

LOS EFECTOS DEL FIN DE LA ULTRA ACTIVIDAD. ALGUNAS CUESTIONES, ALGUNAS SOLUCIONES (O PROPUESTAS DE SOLUCIÓN)

Francisco Vila Tierno

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga

EXTRACTO

El pasado 8 de julio de 2013 expiró el plazo que la reforma laboral, protagonizada por la Ley 3/2012 –con su precedente en el Real Decreto-Ley 3/2012–, otorgó a los convenios colectivos que habían sido denunciados para mantener su vigencia. Dicho de otro modo: el convenio colectivo que a esa fecha no hubiera sido negociado decaía en su aplicación a favor del de ámbito superior, tal y como plantea el precepto legal de aplicación (art. 86.3 ET). Sin embargo, dicho precepto no soluciona determinadas cuestiones que surgen en la práctica y que la doctrina ha puesto de manifiesto en diversos estudios –determinación del convenio de superior ámbito, ausencia del mismo...–. Este problema, lejos de reducirse a los convenios que vencían el día 8 de julio, se puede ir extendiendo a todos los que vayan llegando a su fecha de vencimiento, y habiendo sido denunciados, haya transcurrido el año previsto en la ley sin que hubieran previsto nada al efecto. Se trata, por tanto, en este análisis, de dar una respuesta que intente, en la medida de lo posible, contribuir a dicho debate aportando nuevas argumentaciones al mismo.

Palabras claves: ultraactividad, negociación colectiva, convenio colectivo y vigencia del convenio colectivo.

Fecha de entrada: 04-10-2013 / Fecha de aceptación: 12-12-2013

THE EFFECTS OF THE END OF OVEREXTENSION. SOME QUESTIONS, SOME SOLUTIONS (OR OFFERS OF SOLUTION)

Francisco Vila Tierno

ABSTRACT

The extension period which the labour reform under Law 3/2012 –with its previous regulation under Spanish Royal Decree-Law 3/2012– offered to those collective agreements previously denounced expired last July 8th 2013. In other words, any collective agreement whose negotiation had failed by that date was bound to lapse in its application in favour of another one pertaining to wider scope, as it is explicitly formulated by the legal precept of implementation of this provision (art. 86.3 Statute of Workers). Nonetheless, such a precept does not solve particular issues closely related to its implementation and that case-law and jurisprudence have highlighted in several studies: determination of the collective agreement pertaining to wider scope applicable, its inexistence, and so on. This problem, which does not affect exclusively to those agreements expiring on 8th July, may extend to all those collective agreements whose expiry date may be drawing closely, and within one year of denouncement, nothing has been regulated to the effect. In turn, this study presents different answers so as to contribute and enrich this debate by providing illuminating insights.

Keywords: overextension, collective bargaining, collective agreement and effectiveness of the collective bargaining agreement.

Sumario

1. Precisiones apriorísticas
2. La pérdida de vigencia de las cláusulas convencionales
 - 2.1. La regulación general antes y después de la reforma
 - 2.2. Los efectos ante la falta de acuerdo o convenio de ámbito superior
3. El acuerdo como primera opción o como excepción a la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior
 - 3.1. Los caracteres del acuerdo. Su inclusión en el convenio ya denunciado y otros acuerdos al margen del mismo. Su carácter expreso
 - 3.2. La práctica negocial: una vuelta a la solución previa a la reforma laboral. Una pequeña reflexión preliminar sobre la vigencia de la ultraactividad
4. Los problemas de determinación del convenio colectivo de ámbito superior
5. A modo de recapitulación

«Hay cosas que no tienen solución, y son las que más»

Mariano José DE LARRA

1. PRECISIONES APRIORÍSTICAS

Por ultraactividad debe entenderse «una prórroga provisional y de carácter excepcional, cuya finalidad legal no es otra que salvar el vacío normativo temporal, desde la denuncia, en tiempo y forma, de un convenio colectivo, hasta la adopción de un nuevo acuerdo»¹. No debe confundirse, así, con la vigencia del convenio colectivo fijada en el ámbito temporal del mismo y cuyos límites determinan la aplicación de la regla de concurrencia del artículo 84.1 del ET, no extensible a los periodos de ultraactividad².

La subsistencia de las cláusulas normativas del convenio en situación de ultraactividad se había convertido en un efecto tradicional y consolidado

La cuestión es que la regulación anterior –previo al [RDL 7/2011](#), de 10 de junio, de medidas urgentes para reforma de la negociación colectiva– disponía, desde su regulación en el ET del año 80, una pervivencia indefinida para la parte normativa del convenio denunciado en tanto no se sustituyera por otro –salvo interpretaciones jurisprudenciales que apuntaban en otra línea–³. Se había convertido, por tanto, en un

¹ De las muchas y completas definiciones de ultraactividad hemos optado por hacernos eco de una actual y contextualizada en el proceso de reforma en el ámbito de la crisis, pero sobre todo porque destaca dos elementos fundamentales en el concepto de ultraactividad, como son su carácter provisional y excepcional: LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C.: «Pérdida de vigencia de los convenios y crisis económica», *Aranzadi Social*, núm. 8/2012, parte Estudio, Pamplona: Aranzadi, 2012.

² *Vid.* por todas: SSTS de [10 de diciembre de 2012](#); de [2 de febrero de 2004](#) o de [17 de mayo de 2004](#): «pues la ultraactividad que este precepto genera no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado» y añade que «conclusión distinta supondría la "petrificación" de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían pre-determinadas externamente las unidades correspondientes».

³ En este sentido, como más adelante se abordará, se discutía el mantenimiento indefinido o la aplicación automática del convenio dentro de cuyo ámbito podía situarse la unidad de negociación que había quedado sin convenio una vez

efecto tradicional y consolidado, la subsistencia de las cláusulas normativas del convenio –pues a estas se limitaba– en situación de ultraactividad. Esta solución que garantizaba un marco regulador de las condiciones laborales en un ámbito concreto producía, sin embargo, una «petrificación» de las mismas, así como la tan reiterada rigidez de la negociación colectiva⁴. Y, en consecuencia, se buscaron soluciones para ello que nos llevan hasta la regulación actual, fruto de la *Ley 3/2012*⁵.

El 8 de julio de 2013 se produce la pérdida de vigencia de determinados convenios colectivos que aún no habían sido pactados, pero con la incertidumbre de cuáles son las condiciones laborales a aplicar a los sujetos incluidos en su ámbito, dado que no hay convenio colectivo de ámbito superior...

Expresamente el artículo 86.3 del *ET*, en su último inciso, dispone que «Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». A ello se suma lo establecido en la disposición adicional 4.^a de la *Ley 3/2012*, según la cual, a los convenios ya denunciados a la entrada en vigor de la misma (8 de julio de 2013), computará el referido plazo de un año desde tal entrada en vigor. En consecuencia, a 8 de julio de 2013 se produce la pérdida de vigencia de determinados convenios colectivos que aún no habían sido pactados, pero con la incertidumbre de cuáles son las condiciones laborales a aplicar a los sujetos incluidos en su ámbito, dado, por ejemplo, que no hay convenio colectivo de ámbito superior⁶.

