ha sufrido la legislación y en textos doctrinales para su comentario. En este caso, la doctrina reproduce las soluciones judiciales, se queja sobre la situación y advierte necesaria una reforma del precepto modificado (el artículo 86.3 ET), pero no da soluciones, por ello y porque los considero más originarios, he reconducido el manejo de fuentes a los propios comentarios de las sentencias realizados por magistrados y profesores de derecho laboral.

También, para observar la discordancia entre el efecto deseado por el legislador y el efectivamente producido por la reforma laboral, me he servido de la exposición de

motivos de la misma, en la cual, el Partido Popular da sus razones para, mediante decreto ley, realizar esa profunda modificación del sistema normativo laboral.

Finalmente, ha resultado fundamental el estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 para completar el trabajo. Se observan muchos pronunciamientos con distintas soluciones que serán criticados y que hacen ver un futuro incierto, en el que no se sabe bien si llegará una modificación legislativa o la unificación de la doctrina. Lo que pretendo que quede claro, es que se tiene que producir un cambio profundo por alguna de las partes.

II. La vigencia, denuncia y ultractividad del convenio

Es inevitable, antes de proceder a un estudio de la ultractividad tal y como está conformada por la ley 3/2012, explicar cómo estaba recogida antes de su modificación. Como es conocido y de acuerdo con la manualística laboral (en concreto, la vigencia de los convenios y su eventual ultractividad) tenemos que estudiarla dentro del ámbito de la negociación colectiva, donde las partes gozan de libertad para fijar el ámbito temporal de un convenio. Pueden fijar el término inicial de su vigencia (el convenio entrará en vigor en la fecha en la que acuerden las partes, art. 90.4 LET, si no dijera nada, sería a partir de su publicación) y fijarán también el término final (art.86.1 LET pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio).

Tal libertad de fijación del ámbito temporal, hace que la vigencia pueda articularse en dos momentos, uno para todo el convenio y otro, para la necesaria revisión de parte del contenido a la mitad del espacio temporal acordado. En una negociación normalizada, el convenio se firma para dos años y algunas materias (los salarios), se revisan al año de firmado el texto. Aún más, durante la vigencia del convenio, los legitimados, lo hayan o no previamente pactado, podrán negociar su revisión en cualquier momento (86.1).

Cuando llega el término final, las partes pueden tomar dos actitudes: denunciar o no el convenio colectivo. Si no se denuncia el convenio se prorrogará de año en año, salvo que las partes hayan convenido un mayor o menor tiempo de prórroga, manteniendo el convenio así, su vigencia (86.2) y **sólo al término de cada período de prórroga podrá efectuarse válidamente la denuncia**¹.

Las partes pueden denunciar el convenio, lo que significa, en verdad, la apertura de un periodo de negociaciones para sustituir al que ha llegado a su fin por otro. De ahí la enorme importancia de pactar con claridad y cumplir expresamente “la forma y condiciones de denuncia del convenio así como el plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia” (art. 85.3, d, LET, contenido mínimo del convenio).

¹ Palomeque, M. C. Álvarez de la Rosa (2013). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 241.

La vigencia de lo pactado puede no acabar en la fecha prevista para su cese. El posterior despliegue de la eficacia del convenio puede contemplarse en dos momentos diferentes: **durante el tiempo que dura la negociación para alcanzar otro convenio colectivo** (“durante la negociación para la renovación de un convenio, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia” art. 86.3) y **durante el desarrollo de la vigencia del siguiente convenio** (sucesión de convenios).

El tiempo que dura la negociación para alcanzar otro convenio colectivo, es la primera de las dos cuestiones, se refiere a la ultractividad del convenio; esto es, a la permanencia del contenido durante el tiempo que dura la negociación, entre la denuncia y el nuevo convenio. Solución legislativa que se contiene en el artículo 86.3:

Las partes negociadoras pueden fijar según su conveniencia la duración de los convenios, pudiendo pactarse incluso diferentes períodos de vigencia para cada una de las materias del convenio (por ejemplo la cuantificación del salario), si bien para que el convenio pierda vigencia no sólo es necesario que se cumpla el término pactado, además se requiere la previa denuncia del mismo (la cual ha de producirse en los términos pactados en el propio convenio)².

Si no se produce denuncia del convenio por ninguna de las partes, llegado el término, el convenio se prorroga automáticamente por períodos anuales. Esta institución de la prórroga automática muestra una realidad trascendental: la existencia de un principio de estabilidad de lo negociado, que evidencia un interés por parte del legislador para que no se produzcan vacíos de regulación³.

La disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012 contiene una referencia a la vigencia de los convenios anteriores a la redacción de la misma y, literalmente establece "En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del art. 86 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor. De los términos de la misma se desprende que el régimen de transitoriedad se refiere al plazo de un año de duración máxima del periodo de negociación del futuro convenio, para establecer que su cómputo no se inicia desde la fecha de su denuncia, sino de la de entrada en vigor de la Ley 3/2012.⁴

En el modelo clásico, la vigencia auténtica, la pactada, se veía reforzada por la vigencia prorrogada y además, por la eficacia ultra-activa, aquella que se prevé con un carácter provisional, hasta que otro convenio sucediera al vigente, evitando pues, en todo momento, los temidos vacíos de regulación, incompatibles con el artículo 9.3. CE⁵.

² Juan Gorelli Hernández (2014), *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi SA, Pamplona, *Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia* p. 1

³ *Ibid.*

⁴ TSJ de Murcia, de 28 octubre 2013, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1030-2013

⁵ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Editorial Bomarzo, Albacete p.13

Con la nueva redacción queda señalando en un nuevo párrafo cuarto el límite temporal en un año.

Hasta el año 2012, el Estatuto de los trabajadores preveía la ultraactividad de los convenios colectivos, es decir, que finalizada la vigencia de éstos, seguían aplicándose indefinidamente, mientras la empresa y los trabajadores negociaban un nuevo convenio. En la práctica, esto se traducía en que la parte que no quisiera llegar a un nuevo acuerdo, por entenderse satisfecha con las condiciones del convenio anterior, provocaba deliberadamente que la negociación fuera estéril⁶, provocando la tan temida “petrificación” por el Partido Popular.

Con ésta técnica utilizada, ambos bandos se veían beneficiados según los casos. Por un lado los trabajadores, previendo una negociación fútil no denuncian el convenio y se acogen, al menos, a las condiciones ya conseguidas. Por otro lado el empresario que se encuentra en unas negociaciones estancadas, puede no negociar dejando vigente el convenio y no pactar unas condiciones más beneficiosas. Vemos que los empresarios dominan y controlan la mesa de negociación, esto es; si el empresario se enroca en no negociar con sus trabajadores una subida, por ejemplo, supondría una bajada de sueldo real y la consiguiente pérdida de capacidad adquisitiva (Debido al IPC). Cosa que si se renegociasen año a año como era habitual antes de la crisis y la reforma, por lo menos los operarios obtendrían una “subida de sueldo” acorde con las tasas de crecimiento del IPC, manteniendo, por lo menos, la capacidad adquisitiva. Así pues, cabe concluir que con la legislación anterior a la reforma, la parte más beneficiada es la de los empresarios.

III. La modificación legislativa de 2012

Continuando con el desbalance, la reforma laboral lejos de ayudar a mitigarlo, lo ha acentuado, desvistiendo la ultraactividad de sus características más definitorias: factor impulsor de nuevas negociaciones y que, además, evita vacíos legales o problemas de seguridad jurídica (art.93 CE). Ha supuesto un profundo cambio en la materia al suprimir la ultraactividad indefinida y sustituirla por una prórroga máxima de un año a partir de la denuncia de un convenio (con regla especial para los convenios que estuvieran denunciados al entrar en vigor la ley 3/2012: disp. Transitoria 4º de ésta). La nueva regulación quiere dar respuesta a los problemas que venía suscitando la anómala situación de los convenios denunciados y vencidos. Como dice su preámbulo, la ley pretende en éste punto *“evitar la petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo negociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año”*⁷.

⁶ López Sánchez. E. (2015) “*cuidado: resucita la ultraactividad de los convenios colectivos*”. E-dictum, Nº 38 de Febrero, actualidad profesional.

⁷ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Exposición de Motivos.

El artículo objeto de estudio quedaría redactado de la siguiente manera por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; En la lógica de promover un modelo productivista de negociación colectiva, a su vez parte esencial de un modelo mercantilista de relaciones del trabajo, el vigente redactado del artículo 86.3 ET replantea de forma novedosa el clásico problema de la vigencia de los convenios⁸.

El apartado 3 del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado del siguiente modo:

86.3. *La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.*

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.»⁹

Su tenor literal, muy deficiente, está plagado de incertidumbres en torno a la determinación del marco regulador de las condiciones de empleo y de trabajo que van a regir en el ámbito de los convenios colectivos decaídos, una vez denunciados, habiendo transcurrido un año de ultraactividad, que reconoce la ley sin ser sustituido por otro¹⁰.

