

XXVI JORNADAS CATALANAS DE DERECHO DEL TRABAJO:
LOS DERECHOS LABORALES DESDE LA PERSPECTIVA DE
LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DE LA NORMATIVA
INTERNACIONAL

La ultraactividad de los convenios colectivos

Fernando Salinas Molina.
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

“LA ULTRAactivIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS”

Fernando Salinas Molina
Magistrado Sala IV del Tribunal Supremo

Sumario:

I.- Las sucesivas reformas del art. 86.3 ET regulador de la denominada ultraactividad de los convenios colectivos: principios básicos.

I.1.- Texto originario del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo).

I.2.- Texto ex Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

I.3.- Texto ex Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio.

I.4.- Texto ex Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

I.5.- Texto ex Ley 3/2012, de 6 de julio.

II.- El fin de la ultraactividad y sus posibles consecuencias en orden a la alteración de las posiciones negociadoras de las partes en condiciones de igualdad: posturas doctrinales.

III.- Consecuencias de la aplicación de la previsión normativa cuando desaparece el convenio colectivo denunciado (“se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”).

III.1.- Cuando hubiere un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

III.2.- Cuando no hubiere un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

III.- 3.- Opiniones doctrinales sobre la determinación de la situación jurídica resultante cuando no hubiere convenio colectivo superior de aplicación.

A) Aplicación los mínimos establecidos, con carácter general, en la legislación social

B) Continuidad residual como convenio colectivo estatutario.

C) Incorporación del contenido del convenio que pierde su vigencia, de forma automática y completa, al contrato de cada uno de los trabajadores afectados como condiciones de trabajo contractualizadas.

D) Contractualización limitada de condiciones de trabajo perviviendo determinados elementos esenciales del intercambio contractual.

E) Permanencia en el contrato de las “*condiciones de trabajo*” tras la pérdida de vigencia del convenio y como condiciones contractuales más beneficiosas de adquisición individual.

F) Conversión en un convenio de eficacia limitada (convenio colectivo extraestatutario).

G) Existencia de un pacto implícito que mantiene las condiciones hasta que se alcance acuerdo, individual o colectivo.

H) Conversión del convenio colectivo que ha perdido su vigencia en costumbre o uso profesional o de empresa.

IV.- Análisis de la STS/IV 22-diciembre-2014 (rco 264/2014, Pleno, con votos particulares).

IV.1.- Antecedentes fácticos y cuestión suscitada.

IV.2.- Examen por la Sala de casación de algunas de las tesis doctrinales y las soluciones judiciales sobre la referida cuestión, como cuestión previa a su toma de postura.

IV.3.- La crítica a la tesis “rupturista” y la puesta en evidencia de las consecuencias negativas que de su aplicación comportaría.

IV.4.- La opción a favor de la tesis “conservacionista” con determinadas matizaciones: las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo desde el momento inicial de la relación jurídico-laboral aunque depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET y los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo ya estaban contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente y 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.

IV.5.- Los votos particulares concordantes con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

IV.6.- Los votos particulares discordantes con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

I.- LAS SUCESIVAS REFORMAS DEL ART. 86.3 ET REGULADOR DE LA DENOMINADA ULTRAACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: PRINCIPIOS BÁSICOS.

I.1.- En el art. 86.3 del texto originario del Estatuto de los Trabajadores (**Ley 8/1980, de 10 de marzo**) (BOE 14-03-1980), en vigor desde el día 15-03-1980, se preceptuaba que:

“3. Denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo”.

La ultraactividad del contenido normativo se establecía con **carácter imperativo** y no dispositivo como se efectúa luego en el Decreto Legislativo 1/1995, como veremos, **manteniéndose la eficacia del contenido normativo del convenio durante el tiempo necesario** hasta que las partes, en su caso, alcanzaran un nuevo acuerdo colectivo que sustituyera al anterior denunciado.

La doctrina ha destacado (Goerlich Peset) que **bajo la legislación franquista no era necesaria esta institución** pues no existía el posible problema de los vacíos temporales duraderos que se pueden producir en la negociación colectiva. De lo regulado en la **Ley 18/1973**, de 19 de diciembre (convenios colectivos sindicales de trabajo), dado que o el convenio estaba en vigor, con su vigencia inicialmente establecida o en virtud de prórroga anual por defecto de denuncia (art. 16) o estaba en revisión; y esta última necesariamente culminaba con éxito puesto que, a falta de acuerdo, se preveía una intervención arbitral, voluntaria en primer término y obligatoria en el momento final (art. 15), que lo garantizaba. **El problema surge a partir del momento en que estas intervenciones desaparecen** ⁽¹⁾.

Este mecanismo de intervención vuelve a repetirse aún en el **Real Decreto Ley 17/1977**, de 4 de marzo (BOE 09-03-1977), al disponer que los convenios se entenderán prorrogados de año en año si no se denuncian; denunciados, las partes negociarán su sustitución por otro convenio, si no llegan a un acuerdo y no se someten a un arbitraje, *“la Autoridad laboral dictará laudo de obligado cumplimiento”* (arts. 25 y 27) ⁽²⁾.

I.2.- En el texto del art. 86.3 ET (**Decreto Legislativo 1/1995**, de 24 de marzo), en vigor desde 01-05-1995, se establecía también escuetamente que:

<<3. Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales.

La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en

¹- GOERLICH PESET, J.M. (*“Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad”*, en VV.AA. directores GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. *“La reforma de la negociación colectiva – RDL 7/2011, de 10 de junio”*, 2011).

²- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (*“Aplicación temporal del convenio colectivo: finalización del convenio y régimen posterior de condiciones de trabajo [ultraactividad]”*, en VV.AA., directora RAMOS QUINTANA, M., *“Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España”*, 2013).

el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio>>.

Por un sector de la **doctrina científica** (Palomeque López) ⁽³⁾, partiendo del carácter normativo del que gozaba en su conjunto el convenio colectivo estatutario (art. 37.1 CE), se afirmaba que resultaba como mínimo ambiguo distinguir en el seno de su articulado un conjunto de preceptos a los que se reserva la denominación de “*normativos*”, por contraposición a otros, los menos, que, por ser identificados como “*obligacionales*”, parecen estar desprovistos (lo que en modo alguno es así) de eficacia normativa. Esta distinción se reflejaba en el art. 82.2 ET, cuando se diferenciaban normativamente las “*condiciones de trabajo y de productividad*” y las obligaciones de “*paz laboral*” dentro del convenio; así como en el art. 5 LISOS cuando calificaba como infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las “*cláusulas normativas de los convenios colectivos...*” (en el texto actualmente vigente “*las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las ... cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente Ley*”). Referencia que también se mantiene en el art. 8.8 LISOS al configurar como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales “*La transgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos*”.

La referida distinción entre cláusulas normativas y obligaciones ha sido analizada y aplicada por la **jurisprudencia social, interpretándose restrictivamente la noción de contenido obligacional** (entre otras a las que luego nos referiremos, en la STS/IV 2-julio-2009 –rco 44/2008) ⁽⁴⁾.

Como recuerda, entre otras, la **STS/IV 14-mayo-2013** (rcud 1312/2012), -- en la que se atribuía carácter normativo a las normas convencionales relativas a las faltas y sanciones, por lo que, en consecuencia, mantenían su vigencia, una vez concluida la duración pactada del Convenio colectivo, salvo pacto en contrario, hasta que entrara un vigor un nuevo convenio que lo sustituyera --, <<La jurisprudencia de esta Sala se refleja, entre otras, en la STS/IV 29-abril-2003 (rco 126/2002), en la que se argumenta que “La distinción entre cláusulas obligacionales y normativas ha dado lugar a especulaciones varias. Actualmente, por la doctrina científica más autorizada, se nos dice que la **parte normativa del convenio** pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas ‘condiciones de trabajo’ (condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones...; a la

³.- PALOMEQUE LÓPEZ, C. (“Derecho Sindical Español”, 1994).

⁴.- La indicada STS/IV 2-julio-2009 recuerda que <<Según el parecer de la doctrina mayoritaria “mientras las (cláusulas) normativas se proyectan sobre los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito, las obligacionales vinculan a los firmantes que las suscribieron” (Sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1.997, recurso 269/97). Por otra parte, la **mención genérica a las cláusulas obligacionales apunta, claramente, a los deberes de paz laboral a cargo de quienes han negociado el convenio**. En cualquier caso, no cabe duda que, como señala la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1.995, el **contenido normativo** comprende tanto las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, como la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivo, y también las reglas que definen los propios ámbitos del convenio. Y tal referencia es de carácter vinculante para el contenido normativo del convenio, en el supuesto de denuncia del mismo (sentencia de esta Sala de 16 de enero de 1.995)”>>.

carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias...; y al régimen salarial). Pero el contenido normativo no queda agotado en los ejemplos mencionados, sino que se extiende a la regulación de aspectos colectivos: cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales... La jurisprudencia, por su lado, ha emitido declaraciones varias, entre las que cabría recordar la STS 21 diciembre 1994 (rec 2734/93), donde leemos que 'la constitución de los fondos asistenciales y sindicales regulados en [determinado convenio] forman parte de su contenido normativo' (aunque otra cosa se predique de la administración de los mismos)>> y en cuanto al **contenido obligacional** se recuerda que, conforme a la jurisprudencia social, <<está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz [art. 82.2 ET], los compromisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones ad hoc>>.