Esta situación, que surge ya como consecuencia de la llegada del 8 de julio y que repercute para un número reducido de convenios, puede, no obstante, repetirse

... Situación que puede repetirse de manera relativamente frecuente

agotado el proceso de negociación. *Vid.* de manera amplia este debate y la enumeración de las resoluciones judiciales sobre el particular en PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión», *Relaciones Laborales*, núm. 8, sección Doctrina, quincena del 23 de abril al 8 de mayo de 2010, año XXVI, tomo 1, *La Ley* (versión *on-line*).

⁴ Y supuestos desafortunados como el mantenimiento *sine die* del convenio entre AENA y sus controladores aéreos y las conocidas consecuencias de ello.

⁵ Sobre las soluciones aportadas por la reforma laboral de 2012 –primero mediante RDL y después ley– y sus aciertos y errores, también respecto a la ultraactividad, *vid.* por todos, MOLINA NAVARRETE, C.: «De las "reformas laborales" a un nuevo, e irreconocible, "Estatuto del Trabajo Subordinado": comentario sistemático al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo», *RTSS. CEF*, núm. 348, 2012, págs. 7 y ss. MOLINA NAVARRETE, C.: «La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y "versos sueltos"», *RTSS. CEF*, núm. 352, 2012, págs. 5 y ss.

⁶ *Vid.* *Convenio Colectivo Marco para Oficinas de Farmacia*. Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE de 28 de agosto de 2013).

de manera relativamente frecuente en la medida en la que vaya venciendo el plazo de un año para la negociación del nuevo convenio una vez que el anterior ha sido denunciado. Recuérdese, sin embargo, que la misma ley dispone que la vigencia del convenio una vez denunciado será la que las propias partes hubieran determinado y solo en defecto de acuerdo al respecto, será de aplicación lo ya señalado en el último inciso del artículo 86.3 del ET⁷.

La solución, por tanto, parece sencilla, basta una previsión convencional para evitar la pérdida de vigencia del convenio o de una de sus partes. Si bien, esa simplificación choca con varios elementos controvertidos: en primer lugar, qué ocurre con los acuerdos suscritos, sobre el particular, antes de la entrada en vigor de la reforma laboral. Dicho de otro modo, lo que se cuestiona es la validez de las cláusulas convencionales que amplían la vigencia del convenio pero que fueron pactadas antes de que el precepto legal se redactara en los términos actuales. En segundo lugar, se debe insistir sobre el hecho de que, en cualquier caso, se está en un proceso de negociación sometido a la voluntad de las partes negociadoras y no siempre se alcanza un pacto. Y, en tercer lugar, se plantea qué instrumento negocial será válido a estos efectos –o más bien sus caracteres– y, en qué momento puede suscribirse.

El objeto de este trabajo, en consecuencia, no pretende ser un estudio general sobre la ultraactividad, pues existen muy diversos análisis doctrinales⁸ sobre la misma que aportan claridad

⁷ En cualquier caso, la regulación anterior ya observaba una relación de supletoriedad frente a lo dispuesto en el pacto suscrito por las partes. Claramente visible, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de **20 de junio de 2012**. *Vid. tb. v. gr.* VARELA AUTRÁN, B.: «La ultraactividad de los convenios colectivos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado laboral», *La Ley*, núm. 8.117, sección Tribuna, 2 de julio de 2013, año XXXIV, *Diario La Ley*, núm. 8.095, sección Documento *on-line*, 31 de mayo de 2013, ref. D-203, La Ley 3206/2013: el «art. 86 del texto estatutario laboral que, en consecuencia, viene a configurarse –como ya lo venía siendo con anterioridad– en mera norma dispositiva» en la que prima la voluntad de las partes.

⁸ Entre los que se refieren expresamente sobre ultraactividad cit. por todos: 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?», *Temas Laborales*, monográfico, 2013; OLARTE ENCABO, S.: «Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos», (ponencia) Foro de debate sobre «La ultraactividad de los convenios colectivos», Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, mayo de 2013; MERINO SEGOVIA, A.: «La reforma de la negociación colectiva en el RD-Ley 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 249 y ss. CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, núm. 9, Sección Editorial, septiembre de 2013, año 29, La Ley; VARELA AUTRÁN, B.: «La ultraactividad de los convenios colectivos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado laboral», *Diario La Ley*, núm. 8.117, Sección Tribuna, 2 de julio de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley, *Diario La Ley*, núm. 8.095, Sección Documento *on-line*, 31 de mayo de 2013, ref. D-203; ALFONSO MELLADO, C.: «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad», ponencia en las XXV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de 4 de octubre de 2012; GOERLICH PESET, J. M.ª: «La ultraactividad de los convenios colectivo», Foro de debate sobre «La ultraactividad de los convenios colectivos», Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, mayo de 2013; CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, núm. 6, sección Editorial, junio de 2013, año 29, tomo 1, La Ley; SALA FRANCO, T.: «La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos», *Ac-*

y certidumbre a una materia que precisamente es todo lo contrario. Pero se observa que en distintas cuestiones existen posturas contrapuestas y, sobre determinados problemas, no se han dado soluciones o no han sido abordados. Se pretende, de este modo, enfocar directamente sobre dichas materias y no sobre la globalidad, si bien, el tratamiento de otros elementos ya ampliamente debatidos por la doctrina servirá con carácter instrumental para dar pie a las propuestas de solución que se irán planteando. De esta forma, en las siguientes líneas pasaremos a analizar las cuestiones

antes señaladas, de manera concreta y sucesiva: cuáles son los efectos de la pérdida de vigencia de las cláusulas convencionales; el estudio de los posibles acuerdos que expresamente prorrogan la aplicabilidad del convenio colectivo: fecha de suscripción, y, finalmente, cuáles son los supuestos de ausencia de convenio o en los que no se puede determinar el de ámbito superior.

Pasaremos a analizar cuáles son los efectos de la pérdida de vigencia de las cláusulas convencionales; el estudio de los posibles acuerdos que expresamente prorrogan la aplicabilidad del convenio colectivo: fecha de suscripción, y, finalmente, cuáles son los supuestos de ausencia de convenio o en los que no se puede determinar el de ámbito superior

2. LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES

El artículo 86 del ET regula de forma completa la vigencia –entendida en sentido amplio– del convenio colectivo⁹. En este sentido, es preciso recordar cómo este –el convenio– se trata de una institución a la que se ha reconocido su doble naturaleza como norma y como contrato. Será, por tanto, una norma de obligado cumplimiento para todos los sujetos que estén dentro de su ámbito de aplicación, pero durante el tiempo que expresamente hayan pactado las partes y mientras no sea derogado por otro posterior.

Comienza, por tanto, tal precepto legal, reconociendo la libertad de aquellas –sujetos negociadores– para fijar el ámbito temporal del convenio.