⁸ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p.13

⁹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

¹⁰ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p.13

Una comprensión poco adecuada del precepto, ésta dando lugar a confusiones judiciales, se complican los problemas de la dimensión temporal de la vigencia, contemplando diferentes momentos o grados de la misma, si bien todos ellos irían dirigidos, como entiende la SJS n.6 de Bilbao, 9/2014, de 10 de Enero, dictada en conflicto colectivo “a asegurar el mantenimiento del nivel intermedio de regulación, el proveniente de la autonomía colectiva”, así habría que distinguir:

- a) La “**vigencia ultra-activa**” del convenio colectivo, que puede **ser limitada en el tiempo** legalmente (por un año) y puede **ser convencional, temporal o indefinida**, cualquiera que sea el momento del pacto y su naturaleza, sin condicionantes. STS 4ª, 29 de enero de 2013¹¹.
- b) La “**vigencia pos-ultra-activa**” del convenio colectivo. Se trata aquí de situaciones que sí son nuevas y vienen provocadas por la limitación legal del momento propio de la ultraactividad. Finalizada la ultraactividad legal, viene un momento de vigencia que podemos llamar “pos-ultra-actividad”¹². También este tiempo de vigencia prolongada conoce dos situaciones:
 - a. Plus-ultra-actividad. Según la SSTSJPV de 19 de octubre y 26 de noviembre de 2013 (más tarde serán objeto de estudio), se aplica en aquellos casos en los que el convenio superior aplicable no regule todas las materias, perdurando el decaído de forma parcial y transitoria, integrando las lagunas del superior¹³.
 - b. La pos-ultraactividad. Para los casos en que no haya convenio superior aplicable en un convenio colectivo decaído por imperio de la ley. Conforme a los principios jurídicos del sistema, tanto constitucional (artículos 9.3 y 37 CE) como de derecho común (artículos 1256 y 1258 Código Civil) En éste caso sólo se produce un plus de vigencia contractual, en cuanto a la reglamentación colectiva incluida a los contratos de trabajo, las cláusulas disponibles por convenio colectivo¹⁴.

Todos éstos fenómenos de sucesión de fuentes implican siempre un cambio o una modificación trascendental de marco regulador de todas las relaciones de trabajo, pero no es posible confundirla (pese a un gran número de decisiones judiciales) con una “modificación sustancial de condiciones de trabajo” (artículo 41 ET). Otra cosa distinta es que la sucesión normativa pueda ser aprovechada por el empresario para provocar una modificación sustancial.

Vemos que la ley 3/2012 limitó la ultraactividad a un año, transcurrido el cual pasaba a aplicarse el convenio colectivo de ámbito superior si lo hubiere, o el estatuto de los trabajadores si no lo hubiere, aunque no lo ponga expresamente en el texto legal: Sólo expresa, y no con precisión, la sustitución del convenio colectivo decaído por el

¹¹ SJS de 10 de Enero, n.6 de Bilbao 9/2014 (AS/2014/334). FJ 5

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

superior, “si lo hubiere”, pero no dice nada al respecto de “si no lo hubiere” no se pronuncia sobre ningún marco regulador concreto¹⁵.

La reforma trata de instar a sindicatos y patronal a negociar los convenios colectivos y a alcanzar acuerdos y compromisos¹⁶, pero éste importante matiz vende a los trabajadores y los deja a merced de la voluntad empresarial. Con la redacción previa a la de 2012, los trabajadores podían negarse a firmar un nuevo convenio que no les pareciera razonable o favorable, conservando, aun así, las condiciones laborales previstas en el actual convenio. Ahora los operarios se arriesgan a perder todos los derechos adquiridos durante años de dura negociación colectiva en cuestión de días, procediendo el empresario a aplicar el convenio colectivo de ámbito superior (menos favorable) o incluso, como veremos, el Estatuto de los trabajadores con lo que ello conlleva.

Disposición transitoria cuarta hace una referencia a la Vigencia de los convenios denunciados en la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, los anteriores, y literalmente establece:

En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados en la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley, el plazo de dos años al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada al mismo por este real decreto-ley empezará a computarse a partir de su entrada en vigor.

De los términos de la misma, se extrae que el régimen de transitoriedad se refiere al plazo de un año de duración máxima del período de negociación del futuro convenio, para establecer que su cómputo no se inicia desde la fecha de la denuncia sino de la entrada en vigor de la ley 3/2012¹⁷.

a. La voluntad del legislador

Seguidamente se hace necesario estudiar qué razones han llevado al legislador a modificar la ley. La crisis económica, con la consiguiente destrucción de empleo (cebándose en ciertos sectores como en el de los jóvenes) y la alarmante caída de la productividad agregada, parecen las razones por las que se ha modificado la legislación laboral.

Voy a comentar las partes que me han parecido más destacables, las que sostienen que se ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español.

Comienzan los motivos por un análisis exhaustivo de en qué situación se encuentra el país; *“La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español. La gravedad de la crisis actual no tiene precedentes. España ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas. Los datos de la última Encuesta de Población Activa describen*

¹⁵ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p.19

¹⁶ López Sánchez. E. (2015) *“cuidado: resucita...loc cit.*

¹⁷ STSJ de Murcia de 28 de octubre... loc. cit.

*bien esta situación: la cifra de paro se sitúa en 5.273.600 personas, con un incremento de 295.300 en el cuarto trimestre de 2011 y de 577.000 respecto al cuarto trimestre de 2010. La tasa de paro sube en 1,33 puntos respecto al tercer trimestre y se sitúa en el 22,85%...*¹⁸

Está claro que la situación de crisis ha complicado de sobremanera la negociación de nuevos convenios colectivos y, los trabajadores a lo largo del entramado empresarial español y en sus respectivas, han intentado mantener sus condiciones de trabajo mediante el *descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor*, que da prioridad al convenio colectivo de empresa y *se regula el régimen de ultractividad de los convenios colectivos*¹⁹. El Partido Popular dice que “*Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa*”.

El “obstáculo” de la negociación al que se refieren, lo es para la patronal, que ve como los trabajadores de sus empresas no negocian apoyados en la ultraactividad. Con la reforma, lo que se hace es despejar de obstáculos al empresario en la negociación, terminando con una institución que estaba resultando clave en los colectivos de trabajadores para mantener, al menos, las condiciones de trabajo adquiridas con anterioridad.

Nos habla el legislador de que la situación española ha pasado de ser un problema coyuntural a uno estructural, poniendo en tela de juicio todo el modelo sociolaboral. El derecho del trabajo es muy rico en cuanto a su movilidad de contenidos²⁰, puesto que su función integradora (del conflicto instalado en la relación del trabajo asalariado), función esencial, reposa sobre un delicado equilibrio estructural entre la libertad de empresa y el poder del empresario, por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado²¹ (dicho de otro modo, actúa como un contrapeso, como un moderador entre dos colectivos históricamente antagónicos) tal equilibrio estructural se ve afectado de sobremanera por factores condicionantes como son el sistema político, la situación económica, el papel que desempeña la autonomía colectiva...pudiendo, como en éste caso y según el legislador, poner en tela de juicio nuestro modelo sociolaboral y teniéndole que hacer actuar rápidamente, por “extrema y urgente necesidad”.

A mi juicio, esa expresión, se ha convertido en concepto jurídico indeterminado que le da un amplio margen a la mayoría absoluta para legislar sin pasar por el parlamento, obviando la separación de poderes, gobernando sin ningún tipo de consenso.

La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de

¹⁸ Real Decreto-ley 3/2012,... *loc. cit.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Palomeque, M. C. Álvarez de la Rosa (2013). *Derecho del ...loc.cit* , p. 84

²¹ Palomeque, M. C. Álvarez de la Rosa (2013). *Derecho del ...loc.cit.* p. 85

los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc. El **objetivo es la flexiseguridad**. Con esta finalidad, el presente real decreto-ley recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, reformando aspectos relativos a la intermediación laboral y a la formación profesional (capítulo I); fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por PYMES y de jóvenes (capítulo II); **incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III)**; y, finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo (capítulo IV)²².

De la lectura del texto se desprende el objetivo, la *flexiseguridad*: se trata de una idea que engloba varios objetivos. Es una garantía que abarca tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa, como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. “Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”²³.

El objetivo de la flexiseguridad va a operar también en el terreno que nos ocupa (la modificación de la ultraactividad), “el capítulo III agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”²⁴. Mediante un sistema que genera incentivos adecuados se hace más fácil evitar la destrucción de empleo y así mantener el capital humano. Tales incentivos para que las empresas puedan hacer frente a oscilaciones de la demanda que provoca la crisis se traducen en reducciones temporales de salario o de jornada y en el ámbito de los convenios colectivos, **se quiere incentivar la renegociación**, que se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia en su conjunto y evitar una “petrificación”²⁵ de las condiciones de trabajo, no dejando que se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante el incentivo de la limitación temporal de la ultraactividad (un año en vez de dos).

Con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore

²² Real Decreto-ley 3/2012,... loc. cit.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

*en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a dos años”.*²⁶

Desde Europa se pedía reforma, desde EEUU también, ambos la consideran positiva, un ejemplo es el informe (position paper) elaborado por un grupo de trabajo constituido en el seno del Comité de RR.HH de *AmChamSpain* (Cámara de Comercio de EE.UU en España) que incluye reflexiones sobre los efectos que está teniendo la reforma laboral en las empresas así como propuestas de mejora, encaminadas a incrementar la inversión directa, crear empleo y, en definitiva, propiciar el crecimiento económico del país.

Tal documento, alaba la reforma, la tilda de “ambiciosa, profunda y valiente...ha impulsado muchos cambios necesarios en las instituciones laborales que estaban obsoletas o ancladas en el pasado...en definitiva, la reforma, ha establecido un nuevo modelo de relaciones laborales que poco a poco se va asentando en las empresas españolas”²⁷. Pero llama la atención cuando llegamos a la parte que tiene que valorar la modificación de la negociación colectiva, resulta demoledor “*Los profundos realizados en materia de negociación colectiva pueden perder su finalidad si persisten dudas jurídicas e interpretaciones judiciales no acordes con el espíritu de la reforma laboral. Por ello, convendría revisar los elementos transformados en el ámbito de la ultraactividad de los convenios y de la inaplicación de los mismos*”²⁸.

Podría parecer una crítica a la aplicación de la ley por los Tribunales españoles, ya que bien es cierto que se están produciendo (como ampliamente vamos a ver a continuación) dudas interpretativas, sentencias contradictorias, votos concurrentes y discrepantes, además de un sinfín de problemas en la aplicación, pero, termina el párrafo recomendando que convendría revisar los elementos transformados en el ámbito de la ultraactividad, que claramente, hace alusión al redactor del texto.