Sobre los **pactos de ultraactividad** en supuestos acaecidos bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1/1995, la **jurisprudencia social** ha interpretado que <<Tampoco ofrece duda alguna que esa cualidad normativa comporta su necesaria observancia en el periodo de ultraactividad, que se mantiene durante el período en el que, denunciado el convenio se desarrollan las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo que pueda plasmarse en otra norma convencional del mismo ámbito territorial (así, por ejemplo, SSTS 25/01/07 –rco 63/06; 18/04/12 –rco 150/11; 20/06/12 –rco 31/11). Pero **de igual manera que** –conforme a la redacción actualmente vigente del art. 86 del ET– **el propio convenio Colectivo puede establecer las reglas y soluciones que tenga por conveniente en orden a la vigencia de su contenido normativo durante el período de ultraactividad, de manera que es totalmente lícito que un precepto del Convenio disponga que determinadas cláusulas del mismo, a pesar de su contenido normativo, pierdan su vigencia una vez finalizado el plazo de vigencia pactada de aquél** (citada STS 25/01/07 –rco 63/06), también es evidente que esa ultraactividad es **inaplicable respecto de cláusulas de las que inequívocamente se desprenda su pactada limitación temporal**, aún a pesar de la previsión contenida en el art. 86.3 «in fine» respecto de que «en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del Convenio», porque «[l]a vigencia del contenido normativo ... se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio» ...>> (entre otras, SSTS/IV 29-enero-2013 –rco 49/2012 y 15-julio-2014 –rco 220/2013).

I.3.- A partir del 12-06-2011 entra en vigor la modificación de dicho art. 86.3 ET efectuada por el **Real Decreto Ley 7/2011**, de 10 de junio (de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva) (BOE 11-06-2011) ⁽⁵⁾, disponiendo que:

⁵.- En su Preámbulo, con relación a este precepto y su finalidad, se indica que "el texto incorpora otras medidas, que encuentran reflejo en el artículo 86.3 y en el 89, apartados 1 y 2, del texto estatutario, dirigidas a superar determinadas situaciones de paralización de las negociaciones de los nuevos convenios y evitar la prórroga de su vigencia por tiempo superior al pactado. En definitiva, se instauran potentes mecanismos para dinamizar la negociación y, en último extremo, se propicia el recurso voluntario a los sistemas de solución no judicial de discrepancias como la mediación o el arbitraje, dirigidos a evitar que las negociaciones finalicen sin acuerdo. A tal efecto, **se pretende fomentar intensamente el arbitraje**, favoreciendo la opción por su carácter obligatorio previamente comprometido entre las partes, sin perjuicio de que prime en todo caso la voluntad de los firmantes de los acuerdos interprofesionales sobre la materia y, así, se respeten los imperativos constitucionales al respecto. **Con todo, el artículo 86.3 prevé que, de frustrarse la negociación, cuando las partes no hayan decidido**

<<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 de los plazos máximos 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.

En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo>>.

Como se deduce del texto transcrito y destacó la doctrina (García-Perrote y Mercader Uguina), se introduce una nueva regulación de la llamada ultraactividad de los convenios colectivos que han agotado su duración prevista, pero, polémicamente, el RDL 7/2011 acaba previendo que, en defecto de acuerdo y de sometimiento a los procedimientos de solución no judicial, **se mantiene la vigencia del convenio colectivo**.

Se **potencia el carácter dispositivo** de las partes en orden a la vigencia del convenio colectivo una vez concluida la duración pactada, como se deduce especialmente de los párrafos I (regla general), II (fase de ultraactividad comprendida entre la denuncia y la expiración del plazo máximo para la negociación) y IV (fase de ultraactividad que se abre a partir de la expiración del plazo máximo para la negociación) del art. 86.3 ET. Defendiéndose doctrinalmente (Goerlich Peset) la **posibilidad de que a lo largo de las negociaciones**, incluso tras la expiración del

someterse a mecanismos de solución de discrepancias o bien cuando estos mecanismos no logren resolver tales discrepancias y, en defecto de pacto en contrario, el convenio debe mantener su vigencia. Ello debe interpretarse como una medida tendente a servir de aliciente adicional para evitar la ausencia de acuerdo en la renegociación del convenio y para impulsar, si cabe, la adhesión a los indicados sistemas no judiciales”.

plazo máximo, los negociadores **pudieran modalizar las previsiones sobre ultraactividad preestablecidas.**

Desaparece la distinción entre las cláusulas obligacionales (o convencionales) y las normativas, pues ambas continúan vigentes tras el agotamiento de la duración prevista del convenio colectivo, **con la excepción de una concreta cláusula convencional** que decae a partir de la denuncia del convenio colectivo, en concreto las **“cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio”** ⁽⁶⁾; evitándose así la interpretación de la difícil distinción entre tales tipos de cláusulas y garantizándose que, **mientras dure la situación de ultraactividad, se continúe aplicando el conjunto del convenio** sin que la pérdida de eficacia de determinadas cláusulas suponga desequilibrios contraprestacionales o la imposibilidad de aplicar contenidos normativos por la ineficacia de las cláusulas referidas a su gestión por las partes negociadoras ⁽⁷⁾.

Queda fuera del contenido de esta Ponencia relativa exclusivamente a la ultraactividad, tanto: **a)** el análisis de la **problemática de la regulada sumisión obligatoria a un arbitraje** una vez constatada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo dentro del plazo máximo legalmente establecido (art. 86.3.III ET, DA 1.2 RDL 7/2011, art. 37.1 CE); **b)** como el de los denominados **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, los cuales tendrían la vigencia que las partes determinarían.

I.4.- El último párrafo (IV) del citado art. 86.3 ET fue modificado también por el **Real Decreto-ley 3/2012**, de 10 de febrero (de medidas urgentes para la reforma del

⁶.- Planteaba un concreto sector doctrinal (GOERLICH PESET, J.M., citado) el riesgo de que con esta nueva configuración se produjera una variación de los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales respecto de las relaciones de este precepto con el art. 84 ET (“1. *Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente*”) y que tradicionalmente se había movido en la línea de que, para evitar la petrificación de las unidades de negociación, durante la ultraactividad no jugaba la **prohibición de concurrencia** (cfr. SSTS 2-2-2004, rec. 3069/20012 y 30-6-2009, rec. 91/2007). Afirmando que, a su juicio, no existía ninguna razón para que variara esta interpretación.

Debe, no obstante, tenerse en cuenta que la jurisprudencia social ha declarado, así en **STS/IV 24-abril-2012** (rco 141/2011), que <<*el régimen de ultraactividad en relación con la eficacia de la prohibición de concurrencia de convenios es disponible en la negociación colectiva; y, además, la prohibición de afectación de un convenio durante su vigencia ex art. 84 ET ... ha de relacionarse con la posibilidad de cambio de la unidad de negociación que ampara el art. 83.1 ET (“Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”)*>> y que <<*En el presente caso, concurre la anterior circunstancia, amparada en el citado art. 86.3 ET, estableciéndose en el convenio colectivo autónómico un régimen especial de ultraactividad diferente del regulado con carácter general en el art. 86.3 ET y, además, para su aplicabilidad es dable interpretar que debe partirse como presupuesto de que durante la situación de ultraactividad se mantiene como norma base el convenio colectivo de ámbito autónómico (“... en todo aquello no previsto ou estando previsto, sempre que o millore a favor dos/as traballadores/as, terase en conta o recollido na lexislación vixente en cada momento, así como no convenio estatal que regula o sector” –art. 5 in fine)*>>.

⁷.- PASTOR MARTÍNEZ, A. (cit.).

mercado laboral) (BOE 11-02-2012) ⁽⁸⁾, en vigor desde el 12-02-2012, estableciendo que:

<<Transcurridos dos años 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⁾.

A partir, por tanto, de la reforma ex Real Decreto-ley 3/2012, -- al transformarse radicalmente la solución dada por el RDL 7/2011 de que, en defecto de acuerdo y de sometimiento a los procedimientos de solución no judicial, se mantenía la vigencia del convenio colectivo --, y al **establecerse, salvo pacto en contrario, la pérdida de vigencia**, trascurrido el plazo fijado, **es cuando surge la problemática del fin de la denominada “ultraactividad” del convenio y la de la determinación de las condiciones de trabajo que deban aplicarse, en su caso, al perder vigencia normativa el contenido del convenio derogado**, en especial, cuando no hubiere claramente convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación.

Igualmente, a partir de ese momento, aun inmodificado el art. 86.3.II ET sobre los **acuerdos parciales**, adquieren los mismos **mayor trascendencia ante la ausencia de ultraactividad**, como ha puesto de relieve un sector doctrinal (Llompard Bennàsar), afirmándose que, aun cuando el convenio denunciado ya no resulte de aplicación ni se haya conseguido negociar uno nuevo, cabe la posibilidad de que determinadas materias (salario o jornada ...) queden reguladas por estos acuerdos parciales, que en muchos casos serán de mínimos, evitándose aplicar el convenio colectivo de ámbito superior o, en su caso, la regulación estatutaria que puede resultar inexistente en determinados aspectos (cuantificación de los conceptos salariales ...), concluyendo que se instrumenta de este modo, un mecanismo a disposición de las partes que puede evitar la concurrencia de un vacío normativo en cuestiones fundamentales para la organización del trabajo en las empresas ⁽¹⁰⁾.

⁸.- En su **Preámbulo** se intenta justificar la reforma en este punto haciendo referencia a que *“En cuarto lugar, en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. 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.”*; así como a que *“Finalmente, 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 en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a dos años”*.

⁹.- En su **DT 4^a**, sobre la *“Vigencia de los convenios denunciados en la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley”* se establecía que *“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”*.

¹⁰.- LLOMPARD BENNÀSAR, M. (*“Nuevas perspectivas en materia de estructura de la negociación colectiva y de duración del convenio colectivo”*, en VV.AA., director THIBAUT ARANDA, J. *“La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo”*, 2012).

La referencia a “**en defecto de pacto en contrario**” (por lo que la citada norma posee naturaleza dispositiva) se ha interpretado por un sector doctrinal, -- lo que no comparto y no es la interpretación jurisprudencial (STS/IV 8-julio-2014 –rc 164/2013), como veremos --, en el sentido de que el acuerdo por el que se varía el plazo de ultraactividad legalmente previsto debe ser un **pacto sobrevenido**, sin que pueda disponerse “*ab initio*” del mismo en el propio convenio ⁽¹¹⁾; sosteniéndose, por otro sector doctrinal, que nada impide que los acuerdos sobre posible prórroga del contenido del convenio se efectúen con posterioridad a la referida norma legal ⁽¹²⁾. Además, la ultraactividad **podrá pactarse** en el propio convenio colectivo o durante el periodo de ultraactividad misma antes de finalizar ésta ⁽¹³⁾; y tratándose de convenios colectivos, de cualquier ámbito, concertados **antes y después del 08-07-2012**, dada la naturaleza dispositiva del antiguo y nuevo art. 86.3 ET ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾.

