

## «POS-ULTRA ACTIVIDAD» Y «CONVENIO DE ÁMBITO SUPERIOR»: ¿QUÉ HACER CUANDO LA JURISPRUDENCIA SUMA, EN VEZ DE RESTAR, INSEGURIDAD JURÍDICA?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de noviembre 2015, rec. núm. 316/2014**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático. Universidad de Jaén*

*Inútil es hacer resaltar cuánto ennoblece, desde este punto de vista, la obligación en que cada uno se encuentra de hacer valer su derecho. La teoría actual no nos habla más que de una actitud exclusivamente pasiva en relación con la ley (...); sea el interés o el dolor que causa la lesión legal, o la idea del derecho, quien impulsa a los hombres a entrar en la lid, todos se dan la mano para trabajar en una obra común: la protección del derecho contra la arbitrariedad.*

**R. Von Ihering**

La lucha por el derecho<sup>1</sup>

### 1. MIENTRAS TANTO... PERMANECE EN ESPERA UN SILENTE MARCO REGULADOR

En tanto no sea derogado, o contrarreformado, o en cualquier modo reescrito, según sea el sentido político del Gobierno, más incierto aún que el propio texto legal de referencia, el **artículo 86.3, párrafo 4.º del ET** sigue contemplando este «riesgo de abismo jurídico-laboral»: «transcurrido un año desde la denuncia del convenio... sin que se haya acordado un nuevo... o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el

<sup>1</sup> No se pierda, por favor, conspicuo lector, la lectura del monumental prólogo del genial Leopoldo Alas Clarín, escrito en 1881 para la primera traducción española de este «librito», obra de arte del Derecho.

*convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*». La denuncia (que, en hipótesis, por fortuna poco frecuente, puede producirse el mismo día de su firma, naciendo el convenio a la vida del Derecho ultraactivo; STS, Sala 4.ª, de 3 de febrero 2015, rec. núm. 318/2013: en la firma se tarda más de un año desde el cierre de negociaciones) abriría la temida cuenta atrás para la liquidación del convenio colectivo de esa vida jurídico-social como fuente del Derecho (norma jurídica de eficacia general), para caer en la zona de penumbra, o de mayor vulnerabilidad, que es la de su valor contractual. Un destino poco halagüeño que se producirá irremisiblemente salvo que concurren dos «tablas de salvación»: o el acuerdo de los sujetos del convenio colectivo –antes, durante o después de la vigencia del convenio a decaer– en otro sentido, incluso antes de la reforma laboral; o la existencia de un «convenio de ámbito superior», que sustituya («suceda») al decaído. Pero ¿qué se entiende aquí por «convenio superior»?

## 2. SÍNTESIS DE HECHOS: EL RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DEL CASO CONCRETO

El Convenio Colectivo de Fabricantes de Helados (estatal; vigente desde 2008 hasta, tras prórroga expresa, el 31 de diciembre de 2013) decayó al no alcanzarse nuevo convenio, habiéndose pactado que, de no lograrse, finalizaría el compromiso empresarial de prórroga del mismo de forma automática (sin preaviso). En esta situación de vacío convencional colectivo, cada empresa del sector adoptó una posición diferente para regular sus relaciones laborales, por lo que las federaciones sindicales presentaron una demanda de conflicto colectivo con dos pretensiones básicas:

- a) Que se declare de aplicación al sector el Convenio de Industrias Lácteas (BOE de 13 de mayo de 2013, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2016). En su ámbito funcional no se nomina la fabricación de helados, manteniéndose históricamente –ordenanzas laborales– la diferenciación sectorial, pero sí estaría incluido en el artículo 10.5 del anexo del [Real Decreto 475/2007, de 13 de abril](#), que enumera las actividades económicas.
- b) Que se declaren vigentes, a título de condiciones contractuales individuales, las que vienen disfrutando los trabajadores del sector de helados más favorables.