IV. La aplicación judicial de la reforma laboral de 2012

Parece claro mi tono de crítica negativa para con la reforma del artículo 86.3 párrafo cuarto y para sostener el tono, me voy ayudar de algunas sentencias de diferentes juzgados que considero más relevantes, por la línea doctrinal que sigue y por lo pedagógico de las mismas.

Es imposible que el artículo esté bien modificado (o por lo menos, bien redactado) cuando está generando tantos ríos de tinta entre sentencias y doctrina. Esta viene a ser la base de mi TFG, las soluciones judiciales.

²⁶ Real Decreto-ley 3/2012,... *loc. cit.*

²⁷ AmChamSpain , (s.f.) Position paper , *La reforma laboral: efectos reflexiones y propuestas de mejora* , Departamento RR.HH. p 4

²⁸ AmChamSpain , (s.f.) Position paper , *La reforma ... loc. cit.* p.13

a. Los escenarios de incertidumbre

Las soluciones parecen novedosas y complejas, pues nos podemos encontrar en **distintos escenarios de incertidumbre o inseguridad jurídica**, generadores de numerosos problemas interpretativos en el ejercicio de jueces y tribunales e importantes consecuencias prácticas:

1. Incetidumbre jurídica mínima: Existe un pacto previo que allana notablemente el camino, reduce problemas de vacío, ya sea para los negociados antes de la reforma (concentran la conflictividad judicial), ya sea para los posteriores, unidades consolidadas o nuevas. Lamentablemente éstos tan solo cubren el 42% de la totalidad de los convenios existentes, 1243. Los 1712 restantes tienen escenarios de incertidumbre mayor (CCNCC-Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos)²⁹.
2. Incetidumbre media: la pérdida de vigencia del convenio en todos sus momentos posibles y existencia de uno de ámbito superior aplicable. Antes de la reforma tal mecanismo era una solución jurisprudencial para casos aislados y concretos, ahora, con la entrada de la reforma, la ley lo generaliza como regla³⁰.
3. Incetidumbre máxima o extrema: pérdida de la vigencia del convenio colectivo sin que haya ningún convenio colectivo de ámbito superior. Esta situación es la que mayor riesgo de vacíos reguladores conlleva, ya que la liquidación plena del convenio lleva a la máxima expresión de la individualización de las relaciones del trabajo y al primado no tanto del poder colectivo, sino de dirección empresarial. De ello se desprende que en muchas ocasiones parezca que el empresario busca llegar a esa situación ventajosa³¹.
4. Escenario de regulación coherente: una solución convencional pos-reforma, no pre-reforma, el escenario deseado y adecuado para resolver con coherencia y eficiencia el caos abierto por la norma legal.³²

La reforma ha previsto diferentes soluciones posibles con soluciones nada claras y mucho menos pacíficas. Cuando se pasa de la lectura del texto legal a la comprensión de la norma jurídica que ha de resolver los múltiples problemas prácticos que surgen para su aplicación concreta.³³

Algunos autores como Cristóbal Molina Navarrete, (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén. España) opinan de manera crítica con la aplicación judicial de la reforma laboral, que encuentra sus dificultades en el aumento de la inseguridad jurídica, con el consiguiente aumento de coste económico que añade a las empresas. Navarrete, en lo que discrepa firmemente es en la fuente de tal inseguridad.

²⁹ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p.20

³⁰ *Ibid.*

³¹ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p. 21

³² *Ibid.*

³³ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p.15

Los voceros de las virtudes de la reforma la sitúan en el pretendido conservadurismo judicial de la tradición tuitiva³⁴; comprensible de algún modo, la práctica judicial debe ajustarse a las ramas del derecho, en éste caso la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador, sin por ello, por supuesto, constituir una vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE.

Detractores como Navarrete..., identifican la fuente del aumento de la inseguridad jurídica con la propia ley, no ya sólo por sus contenidos, sino también por sus notables deficiencias en el plano técnico. El artículo 86.3, párrafo cuarto ET, es un emblemático ejemplo de ambos vicios de fondo, -por promover todo lo contrario de lo que dice buscar, anticipar la renegociación del convenio sin permitir bloqueos o petrificaciones- y más aun de técnica, por que acumulan contradicciones y deficiencias u omisiones (lagunas). La clarificación legislativa para él, se hace evidente.

Ya en el ámbito de las decisiones de jueces y tribunales, cada uno va en búsqueda de su propia solución, o bien asumiendo los planteamientos doctrinales de uno y otros, según preferencias o bien aportaciones propias. Tal discrepancia “jurisprudencial” (lo digo porque son soluciones que dan las AN y los TSJ de las comunidades autónomas las que se van a analizar) es la que saca las vergüenzas de la actuación legislativa y por ello, se hace necesario, útil y enriquecedor profundizar en la multiplicidad de pronunciamientos judiciales. Primero, un recorrido por los fallos más significativos de las sentencias emanadas de los tribunales superiores de justicia y terminar con la sentencia única y más reciente sobre la materia de 22 de diciembre de 2014.

b. Las posiciones básicas asumidas en la doctrina judicial

Hasta el momento, tres son las posiciones básicas asumidas en la doctrina judicial:

- a) **Liquidación absoluta del convenio decaído.** Dejar de aplicar totalmente el convenio colectivo caducado en su vigencia, remitiendo bien al convenio superior, bien al ET directamente (tesis minoritaria, hasta ahora aparece en la **Sentencia num. 360/2013 de 11 de octubre juzgado de lo social n.2 de Tarrasa.**

En el fallo, se desestimó la demanda formulada por el Comité de Empresa del centro de trabajo de Rubí de ZETA ESPACIAL SA absolviéndole de todos los pedimentos deducidos en su contra: se le da validez al comunicado que realizó la mercantil ZETA ESPACIAL SA y remitió al Comité de empresa diciendo...”*al haber expirado con fecha 8 de julio el período de ultraactividad de convenio colectivo de trabajo del sector de chocolates, bombones, caramelos y chicles de las provincias de Barcelona, Lleida y Tarragona, habiendo concluido el plazo máximo adicional de un año desde su denuncia realizada el día 19 de*

³⁴ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p.15

septiembre de 2011, sin que los interlocutores sociales hubieren llegado a un acuerdo para su renovación, las relaciones laborales de la plantilla de empresa se regirán por el Estatuto de los Trabajadores a partir del día 9 de Julio de 2013...”

La parte actora (el Comité de Empresa) entiende que se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo y qué, al no haber seguido el procedimiento establecido en el art.41 (deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días...) resulta nula o en cualquier caso improcedente al no ser ajustada a derecho.

El tribunal no considera que se haya producido tal modificación sustancial de las condiciones de trabajo; ciertamente cual sea la norma de aplicación colectiva es algo que forma parte de las condiciones de trabajo, pero se disfruta por el ministerio de la ley: Por tanto *“Nos encontramos ante una actuación unilateral de la empresa que desconoce los derechos de los trabajadores si no en la inaplicación de un convenio colectivo que por disposición legal había perdido vigencia”*.

- b) **Conservación íntegra**, pero condicionada a la degradación de una vigencia contractual. Acepta el cambio de naturaleza jurídica, para asumir su continuidad degradada, como contrato vulnerable respecto del poder de decisión unilateral del empresario, pero solo en los términos del art.41 ET, modificación sustancial de las condiciones de trabajo. **Juzgado de lo Social de Bilbao (Comunidad autónoma del País Vasco) Sentencia num.9/2014 de 10 de enero**³⁵.

En éste caso, también, la empresa demandada ERHARDT Y CIA SA, remite una comunicación a su personal declarando la inaplicación del Convenio Colectivo para Empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios de Bizkaia (Convenio provincial, sin otro de ámbito superior para aplicar) y su reemplazo por el Estatuto de los Trabajadores.

Son interesantes algunos puntos desarrollados en el fundamento jurídico 5 de la citada sentencia, que afrontan el problema de la reforma de 2012:

- La reforma operada sobre el art 86.3 no contempla expresamente el supuesto de **desaparición de la regulación intermedia**. Resulta difícil creer que el legislador social haya dejado ese caso sin tocar y lo razonable es considerar que su reforma del art.86 pretende a lo sumo desplazamientos a las unidades centrales, pero no la desregularización absoluta de un sector laboral concreto³⁶. El problema no es otro que una laguna, la cual urge un tratamiento integrador.
- No es un espacio de desregularización deseado por el legislador, sus términos no son tan categóricos como para deducir una consecuencia tan radical. La libre determinación del empleador parece que es la solución a la

³⁵ Palomeque, M. C. Álvarez de la Rosa (2013). *Derecho del ...loc.cit* , p. 22

³⁶ SJS de 10 de Enero, n.6 de Bilbao 9/2014... *loc.cit*. FJ 5

que van abocados numerosos operadores y como tal, no puede reconstituir ese vacío: En el tenor del artículo 86.3 ni siquiera se plantea la posibilidad literal de una unidad desreglada, al limitarse a aportar una referencia al salto desde el nivel inferior al superior³⁷.