El artículo 86 del ET comienza reconociendo la libertad de los sujetos negociadores para fijar el ámbito temporal del convenio

tualidad Laboral, núm. 10, sección Estudios, octubre de 2013, La Ley; SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La duración de los convenios tras la reforma», *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 1, 2012 y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013, parte Comentario, Pamplona: Aranzadi, 2013.

⁹ En este sentido el convenio es una norma de naturaleza temporal, tanto por su función como por exigencia legal: MARTÍN PUEBLA, E.: «La dimensión temporal del convenio colectivo», *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, págs. 353 y ss.

Ello supone que se puede acordar una duración temporal que va a variar dependiendo de los intereses de los negociadores¹⁰, pero que, como elemento más importante respecto de la materia que nos ocupa, incluye una fecha de vencimiento, esto es, fecha que debería determinar el decaimiento del convenio colectivo. No obstante, el legislador introduce una serie de matizaciones a esta previsión general. Y así, por un lado, establece la opción de reconocer duraciones diferentes a las distintas partes del convenio o la posibilidad de revisar en cualquier momento lo pactado aún vigente el mismo y, por otro, y de manera determinante, dispone que la fecha de vencimiento queda absolutamente relativizada frente a la posibilidad o no de efectuar la denuncia de la norma convencional.

La denuncia se torna como el instrumento clave para la determinación de la duración del convenio

y formas en que la misma puede producirse (en cuanto a que debe siempre incluirse como contenido mínimo del convenio colectivo), de tal modo que, de no cumplirse dichas previsiones, se producen los efectos señalados en el anteriormente citado artículo 86.2 del ET: «salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes».

Se torna, en consecuencia, la denuncia, como el instrumento clave para la determinación de la duración del convenio. Para ello, son referentes dos disposiciones: los artículos 85.3 d) y 86.2 del ET. El primero alude tanto a la denuncia como a los plazos

Siendo así, la duración inicialmente prevista para el convenio, así como su fecha de expiración, quedan implícitamente obviadas para dar continuidad al convenio. Se produce, en este punto, una contraposición de intereses: por una parte, la idea de evitar un vacío normativo por la pérdida de vigencia del convenio¹¹ y, por otra, de manera absolutamente contrapuesta, la llamada petrificación de la negociación colectiva¹².

¹⁰ Libertad de las partes reconocida de manera tradicional aunque no absoluta: GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos», *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, pág. 142.

¹¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Vigencia...», *op. cit.*, pág. 158.

¹² Así, se había convertido en una reclamación constante su modificación eliminando este carácter indefinido por parte empresarial –GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La reforma de la negociación colectiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25, 2011, pág. 96–, mientras que las organizaciones sindicales lo venían considerando como un elemento garantista conveniente, por tanto, reclamaban su mantenimiento. Así, respectivamente ANALISTAS DE RELACIONES INDUSTRIALES: «La cuesta de enero», *Relaciones Laborales*, núm. 6, sección Crónica Nacional, quincena del 23 de marzo al 8 de abril de 2008, pág. 1.155, tomo 1: «No es la primera vez que la CEOE plantea la necesidad de discriminar entre las distintas clases de convenios colectivos a fin y efecto de no atribuir a todos ellos la "ultraactividad" que se deduce de su carácter normativo. Sin embargo, hemos de recordar que una de las reformas laborales, sin duda la más importante, que tuvo lugar en 1994 permitió que las partes de cada convenio colectivo limiten la "ultraactividad" de estos, es decir, acaben con el carácter indefinido que hasta este momento había tenido lo dispuesto en un convenio colectivo vigente mientras no sea sustituido por otro. La CEOE imputaba a este caso la dilación excesiva de la negociación de los convenios colectivos e incluso la inapetencia de los sindicatos para abordar estos al término de la caducidad de cada convenio colectivo, a sabiendas de que el empresariado aceptaría, a la postre, aplicar los salarios y efectos pactados con carácter retroactivo...» y «Los liderazgos fuertes», *Relacio-*

Este planteamiento de ideas contrapuestas se repite cuando se produce la otra circunstancia, esto es, la denuncia del convenio. En este caso, resulta de aplicación el ya comentado apartado 3 del artículo 86 del ET, es decir, que las cláusulas del convenio siguen vigentes en los términos expresamente pactados.

2.1. LA REGULACIÓN GENERAL ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA

Volvamos al principio: puede que el acuerdo no se alcance. Y, en consecuencia, que se produzcan unos efectos. Aquí es donde ha cambiado lo sustancial. Es preciso, en cualquier caso, ir por partes.

a) Una breve referencia a la situación anterior a la reforma laboral

La regulación es sustancialmente diferente antes y después del [Real Decreto-Ley 7/2011](#). Mediante el mismo, se procedió a una primera modificación de la negociación colectiva, anticipándose a la reforma laboral completa del año 2012. En este sentido, la variación fue relativa, pues se dieron pasos a favor de introducir cambios respecto a la sucesión de convenios, pero se mantuvieron los efectos de la ultraactividad. Esto es, tras introducir plazos máximos en el proceso de negociación, facilidades para el desbloqueo en caso de *impasse* negocial o la posible intervención de terceros –todo ello con el objeto de facilitar alcanzar un acuerdo que sustituyera al anterior–, se vuelve a una solución final decepcionante consistente en que si todas las actuaciones anteriores devenían ineficaces, se mantenía la aplicación del convenio denunciado. Esto es, se consolidaba el tradicional efecto de la ultraactividad que evitaba el vacío normativo.

Recuérdese al respecto que la solución a lo largo de 30 años había sido la del mantenimiento de las cláusulas normativas del convenio –salvo interpretaciones judiciales que aportaran otro criterio–¹³ decayendo únicamente las obligaciones, por lo que la única cuestión compleja era la de dilucidar la naturaleza de las disposiciones convencionales para establecer cuál era la parte del texto del convenio co-

La solución a lo largo de 30 años había sido la del mantenimiento de las cláusulas normativas del convenio –salvo interpretaciones judiciales que aportaran otro criterio– a excepción de que las partes establecieran otra regulación distinta

nes Laborales, núm. 7, sección Crónica Nacional, quincena del 1 al 15 de abril de 2002, pág. 1.393, tomo I: «A los sindicatos les aterroriza la indefensión que puede suponer que con la atomizada estructura de la negociación colectiva actual, muchos derechos queden al arbitrio de la autonomía de las partes: de ahí que defiendan férreamente la ultraactividad de los convenios colectivos y la intangibilidad de estos mientras no sean sustituidos por el siguiente a través de la voluntad concorde de los representantes de los trabajadores y empresarios...»

¹³ *Vid. infra*.

lectivo que se seguía aplicando¹⁴, salvo que, tal y como ocurre también con la regulación actual, las partes, amparándose en la libertad que les concede el legislador para determinar el alcance de la ultraactividad, establecieran otra regulación distinta que podía consistir en determinar qué parte del convenio seguía aplicándose independientemente de la naturaleza de la cláusula (normativa u obligacional)¹⁵.