La doctrina científica propuso de “*lege ferenda*” **diversas alternativas a la solución dada por el RDL 3/2012**, como pudieran haber sido, entre otras, que: **a)** las condiciones del convenio que hubiera perdido vigencia se incorporaran al contrato de trabajo como condiciones contractuales de los trabajadores que estuvieran en la plantilla de la empresa en ese momento, con sistema similar al existente en **Alemania**; **b)** el establecimiento de una **ultraactividad “parcial”**, de forma que perdiesen vigencia las condiciones convencionales más significativas, entre ellas, las salariales, el tiempo de trabajo, la clasificación profesional y el régimen disciplinario) ⁽¹⁷⁾; o **c)**

¹¹.- SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (“*Claves de la reforma laboral de 2102 – Estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero*”, año 2102).

¹².- CRUZ VILLALÓN, J. (“*Hacia una nueva concepción de la legislación laboral*”, en “*Temas Laborales*”, nº 115, 2012).

¹³.- SALA FRANCO, T. (cit.).

¹⁴.- CASAS BAAMONDE, M.E. y GARCÍA QUIÑONES, J.C. (“*Cuestiones jurídicas sobre la ultraactividad de los convenios colectivos*”, informe emitido en el marco del convenio de asesoramiento UGT y UCM, 2013), entienden que “*El posible pacto en contrario contenido en los convenios colectivos, de cualquier ámbito, concertados antes y después del 8 de julio de 2012, neutralizará esa pérdida de vigencia del convenio hasta su sustitución por otro nuevo, bien prolongando temporalmente el período legal de vigencia ultraactiva del convenio, bien diferenciando el mantenimiento de esa vigencia según qué materias, bien estableciendo el cómputo de esa vigencia desde un momento diferente al del instituto de la denuncia del convenio, etc. Todo ello queda a la disponibilidad de la negociación colectiva*”.

¹⁵.- LAHERA FORTEZA, J. (“*Mantenimiento de las cláusulas convencionales de ultraactividad pactadas antes de la reforma de 2012*”, informe emitido en el marco del convenio de asesoramiento UGT y UCM, 2013).

¹⁶.- En esta línea, PASTOR MARTÍNEZ, A. (cit.), matizando, en atención a cada caso concreto, que “*Quedarían fuera de la consideración de acuerdos dispositivos de la ultraactividad limitada aquellas cláusulas relativas a la vigencia del convenio o a la renegociación del convenio que nada especificasen en relación a la duración a la ultraactividad o bien que se limitasen a remitirse a lo dispuesto en la norma legal. Este tipo de remisiones tienen siempre un carácter dinámico por cuanto deben ser integradas por la norma vigente en cada momento*”.

¹⁷.- MERCADER UGUINA, J.R. (“*La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad*”, en VV.AA., directores GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. “*Reforma laboral 2012 – Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”, 2012).

como el **sistema francés**, en el que al ser denunciado el convenio, debe renegociarse uno nuevo y si en el plazo de un año, a contar desde la expiración del preaviso, no llegan las partes a un acuerdo “*los asalariados de las empresas incluidas en su ámbito conservan las ventajas individuales adquiridas en aplicación del convenio o acuerdo que haya expirado*” (art. L 2261-13, Code du travail) ⁽¹⁸⁾.

Ante el **concreto texto normativo**, -- ratificado, en esencia, por la Ley 3/2012, como veremos a continuación --, examinaremos algunas de las más significativas tesis defendidas por la **doctrina científica** y las soluciones dadas por la **jurisprudencia social** ⁽¹⁹⁾.

I.5.- Finalmente, por ahora, se vuelve a modificar el referido art. 86.3.IV por la **Ley 3/2012**, de 6 de julio (de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) (BOE 07-07-2012) ⁽²⁰⁾, en vigor a partir del día 08-07-2012, disponiéndose que:

<<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>> .

Respecto al **momento en que comienza a computarse el ahora reducido plazo de un año**, debe distinguirse: **a)** cuando el convenio colectivo no estuviera denunciado a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012 (08-07-2012), el plazo empezará a computarse a partir de la fecha de la denuncia; y **b)** cuando el convenio colectivo ya estuviera denunciado a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012 (08-07-2012) el plazo empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor, es decir que el fin de la ultraactividad, en estos casos, fue el día 08-07-2013 (DT 4ª Ley 3/2012) ⁽²¹⁾.

¹⁸.- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (cit.).

¹⁹.- De especial interés para conocer las recientes soluciones jurisprudenciales sobre la ultraactividad, ROJO TORRECILLA, E. (“*Sobre la ultraactividad de los convenios denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio. Estudio de las resoluciones judiciales de la AN, TSJ y JS dictadas desde el 23 de julio de 2013 hasta el 20 de enero de 2014 sobre el art. 86.3 ET*”, texto publicado en el blog del autor); FALGUERA BARÓ, M.A. (“*Problemas actuales de la negociación colectiva. Especial referencia a la ultraactividad*” en Revista social de la Comisión Social de JpD, nº 149, 2014); MOLINA NAVARRETE, C. (“*Escenarios de ‘pos-ultraactividad’ del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*”, 2014).

²⁰.- En su Preámbulo se reitera, en esencia, el del RDL 3/2012, pero reduciendo el plazo cuestionado a un año, indicándose “*Finalmente, 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 en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año***”.

²¹.- En su **DT 4ª**, relativa a la “*Vigencia de los convenios denunciados*”, se preceptúa que “*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 artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la*

Lo que entiende la doctrina que deberá **matizarse** en aquellos convenios que regulan, por ejemplo, la automática denuncia desde su firma o permiten la denuncia con mucha antelación a la finalización de la duración pactada, proponiendo que el año comience a contarse desde que el convenio, una vez denunciado, ha finalizado el plazo de duración inicialmente previsto de vigencia, para evitar en algunos casos que se acorte la duración inicialmente pactada ⁽²²⁾, en suma, que el periodo de ultraactividad legal debe interpretarse que comienza **cuando, denunciado previamente el convenio colectivo, ha concluido su duración pactada** ⁽²³⁾.

Conforme a la normativa vigente, **se ha definido doctrinalmente la ultraactividad de los convenios colectivos** como “*la situación de vigencia prorrogada forzosa, por voluntad legal o convencional, en la que se encuentra un convenio colectivo una vez denunciado y finalizada su vigencia inicialmente pactada hasta la aplicación de un nuevo convenio colectivo o laudo arbitral sustitutivo o por un determinado tiempo (un año) si no hay un nuevo convenio colectivo o laudo arbitral aplicable*” ⁽²⁴⁾.

En definitiva, como se deduce de lo expuesto y ha destacado la doctrina, aunque han sido destacadas las **importantes funciones** que ha desarrollado la ultraactividad, señaladamente garantizar la paz social durante las fases de negociación del convenio y una negociación sosegada sin el temor a la pérdida de eficacia del convenio, también ha sido objeto de **severas críticas** que le han imputado la falta de adaptación de los contenidos convencionales a los cambios de distinto orden que pudieran producirse en el contexto en que debiera ser aplicado el convenio ⁽²⁵⁾.

II.- EL FIN DE LA ULTRAATIVIDAD Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS EN ORDEN A LA ALTERACIÓN DE LAS POSICIONES NEGOCIADORAS DE LAS PARTES EN CONDICIONES DE IGUALDAD: POSTURAS DOCTRINALES.

Los **Preámbulos de las normas reformadoras** (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) en las que se pone fin a la ultraactividad, como hemos adelantado, se limita de forma escueta a intentar explicar la finalidad de la solución adoptada, sin entrar en la valoración de sus consecuencias, afirmándose en ambos, variando solamente el plazo

redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor”.

²².- ALFONSO MELLADO, C.L. (cit.).

²³.- SALA FRANCO, T. (cit.).

²⁴.- SALA FRANCO, T. (“*La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos*”, en “*La Ley*” 6654/2013).

²⁵.- PASTOR MARTÍNEZ, A. (“*La ultraactividad del convenio tras las reformas de 2012. Certezas e incertezas del nuevo régimen jurídico*”, XXV Jornadas Catalanas de Derecho Social-2014, en prensa).

(2 años en el RDL y luego 1 año en la Ley), que “**se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio...**”.

Un sector doctrinal defiende este extremo de la reforma, pues, -- aún haciendo hincapié en que la ultraactividad de los convenios sigue teniendo un **carácter dispositivo** y que los agentes sociales pueden regularla como estimen oportuno en cada caso, así como que a través de los denominados **acuerdos parciales** se puede facilitar la adaptación del convenio denunciado y vencido a la realidad sectorial o empresarial durante el proceso negociador y de la importancia de que en los acuerdos interprofesionales se establezcan procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias como el **arbitraje** --, entiende que la regulación vigente hasta tal momento en materia de ultraactividad de convenios colectivos **ha favorecido una negociación siempre al alza**, con independencia de la situación económica general o de la empresa, así como que al mantenerse “*sine die*” la ultraactividad los convenios una vez denunciados seguían funcionando a modo de **red de seguridad** a partir de la cual se debía proceder a ulteriores negociaciones; y que, por el contrario, la nueva regulación compele a las partes a negociar un nuevo acuerdo, aun reconociendo que genera una mayor debilidad en la representación de los trabajadores, al señalar que “*la limitación temporal de la ultraactividad de los convenios colectivos va a producir unos efectos de estimulación en las mesas negociadoras, acaso mayor en el banco laboral, que pueden desembocar en una negociación más efectiva que permita mayor adaptación de las condiciones de trabajo a las demandas de las relaciones laborales existentes en cada momento*” ⁽²⁶⁾.