- Ello obliga a dar respuesta a un problema causado por la deficiente técnica normativa, posiblemente amparada en fe del legislador de que las partes concluirían a tiempo sus nuevos pactos. Es la propia transitoriedad del artículo añadida en la Disposición 4ª la demuestra el interés del legislador en que las unidades pudieran llegar a sustituir sus convenios en el plazo de un año³⁸.
- Se llega a la conclusión de que el sistema no puede concebirse sin el recurso a un nivel intermedio de regulación. El pacto/norma se descompone en el nudo acuerdo inicial, ya desprovisto de las garantías que le otorga el Título III del ET. El citado título, sólo confiere al acuerdo ciertas cualidades normativas o promocionales y siempre al servicio de la garantía institucional a que se debe genéricamente (art.37), nunca fue el responsable de conformar el pacto, éste sólo se debe a un acuerdo de voluntades alcanzado por el ejercicio de libertades de rango superior a la competencia del legislador ordinario. Por tanto, dado un escenario crítico de desregularización, el título III no puede hacer desaparecer el acuerdo en su totalidad³⁹.
- Finalmente, la posibilidad de degradar el pacto a condiciones sin respaldo normativo (sólo contractual), imperada por la necesidad de integrar una laguna, atiende al imperativo de mantener el estímulo negocial. El pacto afectado padecería una exclusión de la fuerza del convenio estatutario, pero ello supondría la desaparición de sus cláusulas, ya que el sistema normativo no se ve en condiciones de aportar soluciones a este desenlace. Tales cláusulas despojadas de las cualidades conferidas por el Título III del ET, ostentan no obstante la indiscutida condición de ser las últimas concluidas y aceptadas por los sujetos negociadores, lo que permite tenerlas como vigentes en tanto no se recomponga el nivel intermedio de regulación, con la salvedad de que, en tanto esto suceda, quedarán expuestas a mecanismos de alteración unilateral sometidos a causalidad (art. 41), estos ya sí, autorizados por el ordenamiento laboral para novación o reconfiguración de contenidos de la relación obligatoria bajo ciertas circunstancias; es decir, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sujetas al procedimiento establecido en el art.41 del Estatuto del Trabajador⁴⁰.

Así, el tribunal, estima la demanda interpuesta por ELA frente a la ERHARDT Y CIA SA, declarando nula la comunicación empresarial, así como el derecho del personal de la demandada a disfrutar de las condiciones contenidas en el convenio colectivo para

³⁷ SJS de 10 de Enero, n.6 de Bilbao...*loc. cit.* FJ 5

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

Empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios de Bizkaia a la espera de una regulación intermedia⁴¹.

- c) **Conservación parcial**, pero **no degradada**, (el previsto para el escenario de plus-ultra-actividad), ésta tesis se encuentra en una posición intermedia, asume la conservación parcial del convenio colectivo decaído, en lo no previsto por el convenio colectivo superior de referencia: **SSTSPV de 19 de octubre y 26 de noviembre de 2013**⁴²:

Antes de abordar el problema, me parece interesante señalar sucintamente que, según la doctrina, existen varios grados de retroactividad de las leyes (uno de los fundamentos de la demanda, la no aplicación de la nueva redacción dada al precepto por la ley 3/2012). Ésta es defendida por el TS cuando mantiene que *“la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico, por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva cuando recae sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas”*. Lo que el 9.3 prohíbe es *“la retroactividad entendida como incidencia de la ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”* (STS 30-6-91, RJ 1991, 5183).

- a. La de grado máximo o absoluta: La nueva ley se aplica a la situación anterior y a todos sus efectos. Es la que prohíbe la Constitución en su art. 9.3 en sus efectos desfavorables claro, una reforma del CP dónde se elimine el delito de reo político (por ejemplo). Todos los condenados por ese tipo podrán pedir su absolución en virtud de la aplicación de la norma menos restrictiva en Dº Penal, así como a ser declarados inocentes de lo que hicieron, debido a sus efectos favorables para los afectados⁴³.
- b. La de grado medio: A cuyo tenor la nueva ley se aplica a la situación anterior, regulando los efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada pero sólo cuando hayan de ejecutarse después de estar vigente la nueva ley. Por ejemplo, una hipotética nueva ley de Dación en pago. Los nuevos afectados podrán entregar el piso como dación de su deuda, así como a los que se les va a ejecutar, pero los ya embargados no podrían exigir que se les tratase así⁴⁴.
- c. La de grado mínimo: La más generalizada en derecho del trabajo y que implica que la ley nueva se aplica sólo a los efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente la misma. El principio de irretroactividad no impide la llamada retroactividad mínima, por cuanto *“la incidencia en los derechos en cuanto a su protección en*

⁴¹ SJS de 10 de Enero, n.6 de Bilbao...loc. cit. FJ 5

⁴² Palomeque, M. C. Álvarez de la Rosa (2013). *Derecho del ...loc.cit.* p. 22

⁴³ STSPV de 26 de noviembre (Sala de lo social, Sección 1ª) Sentencia num. 2065/2013. FJ 2

⁴⁴ STSPV de 26 de noviembre...loc cit. FJ 2

el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad”⁴⁵ más próximo a la noción de efecto inmediato, pues la nueva regulación se aplica a los efectos que nazcan tras su vigencia⁴⁶.

- Como he dicho, se presenta como defensa de la demanda el principio de irretroactividad. Entienden que no les es de aplicación la nueva redacción dada al precepto por la ley 3/2012, ni por lo tanto el límite temporal que establece, dado que ello supondría darle a la modificación legal un alcance retroactivo no previsto y prohibido por el artículo 9.3 CE al suponer una restricción de derechos⁴⁷. Después del análisis de los diferentes grados de retroactividad de la norma se hace innecesario reproducir en qué sentido se decanta el tribunal acerca del expositivo primero de la demanda.
- El otro argumento utilizado es que la vigencia del convenio se mantiene porque el punto sexto del Acuerdo de 23 de mayo de 2013 de la Comisión de seguimiento del II AENC (Acuerdo para el Empleo y Negociación colectiva) establece el deber de los negociadores de los convenios, al no haberse hecho uso de la posibilidad de instar la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario establecido en el punto séptimo, a comprometerse a seguir el proceso de negociación garantizado durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso el mantenimiento del convenio colectivo vencido⁴⁸. Resulta otro planteamiento desechado por el tribunal, fundamentalmente porque a tal acuerdo, no se le puede atribuir otra naturaleza que la de meras “Recomendaciones”, sin otro alcance vinculante⁴⁹.

Una vez estudiados los argumentos de la defensa, se aborda la solución que da la empresa: Aplicar a los Trabajadores del Sector de Limpieza de Edificios y Locales como marco regulador el Convenio sectorial de ámbito superior (Estatal) y en lo no regulado por el mismo, el Estatuto de los Trabajadores, sin olvidar, que respecto de los trabajadores ya contratados, se mantienen sus condiciones individuales “*Ad cautelam*” mientras los tribunales se pronuncien sobre cuáles son los efectos de la pérdida de ultractividad⁵⁰.

El Tribunal Superior de Justicia valora si la remisión que hace la patronal al Estatuto de los Trabajadores para lo no regulado en el Convenio sectorial, es la solución que debe mantenerse: Parten de la base de que la modificación legal operada en cuanto a la vigencia de los convenios colectivos no busca la supresión de la negociación colectiva, ni tampoco rellenar los vacíos generados tras la pérdida de vigencia de los convenios con la normativa básica (El Estatuto de los Trabajadores), este no da cobertura a

⁴⁵ STSPV de 26 de noviembre...loc cit FJ 2

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ STSPV de 26 de noviembre...loc cit FJ 1

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ STSPV de 26 de noviembre...loc cit FJ 3

⁵⁰ *Ibid.*

muchos aspectos de la relación laboral, algunos resultan fundamentales y en muchos casos incluso se hace remisión a la negociación colectiva⁵¹.

Por lo tanto, la solución que da la Sala de lo Social de País Vasco, es que debe prevalecer la cobertura de las condiciones laborales mantenidas entre los trabajadores y empresas afectadas (salvo en materia que sean de regulación en el convenio colectivo de ámbito estatal, y en tanto se suscriba por las partes negociadoras un nuevo convenio provincial del sector de limpieza de edificios y locales de Gipuzkoa) mediante la aplicación transitoria del anterior convenio colectivo que perdió su vigencia⁵².

La Sala del TSJ toma partido en el debate sobre la cobertura de los vacíos de regulación que se producen con ocasión de un convenio colectivo decaído por las tesis continuistas, pero con la particularidad de excluir expresamente que las condiciones del convenio decaído persistan como condiciones más beneficiosas porque su origen no cabe encontrarlo en la voluntad empresarial⁵³. Tampoco menciona tesis que abogan por la contractualización de las condiciones del convenio decaído, como es el caso de la STS de 22 de diciembre de 2014 que analizaré con posterioridad, y deja sin resolver cuestiones como si es posible que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio provincial puedan intentar descolgarse de sus previsiones por la vía del 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Cosa que si hace la STSJ de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Social núm.2 de Terrassa, declara expresamente que rechaza la posibilidad de aplicar el Estatuto de los Trabajadores mediante los trámites del artículo 41 del ET, razona que: “es contrario tanto a la legislación actual como a la pasada, así como la consolidada jurisprudencia tanto del TC como del TS la tesis de que el convenio colectivo como contrato introduce cláusulas al nexo contractual de las partes, lo que en determinados ámbitos doctrinales han venido a denominar “la contractualización del convenio colectivo⁵⁴” y que se defiende sobre la base de la pérdida de vigencia del convenio pero no de su contenido.

i. La naturaleza supletoria del régimen legal de ultractividad, el pacto neutralizador de la reforma

Las sentencias objeto de estudio en éste punto, han salido del atolladero que genera el artículo 86.3, reforzando la autonomía de las partes y obviando que el pacto colectivo al que llama la ley sea anterior o posterior a la reforma.⁵⁵ La resolución judicial que marcó ésta senda fue la SAN 149/2013, de 23 de Julio, recurso 205/13, continuada por la SAN 19 de noviembre de 2013, recurso 369/2013 relativa a una empresa del sector de los Servicios de Prevención Ajenos.

⁵¹ STSPV de 26 de noviembre...*loc cit* FJ 4

⁵² *Ibid.*

⁵³ Carlos González González, Revista Aranzadi Doctrinal num.2/2014 parte comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. *Pérdida de ultraactividad del convenio y aplicación del convenio colectivo de ámbito superior tras la reforma laboral de 2012..* p. 6.

⁵⁴ STSJ de Terrassa de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Social núm.2 (AS 2013, 3194).