En la práctica, se planteaba una contradicción. Por una parte, se contribuía a la seguridad jurídica, y ello mediante el mantenimiento de los instrumentos que forman parte del orden normativo en tanto no se aplicara el principio de modernidad. Pero, no obstante, se establecía una traba a la flexibilidad del sistema, impidiendo la adaptación de la norma a las circunstancias reales. Así, mientras que se aportaba una solución que evitaba la ausencia de un marco normativo de referencia, se «enrocaban» las condiciones establecidas.

Aunque este efecto indirecto podía parecer positivo, en realidad debe entenderse como una falla del propio sistema, porque impedía el funcionamiento normal del mismo, ya que se impedía el desarrollo del propio proceso negociador. Debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo se concibe como una fuente que nace de los particulares justificada por el hecho de ser el instrumento más cercano a su realidad. Realidad que se perdía de perspectiva cuando tras el transcurso del tiempo y el cambio radical de circunstancias no traía consigo los consiguientes cambios en la norma convencional¹⁶.

El cambio planteado es, por tanto, muy ambicioso, pero se queda a medio camino de lo que se proyectaba hacer. Se pretendió dinamizar la negociación colectiva, facilitar la transición de un convenio a otro, esto es, la sucesión regular del convenio antiguo a favor del más moderno.

¹⁴ Y así ha sido una constante en la jurisprudencia, *vid. v. gr. STS de 17 de mayo de 2004* que se pronuncia expresamente sobre el mantenimiento exclusivo de las cláusulas normativas; *SAN núm. 35/2006 de 24 de abril*. *Vid. tb. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Vigencia...», op. cit.*, págs. 159 y 160. Para más detalle, *vid. relación de sentencias citadas por LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C., op. cit.: «SSTS de 2 de julio de 2009, 26 de abril de 2007, 10 de noviembre de 2006, 29 de abril de 2003 y 11 de diciembre de 2003. SSAN de 13 de abril de 2011, 24 de abril de 2006 y 21 de junio de 2002».*

¹⁵ *STS de 29 de enero de 2013*.

¹⁶ Puede decirse, sin embargo, que estando tan en boga en los últimos tiempos las corrientes flexibilizadoras, el legislador no toma conciencia de ello –vía RDL– hasta que aparece lo que podemos denominar como «síndrome controladores». Expresión coloquial que responde al fenómeno acontecido en diciembre de 2010, ya mencionado anteriormente, respecto al proceso de negociación entre AENA y los controladores aéreos. En este caso, la presencia permanente de problemas de falta de acuerdo en las negociaciones significaba el mantenimiento del anterior convenio consecuencia de la ultraactividad, lo que beneficiaba en ese caso a una sola de las partes: los controladores que veían como condiciones laborales pactadas en épocas de bonanza no se justificaban para nada en un contexto de crisis económica y recortes en todo el sector público. Ante unas medidas de presión de los representantes de la parte social, responde el Gobierno, de un modo bastante dudoso, introduciendo una regulación de las condiciones de trabajo de este colectivo vía heterónoma, ignorando la negociación colectiva y las reglas que la regían. Ello justifica que meses más tarde disponga un cambio de estas reglas mediante el Real Decreto-Ley 7/2011.

Pero bastaba obstaculizar el proceso, en alguna de las fases previstas, para chocar, nuevamente, con el mantenimiento del convenio ya denunciado.

Técnicamente, por tanto, se observaba un diseño inconcluso, puesto que todo el esfuerzo en plantear un sistema más ágil se veía ensombrecido por un cierre que devolvía todo a la situación anterior a los cambios efectuados por el Real Decreto-Ley 7/2011. Cuestión distinta es si se comparte o no el diseño actual.

b) Los cambios introducidos por la reforma de 2012

El legislador toma consciencia de que el cambio planteado va en la dirección que se propone, pero que yerra en el diseño. Con ello, propone un nuevo esquema de actuación que pretende facilitar el paso del convenio ya vencido a uno que lo sustituya, si bien, apartándose por completo de las líneas establecidas en la reiterada reforma de la negociación colectiva de 2011. Pero de un modo que parece, en principio, volver a la regulación anterior.

Nada más lejos de ser cierto. Se trata, coloquialmente, de ir hacia atrás para coger impulso. Procede a eliminar aquellos plazos máximos de negociación, entre otras cuestiones, porque ya no importa tanto el proceso, sino el efecto. Esto es, mientras que previamente se habían centrado en agilizar el proceso y establecer mecanismos de intervención de terceros para llegar a un buen fin (un nuevo convenio), la nueva redacción legal elimina cualquier alusión directa a la celeridad del proceso y, si bien es verdad que reitera, reforzando, los mecanismos de mediación o arbitraje, lo fundamental es que dispone una solución final radicalmente distinta. Tan distinta que viene a acabar con más de 30 años de tradición en la regulación estatutaria de la ultraactividad: acaba con la pervivencia indefinida del convenio anterior¹⁷.

La consecuencia última es la siguiente: o se alcanza un nuevo convenio o, en el plazo de un año desde que se denunció el convenio colectivo, este deja de aplicarse y se remite al de ámbito superior –solución que, sin embargo, no es innovación del legislador, sino de jurisprudencia anterior–. Salvo que, como excepción, se hubiera contemplado otra solución al respecto mediante pacto. Excepción que nos plantea nuevamente dudas en cuanto a su extensión.

O se alcanza un nuevo convenio o, en el plazo de un año desde que se denunció el convenio colectivo, este deja de aplicarse y se remite al de ámbito superior –solución que, sin embargo, no es innovación del legislador, sino de jurisprudencia anterior–. Salvo que, como excepción, se hubiera contemplado otra solución al respecto mediante pacto

¹⁷ VILA TIerno, F.: «La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales. Del Real Decreto-Ley 7/2011 a la Ley 3/2012 (de las razones y los efectos)», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, Iustel (ed. on-line).

2.2. LOS EFECTOS ANTE LA FALTA DE ACUERDO O CONVENIO DE ÁMBITO SUPERIOR

a) Los antecedentes

Antes de esta nueva regulación se llega a una serie de conclusiones que tienen como punto de partida el hecho de la constatación de una relación causa-efecto. Así, como resultado de la falta de previsión de una duración concreta de la prórroga del convenio cuando esta se deriva de una situación de ultraactividad –a diferencia de la prórroga del convenio sin denuncia, que se fija en un año–, se advierte la necesidad de fijar un momento en el que el convenio denunciado no subsiste, sino que decae. Se busca entonces una solución alternativa, como la de aplicar un convenio colectivo de ámbito distinto para ordenar las relaciones laborales en dicho marco¹⁸.