La SAN 64/2014, de 31 de marzo, desestima la demanda. Esta sentencia –objeto de una atinada crítica por la profesora M. MIÑARRO YANINI en el [número 379 \(octubre/2014\) de esta Revista](#)– llega a la conclusión de que no son convenios concurrentes. Al respecto, partiendo conceptualmente de que el [artículo 86.3 del ET](#) no actualiza un nuevo y singular «*supuesto de extensión*» convencional *ex lege* (equiparable al previsto por acto administrativo *ex art. 92 ET*), sino un genuino y singular «*supuesto de concurrencia convencional*», incluíble en el [artículo 84 del ET](#), pero con un diverso criterio de selección del convenio aplicable cuando el ámbito de uno de los convenios concurrentes sea superior a los otros –dando preferencia a este sobre el criterio temporal (*prior tempore*)–, entiende que falta el presupuesto de la inclusión en un mismo ám-

bito funcional, dado que se trata de una actividad económica diferenciada. En consecuencia, el Convenio de Lácteos no es «*ámbito funcional –actividad– superior*» (geográfico no podía serlo porque ambos resultaban ser sectoriales estatales). Asimismo, no siendo aplicable el Convenio propio de las Industrias Lácteas, carecería de sentido entrar en la segunda pretensión –la decisión de la Audiencia Nacional es anterior a la [STS, Sala 4.ª, de 22 de diciembre de 2014 \(rec. núm. 264/2014\)](#), que aportará una respuesta (otra cosa es que quepa calificarla de auténtica solución –racional jurídicamente–)–.

### 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO

Presentado el correspondiente recurso de casación, la [STS de 27 de noviembre 2015](#) lo desestima. A su juicio, de los artículos [84.1](#) y [86.3 del ET](#) se derivaría que los convenios colectivos

«... deben ser concurrentes en la expresa regulación de determinada actividad y que la pérdida de vigencia del que resulta aplicable conlleva la aplicación del que tiene un ámbito superior y antes no se aplicaba por la vigencia del otro. Por ello,... en el presente caso, no existía concurrencia en la regulación de la actividad, ni el convenio que queda vigente era de ámbito superior al otro..., porque... aunque estemos ante una actividad económica similar, la actividad es diferente por los productos que se usan, la elaboración e, incluso, el carácter estacional. Por ello, desde antiguo hubo convenios colectivos diferentes...» (FJ 3.º).

### 4. TRASCENDENCIA MÁS ALLÁ DE LA «(IN)JUSTICIA» DEL CASO CONCRETO: JUICIO SOBRE LA «(IM)PREVISIBILIDAD» DE SU VALIDEZ JURÍDICA Y EFICACIA PRÁCTICA

Pocos preceptos como el [artículo 86.3, párrafo 4.º del ET](#) presenta un territorio legal más minado contra la seguridad jurídica. Hasta ahora, la jurisprudencia social nos había dado una de «cal» y otra de «arena». Para el escenario más incierto y abisal de todos, la caducidad del convenio colectivo sin que hubiese otro convenio de ámbito superior para sustituirlo, la célebre, pero muy polémica, [STS, Sala 4.ª, de 22 de diciembre de 2014](#), nos ofreció una respuesta agridulce, cargada de utilidad práctica solo para el caso concreto, pero con perspectiva «cortoplacista» y plagada de interrogantes, en sus fundamentos y en sus consecuencias prácticas vistas con un mayor alcance. Tan vaporosa y desconcertante es, para la mayoría de la sala, la tesis de la «*contractualización originaria*» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, que, pese a las oportunidades que ha tenido después la sala para confirmarse, no lo ha hecho. En cambio, para el escenario de regulación convencional menos incierto de todos derivado de la norma legal, en todo caso viciada, por lagunosa, como es el de la previsión pre-reforma laboral de «*pactos en*

*contrario*», la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 2015, rec. núm. 233/2013 sí ofreció una solución razonablemente segura, no obstante su contestación interna. Una respuesta-auténtica solución que adquiere hoy el rango de jurisprudencia (ratificación por SSTS de 2 de julio de 2015, rec. núm. 1699/2014 y de 7 de julio de 2015, rec. núm. 193/2014, citados en otros diálogos), reafirmada en la STS de 17 de noviembre 2015, rec. núm. 321/2014 (V Convenio Colectivo de ETT); eso sí, la crítica interna –votos particulares– gana adeptos y, por lo tanto, en el horizonte del futuro inmediato se vislumbran nubarrones sobre su continuidad.