⁵⁵ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, *loc.cit.*p.25

- **Audiencia Nacional, Sentencia num. 149/2013 de 23 julio:** La demanda es promovida por SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS contra AIR NOSTRUM LÍNEAS AÉREAS DEL MEDITERRÁNEO S.A. sobre conflicto colectivo. Piden que "se declare que en tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio colectivo que haya de sustituir al III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum, L.A.M., S.A. (LEG 2003, 4879), y sus trabajadores pilotos, el contenido normativo o las cláusulas normativas de dicho III Convenio Colectivo permanecen vigentes”.

El convenio colectivo cuya vigencia expiraba en 2006, se prorrogó hasta 2010, y se denunció por la empresa en septiembre de tal año, desde entonces la negociación no ha conseguido fructificar en un nuevo convenio. En el propio convenio se establecía, que su contenido normativo permanecería vigente tras su denuncia, mientras no existiera el convenio siguiente (se quiso establecer una analogía con la cláusula “salvo pacto en contrario” que opera en la reforma de 2012). Por tanto, a su juicio no operaría el límite anual para la ultraactividad (que se alcanzó el 8 de julio de 2013 según la DT 4ª de la citada Ley), sino lo dispuesto por las partes en el convenio⁵⁶.

La empresa demandada, defendió que el art. 86.3 ET no da cabida a cualquier clase de pacto sobre la duración del convenio, sino al pacto "en contrario" respecto de la ultraactividad limitada, lo que no cabe identificar con una cláusula que tan solo reproducía lo dispuesto en la Ley vigente en el momento de su suscripción. Se desea, por tanto, que se pacte expresamente que el convenio se mantiene pasado el año. A juicio de la empresa, la interpretación mantenida por SEPLA supone vaciar de contenido la reforma del citado precepto⁵⁷.

Lo que le corresponde determinar al Tribunal, es si el III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum LAM SA y sus trabajadores pilotos, denunciado en 2010, continúa en ultraactividad superado el 8 de julio de 2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012 (DT 4ª de la ley 3/2012). La parte demandante alega que el régimen establecido en el 86.3 ET, sólo opera en defecto de pacto, y tal pacto existe en este caso, por lo que no operaría la fecha límite de la Disposición Transitorias sino el ámbito temporal fijado por las partes en el propio convenio.

La pauta fundamental es que la regla de la ultraactividad limitada no es absoluta ni imperativa. Antes, sorprende la crítica que hace el Juez al Legislador; *“pocas dudas tendríamos respecto de los convenios nacidos antes de la reforma, si el legislador hubiera expresado en el art. 86.3 ET una regla de carácter imperativo, dado el juego del principio de jerarquía normativa, según el cual, una vez entrada en vigor la norma los convenios colectivos han de ajustarse a la*

⁵⁶ Audiencia Nacional, Sentencia de 23 julio num. 149/2013

⁵⁷ *Ibid.*

*misma, con independencia de que existieran con anterioridad o no*⁵⁸ deja de manifiesto, que con una mejor redacción de la norma, no surgirían éste tipo de problemas. Pues bien, el art. 86.3 ET no establece una disposición de carácter imperativo sino que expresamente otorga primacía a la autonomía colectiva, lo que plantea dudas respecto de la validez de las cláusulas de ultraactividad contenidas en los convenios preexistentes, acuñadas cuando el régimen que operaba por defecto era distinto del ahora aplicable⁵⁹.

El Tribunal da una solución para el caso concreto, puesto que no parece razonable ni jurídicamente realista mantener que todos los convenios denunciados antes de la reforma han finalizado su vigencia el 8 de julio de 2013 (fecha en la que decae el convenio objeto de la controversia), sin matiz alguno, ni tampoco que todos perviven como si nada hubiera cambiado en la regulación legal: La línea argumental de la Sala, está basada en la literalidad de las normas legales, permite defender que las cláusulas de ultraactividad pactadas antes de la reforma son válidas en sus propios términos, sin ningún cuestionamiento ni afectación de la nueva ley, que no impone su nulidad sobrevenida (y habría simplificado las cosas como he señalado *in supra*)⁶⁰.

Así pues, la SAN, basada en la literalidad de las normas legales, falla, dejando claro que por la redacción del texto, se entiende que **la norma tiene carácter dispositivo**; tal y como expresamente indica el art. 86.3 ET al remitir a "*los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio*" en cuanto a su vigencia "*una vez denunciado y concluida la duración pactada*", y al mencionar el "*pacto en contrario*" que impide que entre en juego la regla legal subsidiaria⁶¹

Finalmente, se estima la demanda interpuesta por SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS LÍNEAS AÉREAS y en consecuencia declaran que en tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio colectivo que haya de sustituir al III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum, L.A.M., S.A., y sus trabajadores pilotos, el contenido normativo de dicho III Convenio Colectivo (LEG 2003, 4879) permanecen vigentes.

ii. La búsqueda de la verdadera intención del legislador

La deficiente redacción del precepto ha dejado a los jueces un amplio margen de interpretación y casi todas las decisiones judiciales van motivadas por el camino de intentar mantener la ultraactividad y para ello se están dando formulas dispares. Como hemos visto, en la sentencia analizada anteriormente, el tenor literal de la norma hace

⁵⁸ Audiencia Nacional, Sentencia de 23 julio num. 149/2013

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

que los jueces consideren disponible para los sujetos colectivos el régimen legal de ultra-actividad, es decir, de naturaleza supletoria, en defecto de pacto.

Dentro de esta construcción jurídica tiene un papel importante la STSJ de Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 1030/2013 de 28 de octubre, que insiste en buscar la “intención del legislador”, pero en realidad se trata de otra corrección judicial más a la reforma laboral.

Abre hasta tres posibilidades interpretativas del texto. A cada una de ellas se le atribuye consecuencias prácticas diversas, pero finalmente, optando por una lectura más restrictiva del alcance de la reforma y, en paralelo, expansiva del valor de la autonomía colectiva⁶². A tal fin se dice acudir por analogía a las reglas interpretativas de los contratos, puesto que, como es sabido, el convenio colectivo es, en parte norma y en parte contrato (“cuerpo-alma de contrato, cuerpo-alma de ley”).

Las tres posibilidades son:

- La primera, la más restrictiva, en el sentido de limitar tal expresión a los pactos alcanzados tras la entrada en vigor de la L3/2012.
- La segunda, intermedia, consistiría en referirla a los pactos conferidos en materia de ultraactividad en el convenio denunciado o decadente.
- La tercera, la más amplia, consistiría en que la fase en cuestión puede referirse, tanto a los alcanzados en el convenio decadente o en la fecha anterior a la entrada en vigor de la ley 3/2012, como a los acordados con posterioridad a dicha fecha por las partes legitimadas para ello.

Así pues, el tribunal opta por la interpretación más amplia y compatible con la intermedia (a todo tipo de pactos y sobre todo a los que afectan a la vigencia), diciendo, que la novedad introducida en la redacción del párrafo cuarto del artículo 86.3 (pérdida de vigencia del convenio denunciado), sigue teniendo carácter supletorio y dispositivo (como dice la Sentencia num. 149/2013 de la Audiencia nacional) y por tanto solo aplicable en ausencia de pacto en contrario, entendiendo como tales no solo el contenido en el convenio colectivo denunciado o decadente, sino, también, cualquier otro alcanzado en otro momento posterior⁶³ y siempre que el acuerdo este suscrito por partes que ostenten legitimación suficiente. Como en el caso a resolver por el tribunal, el convenio colectivo (Convenio para las industrias dedicadas a la fabricación de chicles, caramelos, chocolate y golosinas en general de la Región de Murcia) decaído y denunciado, contenía un cláusula que hacía que el mismo se prorrogase automáticamente hasta que uno nuevo fruto de la negociación colectiva lo sustituyese. Este hecho hace que se le de validez a tal pacto y que no se encuentre afectado por la modificación introducida por la redacción del artículo 86.3 párrafo cuarto del ET, que, dispone la pérdida de vigencia de un convenio denunciado al transcurrir un año sin que se haya alcanzado acuerdo sobre un nuevo convenio que le sustituya, pues tal regla solo

⁶² Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, loc.cit.p.28

⁶³ TSJ de Murcia, de 28 octubre 2013...loc cit. FJ 4

es aplicable en ausencia de un pacto o acuerdo de las partes negociadoras⁶⁴ legitimadas del convenio colectivo, circunstancia que en el presente caso no concurre.

El voto particular: La sentencia deja la puerta abierta a un gran número de interpretaciones, dependiendo si se opta por la restrictiva, intermedia o amplia; el voto particular del Ilmo. Sr. D. José Luís Alonso Saura, Magistrado de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia formula una solución a mi parecer más sólida, dice que el carácter supletorio o dispositivo del artículo 86.3 del ET, relativo a la ultraactividad, se derivaría de la obligada lectura conjunta de todo el precepto, teniendo en cuenta también el texto del párrafo primero, cuya redacción no se ha modificado:

Artículo 86 Vigencia

1. Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.

*El “salvo pacto en contrario habría que ponerla en relación con el contenido del párrafo primero, el cual establece la primacía de lo pactado en el propio convenio denunciado...es más dado el carácter supletorio de la pérdida de vigencia, no era necesaria la inclusión de la expresión “salvo pacto en contrario”,...resulta redundante y no tiene otro sentido que disipar cualquier duda sobre la primacía de lo pactado”.*⁶⁵

El voto particular no entra tanto en “lo pudo o no pudo hacer el legislador” o “o quiso o no quiso hacer”...sino que da una solución clara, acentuando el carácter dispositivo de la norma y el consiguiente protagonismo de la autonomía colectiva que impera en todo el artículo.

iii. El voto particular

Pese a que la doctrina, mayoritariamente, ha sido partidaria del mantenimiento de la ultraactividad, resulta interesante analizar un voto particular discordante con la situación. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 de noviembre de 2013, estamos ante un convenio prorrogado mediante un “supuesto” pacto de vigencia prorrogada que contenía el propio convenio. Como vienen siendo las soluciones de los tribunales, se mantiene la ultraactividad del convenio decaído y prorrogado en virtud de ese pacto. Así, la empresa, dejó de aplicar el convenio provincial, por el estatal y en lo no contenido por el Estatuto de los Trabajadores (como por ejemplo el SMI).