Otro sector doctrinal, pone **en duda la virtualidad del pacto en contrario al fin de la ultraactividad**, al tratarse de una “*fórmula que no será aceptada fácilmente por la parte empresarial a la vista de los réditos que ella puede sacar de la aplicación directa de la nueva regla legal*” y constata el **debilitamiento negociador de la parte social**, afirmando que “*se está ante una previsión que va a producir unas consecuencias decisivas en el panorama actual de nuestra negociación colectiva y que es una especie de espada de Damocles que se va a proyectar, de modo extraordinariamente preocupante, sobre la renegociación de los convenios y sobre la calidad futura de las condiciones de trabajo*”, concluyendo que “*la mera posibilidad de que el convenio en trámite de renegociación pierda vigencia y proceda la aplicación de unas condiciones más peyorativas, supone un factor de fortalecimiento de la parte empresarial en la negociación y puede servir para ablandar a la contraparte cara a la aceptación de regulaciones convencionales menos garantes de sus derechos*” ⁽²⁷⁾.

Por otros autores se afirma que “*la norma, el artículo 86.3 LET, si llega a aplicarse, convierte al trabajador en un contratante de debilidad sobresaliente a consecuencia, precisamente, de que el poder legislativo del Estado ha abandonado su*

²⁶.- LLOMPARD BENNÀSAR, M. (cit.).

²⁷.- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (“*El RDL 3/2012, de 10 de febrero: las envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva*”, en VV.AA., coordinación ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “*La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*”, año 2012).

función constitucional de servir de equilibrio entre los intereses contrapuestos presentes en el trabajo asalariado” (28).

Por **otro sector doctrinal** se ha observado que este brusco cambio de escenario puede producir otro efecto no menos criticable, cual es la **reducción de la tasa de cobertura de la negociación colectiva** o, lo que es igual, la merma de la protección que a los trabajadores suministra la negociación colectiva (29); lo que incluso podrá acontecer cuando exista convenios superior, pues seguramente éste no habrá regulado todos los temas, dejando espacios de regulación a los ámbitos inferiores que ahora quedarán sin cubrir o lo efectuará aquél con menor detalle (30).

La **jurisprudencia social**, se ha pronunciado, en cuestiones relevantes a estos efectos, como:

a) Sobre la exigencia de **negociación de buena fe a los efectos de renegociar un convenio colectivo**, ha establecido que *“La presunción opera siempre a favor de la buena fe y sólo cuando, mediante prueba plena o indicios realmente solventes, quepa atribuir una conducta torticera a alguno de los negociadores, cabría tomar en consideración las consecuencias previstas en el derecho común (art. 6.4 CC) para la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, e incluso, si fuere el caso, con los efectos indemnizatorios que, para los supuestos de abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC), tal conducta pudiera llegar a acarrear” (STS/IV 20-junio-2012 –rc 31/2011).*

b) Ha concedido validez a los efectos del art. 86.3.IV reformado a los pactos de ultraactividad contenidos en convenios colectivos cuya negociación se inicia con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 (aunque la publicación sea posterior), afirmando que al haber previsto expresamente su prorroga hasta que no se llegara a un nuevo acuerdo, incluso aunque se superara el plazo de dos años al que se refería el art. 86.3 ET, en la redacción dada por el RDL 3/2012, la ultraactividad pactada también se ajusta a la legalidad, razonando que *“con respecto al problema de la futura ultraactividad que el propio Convenio, para cuando fuere denunciado (recuérdese que estaba plenamente vigente ...en el momento de la interposición de la demanda el 26-09-2012: en absoluto resulta de aplicación, pues, la DT 4ª de la Ley 3/2012), atribuye a todo su contenido “en tanto no se llega a un acuerdo sobre el nuevo ..., incluso aunque se supere el plazo de dos años al que hace referencia el párrafo cuarto del art. 86.3 ET” (art. 8 del Convenio), tratándose de una materia que el legislador ha querido mantener, como antes (por todas, STS 12-3-2012, R. 4/2011), a disposición de la autonomía colectiva, en términos equiparables o incluso más amplios a los previstos en el ET/1995 o en la reforma introducida por el RD-Ley 7/2011, pues ahora se alude a la “vigencia” en general, sin distinguir ya entre cláusulas normativas y obligacionales, y no de otra forma puede interpretarse la expresión “salvo pacto en contrario” que aparece en el párrafo final del art. 86.3 ET, tanto en la redacción dada por el RD-Ley 3/12, de 10 de febrero, ya en vigor cuando*

28.- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (cit.).

29.- VALDÉS DAL-RE, F. (“La reforma de la negociación colectiva de 2012”, revista “Relaciones Laborales”, nº 23, diciembre-2012).

30.- ALFONSO MELLADO, C.L. (“La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad”, XXV Jornadas de Estudio, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2012).

se suscribió el Convenio Colectivo en cuestión (el 16-03-2012 ...), como en la vigente a partir de la Ley 3/2012, que únicamente ha reducido a un año el plazo de vigencia del anterior, **también se impone la solución desestimatoria** porque, igualmente acierta la sentencia impugnada cuando afirma que **“si los negociadores del convenio, en el uso legítimo de las potestades de autonomía colectiva, reconocidas por el art. 37.1 ... [CE], en relación con el art. 82.1.2 y 3 ET, pactaron la prórroga automática del convenio hasta que se alcanzara acuerdo, pactando así mismo, una cláusula de revisión salarial anual en dicho período, deberá estarse a lo allí pactado a todos los efectos”**. Así pues, el art. 8 del Convenio impugnado, que regula los efectos y consecuencias futuras de su propia denuncia y prórroga, se ajusta plenamente a la legalidad vigente”>> ⁽³¹⁾ (STS/IV 8-julio-2014 –rc 164/2013).

III.- CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA PREVISIÓN NORMATIVA CUANDO DESAPARECE EL CONVENIO COLECTIVO DENUNCIADO (“se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”).

III.1.- Cuando hubiere un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

Siendo éste el supuesto más sencillo, -- y que hasta la fecha no podía acontecer por impedirlo el art. 84.1 ET (“*Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente*”) --, no deja de originar problemas, muchos de ellos puestos de relieve por la doctrina. Entre otros y sintéticamente que:

- a) Realmente exista un convenio colectivo de ámbito superior que sea claramente de aplicación (“*si lo hubiere*”), en todo o en parte y a nivel geográfico y/o funcional (y, en su caso, que los colectivos afectados estén incluidos en su ámbito de aplicación ^[32]), con la consecuencia de si como resultado de la norma **puede resultar de aplicación más de un convenio de ámbito superior**, en cuyo caso, destaca la doctrina ⁽³³⁾, habrá que seleccionar cuál de entre ellos ha de configurarse como el aplicable conforme al juego de las **reglas de concurrencia establecidas en el art. 84.3 y 4 ET** y, otro sector, propugna la **aplicación del más favorable**, pues permitir el empeoramiento de condiciones conduciría a una renuncia de derechos inadmisibles (art. 3.5 ET) ⁽³⁴⁾. Por otra parte, se interpreta que

³¹.- En dicho precepto del Convenio colectivo se establecía que “*Denunciado el convenio, en tanto no se llega a un acuerdo sobre el nuevo, se entenderá que el contenido íntegro del convenio se prorroga provisionalmente hasta tanto no se llegue a acuerdo expreso, incluso aunque se supere el plazo de dos años al que hace referencia el párrafo cuarto del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores. Hasta que se llegue a ese acuerdo expreso se incrementarán anualmente, en el mes de enero, los conceptos retributivos en la misma cuantía que el índice de precios al consumo (IPC) real del año anterior, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final del presente convenio*”.

³².- Sobre esta última cuestión, FALGUERA BARÓ, M.A. (cit).

³³.- VALDÉS DAL-RE, F. (cit.).

³⁴.- Entre otros, MERINO SEGOVIA, A. (“*La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012*”, en “*Revista de Derecho Social*”, nº 57, 2012).

debe prevalecer el convenio sectorial estatal sobre cualquier otro posterior, excepto el de la **Comunidad Autónoma** que será de preferente aplicación sobre los estatales, salvo en el listado de materias a que hace referencia el art. 84.4 ET (art. 84.3 y 4 ET); así como que nada impide que con relación a **materias diferentes** se apliquen dos convenios de ámbito distinto, pues entonces sus regulaciones no entrarían en concurrencia ⁽³⁵⁾.

- b) Dicho convenio de ámbito superior que parece debe ser **preexistente** y en vigor, bien en prórroga normal o en situación de ultraactividad ⁽³⁶⁾;
- c) La problemática de la determinación del sector de actividad, cuando no se han contemplado los **subsectores de actividad** que han ido surgiendo con el tiempo (p.ej., empresas multiservicios); o la determinación de cual sea la **“actividad principal”**.
- d) El convenio de superior ámbito puede contener, en todo o en parte, condiciones superiores a las del convenio de ámbito inferior derogado, lo que parece contradecir la finalidad normativa de *“impulsar”* las negociaciones, en especial a la representación de los trabajadores ⁽³⁷⁾.

Para intentar paliar las consecuencias negativas de la aplicación del art. 86.3.IV ET al perder vigencia el convenio colectivo, exista o no convenio de ámbito superior aplicable, se alcanzó un **Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos** (BOE 14-06-2013), con intervención de la CEOE, CEPYME, UGT Y CC.OO., en el que, entre otros extremos (como los sistemas de solución extrajudicial de conflictos), se instaba a negociar de forma paccionada la ultraactividad ⁽³⁸⁾, incentivando la negociación de buena fe y, mientras ésta dure, comprometiéndose las partes *“al mantenimiento del convenio vencido”*.

III.2.- Cuando no hubiere un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

Este es el **supuesto de más difícil solución** y sobre el que existen muy diversas opiniones doctrinales sobre cual sea la normativa aplicable cuando al

³⁵.- ALFONSO MELLADO, C.L. (cit.).

³⁶.- Sobre esta última cuestión, entre otros, PASTOR MARTÍNEZ, A. (cit.).

³⁷.- Como pone de relieve ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (cit.).