Esta afirmación se basa, por tanto, en determinar qué momento se considera adecuado para establecer el final de esa ultraactividad legal, en principio, indefinida. Ello y dar con el planteamiento idóneo, pues no basta con reconocer la pérdida de aplicabilidad de un convenio colectivo, sino de establecer el mecanismo para la cobertura de aquel vacío.

En este sentido, resulta especialmente interesante, no por lo novedosa, sino por ser más reciente y recoger las posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto, la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 20 de junio de 2012, que distingue dos posibilidades¹⁹: el acuerdo entre las partes para la aplicación de un convenio

La STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 20 de junio de 2012, distingue dos posibilidades: el acuerdo entre las partes para la aplicación de un convenio colectivo de ámbito superior o, en su defecto, la aplicación automática del mismo cuando se agota el proceso negociador y no es posible el acuerdo final –a la misma solución llega también la STS de 10 de diciembre de 2012

¹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Vigencia...», *op. cit.*, pág. 161, apoyándose en la STS de 6 de noviembre de 1998.

¹⁹ Distinción desarrollada en profundidad por PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.* que reproducen listado de sentencias –que reproducimos en su contexto– en las que se alude a acuerdo para aplicar convenio de ámbito superior: «por todas, SSTS de 17 de octubre de 1994, rec. 2197/1993 o de 18 de febrero de 1999, rec. 2983/1997», o bien a la aplicación automática de convenio de ámbito superior por decaer el proceso negociador: «STS de 6 de noviembre de 1998, rec. 1688/1998 (con precedentes en las SSTS de 10 y 16 de julio de 2001 y de 2 de febrero de 2004, rec. 3069/2002 y en la STCT de 21 de febrero de 1983) han optado por la segunda de las soluciones, esto es, por la aplicación automática del convenio colectivo de ámbito superior, señalando que no es mantenible la ultraactividad de un convenio colectivo en los supuestos en que se constata de forma indubitada la imposibilidad de llegar a un acuerdo por abandono de las negociaciones [“La prórroga de estas cláusulas (normativas) no impone las consecuencias de la conservación *sine die*, sino que busca salvar los vacíos normativos, aunque sean temporales. En este supuesto, ante el abandono de las negociaciones del nuevo convenio (...), deviene aplicable el convenio de ámbito general con la pérdida de eficacia del convenio de empresa desde la entrada en vigor de aquel”]».

colectivo de ámbito superior o, en su defecto, la aplicación automática del mismo cuando se agota el proceso negociador y no es posible el acuerdo final –a la misma solución llega también la [STS de 10 de diciembre de 2012](#)²⁰.

Lo imprescindible, por tanto, en defecto de pacto, es fijar cuándo se produce la ruptura de las negociaciones o se frustra el proceso negociador

Lo imprescindible, por tanto, en defecto de pacto, es fijar cuándo se produce la ruptura de las negociaciones o se frustra el proceso negociador. Y así, establece la resolución citada que se podrá aplicar el convenio de ámbito superior. «Esta solución... es la que mejor se compadece de forma objetiva con la previsión legal de ultraactividad contemplada por el art. 86.3 ET... no depende de que las condiciones laborales reguladas en el convenio de ámbito superior puedan ser más beneficiosas en su conjunto para los trabajadores que las del convenio de ámbito inferior, como podría suceder en este caso vista la posición sindical al respecto (aunque podría suceder lo contrario), sino, exclusivamente, de que deba entenderse finalizado sin acuerdo el proceso negociador "activo" ([STS de 17 de mayo de 2004](#), R. 101/03) de la norma convencional de inferior o más reducido ámbito territorial».

Esta última posibilidad es el resultado de la suma de dos elementos: la ausencia de pacto y la constatación del abandono de la negociación. Ha señalado la doctrina²¹ que esto puede ocurrir, a falta de precepto legal que lo determine, cuando se den alguna de las siguientes circunstancias:

«1.^a Que se firme un acta de ruptura formal y expresa de las negociaciones, en cuyo caso la situación queda clara.

2.^a Que no exista tal acta, en cuyo caso habrá que tener en cuenta las circunstancias fácticas concurrentes, esto es, bien el hecho de que ninguna de las dos partes inicie las negociaciones para la revisión del convenio colectivo anterior en régimen de ultraactividad normativa; o bien el intento de negociación de la revisión del convenio colectivo anterior y el transcurso de un tiempo razonable sin llegar a un acuerdo (SSTS de [6 de noviembre de 1998](#), rec. 1688/1998 o de [30 de septiembre de 1999](#), rec. 3652/1998) por cualquier razón: por discrepancias irreductibles entre las partes negociadoras, por la postura pasiva de una de las partes ([STC 107/2000, de 5 de mayo](#)) o por la existencia de "maniobras torticeras para evitar al acuerdo" (STS de 16 de noviembre de 1998, rec. 1688/1998) (ARUFE VARELA, A.: *La denuncia del convenio colectivo*, Madrid: Civitas, 2000, pág. 184).»

²⁰ Criterio, entre otras, seguido por la STS (Sala de lo Social) de [11 de octubre de 2005](#).

²¹ PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T., *op. cit.*

Se puede, en síntesis, hablar de un «modo impropio de concurrencia» de manera que el convenio de ámbito inferior mantiene la prohibición de afectación mientras suscite la unidad de negociación y el proceso negocial

Se puede, en síntesis, hablar de un «modo impropio de concurrencia»²² de manera que el convenio de ámbito inferior mantiene la prohibición de afectación mientras suscite la unidad de negociación y el proceso negocial (desaparecido este, desaparece también esa concurrencia impropia)²³.

Este trazado resulta trascendente por dos razones: porque sirve para determinar el efecto actualmente previsto y porque para entonces ya se suscita la misma duda que se deriva de la legislación actual: el hecho de no saber qué ocurre si no hay convenio de ámbito superior. No obstante, la doctrina –que venía barajando tanto la desaparición del convenio denunciado y de las condiciones laborales en él reguladas, como su mantenimiento–, opta por entender que estas seguirán aplicándose para contribuir con la función que el artículo 86.3 del ET establece a la ultraactividad: la cobertura provisional del vacío normativo²⁴.

b) Las consecuencias actuales

Más allá de la posibilidad de pacto o de la aplicación del convenio de ámbito superior –extremos que invitan por sí mismos a la reflexión– la cuestión que surge de inmediato es qué ocurre con las cláusulas del convenio que fue denunciado²⁵. Y más aún, cuáles son las condiciones

²² STS de 20 de junio de 2012.

²³ En la ya citada STS de 17 de mayo de 2004: en la que se decidió que la protección de las unidades inferiores de negociación requiere que esta (la negociación) «esté activa» (F.J. 1.º *in fine*), en sentido contrario, de no mantenerse la actividad negociadora porque todos entienden definitivamente rotas las negociaciones, puede cobrar vigencia el convenio de ámbito superior.