⁶⁴ TSJ de Murcia, de 28 octubre 2013...*loc cit.* FJ 5

⁶⁵ Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad...*, *loc.cit.* pp.30-31

Determinan que es nula o no ajustada a derecho la actuación de la Mercantil Eguzki Garbiketak S.L, que constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo tanto, se desestima en parte la demanda con la consiguiente aplicación de las cláusulas del convenio colectivo de ámbito superior respecto de aquellas materias reguladas por éste (de ahí que se estime en parte la demanda) y en cuanto al resto de materias, se seguirán aplicando las cláusulas del convenio denunciado, sin limitación temporal ni material, hasta que se pacte un nuevo convenio⁶⁶.

El voto particular del magistrado Sr. Don Pablo Sesma de Luis, sostiene que el convenio está ya denunciado y decaído y que esto se desprende de la lectura (acudiendo al prioritario instrumento hermenéutico que indica el 3.1 del Código Civil⁶⁷) del pacto previsto en el articulado del convenio decaído, de la nueva redacción del artículo 86.3 párrafo cuarto y de la Disposición Transitoria nº 4 que establece el hito inicial del período de vigencia en el momento de dictarse la ley 3/2012.

Llama la atención que utiliza argumentos propios de otras sentencias que han favorecido el mantenimiento de la ultraactividad mediante “la interpretación según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. En la sentencia de la Audiencia Nacional num. 149/2013 de 23 julio, se interpreta de la lectura de los preceptos que el pacto suspende el precepto (art. 86.3 párrafo nº4) del Estatuto del Trabajador dada su naturaleza dispositiva.

En este caso, el voto particular del Magistrado Don Pablo se pronuncia en un sentido contrario, dice que la Disposición Transitoria cuarta no es una regla de régimen transitorio y si ésta no se aplicase en la forma expuesta, quedaría vacía de contenido respecto a todos los convenios colectivos que, en número muy elevado prevén su prórroga para después de vencido el plazo inicial de vigencia⁶⁸, lo que es evidente que no ha querido el legislador y que resultaría contrario a lo expresado por el mismo en la exposición de motivos de la ley 3/2012.

Pero lo que más resulta llamativo del voto particular no es su sentido contrario, sino como finaliza su motivación: Manifestando que la situación creada por la modificación del 86.3 párrafo cuatro, no es sino el resultado de la voluntad del legislador. No corresponde a los jueces porque escapa a su competencia, remediar esas situaciones, y menos aún salir en socorro de una de las partes del conflicto. Intentar remediar los efectos de las leyes equivale a discrepar de las mismas, cuando lo cierto es que a la jurisdicción sólo corresponde su acatamiento y aplicación⁶⁹. Considera contrario a las normas legales y pactadas, dice que la solución dispensada al conflicto se ha apartado

⁶⁶ STSJPV, 19 de noviembre (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 2013

⁶⁷ STSJPV, 19 de noviembre... *loc.cit.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

de una aplicación natural y razonada en Derecho, y se ha basado en una retorsión de los hechos y en unos motivos forzados que se revelan más voluntaristas que jurídicos.

Debo estar de acuerdo con el Magistrado que “nada a contracorriente” en algunas de sus conclusiones, pero discrepo en otras. Bien es cierto que no es tarea del legislador entrar a valorar un precepto legal y que sólo les corresponde su acatamiento y aplicación, pero cuando dice que la situación creada (debo suponer que se refiere al permanente estado de controversia y de tensión que se ha creado a partir de la reforma) es voluntad del legislador y no corresponde a los jueces discrepar de las mismas, sí que les corresponde tener que interpretar un precepto con una redacción deficiente y que no solo plantea dudas, sino que crea laguna. A pesar que sean motivos voluntaristas y no jurídicos los que se exponen para resolver el caso, parece una solución (o parche) conveniente para conservar derechos de los trabajadores y mantener viva la tensión que impulsa la voluntad negociadora de las partes, además, parece complicado buscar una solución justa con base jurídica.

Parece claro, por el alto número de sentencias que se han pronunciado a favor del mantenimiento de la ultraactividad (tesis continuistas), que efectivamente discrepan con el legislador, que opinan que la ultraactividad es una institución necesaria y que pese a la nueva redacción del precepto del Estatuto del Trabajador, que, claramente aboga por su desaparición o mitigación al menos, se empeñan en mantenerla mediante creativas formulas. Lo “fácil” o lo que iría en conexión directa con la voluntad del legislador, es resolver las controversias en el sentido del Magistrado Sr. Don Pablo Sesma de Luis, es decir, no aplicar el convenio provincial decaído (con arreglo a la DT 4ª del ET), pero parece que los Jueces y Tribunales españoles se han visto inundados por un sentido de la responsabilidad y en consecuencia intentan mantener la ultraactividad, incluso con soluciones que no tienen base jurídica sólida.

Las dos posiciones parecen entendibles, por un lado, los que opinan que de la lectura del texto se desprende la naturaleza supletoria de la ultraactividad y que salvo pacto en contrario significa, salvo pacto en contrario y por otro, los que dan más validez a la cláusula de vigencia de la DT 4ª, aunque las consecuencias de la desaparición del convenio pueden resultar indeseables, “ello no es óbice para forzar la letra y el espíritu de una norma determinada y hacer decir al legislador lo que quiso o no quiso decir”⁷⁰, aunque con loables propósitos.

V. La Sentencia TS (Sala 4.ª, Rec. 264/2014) de 22 de diciembre de 2014

El supuesto es, una vez denunciado y vencido en convenio de la empresa demandada sin que las negociaciones (iniciadas en noviembre de 2010) lleguen a un nuevo acuerdo, la

⁷⁰ José María Goerlich Peset, Ángel Blasco Pellicer, (2015) La nueva situación de pos-ultraactividad del convenio colectivo: Una visión rupturista. A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios, de *Revista de Información laboral* núm. 2/2015 parte Art. Doctrinal, Edificio LEX NOVA, Valladolid, Pg 4

empresa considera aplicable la disposición transitoria cuarta prevista en la modificación legislativa de 2012 y la empresa comunica a los empleados que se va a proceder a abonar la nómina aplicando las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores en el período que va del 8 al 31 de julio.

Se plantean dos dudas interpretativas. La primera es ¿Qué entendemos por convenio colectivo de ámbito superior? ¿De ámbito territorial como los Provinciales o de ámbito funcional como los Sectoriales? ¿Cuál de ellos debe prevalecer? En el caso a resolver, no existe convenio de ámbito superior aplicable al de empresa que ha perdido su vigencia por finalizar el período de ultraactividad. La segunda duda es cómo se van a regular los derechos y obligaciones de las partes, pero en este caso se trata de rellenar una laguna, no de interpretar un precepto, es decir, cuando no exista convenio aplicable de ámbito superior o existiendo no se regulen materias que si lo hacía el convenio fenecido.

Con fecha de 20 de diciembre de 2013 se dictó sentencia por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en la que consta el siguiente fallo: *“Que estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), debemos declarar y declaramos no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio de 2013, al dividirla en dos periodos uno de ellos con la aplicación de las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo”*⁷¹.

Esta es la Sentencia recurrida que se eleva al Tribunal Supremo y aunque consciente de que una sola Sentencia no crea jurisprudencia, es la primera y por ello merece el análisis. No es la única razón, resulta muy llamativa la multiplicidad de votos particulares, concurrentes algunos y otros discrepantes, que contiene la Sentencia de 22 de diciembre, hecho que crea un escenario de incertidumbre acerca de los próximos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Son cuatro los votos particulares (suscritos por ocho magistrados) ofrecen tanto o más interés que la propia sentencia, en cuanto que, separándose de la fundamentación de ésta, muestran un conjunto de alternativas interpretativas muy dignas de exploración⁷². Nos encontramos por tanto ante una materia de enorme relevancia, sobre la que no existe una doctrina consolidada, que requiere de un profundo análisis.

La Sala IV del Tribunal Supremo se ha enfrentado por primera vez ante el problema del régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales que vinieran rigiéndose por un convenio colectivo caducado, cuando además no exista convenio superior sustitutivo. En su sentencia de 22 de diciembre de 2014 (recurso de casación 264/2014) el Alto

⁷¹ STSJ Islas Baleares de 20 de diciembre de 2013 (Rec. 580/2013) Fallo

⁷² José María Goerlich Peset, Ángel Blasco Pellicer, (2015) La nue... *loc.cit.* p. 4

Tribunal se alinea con las posiciones conservacionistas, e invoca la autonomía de la voluntad en materia contractual.

Declara que: «es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente (...).Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento»⁷³.

Con la tesis utilizada por los magistrados, se aborda el problema de la laguna pero no del todo, solo declara que la actuación de la empresa no es ajustada a derecho y evita entonces que en futuras controversias, no se aplique el Estatuto del Trabajador. Bien es cierto que evita los vacíos que derivan de la interpretación “rupturista”, pero abre otras muchas cuestiones que derivan de la aparición de una nueva situación del convenio colectivo, a la que algún artículo doctrinal ha llamado el convenio “Zombi”⁷⁴ (resucita una vez decaído y perdida su vigencia, pero no como antes, lo hace un poco “podrido”) y otros se han referido más correctamente, “escenario de post-ultraactividad”.

a. La tesis de la contractualización

En la sentencia, primero, se afirma la existencia de una laguna legal a la hora de regular la situación derivada del transcurso del período máximo de ultraactividad cuando no existe convenio superior aplicable (en el FJ 3.2.A), laguna que consiste en “el legislador no ha dicho absolutamente nada sobre la situación”⁷⁵, frase que repiten en numerosas ocasiones las instancias inferiores cuando han tenido que referirse a tal situación.