Faltaba, pues, la respuesta al tercer escenario, de incertidumbre media –una suerte de «*tierra media*» de inseguridad reguladora convencional en caso de caducidad del convenio y su colocación en situación de «*pos-ultraactividad*»– para inclinar la balanza en una dirección u otra. Los múltiples interrogantes abiertos por el concepto legal de «convenio colectivo de ámbito superior», bien subrayados por la sentencia de la Audiencia Nacional, pero orillados completamente por el Tribunal Supremo, lo que ya desluce en extremo y de forma poco justificable esta decisión jurisprudencial, no solo siguen prácticamente irresueltos, sino que la confirmación del criterio de la Audiencia agrava de una forma notable aquellos muchos e importantes problemas, incrementando la inseguridad para todos los sujetos de las relaciones laborales, no ya solo para los de este sector. Por eso, esta sentencia, a mi juicio, tiene mayor trascendencia de la que podría pensarse y no puedo sino evidenciar de inmediato mi discrepancia, siempre respetuosa y en aras solo de contribuir de forma colectiva al progreso del Derecho y de la sociedad que regula, con la comprensión que han hecho los tribunales, primero la Audiencia Nacional y, ahora, el Tribunal Supremo. Frente a quienes ya han puesto de relieve su absoluta adhesión a esta posición interpretativa, mi crítica se sitúa en línea con el sector doctrinal que, a mi entender, con mejor criterio jurídico, la cuestiona de raíz<sup>2</sup>.

En el plano de los fundamentos, porque, a diferencia de la doctrina judicial, tanto de la Audiencia como de diversos Tribunales Superiores de Justicia, pasa de puntillas, cuando no liosamente margina, por los muchos problemas interpretativos subyacentes a la fórmula legal de «convenio de ámbito superior» y, en consecuencia, desoye cualquier complejidad interpretativa, vaciando de efectividad buena parte de los derechos y principios institucionales que rigen esta materia, como son la libertad sindical y la negociación colectiva. La Audiencia Nacional fue plenamente consciente de ello y por eso admitió de forma abierta no solo que la norma legal crea dudas «*sobre cuál es el criterio al que habrá de darse preferencia para comparar el tamaño de los ámbitos de aplicación, si el territorial, el funcional o el personal*», remitiendo al análisis caso por caso, sino que, también en el conflicto en cuestión, cabía una lectura restrictiva –concurrentia de convenios– y otra expansiva –la «superioridad funcional» podría determinarse atendiendo al *criterio técnico de la clasificación económica*, independientemente de su *concurrentia en*

<sup>2</sup> Vid. MIÑARRO YANINI, M.: «Cuando la solución muta en problema: El restrictivo concepto de "convenio de ámbito superior" ex artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 64/2014, de 31 de marzo)», RTSS.CEF, núm. 379/2014, págs. 218 y ss.

*sentido normativo*—. Ciertamente, en atención a argumentos racionales, que no comparto, pero que son coherentes, concluyó una lectura restrictiva, planteando abiertamente la cuestión. Del mismo modo que la [STSJ del País Vasco de 1 de junio 2015, rec. núm. 821/2015](#), enfrentado a un problema análogo, concluyó, una vez evidenciadas las enormes incertidumbres jurídicas que se derivan de la legislación, la necesidad de optar por un criterio expansivo, por así exigirlo los trascendentes derechos en juego (aplica el Convenio provincial del Comercio al comercio del Metal, una vez caducado este).

En cambio, el Tribunal Supremo ignora este debate y deja en tinieblas un problema jurídico que él no ha creado, sino la falta de predeterminación legal de los criterios aplicables, pero cuya solución razonablemente correctora-integradora sí le compete principalmente. A mi juicio, la crítica deriva no ya solo del criterio más restrictivo elegido, lo que contradice la jerarquía de fuentes del sistema —que prima autonomía colectiva, libertad sindical y efectividad de la tutela judicial por encima de criterios formales e históricos (tradicción sectorial de las ordenanzas)—, sino del silenciamiento mismo del problema, resuelto de un modo extremadamente simplista. En una persistente —quizás por poco tiempo— situación de marco legal evanescente, la «búsqueda» del «convenio de ámbito superior aplicable» no debe conducirse por senderos tan estrechos y formal-normativistas. Ha de tenerse en cuenta que es la caducidad del convenio la excepción, y la cobertura convencional el principio, y no viceversa, debiéndose primar la solución de autorregulación colectiva y novación, aun peyorativa, pactada [no es especulación, lo afirma el Comité Europeo de Derechos Sociales que vigila por la efectividad del art. 6.2 de la Carta Social Europea —[Conclusiones XX-3/2014](#)—, y el Comité de Libertad Sindical de la OIT, que hace lo propio con los Convenios 87 y 98 OIT —[Informe 371.º](#), caso 2.947 (España), párrafo 453].