²⁴ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.* Proponen los autores la siguiente opción:

a) O se mantiene la ultraactividad normativa del convenio colectivo anterior *sine die*, en tanto no exista un acuerdo expreso revisorio o sustitutorio o en tanto no exista un convenio colectivo de ámbito territorial y/o funcional superior aplicable.

b) O se aplica la normativa mínima legal (jornada máxima legal, salario mínimo interprofesional, etc.), considerando que no existe ya convenio colectivo aplicable, con los correspondientes problemas derivados para las empresas y para los trabajadores afectados de una previsible revisión a la baja de las condiciones laborales y retributivas.

A nuestro juicio, en este supuesto, aplicando una interpretación teleológica al precepto legal, habrá que tener en cuenta la finalidad pretendida por la ultraactividad normativa prevista en el artículo 86.3 del ET (cubrir los vacíos normativos) y mantenerla indefinidamente –naturalmente, en cuanto que sus condiciones mejoren el marco legal y no en caso contrario–, en tanto no haya un convenio colectivo aplicable en esa unidad de negociación (convenio colectivo de ámbito funcional y/o territorial superior o inferior, en cuyo caso, se mantendría la ultraactividad parcialmente, esto es, en aquellas partes de la unidad de negociación sin convenio colectivo aplicable).

²⁵ CASAS BAAMONDE, M.ª E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., *op. cit.* que lo plantean como el origen de un rico debate alimentado por la falta de pronunciamientos judiciales al respecto y de una regulación legal clara sobre el particular.

laborales que rigen en ese ámbito concreto si no se ha producido pacto o no se concreta la existencia del referido convenio colectivo de nivel superior²⁶.

La complejidad radica en el hecho de que el precepto utiliza la expresión «si lo hubiere»²⁷, cuando hace referencia a la aplicación del convenio de ámbito superior que fuera de aplicación –y en ese caso se aplica de manera imperativa–, pero si no lo hubiere, nada se dice respecto al marco normativo o convencional aplicable.

Dicho de otro modo: suponiendo que no haya convenio de ámbito superior ni pacto en contrario prescribe la ley que el antiguo «perderá vigencia». ¿Qué sucede entonces?

En este sentido, diferentes han sido los planteamientos doctrinales²⁸ para explicar los efectos en los supuestos en que no se alcanza pacto que prorrogue de manera extraordinaria la vigencia del convenio colectivo o de su ultraactividad, o no exista convenio de ámbito superior. Y

La cuestión que surge de inmediato es qué ocurre con las cláusulas del convenio que fue denunciado. Y más aún, cuáles son las condiciones laborales que rigen en ese ámbito concreto si no se ha producido pacto o no se concreta la existencia del referido convenio colectivo de nivel superior

²⁶ Puede ocurrir, además, que no sea fácil determinar el convenio colectivo de ámbito superior, bien porque el ámbito funcional difiera (caso por ejemplo de actividades que pertenecen a un mismo sector de actividad pero se regulan por convenios distintos), bien porque existiendo anteriormente uno de ámbito geográfico superior, ahora el subsistente sea de un alcance territorial más reducido. En este sentido, puede darse el caso que no siendo ya de aplicación uno nacional, deba proceder una empresa de tal dimensión a aplicar los provinciales del lugar donde se ejecuten los servicios.

²⁷ Expresión expresamente remarcada por CASAS BAAMONDE, M.^a E., *op. cit.* para evitar el vacío convencional.

²⁸ Posiciones doctrinales recogidas en su conjunto por SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La duración...», *op. cit.*: «Hay quienes entienden que tras la desaparición del convenio colectivo no existe más suelo mínimo que las disposiciones estatales, pero también existen tesis a favor de una contractualización de las condiciones aplicadas, abriendo la puerta a su modificación por la vía del artículo 41 del ET. A título meramente ilustrativo, véanse algunas opiniones:

- C. LÓPEZ SÁNCHEZ: Puede fortalecerse la unilateridad empresarial en la fijación de las condiciones de trabajo y, por ende, a un incremento de la discrecionalidad de las decisiones empresariales en materias no reguladas en convenios de ámbito superior, generando una mayor precarización.
- GOÑI SEIN: Por prudencia, razonabilidad y para evitar una brusca degradación de las condiciones de trabajo, con el consiguiente desequilibrio contractual entre las partes, debe entenderse que las condiciones se mantienen incorporadas al ámbito del contrato de cada uno de los trabajadores que ya estuvieren incluidos en el ámbito del convenio (no a los de nuevo ingreso).
- ARAMENDI SÁNCHEZ: Se abre la puerta a la desregulación convencional de las relaciones laborales en aquellos supuestos en los que no hubiera convenio colectivo de ámbito superior que resultara de aplicación. En tales casos solo podría invocarse la normativa legal de obligada observancia: salario mínimo, jornada máxima, etc.
- CRUZ VILLALÓN y MOLINA NAVARRETE: Los derechos y obligaciones no desaparecen por completo, pero el empresario pueda dejar de aplicar las condiciones reconocidas en el convenio extinguido mediante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET).

ello porque se dice que el anterior pierde vigencia. Se defiende, en este sentido, desde una idea de contractualización de las condiciones laborales²⁹, pasando por el mantenimiento a través de otra figura convencional³⁰ o, en el otro extremo, la pérdida completa de vigencia y la aplicación de la normativa legal y reglamentaria³¹.

Una consecuencia por la que apostamos es por la total y absoluta inaplicación de las cláusulas convencionales del convenio ya denunciado cuando ha transcurrido un año desde esa denuncia

Si debemos apostar por una consecuencia, apostamos claramente, como ya se adelanta en el título de este epígrafe, por la total y absoluta inaplicación de las cláusulas convencionales del convenio ya denunciado³² cuando ha transcurrido un año desde esa denuncia³³. Y entendemos que es así, porque no es otro el interés del legislador al regular los nuevos efectos

tras la ultraactividad. Se ha hecho expresamente buscando ese fin. Esto es, se compele a las partes a negociar y alcanzar un acuerdo, puesto que, en otro caso, la solución es enfrentarse a un posible vacío normativo, al conflicto y la inseguridad.

Si se hubiera querido que las cláusulas supervivieran –a través de algunas de las fórmulas apuntadas por nuestra doctrina–, se habría dispuesto explícitamente y la regulación de este elemento sería sustancialmente distinta. Bien es cierto, no obstante, que puede defenderse justo lo contrario, esto es, que nada se dice de manera expresa sobre los efectos sobre el convenio denunciado cuando ha transcurrido el año y no hay convenio colectivo de ámbito superior. Precisamente se regula en positivo, es decir, cuando hay convenio: «si lo hubiere» y si resulta aplicable³⁴. Pero

- GOERLICH PESET: No existe título que posibilite el mantenimiento de las condiciones anteriores, aunque fueran más favorables o tuvieran vocación de permanencia.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ: El convenio colectivo pierde su valor normativo, propio del carácter estatutario, pero conserva su condición de acuerdo al margen del Estatuto de los Trabajadores.
- SALA FRANCO; ROQUETA BUJ y MERCADER: Las relaciones laborales pasan a regularse por las normas legales y reglamentarias que resulten de aplicación, pues el convenio decae».