Después, presenta las dos soluciones posibles: la rupturista y la conservacionista, la primera hace tabla rasa de las condiciones laborales existentes en el convenio fenecido y sostiene que las partes se regirán por las normas estatales y reglamentarias. Por otro

⁷³ STS, Sala 4ª de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014) FJ 3.2.A

⁷⁴ José María Goerlich Peset, Ángel Blasco Pellicer, (2015) *La nue... loc.cit.* p. 6

⁷⁵ STS, Sala 4ª de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014) FJ 3.2.A

lado, la segunda opta por mantener las condiciones laborales que venían rigiendo, puesto que “forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes”⁷⁶.

La sala entiende que la tesis más jurídicamente correcta y que ha venido siguiendo doctrina científica y también la doctrina judicial es la tesis “conservacionista” (radicalmente opuesta a la rupturista). Se comienza por exponer el por qué no es viable la aplicación de la tesis rupturista; “podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca”⁷⁷. En numerosas materias reguladas en normas estatales remiten a los convenios para su desarrollo, hace que, de aplicarse la tesis “rupturista” tendría nefastas repercusiones para el trabajador, como es recibir el SMI, cambio de actividad (ya sea de mayor o menor cualificación), cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto y para el empresario en materia sancionadora, por ejemplo.

El Tribunal defiende tal doctrina mediante la “tesis de la contractualización”, viene a explicarse de la siguiente manera: “...con la enorme frecuencia que las partes celebran un contrato de trabajo, en lugar de reproducir las normas legales y convencionales que entienden aplicables, acuden a la técnica de la remisión para establecer las condiciones laborales, indicando que, por ejemplo -serán las que deriven del convenio colectivo aplicable-.”⁷⁸ Pero dicen que tal remisión no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece y, de las condiciones laborales que resulten, entonces cualesquiera derechos y obligaciones que existan para las partes en el momento de terminar la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen. No es porque esas condiciones pasen a contractualizarse, sino porque ya estaban contractualizadas en mismo momento en que comienza la relación laboral, es decir, cuando estas firmando un contrato de trabajo, también estas firmando las condiciones del convenio aplicable.

Por ende, con el convenio vencido, denunciado y decaído en virtud de la Disposición Transitoria 4ª, se mantiene en cada contrato de trabajo y como tal, podrá ser modificado por los cauces del artículo 41 del ET y por supuesto, los que vayan a firmar un contrato de nueva incorporación, no tendrán la posibilidad de “firmar” las condiciones previstas en el convenio ya decaído.

⁷⁶ Aurelio Desdentado Bonete, 2015, la ultraactividad en el TS. Un comentario a la sentencia del 22 de diciembre de 2014 de *Revista de Información Laboral* núm. 3/2015 parte Art. Doctrinal Edificio LEX NOVA, Valladolid. p 3

⁷⁷ STS, Sala 4ª de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014) FJ 3.2.A

⁷⁸ STS, Sala 4ª de 22 de... *loc.cit.* FJ 3.2.C

i. La crítica.

Primero, hay que dejar claro que la “tesis de la contractualización” ni es jurisprudencia ni cumple la función de complementar el ordenamiento jurídico laboral, como consecuencia, no resulta vinculante para los tribunales inferiores, ni puede permitir que haya que modificar, “toda la dogmática jurídico laboral sobre las fuentes de los derechos y obligaciones de la relación laboral, ni la consolidada y uniforme interpretación del artículo 3 ET. Ni siquiera resulta útil a efectos de consolidar una determinada interpretación del artículo 86.3 ET”⁷⁹, puesto que no existe consenso en la Sala, incluso termina siendo minoritaria, solo se consigue la resolución al caso concreto mediante el voto particular concurrente (aunque distinta motivación). Dicho lo cual, no resulta descabellado pensar que los siguientes pronunciamientos del Alto Tribunal vayan a ir en otro sentido, a mi juicio, el voto particular concurrente que aboga por tesis continuistas también, se acerca a una solución más racional.

Entrando en las cuestiones técnicas y de aplicación, encontramos que resulta inaplicable en el ámbito laboral, el artículo 1255 CC sobre el que se apoya la sentencia. Resulta sencilla la explicación con base jurídica; el artículo 3.4 del CC nos dice que “las disposiciones de éste código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”, la supletoriedad que se desprende del precepto hace que resulte obvio que el 1255 quede sin efecto, ya que el ET contiene en el 3.1 una regulación sobre la misma materia, permitiendo a la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo establecer los derechos y obligaciones de la relación laboral que tenga por conveniente “sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos”⁸⁰. Se trata de una regulación propia y diferente que excluye el precepto del código civil de su ámbito de aplicación. Además el 3.1. ET es diferente, prevé la posibilidad del pacto contra ley (en el ámbito civil no se prevé, es absoluto) con matices; se admite pactar contra ley si el pacto es más beneficioso para el trabajador. La conexión del artículo 3.1 c y el artículo 3.5 ET⁸¹ determinan un panorama de las relaciones de fuentes diferente del diseñado por el CC e impide su aplicabilidad.

También, destacar que hay derechos y obligaciones de la relación laboral que el contrato no puede regular o administrar, otros son objeto de llamamiento por la ley al convenio para su regulación y el Tribunal Supremo los admite como contractualizables. Son derechos y obligaciones que únicamente son entendibles desde una regulación con normativa general y que una regulación contractual no podría gestionar. Estarían sujetos al poder novatorio que deriva del artículo 3.1 c ET y quedarían fuera de la órbita protectora del artículo 3.5 ET, lo que resultaría absurdo en relación a su propio carácter colectivo⁸².

⁷⁹ José María Goerlich Peset, Ángel Blasco Pellicer, (2015) La nue... *loc.cit.* p. 4

⁸⁰ STS, Sala 4ª de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014) FJ 3.2.A

⁸¹ José María Goerlich Peset, Ángel Blasco Pellicer, (2015) La nue... *loc.cit.* p. 4

⁸² José María Goerlich Peset, Ángel Blasco Pellicer, (2015) La nue... *loc.cit.* p. 4

Así sucede en varios supuestos que cita la sentencia, sobre los que predica su contractualización: *“las relativas a las peculiaridades del contenido de la obligación de trabajar (art. 20.2 ET), al sistema de clasificación profesional por medio de grupos profesionales (art. 22 ET), a la promoción profesional, la formación profesional en el trabajo, los ascensos y la promoción económica (arts. 22 a 25 ET) con su indudable incidencia en la movilidad funcional y en los poderes organizativos empresariales, la estructura del salario y el carácter consolidable o no de los complementos salariales (art. 26 ET), la duración de la jornada de trabajo inferior a la legal, la distribución irregular de la jornada a lo largo de un año, la forma de compensación de las diferencias o el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria rebasando el límite máximo de nueve horas (art. 34 ET), formas de abono o de compensación de las horas extraordinarias (art. 35 ET), la planificación anual de las vacaciones (art. 38.2 ET), el régimen disciplinario salvo la sanción de despido (arts. 54 y 58 ET) o las reglas para la constitución y funcionamiento de un comité intercentros (art. 63.3 ET) o para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa (art. 67.1 ET)”*⁸³. Sucede también en otras cuestiones, pero todas ellas, no pueden ser reguladas ni administradas por la autonomía individual, la remisión normativa está hecha en términos exclusivos a la autonomía colectiva.

Además de los problemas materiales nos encontraríamos con problemas formales, es decir, conformar contratos que regulen todas esas materias sería hartamente complicado (tendrían alrededor de 100 páginas) y se producirían desajustes entre los trabajadores ya empleados bajo la anterior normativa (que continuarían gozando de los mayores beneficios) y los de nueva incorporación regidos exclusivamente por las nuevas normas, lo cual dificultaría la organización de las empresas además de crear importantes puntos de desigualdad entre los trabajadores.

Estos problemas son muy variados, siendo muchos de ellos recogidos en votos particulares, tanto en los discrepantes como en los concurrentes.

b. Las tesis conservacionistas o continuistas (votos concurrentes)

De los votos concurrentes de la STS del 22 de diciembre del 2014 una parte del rechazo completo a la tesis de la contractualización y otra la matiza. El primero de los votos, redactado por el Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, es el que expone los argumentos que más se distancian de los que da la sentencia:

- En primer lugar, niega la tesis de la contractualización porque el Estatuto de los Trabajadores distingue entre las condiciones derivadas del convenio y las que tienen su origen en el contrato. Siendo conceptos diferentes, no sería asumible la incorporación de las primeras al núcleo contractual.

⁸³ STS, Sala 4ª de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014) FJ 3.2.B

- En segundo lugar, recuerda que la incorporación de una condición más beneficiosa a un contrato sólo puede producirse mediante un acto de voluntad constitutivo, no puede darse sin más.
- En tercer lugar advierte que no es posible aceptar una condición más beneficiosa de origen normativo.
- En cuarto y último lugar, rechaza la tesis de la contractualización porque las posibles remisiones del contrato al convenio no impiden que la condición en cuestión siga la suerte del convenio.

Esta posición es fundamentada por vulneración de los principios constitucionales de la dignidad humana, el derecho a la negociación colectiva, el derecho al equilibrio de prestaciones, buena fe y las dificultades que puedan surgir en el orden práctico.

Debo estar de acuerdo con la crítica realizada por el Sr. D. Aurelio Desdentado cuando dice que no tiene encaje constitucional la ausencia de motivación que explique cómo el precepto legal admite la interpretación conforme a la constitución. Además rechaza el fundamento de la dignidad humana ya que esta es considerada como un valor que conlleva respeto por parte de terceras personas y que poco tiene que ver con una garantía patrimonial, desvistiendo el precepto constitucional. En adición, desmonta el fundamento de la buena fe, el Derecho a la negociación colectiva y el Derecho a la equivalencia de prestaciones porque no puede valorarse la conducta de ningún particular.