Pero junto a la crítica de razón normativa, ha de estarse también a la de razón práctica, esto es, al juicio de eficacia de las soluciones que, como canon hermenéutico realista *ex* artículo 3.1 del [Código Civil](#), sí utilizó en su [STS de 22 de diciembre de 2014](#). En efecto, como también advierte la [STSJ del País Vasco de 1 de junio de 2015 –rec. núm. 821/2015–](#), no puede prescindirse, a la hora de elegir cuál es la solución más correcta en el sistema jurídico de entre las diversas existentes —esta diversidad es ignorada por el Tribunal Supremo aquí, no en los otros dos casos de la terna de doctrinas jurisprudenciales determinantes en materia de ultraactividad—, de la consecuencia que produce entender caducado un convenio sin otro superior llamado a sustituirlo —total o parcialmente—: el riesgo de vacío convencional creado por la ley. Los tribunales están obligados a neutralizarlo *ex* artículo 9.3 de la [CE](#) respecto de los artículos 7, 14, 28 y 37 de la [CE](#), so pena de abrir la veda a las conductas más arbitrarias, perjudicando tanto a ambos sujetos como al sistema socio-económico global (interés general).

Así, de un lado, propicia conductas unilaterales, desestabilizando el sistema regulador. Por ejemplo, la [SAN 48/2015, 23 de marzo de 2015](#), Air Europa («rebelde», como el TSJPV, a la «contractualización» de condiciones convencionales, *ab initio* o posterior a su caducidad; la [SAN 79/2015, 4 de mayo](#), claudica, eso sí, por «imperativo legal» y a regañadientes), declaró ilegal la aplicación selectiva del convenio colectivo caducado, una práctica muy extendida en tales casos. Pero el problema no es (solo) de tutela del interés de los trabajadores, también de los intereses

del empleador y del sistema, se insiste: si cada competidor en un mercado puede elegir la norma aplicable a sus costes laborales distorsiona la competencia.

Más aún. Cuando las condiciones de trabajo y empleo quedan en la sombría zona del título meramente contractual (sea *ab origine*, según la tesis inaudita y técnicamente errada de la mayoría, hoy pírrica, incluso quizás ya inexistente, del Tribunal Supremo), incluso coexistiendo con convenio de ámbito superior (situación de convivencia afrontada en diversas ocasiones por la doctrina de suplicación vasca, objeto de fuertes críticas por quienes abanderan una plena liquidación del convenio decaído, y con diverso resultado según casos –si el convenio superior es completo, decae totalmente el caducado; si no lo es, se mantienen, a título contractual, las que no estén cubiertas por el superior–; una síntesis en la [STSJ del País Vasco, de 1 de junio de 2015, rec. núm. 821/2015](#); el voto particular da idea de lo vidrioso de toda esta materia), también se produciría la *pérdida de legitimación procesal de las asociaciones empresariales del sector cuyo convenio caduca*. Lo afirma la [SAN 64/2014](#) y lo confirma el Tribunal Supremo. En consecuencia, las interpretaciones expansivas, que aseguran la continuidad del convenio colectivo como tal –en esta dirección se sitúa la, más pulcra, doctrina de la [STS de 17 de marzo de 2015](#) y las que la han reafirmado; que debería corregir lecturas restrictivas como la realizada por la [STSJ de Madrid 55/2015, de 6 de febrero](#) (Convenio Colectivo Empresa Municipal de Transporte Fuenlabrada)–, también protegen intereses particulares y colectivos de los empleadores, así como del sistema en general.