³⁸.- Se afirma en la motivación del Acuerdo que *“Las citadas organizaciones parten de la consideración de que la ultraactividad de los convenios colectivos es una materia disponible para los negociadores, por cuanto la previsión legal sobre vigencia máxima es de aplicación supletoria en defecto de pacto expreso. En tal sentido, siendo la Ley 3/2012 respetuosa con las previsiones acordadas por los negociadores sobre mantenimiento de la vigencia de los convenios durante el proceso de renovación, cabe señalar que se permite, igualmente, que en cualquier momento, aquellas partes negociadoras que no la hubieran previsto expresamente con anterioridad en el convenio, ultimen acuerdos específicos sobre la referida prórroga, incluso durante la fase de negociación del nuevo convenio que estuviera llamado a sustituir al denunciado”*.

derogarse un convenio colectivo no exista un posible convenio de ámbito superior aplicable, aunque la inmensa mayoría de las mismas parten de la **crítica a la regulación legal** que no da solución expresa alguna a este supuesto a diferencia de lo que, como hemos visto, acontece en otras legislaciones, así como evidenciando que **la normativa legal imperativa sobre las condiciones de trabajo**, -- integrada, esencialmente, por el ET, el EBEP, los convenios internacionales suscritos por España, como los de la OIT, la normativa de la Unión Europea y la normativa sindical y la de previsión de riesgos laborales --, **no es suficientes para efectuar dicha determinación**, dadas las frecuentes remisiones que el propio ET efectúa a la negociación colectiva para integrar la regulación de las condiciones de trabajo.

Es dable también destacar como muchas de tales construcciones doctrinales **intentan salvar, a través de distintas vías, un contenido mínimo, más o menos amplio, de las condiciones de trabajo** que quedarían subsistentes a pesar de la derogación del convenio colectivo.

Pero, como regla, ninguna de ellas salva directamente **la posible situación de los nuevos trabajadores que fueran contratados una vez ya derogado el convenio colectivo**, aunque resaltan que los nuevos trabajadores y los ya contratados antes de la derogación del convenio **deberían ser tratados de igual forma**, para evitar la producciones de dobles escalas salariales, actuaciones empresariales claramente discriminatorias, causando, de esta forma, una grosera infracción del principio de que *“el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución”* (art. 28 ET) ⁽³⁹⁾.

III.- 3.- Entre las diversas opiniones doctrinales sobre este extremo de la determinación de la situación jurídica resultante cuando no hubiere convenio colectivo superior de aplicación, es dable destacar las siguientes:

A) La que defiende que a la pérdida de vigencia del convenio sin que exista otro de ámbito superior **serán de aplicación los mínimos establecidos, con carácter general, en la legislación social**; se sustenta que el régimen jurídico aplicable sería directamente el previsto en el ET y en el Decreto por el que se fija el SMI, manteniéndose las condiciones reconocidas a los trabajadores en contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos o disfrutados en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾.

³⁹.- En esta línea interpretativa, entre otros, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (cit.).

⁴⁰.- LLOMPARD BENNÀSAR, M. (cit.).

⁴¹.- *“En el caso de que no exista un convenio colectivo aplicable de ámbito superior, aunque la ley no se haya atrevido a explicitarlo, es obvio que estaremos ante una situación de ‘anómia convencional’ (al haber perdido su vigencia el convenio colectivo anterior ultraactivo) y por ello debiendo aplicarse la legislación laboral general (ET, RD de SMI, etc.)”* (SALA FRANCO, T., cit.).

⁴².- MERCADER UGUINA, J.R. (cit.).

⁴³.- GOERLICH PESET, J.M. (*“La ultraactividad de los convenios colectivos”*, Foro de Debate sobre *“La ultraactividad de los convenios colectivos”*, CCNCC, 2013).

Esta tesis provoca numerosos vacíos en la determinación de la normativa aplicable, como veremos, dados los muy frecuentes supuestos de utilización de la técnica de complementariedad entre la ley y el convenio colectivo (entre otros, arts. 22.1, 58.1 ET), con la derivada inseguridad jurídica; y, por otra parte, como señala un sector doctrinal, pudiendo producir un muy importante deterioro de las condiciones de trabajo aplicables en nuestro sistema de relaciones laborales, especialmente en aquellas materias (condiciones salariales, jornada de trabajo, descansos o permisos, entre otras) que en buena medida definen el nivel de progreso económico y calidad de vida predicable de los trabajadores⁽⁴⁴⁾; habiéndose afirmado que la tesis de que el art. 86.3 “*in fine*” ET implica que se abre un vacío de regulación colectiva integrable por los estándares mínimos legales, es **impracticable social y jurídicamente**, ya que el ET esta plagado de remisiones a los convenios colectivos que quedarían sin ninguna regulación (clasificación profesional, grupos profesionales, poderes de vigilancia, poderes disciplinarios, faltas y sanciones), siendo por otra parte evidente que el temor al vacío de regulación colectiva puede ser explotado como **factor de presión en la negociación colectiva** con efectos distorsionantes⁽⁴⁵⁾.

B) La tesis denominada de la **continuidad residual como convenio colectivo estatutario**, que propugna que, en defecto de convenio superior, el convenio colectivo que ha superado el tope máximo de ultraactividad mantendría su vigencia de forma residual y subsidiaria y con un rango “*degradado*” que lo haría vulnerable a la concurrencia de convenios y a la eventual desaparición de la unidad de negociación⁽⁴⁶⁾.

C) La de entender que **el contenido del convenio colectivo que pierde su vigencia se incorpora, de forma automática y completa, al contrato de cada uno de los trabajadores afectados como condiciones de trabajo contractualizadas (en su caso y para algunos como condiciones más beneficiosas reconocidas a título individual)**, pasando a tener éstas, consiguientemente, un valor jurídico meramente contractual y ya no normativo con todo lo que ello implica desde la perspectiva de eventuales modificaciones sustanciales llevadas a cabo por el empresario según lo regulado en el art. 41 ET, fundamentándose, esencialmente, por sus defensores en el derecho a la dignidad profesional, los principios constitucionales (autonomía colectiva, seguridad jurídica, fuerza vinculante de los convenios, libertad sindical), el deber de buena fe contractual y el deber de protección del empresario, además de en los principios generales del Derecho como el de protección de la confianza legítima, la buena fe, la evitación del abuso del derecho y la prohibición de enriquecimiento injusto⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾; aunque algunos autores plantean el problema de

⁴⁴.- VALDÉS DAL-RE, F. (cit.).

⁴⁵.- OLARTE ENCABO, S. (“*Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos*”, Foro de Debate sobre “La ultraactividad de los convenios colectivos”, CCNCC, 2013).

⁴⁶.- En esta línea interpretativa cabría encuadrar, entre otros/as, a MERINO SEGOVIA, A. (cit.) y a OLARTE ENCABO, S. (cit.).

⁴⁷.- CRUZ VILLALÓN, J. (“*Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012*”, en VV.AA., directores GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. “*Reforma laboral 2012 – Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”, 2012).

si, salvo pacto en contrario, esa eventual **contractualización** se entendería sometida a la condición de la vigencia pactada o prorrogada del convenio colectivo objeto del reenvío ⁽⁵⁰⁾; y otros niegan tal posibilidad de contractualización al no estar establecida por ley o por convenio colectivo, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos (francés, belga o griego) ⁽⁵¹⁾; o afirmando que la el transformar la naturaleza de las reglas del convenio, pasando de ser normativas a contractuales, al llegar su término de vigencia implica una actuación jurídica creativa, no amparada en norma alguna y ajena a la voluntad concurrente tanto de quienes negociaron el convenio cuanto a la de los sujetos de cada contrato de trabajo ⁽⁵²⁾.

D) Las tesis próximas a las contractualitas que sostienen una contractualización limitada de condiciones de trabajo defendiendo la **pervivencia de determinadas condiciones o elementos esenciales del intercambio contractual**. Se argumenta que los elementos esenciales del contrato de trabajo (precio del trabajo, cantidad de trabajo y trabajo en concreto contratados) forman parte ineludible del vínculo contractual individual, aunque no estén explicitados en el contrato de trabajo y se determinen por referencia al convenio colectivo de aplicación y que el intercambio contractual entre trabajo (tiempo y tipo o clase de trabajo) y salario, forma parte necesariamente del vínculo contractual individual. Concluyéndose, en esencia, que *“En esos términos estrictos ... puede y debe defenderse que se produce la contractualización de las condiciones de trabajo: no cabe, tras la pérdida de aplicabilidad del convenio, sostener que el único derecho retributivo de los trabajadores es el salario mínimo, que la jornada pase a ser automáticamente la máxima legal o que el trabajo contratado pueda ser unilateralmente modificado al margen de las previsiones legales sobre movilidad funcional. La jornada que se venía prestando (en su duración, no en cuanto a su distribución) ha de respetarse. El trabajo contratado también. E igualmente, el salario que se venía percibiendo. Pero, insisto, en los estrictos términos en que ello puede fundarse en el intercambio contractual, sin que la pervivencia de condiciones laborales pueda extenderse a otros beneficios sociales, a aportaciones a fondos de pensiones o mutuales, etcétera (salvo que su normativa específica prevea una vigencia indefinida o más amplia que la de otras regulaciones convencionales)”* ⁽⁵³⁾.

⁴⁸.- MOLINA NAVARRETE, C. (“Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios: ¿en serio es una cuenta-atrás hacia el ‘abismo laboral español’?”), en “Temas Laborales”, nº 121/2013) y (“Escenarios de ‘pos-ultraactividad’ del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre”, 2014).

⁴⁹.- AGUSTÍ, J., ALFONSO, C.L., APARICIO, J., BAYLOS, A., CABEZA, J., CASAS, M.E., CRUZ, J., FERNÁNDEZ, M.F., GOÑI, A., MERINO, A. (“Sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos en la reforma del 2012”, RDS, nº 61, 2013).

⁵⁰.- VALDÉS DAL-RE, F. (cit.).

⁵¹.- SALA FRANCO, T. (cit.).

⁵².- SEMPERE NAVARRO, A.V. (“La duración de los convenios tras la Reforma”, en “Revista Aranzadi Social”, nº 10/2013).