Por su parte, el voto particular del excelentísimo Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Luelmo Millán realiza una matización de la tesis de la contractualización. No da tantas vueltas y parece que da una solución jurídica más coherente. Dice que algunas materias como el salario constituyen un Derecho primordial del trabajador y que debe preservarse cuando ya han sido incorporados al particular, fruto de la relación laboral. En este sentido invoca la disposición transitoria segunda del CC: “Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma...” Lo cual entronca con la cuestión de la condición más beneficiosa que la jurisprudencia niega que un convenio colectivo sea un instrumento adecuado para establecerla. Sin embargo, en esta situación excepcional sería una condición sobrevenida que de otro modo (la no aplicación del convenio fenecido) se incurriría en una especie de expropiación de derechos, lo cual puede constituir un estímulo para evitar futuras negociaciones, que es lo que la propia norma niega en su exposición de motivos.

En resumen, el salario como piedra angular para el trabajador no puede verse afectado por la reforma cuando se trata de personas que tienen incorporado el contenido en su contrato. La norma no impide que si no existe un convenio superior aplicable se mantenga la ultraactividad en este punto singular, con el objeto de mantener estímulos de negociar y mantener el equilibrio prestacional entre los sujetos, es decir, evitar la

descompensación o destrucción de la relación contractual en el que la propia relación laboral descansa⁸⁴.

c. La tesis rupturista (votos discrepantes)

A continuación paso a analizar el voto particular emitido por el magistrado Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro que considera que el recurso debió estimarse y además critica la tesis de la contractualización de una manera más frontal.

- En primer lugar porque no cabe descartar la solución a un problema jurídico por la sola razón de que desagraden sus consecuencias.
- En segundo lugar porque debió al límite temporal previsto en la disposición transitoria 4ª, una vez agotada la ultraactividad el convenio pierde su vigencia.
- Por último por las previsiones de un convenio no abandonan la norma que las alberga para desplazarse a los contratos e independizarse de su generador.

En resumen, defiende que ni el convenio despliega sus efectos, ni éste puede servir para perpetuar su mantenimiento. Sin embargo hace una reflexión acerca de lo que sucede con los derechos afectados en cada caso, constituyendo un vacío relativo. Es decir, que sería posible la recuperación de los derechos que se fueron con el convenio, siempre y cuando logre acreditarse la concurrencia de alguno de los siguientes elementos: Entre otros la dignidad, el enriquecimiento injusto, la estrategia empresarial abusiva o la mala fe en la negociación.

En una materia tan sensible como la laboral, que tiende a la desigualdad entre las partes, si se impone una carga de prueba tan pretenciosa al trabajador, lo más probable es que no prosperen las demandas por falta de la misma. A parte del problema de la prueba, nos encontraríamos con una casuística muy variada que obligaría a ir al caso por caso, por lo que la seguridad brillaría por su ausencia.

VI. COCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL

Hemos visto a lo largo del Trabajo, que los Tribunales han buscado formulas varias para interpretar el párrafo cuarto del artículo 86.3 pero muy pocos casos se ha hecho la remisión al Estatuto del Trabajador para utilizarlo como marco regulador de las relaciones laborales...De seguirse tal formula (de aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores en las materias que no regula el convenio de ámbito superior y que sí regulaba el convenio decaído), podría hacer a los actores entrar en la dinámica de la libre negociación de las condiciones de trabajo con los representantes unitarios o, directamente, con los trabajadores (mediante el proceso del artículo 41 ET), con el consiguiente riesgo del surgimiento de desequilibrios y en perjuicio de la negociación colectiva desarrollada por los sindicatos y propiciada por el legislador. La instauración

⁸⁴ STS, Sala 4ª de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014) 2º Voto particular F) y G)

de las condiciones mínimas previstas en el Estatuto del Trabajador, lejos de favorecer la consecución de un nuevo convenio, de ámbito provincial, provocaría una incertidumbre contraria a la productividad y a la paz social⁸⁵. No olvidemos que la voluntad del legislador, según el preámbulo de la Ley 3/2012 (apartado IV in fine) viene a señalar que con los cambios introducidos, se pretende, en primer lugar, incentivar que la negociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, por ser ésta una situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado, pretendiendo además evitar, para cuando lo anterior no fuera posible, una “petrificación “ de las condiciones de trabajo pactadas en convenio para que no se demore el en exceso el acuerdo renegociador⁸⁶.

Con la solución dada por el Magistrado D. Miguel Luelmo Millán a la sentencia del pleno en su voto particular concurrentes por lo menos se mantiene vivo el estímulo de la negociación con el intento de mantener el equilibrio prestacional contenido en la relación sinalagmática de las partes.

Lo que pretendo decir es que más allá de lo acertado de las decisiones judiciales, de sí han interpretado correctamente el precepto o rellenado bien las lagunas, lo que se hace necesario es una modificación legislativa. Parece (a juzgar por el inmenso número de conflictos promovidos por éste motivo y la reciente negociación entre Patronal y Sindicatos acerca de ésta materia entre otras) que la solución a la problemática del estancamiento o petrificación de las negociaciones colectivas, ha sido peor o por lo menos más costosa en recursos que la situación anterior a la reforma de 2012.

En la legislación anterior el remedio consistía en establecer el mantenimiento de las cláusulas normativas del convenio anterior, se mantenían las condiciones de trabajo en el convenio que había agotado su vigencia y solo decaían las obligaciones que, entre ellos, habían contraído los negociadores. Esta solución es muy conservadora y desde luego evitaba el vacío, pero fue el blanco de las críticas de los economistas que la acusaban de ser un elemento de excepcional rigidez, ya que:

- 1) Conducía en la práctica a una negociación ascendente en una especie de espiral de mejoramiento, en la medida en que el convenio anterior actuaba como un “suelo” mínimo para la negociación ulterior.
- 2) Dificultaba de forma importante la adaptación de las condiciones de trabajo y, en particular, de los salarios en las coyunturas de crisis, pues bastaba no llegar un acuerdo para mantener las retribuciones del periodo de expansión⁸⁷.

⁸⁵ STSPV de 26 de noviembre (Sala de lo social, Sección 1ª) Sentencia num. 2065/2013. FJ 4

⁸⁶ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Exposición de Motivos.

⁸⁷ Aurelio Desdentado Bonete, 2015, la ultraactividad en el TS. Un comentario a la sentencia del 22 de diciembre de 2014 de *Revista de Información Laboral* núm. 3/2015 parte Art. Doctrinal Edificio LEX NOVA, Valladolid. p 1

El problema de la petrificación existía antes de la reforma (por eso se produjo) y existe después de la misma pero de otro modo, esta petrificado judicialmente. Por ello, no parece que volver a la regulación anterior sea la solución y por supuesto tampoco el permanecer en la situación actual (la de los trabajadores desprovistos de regulación favorable para negociar y los empresarios con serias dificultades a la hora de aplicar la modificación legislativa).

Se antoja complicado dar una solución pacífica al conflicto, las partes tienen intereses muy enfrentados y recientemente acentuados por la situación de crisis, que hacen que cualquier solución pueda ser más favorable para uno u otro bando creando descontentos y mayor conflictividad.

Sería conveniente que las partes, con la mayor representatividad posible, se sometiesen a una especie de autoridad laboral estatal (alejada de los arbitrajes) encargada de solucionar conflictos colectivos. Un órgano que decida sobre el convenio aplicable, sobre la vigencia de los mismos y actúe de mediador con capacidad de decisión, en caso de estancamiento en la negociación. Así, éste, teniendo en cuenta criterios objetivos económicos, sociales y de productividad, podría ajustarse de manera imparcial a las necesidades de la empresa y los trabajadores en ese momento tan delicado como son las negociaciones de las condiciones de trabajo de los siguientes años.

Creo que, dado el carácter tuitivo del derecho del trabajo, no es descabellado pensar en un órgano, “un padre” que cuando existe un conflicto que no son capaces de resolver los trabajadores y empresario, “los hijos” acudiera a mediar y en su caso decidir de manera autoritaria para que impere la paz social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Manuales

Molina Navarrete C., (2014), *Escenarios de pos-ultraactividad del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Editorial Bomarzo, Albacete

Palomeque, M. C. Álvarez de la Rosa (2013). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Revistas

AmChamSpain , Position paper , *La reforma laboral: efectos reflexiones y propuestas de mejora* , Departamento RR.HH.

Aurelio Desdentado Bonete, 2015, la ultraactividad en el TS. Un comentario a la sentencia del 22 de diciembre de 2014 de *Revista de Información Laboral* núm. 3/2015 parte Art. Doctrinal Edificio LEX NOVA, Valladolid.

Carlos González González, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.2/2014 parte comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. *Pérdida de ultraactividad del convenio y aplicación del convenio colectivo de ámbito superior tras la reforma laboral de 2012*.

E-dictum, Nº 38 de Febrero de 2015, actualidad profesional “cuidado: resucita la ultraactividad de los convenios colectivos. Elena López Sánchez.

José María Goerlich Peset, Ángel Blasco Pellicer, (2015) La nueva situación de pos-ultraactividad del convenio colectivo: Una visión rupturista. A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios, de *Revista de Información laboral* núm. 2/2015 parte Art. Doctrinal, Edificio LEX NOVA, Valladolid

Juan Gorelli Hernández, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi SA, Pamplona. *Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia* 2014.

Sentencias

SJS de 10 de Enero, n.6 de Bilbao 9/2014 (AS/2014/334)

STSJ de Terrassa de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Social núm.2 (AS 2013, 3194).

STSJ Islas Baleares de 20 de diciembre de 2013 (Rec. 580/2013) Fallo

STSJPV de 26 de noviembre (Sala de lo social, Sección 1ª) Sentencia num. 2065/2013

STSJPV, 19 de noviembre (Sala de lo Social, Sección 1ª) , de 2013

TSJ de Murcia, de 28 octubre 2013, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1030-2013