Un enfoque protector no solo de la coherencia del sistema –juicio de efectividad– sino también de su funcionalidad –juicio de eficacia– que también está en la base de evitar que, a partir de la «muerte normativa del convenio» y su milagroso renacer contractual, pero ahora ya más vulnerable –pacto de la modificación unilateral *ex art. 41 ET*–, los futuros trabajadores del sector queden extramuros de una misma norma. Cierto, se dice que en tales casos puede haber un «escudo protector» a través de la «prohibición de las dobles escalas laborales», en especial salariales, pero esa tutela se evidencia de inmediato, en tales casos, notablemente incierta. En este sentido, la jurisprudencia social parece amparar una lectura expansiva de tal prohibición, por estar en juego un derecho fundamental *ex 14 de la CE*. Al respecto, la [STS, Sala 4.ª, de 24 de noviembre de 2015, rec. núm. 304/2014](#), pone en coto, confirmando la doctrina de la [STSJ de Cataluña 21/2014, 8 de mayo](#) y en aplicación de la jurisprudencia comunitaria ([STJUE 9 de septiembre de 2015, asunto C-20/13](#)), a la promoción de empleo joven mediante las recurrentes rebajas sustanciales de salario). Ahora bien, no menos cierto es que, estando en juego más el principio de igualdad de trato que el más estricto de prohibición de discriminación, se abre un ámbito mayor para la autonomía privada diferenciadora, admitiendo la jurisprudencia, y la doctrina del Tribunal Constitucional, que la fecha de ingreso en la empresa sea fuente de diferencias de regulación si están justificadas de forma objetiva y resultan razonables ([STC 27/2004, de 14 de marzo](#)).

En suma, hemos de lamentar esta nueva muestra de contribución de las fuentes del Derecho a la inseguridad jurídica de las relaciones de trabajo entre empresarios y trabajadores, realmente en perjuicio de los intereses y derechos de ambos. Por tanto, la inseguridad jurídica no es ya solo responsabilidad exclusiva de un legislador improvisado y deficiente en el plano técnico, evidenciando la necesidad de reforma urgente, como se apuntó en el Editorial, sino también por quien

está llamado a corregir, por vocación y por función, y dentro de lo razonable hermenéuticamente, las principales fallas para la necesaria seguridad jurídica que aquellas deficiencias generan. A mi juicio, e ignorando cuál va a ser la reacción del frustrado demandante y recurrente, la controversia debería tener un nuevo recorrido judicial en sede de recurso de amparo.

Quizás puede pensarse que es una solución poco practicable, por la dilación temporal y por la escasa expectativa que ofrece el actual Tribunal Constitucional para corregir este tipo de decisiones, si acaso para lo contrario. No obstante, en mi opinión, ello es así porque la respuesta dada no solo erosiona la efectividad de la tutela judicial en relación con los artículos 28 y 37 de la CE, sino que abre notables vías de agua en los maltrechos principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación para un buen número de personas, aquellas más vulnerables, las que están a la espera de poder ser contratadas en las empresas. Por lo apuntado *ut supra*, estos verán cómo quedan extramuros, al menos de forma muy probable, de la protección del convenio colectivo, ante el valor meramente contractual y, por tanto, sin proyección general, se dice, de los pactos mantenidos bajo esa suerte de técnica de «respiración artificial» –opuesta al art. 6.2 Carta Social Europea, como se ha recordado, según doctrina jurisprudencial del CEDS–, y técnicamente errada, que es la «contractualización ab origine» o «desde el primer minuto». Además, y de otro lado, también los propios interlocutores sociales y sujetos convencionales, ahora más conscientes que en el pasado de las disfunciones que genera el vacío convencional (más vale «convenio malo conocido» que «bueno por conocer» –lo que resulta muy incierto, como vemos–), están llamados a responder adecuadamente a esta cuestión, previendo estas posibles situaciones y, en consecuencia, resolviendo preventivamente el problema, bien a través de los pactos en contrario (hoy presentes en más de la mitad de los convenios colectivos posreforma laboral), ya a través de cláusulas generales que incluyan en el ámbito funcional de los convenios más genéricos la eventual pérdida de vigencia de otros más específicos, con los que guarde una razonable relación, aunque no sea estrictamente concurrente (la [STSPV de 1 de junio de 2015](#) ilustra al respecto).