⁵³.- DURÁN LÓPEZ, F. (“Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, Relaciones Laborales, nº 9, septiembre 2014) y (“Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, en Libro homenaje a Martín Valverde, A., en prensa).

E) La tesis que sustenta que los contratos individuales de trabajo definen “*condiciones de trabajo*” que pueden figurar expresamente en el propio contrato no obstante su vinculación al convenio o por remisión al convenio, las cuales **permanecen en el contrato tras la pérdida de vigencia del convenio y como condiciones contractuales más beneficiosas de adquisición individual**, no pudiendo ser suprimidas por la voluntad unilateral del empresario y debiendo, en su caso, acudir al procedimiento ex art. 41 ET.

F) La de considerar que el convenio colectivo al perder su vigencia es desposeído de su valor de eficacia general para convertirse en uno de eficacia limitada (**convenio colectivo extraestatutario**), utilizando el criterio judicial que admite que, en casos de falta de superación de los requisitos subjetivos previstos en el Título III del ET o de concurrencia, un convenio no alcanza la condición de estatutario, sin perjuicio de su condición de extraestatutario, y que, de este modo, el mismo pasaría a estar más devaluado al privársele de los reforzados efectos de la eficacia general ⁽⁵⁴⁾.

Este criterio, aun pudiendo ser formalmente uno de los más ajustados a nuestra legalidad ordinaria, pues el legislador al derogar el convenio colectivo lo que haría es dejarlo sin eficacia general, por lo que mantendría el pacto subyacente como un convenio o pacto extraestatutario, tiene **inconvenientes a la vista de la hasta ahora jurisprudencia social sobre este tipo de pactos**, especialmente:

a) En cuanto a su **eficacia** (“*su eficacia limitada a las partes que lo suscribieron y en los términos en ella establecidos*”); en lo afectante a su **duración**, lo que podría impedir su aplicación si existía pactada una concreta vigencia temporal no siendo posible entenderlos sometidos a ultraactividad por lo que dejan de surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración; y, además, **no generan condiciones más beneficiosas** en los términos del art. 41 ET, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, cuando no exista indicio alguno de una voluntad empresarial de incorporarlo de forma definitiva al contrato de trabajo (entre otras, STS/IV 14-mayo-2013 –rco 285/2011) ⁽⁵⁵⁾; o

⁵⁴.- Así, entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (cit.).

⁵⁵.- Se establece en la citada **STS/IV 14-mayo-2013** que <<los sucesivos pactos tienen una **concreta vigencia temporal expresamente pactada**, y por su naturaleza extraestatutaria no cabe entenderlos sometidos a “**ultra actividad**” y **no generan condiciones más beneficiosas** en los términos del art. 41 ET.

Esta línea interpretativa es la proclamada por la jurisprudencia de esta Sala, como se refleja y sintetiza, entre otras, las SSTS/IV 29-marzo-2010 (rco 37/2009) y 12-abril-2010 (rco 139/2009). En la primera de ellas se afirmaba que “como recuerda la STS/IV 9-febrero-2010 (rco 105/2009), la jurisprudencia social (en interés de ley y luego en casación unificadora y ordinaria) ha abordado la problemática esencial de los pactos o convenios extraestatutarios, -- entre las primeras, en sus SSTS/Social 16-enero-1986, 30-mayo-1991 (rco 1356/1990), 29-septiembre-1993 (rco 880/1992), 28-marzo-1994 (rco 3352/1992), 22-enero-1994 (rco 2380/1992), 17-octubre-1994 (rco 2197/1993), 14-noviembre-1994 (rco 708/1993), 21-diciembre-1994 (rco 2734/1993), 27-marzo-1995 (rco 618/1994), 18-julio-1995 (rco 949/1994), 13-febrero-1996 (rco 2183/1993), 14-febrero-1996 (rco 3173/1994), 4-mayo-1995 (rco 346/1992), 10-junio-1996 (rco 2582/1995), 24-enero-1997 (rco 2833/1995), 10-junio-

b) Sobre su **contenido** se mantiene que “no pueden considerarse adecuadas a derecho aquellas condiciones de trabajo pactadas en este tipo de acuerdos con ámbito de aplicación generalizada” y que “no puedan regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia erga omnes se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET” con la consecuencia de “nulidad de los pactos o cláusulas afectados” (entre otras, STS/IV 11-julio-2012 –rco 38/2011) ⁽⁵⁶⁾; específicamente las sentencias recaídas resolviendo que en los

1998 (rco 294/1998) --, partiéndose, en esencia, de su **regulación por la normativa civil de obligaciones y de su valor convencional (no normativo)**; de que dichos pactos de eficacia limitada **no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET**, lo que comporta una serie de consecuencias derivadas de trascendencia jurídica, entre otras, -- en cuanto más directamente nos afecta --, el que, por su contenido de carácter exclusivamente obligacional, **no gozan del efecto de ultraactividad propio de las cláusulas normativas de los convenios colectivos estatutarios** ex art. 86.2 y 3 ET, dejando se surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración; así como el que no generan por sí solos condiciones más beneficiosas”. Especificándose, que “únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y **carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas** (SS. 14 diciembre 1996 rec. 3063/1995 y 25 enero 1999 rec. 1584/1998)” (STS/IV 6-octubre-2009 –rcud 3012/2008); que “**tienen naturaleza contractual y su fuerza de obligar encuentra fundamento en los artículos 1091 y 1254 a 1258 del Código Civil, quedando su eficacia limitada a las partes que lo suscribieron y en los términos en ella establecidos**, pues como recordara la sentencia de 17 de octubre de 1994 estos pactos carecen de valor normativo, teniéndolo sólo convencional y no integrándose en el sistema de las Fuentes del Derecho Laboral previsto en el artículo 3.1 del ET, regulándose por la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones (SSTS/IV 25-enero-1999 –rcud 1584/1998, 17-abril-2000 –rco 1833/1999, 11-julio-2007 –rco 94/2006)””; así como que “... sin que exista razón alguna para mantenerlo después de haber expirado, **pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables**, que la actuación empresarial no es mas que el cumplimiento de lo pactado y mientras tenga vigencia el referido pacto, **sin que exista indicio alguno de una voluntad empresarial de incorporarlo de forma definitiva al contrato de trabajo**”>>.

⁵⁶.- Se razona en la referida **STS/IV 11-julio-2012** que <<... constituye doctrina recogida, entre otras en STS 21-2-2006 (rco. 88/04) la de que, como consecuencia de la naturaleza meramente contractual de los acuerdos establecidos en convenio colectivo extraestatutario **no pueden considerarse adecuadas a derecho aquellas condiciones de trabajo pactadas en este tipo de acuerdos con ámbito de aplicación generalizada**, pues, como en ella se dice, “es doctrina jurisprudencial sólidamente establecida que los convenios extraestatutarios son lícitos y válidos en el ordenamiento español siempre que limiten su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben, y en su caso a quienes se adhieran a ellos; por eso se llaman también convenios o acuerdos de eficacia limitada. Partiendo de esta premisa, los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios **no puedan regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia erga omnes se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET**. El desbordamiento de este límite natural de eficacia lleva consigo consiguientemente la **nulidad de los pactos o cláusulas afectados**; como dice la sentencia de 30 de mayo de 1991 (rec. 1356/1990), “cuando se celebra convenio colectivo fuera de la disciplina estatutaria pero que en alguna de sus cláusulas persigue generalidad, de tal manera que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia erga omnes, habría que convenir que dichas cláusulas no serían legalmente válidas”>>; concluyéndose que <<Esa misma tacha de ilegalidad irradia a todo el contenido de la disposición en cuanto parece regular con el alcance personal genérico que no puede tener un convenio extraestatutario, tanto a las cláusulas de contenido general como las de contenido obligacional, dentro de la que claramente se entiende incluido un **deber de paz** que, siendo susceptible de obligar a los que suscribieron el Convenio... no puede en modo alguno pretender que tenga un alcance superior al que el propio acuerdo tiene. Pues no cabe olvidar que cualquier acuerdo de extensión “erga omnes” de un convenio

mismos no pueden regularse materias como la **clasificación profesional** (entre otras, SSTS/IV 11-mayo- 2009 –rcud 2509/2008, 16-junio-2009 –rcud 2272/2008, 14-octubre-2009 –rcud 625/2009, rectificando doctrina anterior de la propia Sala) ⁽⁵⁷⁾.

G) La que entiende que concurre la **existencia de un pacto implícito que mantenga las condiciones hasta que se alcance acuerdo, individual o colectivo**, en particular para aquellas en las que el ordenamiento exige que se fundamenten en la voluntad expresada en convenios colectivos o pactos individuales, señalando fundarse tal conclusión en el **principio general de la conservación del contrato**, “se observe ya desde el punto de vista de mantener su eficacia (art. 1284 CC), ya desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad que supone dejar el cumplimiento de las obligaciones en manos de uno de los contratantes (art. 1256 CC) o, incluso, desde la necesidad de entender implícita en los contratos onerosos la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289 CC)” ⁽⁵⁸⁾.

H) O incluso las tesis que defienden la conversión del convenio colectivo que ha perdido su vigencia en **costumbre o uso profesional o de empresa**, supletoria del convenio colectivo o del pacto individual.

extraestatutario lleva consigo el germen de la nulidad como esta Sala también ha dicho en reiteradas ocasiones - por todas STS 30-5-1991 (rec.- 1356/90) o 21-2-2006 (rec.- 88/04)>>.