²⁹ Por todos MOLINA NAVARRETE, C.: «Caducidad...», *op. cit. Vid. tb. OLARTE ENCABO, S., op. cit.*

³⁰ A través, por ejemplo, de un convenio colectivo extraestatutario: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El RDL 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en AA. VV., *Negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Cinca, 2012, pág. 54. Sin embargo, por esta vía, perdería su eficacia *erga omnes*, por lo que plantearía problemas de aplicación.

³¹ Por todos: SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La duración...», *op. cit. Vid. tb. SALA FRANCO, T., op. cit.*

³² En contra, de manera absoluta y rotunda, defendiendo la incorporación de las condiciones laborales al ámbito del contrato CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., *op. cit.* pero la cuestión entonces es si en ese caso no se impediría la sucesión de convenios colectivos tal y como ellos mismos sugieren cuando se refieren a la doctrina jurisprudencial.

³³ Se aplica la ley y no hay contractualización (VALERA AUTRAN, B., *op. cit.*).

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012», *Diario La Ley*, núm. 7.833, sección Doctrina, 9 de abril de 2012, año XXXIII, ref. D-144, dispone que se genera, precisa-

no en sentido negativo, esto es «si no lo hubiere» o no resulte aplicable. Cabría preguntarse si esta indefinición de los efectos en esta situación es provocada voluntariamente por el legislador o se trata de una consecuencia imprevista. Lo llamativo es que no se ha solventado ni en el Real Decreto-Ley 3/2012, ni en la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012 que sustituye

al anterior, y en la que estos inconvenientes habían sido puestos de manifiesto en los primeros análisis doctrinales³⁵. No obstante, lo que sí queda explícitamente definido es que el convenio colectivo pierde definitivamente su vigencia³⁶ y ello impide su mantenimiento a pesar de las posibles interpretaciones al respecto. Nada impide, no obstante, y está dentro de la potenciación y remisión a los acuerdos colectivos o individuales, que se celebren pactos que permitan el mantenimiento de las condiciones que vinieran disfrutando los trabajadores, evitándose de esta forma el conflicto y la inseguridad jurídica. Para ello, pueden utilizarse soluciones como el acuerdo de empresa o la incorporación en el contrato de trabajo de manera individual, todos ellos modificables vía artículo 41 del ET³⁷ –flexibilización pretendida por el legislador– puesto que la expresión

Lo que sí queda explícitamente definido es que el convenio colectivo pierde definitivamente su vigencia y ello impide su mantenimiento a pesar de las posibles interpretaciones al respecto

mente, un vacío normativo, pero que será cubierto por convenio colectivo estatal para la empresa o sector, solo en el caso que lo hubiere. Pero lo importante es que reitera la idea del vacío normativo.

³⁵ En este sentido es muy explícito GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Temas Laborales*, núm. 115, 2012. pág. 134: «Se trata de una solución que no dejará de suscitar problemas muy importantes de vacíos de regulación ya que, aunque es cierto que, desde la perspectiva de la negociación de un convenio de empresa, lo normal es que exista un convenio colectivo vigente de ámbito superior, no sucede lo mismo con las negociaciones de otros convenios, por ejemplo, de tipo provincial o autonómico. Existen sectores que se organizan con convenios provinciales (sin que exista, por tanto, ningún convenio autonómico o nacional superior) por lo que el fracaso de la renovación del convenio provincial provocará un vacío normativo que la previsión legal no cubre. Lo mismo puede suceder con la negociación de un convenio colectivo autonómico, si no existe un convenio colectivo estatal. Y, desde luego, con la negociación de los convenios nacionales en relación con los cuales no hay convenios de ámbito superior. En todas estas situaciones se abre un interrogante muy significativo y trascendente en relación con qué condiciones de trabajo habrá que aplicar, que el ET no soluciona.

Posiblemente el legislador haya pensado que la amenaza de absorción por el convenio de ámbito superior, perdiendo el nivel de negociación conquistado, o la situación de carencia de regulación con el único posible recurso a los mínimos legales, constituye una presión lo suficientemente significativa como para que las partes lleguen, por sí o con el auxilio de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, a un acuerdo en el plazo global de dos años. Pero es una problemática que se suscitará, sin duda, aunque sea necesario esperar algún tiempo para que se produzca; lo suficiente para que, dado el ritmo alcanzado en los últimos años, pueda existir una enésima reforma laboral que sea capaz de encontrar una fórmula para proporcionar una solución eficaz a los conflictos colectivos generados en los procesos de negociación que sea, a su vez, lo suficientemente respetuosa con la autonomía colectiva». *Vid. tb. MÉRINO SEGOVIA, A., op. cit. pág. 261*

³⁶ Así lo expresa manifiestamente la ley, que perderá definitivamente vigencia: GONZÁLEZ ORTEGA, S., *ibidem*, pág. 134.

³⁷ *Vid. GARCÍA NINET, J. I.: «La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general», Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 34, Iustel, 2013.*

salvo pacto en contrario del último inciso del artículo 86.3 del ET no es en absoluto excluyente. Y ello aunque suponga una descentralización en exceso o una desprotección del propio sistema de negociación colectiva que ve ceder su núcleo central, el convenio colectivo estatutario, a favor de otros instrumentos que no gozan de las garantías que el título III otorga a aquellos.

Piénsese, por otra parte, por ejemplo, qué ocurre cuando un convenio colectivo o parte del mismo es objeto de impugnación judicial y se determina la falta de validez de lo pactado. No se busca su subsistencia bajo cualquier fórmula: simplemente no se aplica. Ciertamente no pueden asimilarse dos procesos tan distintos como la pérdida de vigencia de una norma y su anulación vía judicial, pero no es menos cierto que en ambos casos lo que se produce es la inaplicación de la norma. Tan solo que antes de la reforma, en los casos de pérdida de vigencia, se establecía un efecto particular para los convenios colectivos hasta su sustitución, pero ahora, no es que se haya eliminado, es que se limita a un año.

De todo lo anterior resulta un sistema que puede parecer más o menos acertado, con más o menos ventajas, pero que, como se ha señalado, resulta acorde con la línea flexibilizadora y dinamizadora que se refleja en general en toda la ley y que en particular también afecta a la negociación colectiva³⁸. Otra cuestión distinta es si el diseño, en este caso, del nuevo esquema resultante, presenta o no anomalías. Pero, en cualquier caso, la conclusión al respecto debe ser la de la desaparición de las cláusulas reguladoras del convenio que decae, ya que la ultraactividad es una prórroga extraordinaria de la vigencia del convenio en tanto que se negocia el mismo. El legislador ha impuesto un límite temporal que implica su decaimiento definitivo y que no tiene por qué coincidir con la ruptura definitiva del proceso negociador. El tope establecido rige únicamente respecto a los efectos de la ultraactividad, pero nada impide que se siga negociando y se alcance un acuerdo que, desde ese momento, debe ser plenamente aplicable –*vid. infra*.