⁵⁷.- <<Como señalamos ... en nuestra sentencia de **11 de mayo de 2009** ...: "Entre las razones que llevan a la Sala a la rectificación de la mencionada doctrina, cabe sintetizar las siguientes:

a) Aparte de la ya apuntada **cuestionable validez de la regulación extraestatutaria sobre una materia de afectación general** como la clasificación profesional, permanece intacta nuestra doctrina, resumida en la sentencia de 25/1/99 (Rec. 1584/98), sobre la **fuerza contractual y naturaleza limitada de los convenios extraestatutarios**, así como el **no nacimiento de una condición más beneficiosa en orden a los derechos que sean consecuencia de un pacto de esta naturaleza, que expresamente prevé su duración temporal, sin que exista razón alguna para mantenerlo después de haber expirado**, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables.

b) La reclasificación de la actora en virtud de la Disposición Transitoria quinta del pacto extraestatutario, no lo fue por venir realizando las funciones de categoría superior, sino que fue fruto de los acuerdos alcanzados en dicho pacto, que sí tomaba en consideración la circunstancia de haber venido realizando esas funciones desde más de tres años atrás; pero ello no es más que el cumplimiento de lo pactado y mientras tenga vigencia el referido pacto, **sin que exista indicio alguno de una voluntad empresarial de incorporarlo de forma definitiva al contrato de trabajo**.

c) La **pervivencia de tales derechos después de la expiración del referido pacto extraestatutario sería un atentado a las normas de promoción establecidas en el XVIII Convenio Colectivo**, colocando en mejor situación a estos trabajadores respecto de los que en su día no se hubiesen adherido al repetido pacto, aunque éstos ostentasen mejor derecho para promocionarse de acuerdo con los requisitos exigidos en el convenio estatutario ...

d) Incluso **podría producirse una situación propicia a desincentivar la negociación pendiente sobre clasificación profesional** pues, dependiendo del número y afiliación de los trabajadores favorecidos por el pacto extraestatutario, podría estimular a los sindicatos interesados a vetar cualquier acuerdo en esta materia que no reconociese o superase la situación clasificatoria obtenida a través del pacto extraestatutario">>.

⁵⁸ .- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (cit.).

IV.- ANÁLISIS DE LA STS/IV 22-diciembre-2014 (rco 264/2014, Pleno, con votos particulares) ⁽⁵⁹⁾ ⁽⁶⁰⁾.

IV.1.- Antecedentes fácticos y cuestión suscitada.

Una empresa de servicios ubicada las Illes Balears, con convenio colectivo propio desde 1999 y que fue denunciado el 05-11-2010, constituyéndose el 17-11-2013 la mesa negociadora sin llegar a acuerdo alguno, entendiendo la empresa que el convenio había perdido su vigencia el día 08-07-2013 por haber transcurrido el año de caducidad previsto en el art. 86.3 ET ex Ley 3/2012. Procede, por tanto, al abonar la nómina de julio 2013, a dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa. Interpuesta **demanda de conflicto colectivo** por USO (adhiriéndose los sindicatos CSI-CSIF, CC.OO. y UGT), el **Tribunal Superior de Justicia** estimó la demanda y declara “*no ajustada a derecho*” esta conducta empresarial y dispone la reposición de los trabajadores afectados “*a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo*”.

La **cuestión a resolver** se centraba en determinar si el Convenio colectivo de aplicación denunciado el 05-11-2010 continuaba en ultraactividad superado el 08-07-2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, como defendía los Sindicatos actores, alegando que el art. 86.3 ET regula un régimen de ultraactividad limitada sólo en defecto de pacto, entendiendo la parte actora que existe dicho pacto, por lo que no sería de aplicación la DT 4ª Ley 3/2012. En el supuesto enjuiciado **no había un convenio colectivo de ámbito superior que pediera resultar aplicable.**

La **Sala de instancia** interpretó que mientras no se negociara un convenio nuevo debían mantenerse las condiciones salariales pactadas.

La empresa demandada, recurrente en **casación ordinaria**, argumentaba en defensa de la decisión empresarial impugnada, que dado que había denunciado el convenio en el que no se contenía previsión alguna de ultraactividad, finalizando su vigencia en aplicación de la DT 4ª Ley 3/2012, el día 08-07-2013, sin que hubiera

⁵⁹.- Ponente Rosa María Virolès Piñol.

⁶⁰.- Entre los primeros comentarios doctrinales a esta sentencia, -- además de en las valiosas comunicaciones presentadas en esta Jornadas Catalanas a la presente ponencia, a las que, por estar pendientes de valoración a efectos del correspondiente premio, no se hará referencia en este inicial borrador --, destacan ROJO TORRECILLA, E. (“*Ultraactividad. Notas a la primera sentencia -22 de diciembre de 2014- del Tribunal Supremo. Sobre la vigencia del convenio denunciado. Mantenimiento de las condiciones recogidas en contrato*”, publicado en el blog del autor); FOLGUERA CRESPO, J.A. (“*Aplicación de los convenios colectivos terminada su vigencia –ultraactividad: incorporación al contrato de trabajo*”, en prensa); TRILLO, F.J. (“*Una primera aproximación a la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2014*”, publicado en el blog de Antonio Baylos); MONTOYA MELGAR, A. (“*Las condiciones de trabajo tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo.- En torno a la STS de 22 de diciembre de 2014 y sus Votos Particulares*”, en Nueva REDT, nº 173, 2015, en prensa).

convenio colectivo de ámbito superior, las condiciones de dicho convenio de empresa no podían seguir aplicándose como si de un derecho adquirido se tratara.

IV.2.- Examen por la Sala de casación de algunas de las tesis doctrinales y las soluciones judiciales sobre la referida cuestión, como cuestión previa a su toma de postura.

Se analiza, tras el examen de la normativa aplicable y de las cuestiones generales que suscita, hubiere o no convenio colectivo de ámbito superior de posible aplicación al finalizar la ultraactividad, que:

*<<Podemos decir que las **soluciones** que ha venido dando la doctrina científica y también la doctrina judicial son **esencialmente dos y radicalmente opuestas**, a saber:*

*Una primera tesis, que podemos denominar “**rupturista**”, según la cual dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido.*

*Y una segunda, que denominaremos “**conservacionista**”, según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes>>.*

IV.3.- La crítica a la tesis “rupturista” y la puesta en evidencia de las consecuencias negativas que de su aplicación comportaría.

Se efectúa una crítica de la denominada tesis “rupturista” y se ponen de evidencia, a juicio de la Sala de casación, las consecuencias negativas que de su aplicación comportaría. Argumentándose que:

*<< ... la aplicación de la que hemos denominado **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” (arts. 1261, 1271 a 1273 y 1274 a 1277 Código Civil).*

*Y ello tanto más en un ámbito como el social en el que **los mínimos de derecho necesario** se regulan no solamente en las **normas estatales** sino también en los **convenios colectivos**, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente. Entre otras, 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).

Lo cual quiere decir que, de aplicarse la que denominamos “tesis rupturista”, se producirían **indeseables consecuencias para ambas partes** como, entre otras, que cualquier **trabajador** (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el **empresario** no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. etc.

Habiéndose debatido si ante tal cambio sustancial de condiciones el trabajador podría pedir la **extinción contractual indemnizada** de su contrato de trabajo o incluso -como un sector doctrinal favorable a la tesis “rupturista” ha propugnado, para intentar paliar las indeseables consecuencias de la imprevisión normativa- que **al menos determinadas condiciones deberían quedar subsistentes** (entre otras, salario, tiempo y clase de trabajo) para del tal modo evitar que el contrato quede sin causa. Por otra parte, una eventual defensa de las retribuciones contenidas en el convenio que ha perdido vigencia a través de la **invocación de derechos fundamentales como la dignidad o igualdad**, parece difícil de articular e insuficiente para paliar todos los defectos expuestos>>.

IV.4.- La opción a favor de la tesis “conservacionista” con determinadas matizaciones (las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo desde el momento inicial de la relación jurídico-laboral aunque depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET y los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo ya estaban contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente y 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).

La Sala de casación, en conclusión, entiende que la tesis jurídicamente correcta en la denominada “**conservacionista**”, con las matizaciones que estable, en lo esencial, que **las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo desde el momento inicial de la relación jurídico-laboral**, puesto que el contrato de trabajo tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico-obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las parte y que las obligaciones de las partes se regulan por el contrato de trabajo, **aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET; y los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo ya estaban contractualizadas**

desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente y 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.

Así, argumenta que:

*<<Para llegar a dicha conclusión, conviene recordar algunos elementos básicos de nuestro ordenamiento jurídico en general -y de ese sector del mismo que conocemos como Derecho del Trabajo- en lo que a la ordenación de los contratos se refiere. Como es bien sabido, el precepto clave del Derecho de los Contratos es el art. 1255 del Código Civil, directamente tomado del Código napoleónico, según el cual **las relaciones jurídico-contractuales entre las partes se rigen por los pactos y condiciones que ellas mismas establezcan libremente, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público.** Desde luego que ese principio general –el principio de la autonomía de la voluntad individual- rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. Lo único que ocurre es que **la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento** y, además, proceden no solamente de la **actividad legislativa o reglamentaria del Estado** (así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la **actividad negociadora** de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la “fuerza vinculante de los Convenios” a que se refiere el art. 37.1 CE.*

A partir de ahí, el **art. 3 del ET** –uno de los pocos no afectados por las sucesivas reformas estatutarias- es meridianamente claro al señalar respecto a las fuentes de la relación laboral que ... [61]:

... Como comentara -con buen criterio- un sector doctrinal, recién promulgado el ET, el art. 3 ET, que se denomina “Fuentes de la relación laboral”, contiene, por un lado, **fuentes en sentido normativo** –señaladamente las de las letras a) y b) y, por otra parte, **fuentes en sentido obligacional**: la letra c). En cuanto a las fuentes de la letra d) –los **usos y costumbres**- **tienen un papel subsidiario**, como deja claro el propio art .3 en su nº 4, y no procede detenernos en ello. Y decía esa doctrina que esa

⁶¹.- **Art. 3 ET**: “1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las Leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

4. Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”.

mezcla de fuentes normativas y obligacionales era acertada pues con ello se podía comprender mejor la relación entre unas y otras y su respectivo papel o función. Pues bien, es claro que para responder a la pregunta **¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador?**, la respuesta es clara: **en su contrato de trabajo**. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo –como cualquier otro contrato- tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico-obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes. Dicho lo cual, hay que hacer algunas **precisiones adicionales**:

a) Que eso es así tanto si el contrato se celebra **por escrito** como si se hace **de palabra**, dado el principio general de libertad de forma que –con las debidas excepciones- establece el art. 8 del ET.

b) Que si alguna de esas condiciones contractuales no respetan los **límites de derecho necesario** establecidos por las normas estatales y/o convencionales colectivas se entenderán **nulas** de pleno derecho, pero “el contrato de trabajo permanecerá **válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley**”, como dispone el art. 9.1 ET.

c) Que, por lo tanto, las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofilático respecto a las cláusulas contractuales. Lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre –tanto si es indefinido como temporal- un contrato de tracto sucesivo, **esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales**. Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que **las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 del ET**.

d) Ese equívoco viene propiciado, además, por la enorme frecuencia con la que las partes que 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 (p.e.) “serán las que deriven del convenio colectivo aplicable”. Pero **dicha remisión es una técnica que no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece** y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de la misma. Y repetimos: ello es así aunque el contrato sea verbal; lo único que ocurrirá en tal caso es que el contenido obligacional establecido (vía remisión o no) en dicho tipo de contratos deberá ser objeto de prueba por otros medios distintos al de la forma contractual escrita>>.

Concluyendo que <<Dicho lo cual, 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**.

Ahora bien, ¿significa eso contradecir el mandato del legislador de que el contenido normativo de dicho convenio colectivo pierda su vigencia? Ni muchísimo menos. Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofilática 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. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET>>.

En base a tales argumentos, la Sala de casación confirma la sentencia de instancia impugnada, desestimando el recurso empresarial.

IV.5.- Los votos particulares concordantes con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

Se emitieron **dos votos particulares concordantes** con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

En el primero de ellos ⁽⁶²⁾, se cuestiona la técnica de la *contractualización*, entendiéndose que a la misma y satisfactoria conclusión puede llegarse por la vía de aplicar principios constitucionales y a través de la propia dogmática del negocio jurídico. Propugnando para cubrir el vacío normativo que genera la falta de nuevo convenio, y a los efectos salariales constatados en el caso únicamente, el mantenimiento de la retribución del anterior convenio y la no aplicación del SMI en lugar del salario del convenio extinguido, por razones de dignidad personal y de la finalidad constitucional de la negociación colectiva, como interpretación conforme a la Constitución (art. 5 LOPJ), así como de *equilibrio de las prestaciones* y como corolario de la buena fe.

Señalando, en lo esencial, que:

<<... la obligada aplicación del salario del convenio ya extinguido, entiendo que encuentra apoyo en las siguientes consideraciones:

a).- *El legislador no ha declarado expresamente que esté suprimida la ultraactividad de las condiciones salariales previstas en el convenio extinguido, y aunque lógicamente haya de entenderse que por regla general así será, como evidencia la supresión del texto que en el art. 86.3.2 ET la establecía [«En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio»], de todas formas se presenta razonable entender persistente cuando menos la retribución hasta entonces percibida, habida cuenta de que la otra posibilidad aplicativa –el SMI– ofrece una cierta deficiencia constitucional, tal como más arriba he querido justificar, y por ello –como algo hay que aplicar– parece que el supuesto se hace acreedor de la misma función de garantía que la Sala ha atribuido a la indicada regla (SSTS 10/07/01 –rec 2973/00–; 31/03/10 –rco 77/09–; y 12/03/12 –rco 4/11–).*

b).- *En apoyo de esta solución interpretativa también puede invocarse –aparte de ese argumento «por exclusión»– el siempre deseable equilibrio de las prestaciones,*

⁶².- Formulado por el magistrado Luis Fernando de Castro Fernández.

y más concretamente el que necesariamente ha de mediar entre el trabajo y el salario, y del que precisamente la Sala ha hecho uso en muy numerosas ocasiones y para las más variadas materias [valgan de ejemplo en cuestión retributiva, las referencias al principio contenidas en las SSTs 14/02/08 –rco 119/06–; 01/12/08 –rcud 4322/07–; 29/01/09 –rcud 4396/07–...].>>.

En el **segundo de los votos particulares concordantes** con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente (⁶³), se expresa duda de constitucionalidad sobre la reforma laboral en esta materia (art. 86.3 ET), se propugna la aplicación solamente al salario de la ultra-actividad en todo caso y se indica que según exige el equilibrio prestacional, el salario debe mantenerse en tanto no se haya producido una reducción por lo menos proporcional de la prestación del trabajador (“Lo cierto es que el salario constituye el derecho primordial del trabajador y debe preservarse, en lo posible, de los avatares normativos cuando ya se ha incorporado al acervo económico particular fruto de la relación laboral y en tanto en cuanto no se haya producido, al menos, una compensación proporcional a su reducción en el contenido obligacional de la misma para aquél”), lo que pone en relación con el mantenimiento de los contratos bajo una legislación derogada (DT 2ª Código Civil: “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, con las limitaciones establecidas en estas reglas”).

Concluye afirmando que “debiendo tenerse presente la **finalidad de la reforma laboral** en este aspecto, y ya textualmente reproducida, que dice no querer más que favorecer la propia negociación colectiva y evitar la petrificación convencional y que no se demoren en exceso nuevos acuerdos, pero **no rebajar el nivel salarial alcanzado como medida económica anticrisis aunque haya de ser también antisocial**, porque, de ser así, se estaría procediendo a una especie de replanteamiento de los términos de la relación por ministerio de la ley y **en detrimento de una sola de las partes**, a quien a partir de la pérdida de la vigencia convencional, se estaría dando no sólo menor retribución sino también menor valor a su trabajo”.

IV.6.- Los votos particulares disconcordantes con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

Se formularon **dos votos particulares discordantes** con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente

En uno de ellos (⁶⁴), se destaca que “El modo en que se cierra el artículo 86.3 del E.T ... revela una **ausencia total de previsión de las radicales consecuencias que se siguen a su aplicación**” y que “Tal vez una medida menos traumática habría sido la de prever la congelación de las condiciones que regían al término de la vigencia ..., pero no ha sido así con lo que se vuelve al punto de partida”.

Destaca que **no hay ningún elemento que permita no aplicar la cuestionada fórmula legal** (“De todo lo anterior se desprende que no existe en la norma ningún elemento que por vía de interpretación teleológica o con amparo en la

⁶³.- Emitido por el magistrado Miguel Ángel Luelmo Millán.

⁶⁴.- Redactado por la magistrada María Milagros Calvo Ibarlucea.

analogía permitía acceder a una solución como la que adopta la sentencia por lo que el recurso interpuesto debía haber sido estimado”), pero **advierte de sus posibles consecuencias**, señalando que <<Resta **determinar si la empresa puede seguir exigiendo a sus trabajadores las mismas funciones que venían desempeñando a todos los niveles**, una vez que previsiblemente va a aumentar su jornada en cómputo anual, a reducir muy posiblemente vacaciones y días de descanso, a cambio también de perder una parte de su facultad sancionadora al tener que limitarse al artículo 54 del ET ... La primera figura tener in mente es la del **enriquecimiento injusto** a la vista de la desproporción instalada en la relación empresa-trabajador. Solo **reduciendo a todo su personal a la condición del peonaje**, cualquiera que fuera de su categoría habría una aproximación al nuevo régimen salarial>>.

En el **segundo de los votos discrepantes** ⁽⁶⁵⁾, se destaca que el pleito se refiere solo a salarios, que el convenio colectivo vencido había perdido toda su vigencia, el contenido de las normas (convenios inclusive) no se contractualiza por el hecho de proyectarse sobre la relación laboral, que <<...si se piensa que el vacío dejado por el convenio colectivo es jurídicamente inaceptable puede entenderse que se sostenga la pervivencia del convenio cuya ultraactividad ha finalizado...; que se ataque la inconstitucionalidad de una regulación (la del art. 86.3 ET y concordantes) generadora de resultados inasumibles; en fin y sin ánimo exhaustivo, o que se acuda a la analogía para encontrar el convenio más afín con el desaparecido y así replicar la solución legal para cuando aparece uno de ámbito superior>>, pero que <<Sin embargo, **las bases conceptuales sobre las que se asienta la tesis “conservacionista” mayoritaria nos parecen inasumibles**>>.

Parece asumir que, por otras vías, el salario no debería haberse rebajado tras la finalización de vigencia del convenio colectivo, pero destaca la mala articulación del recurso. Argumenta, en esencia, que:

<<Dicho de otro modo: **que se rechace la pervivencia del convenio o su contractualización no comporta que la demanda hubiera debido fracasar**, sino que deberían haberse expuesto las razones por las que se considera ilícita la conducta empresarial, ante lo cual ATESA podría haber cimentado la licitud de su conducta más allá de exponer la argumentación sobre decadencia del convenio, que nos parece acertada.

Puesto que el anterior debate no ha tenido lugar, tampoco posee mucho sentido exponer ahora con detalle los posibles cauces a cuyo través podría controlarse la validez de la conducta empresarial; bastará con mencionar alguno de ellos:

a) La dignidad del trabajador (art. 10.1 CE; art. 4.2.e ET) puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.

b) El enriquecimiento injusto o el **abuso de derecho** (art. 7.2 CC) son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.

c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla (art. 89.1 ET).

d) La analogía (art. 4.1 CC) o las **costumbres profesionales** (art. 3.1.d ET) pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.

⁶⁵.- Formulado por el magistrado Antonio V. Sempere Navarro, y al que se adhirieron los magistrados Jesús Gullón Rodríguez, José Luis Gilolmo López, José Manuel López García de la Serrana y Jesús Souto Prieto.

e) La **irregresividad retributiva**, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso podría apuntalar la idea de que el empleador no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.

f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que **el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad que su respeto (art. 37.1 CE)>>**.

Concluyendo que <<Los párrafos precedentes quieren trasladar la idea de que **podría ser jurídicamente reprochable la minoración del salario** que se venía pagando a partir de unas líneas argumentales diversas a las desplegadas hasta ahora por los trabajadores>>-