3. EL ACUERDO COMO PRIMERA OPCIÓN O COMO EXCEPCIÓN A LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO SUPERIOR

Lo que establece el artículo 86.3 del ET, en realidad, son hasta tres –o cinco– posibilidades distintas

Aunque se ha hecho referencia expresa a una «primera opción», lo que establece el artículo 86.3 del ET, en realidad, son hasta tres –o cinco– posibilidades distintas (aparentemente) para impedir la aplicación de la disposición normativa de carácter supletorio y poder delimitar así el alcance del ámbito temporal de aplicación del convenio colectivo una vez denunciado. Pero todo gira en torno al pacto entre las partes. Nótese cómo la referencia es para la posible extensión del ámbito temporal del convenio (art. 86.1 ET),

³⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *op. cit.*

que vendrá fijado en el marco del contenido mínimo o necesario del mismo, según dispone el artículo 85.3 del ET³⁹. Debemos distinguir, por tanto, como es sabido, el periodo de vigencia señalado por los sujetos negociadores con la fecha de vencimiento del texto convencional con la forma de denuncia y plazo de preaviso, y lo que puede ocurrir a partir de aquella, es decir, desde la denuncia. Pudiendo establecerse al efecto una ampliación no de la duración en sentido estricto, pero sí de la aplicación del convenio que se declarará vigente en los términos suscritos por los sujetos negociadores, bien mediante una previsión en el propio convenio vencido (por tanto antes de la denuncia) –1–, a través de un acuerdo parcial con la prórroga de determinados contenidos del convenio que han sido modificados –2–; o bien, por último, de un pacto (si se entiende que la alusión al mismo es distinta en el último inciso del artículo 86.3 del ET respecto a su primer párrafo, es decir, el que se incluye en el convenio vencido) que se presupone que puede suscribirse desde la denuncia del convenio (o quizás antes) y hasta que finalice el plazo (?) de un año de ultraactividad –3–. Pacto que podía haberse establecido a través de un «acuerdo interprofesional, estatal o autonómico, de los contemplados en el artículo 83.2 del ET conforme a las reglas de concurrencia del artículo 84.3 del mismo texto legal»⁴⁰ –4– y, finalmente, ante la imposibilidad de acuerdo, mediante laudo arbitral –5–.

La intención del legislador parece ser la de facilitar a las partes regular, en cualquier momento, la duración de la ultraactividad del convenio, potenciando la flexibilidad mediante el fortalecimiento de las posibilidades de aquellas frente a lo dispositivo de la norma⁴¹. Téngase en cuenta que el carácter dispositivo de los efectos legales frente a lo pactado por las partes no es una no-

Una previsión en el propio convenio vencido (por tanto antes de la denuncia) –1–, a través de un acuerdo parcial con la prórroga de determinados contenidos del convenio que han sido modificados –2–; o bien, por último, de un pacto (si se entiende que la alusión al mismo es distinta en el último inciso del artículo 86.3 del ET respecto a su primer párrafo, es decir, el que se incluye en el convenio vencido) que se presupone que puede suscribirse desde la denuncia del convenio (o quizás antes) y hasta que finalice el plazo (?) de un año de ultraactividad –3–. Pacto que podía haberse establecido a través de un «acuerdo interprofesional, estatal o autonómico, de los contemplados en el artículo 83.2 del ET conforme a las reglas de concurrencia del artículo 84.3 del mismo texto legal» –4– y, finalmente, ante la imposibilidad de acuerdo, mediante laudo arbitral –5–

³⁹ Cít. nota núm. 2.

⁴⁰ CASAS BAAMONDE, M. E.: «La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, núm. 6, sección Editorial, junio 2013, año 29, tomo 1, La Ley.

⁴¹ SALA FRANCO, T., *op. cit.*

vedad de la reforma laboral de 2012, sino que era el efecto que se venía reconociendo⁴². En este sentido, cualquier cambio habrá sido a favor de introducir mayor flexibilidad.

Sin embargo, esta previsión, que es una continua remisión a la negociación colectiva⁴³, por lo genérica en algunos extremos, suscita diversos problemas. Y es que nos enfrentamos, en alguno de los supuestos señalados, a la falta de caracterización del acuerdo; a la falta de determinación del momento temporal para su suscripción –antes o después de la reforma–, o al posible alcance del mismo –v. gr. «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»–. En cualquier caso, lo que debe admitirse sin ambages es que existen dos supuestos generales de ultraactividad claramente diferenciables:

- Ultraactividad legal (de carácter dispositivo).
- Ultraactividad convencional (de carácter preferente).

Esta última derivada de los acuerdos a los que se ha hecho referencia. Y aún habría que señalar una última opción, la vía arbitral, puesto que se contempla en el mismo artículo 86 del ET la posibilidad de utilizar este instrumento regulado a través de los acuerdos del artículo 83 del ET, en lo que viene siendo la potenciación de la intervención de terceros para solventar conflictos o discrepancias que impiden la consecución de pactos. No obstante, al margen de esta última opción que requiere un estudio particular, analicemos el contenido del precepto en lo que a los posibles pactos se refiere.

3.1. LOS CARACTERES DEL ACUERDO. SU INCLUSIÓN EN EL CONVENIO YA DENUNCIADO Y OTROS ACUERDOS AL MARGEN DEL MISMO. SU CARÁCTER EXPRESO

a) El convenio colectivo denunciado y el acuerdo expreso sobre la duración de la ultraactividad

De una forma simple y directa, la ley se remite, en primer lugar, al propio convenio colectivo que se ha denunciado para haber dispuesto la efectividad del mismo una vez que se

⁴² STS de 12 de marzo de 2012: «específicamente, con respecto a la regla del artículo 86.3 ET, nuestra propia Sala también ha establecido que la misma "está concebida en este precepto legal como norma disponible por la autonomía colectiva ("En defecto de pacto..."), para conservar provisionalmente cláusulas del convenio anterior durante la negociación del convenio siguiente ('... se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio'), y no (...) para cubrir un vacío normativo surgido a raíz de la conclusión del convenio siguiente ya celebrado. A mayor abundamiento, las normas del (...) [primitivo] convenio no podrían nunca servir para colmar posibles lagunas parciales de una normativa paccionada posterior que regula una situación jurídica creada *ex novo* por los convenios y acuerdos sucesivos..." (STS 10/07/2001, R. 2973/2000)».

⁴³ *Vid. v. gr.* en este sentido: CASAS BAAMONDE, M.^a E., *op. cit.*

La ley se remite, en primer lugar, al propio convenio colectivo que se ha denunciado para haber dispuesto la efectividad del mismo una vez que se ha producido aquella denuncia...

ha producido aquella denuncia⁴⁴. Esto nos lleva dos elementos básicos: por una parte, que debe ser única y exclusivamente el propio convenio colectivo antes de la denuncia, el instrumento que lo determine y, por otra, que deja prácticamente sin esa posibilidad a todos los textos convencionales suscritos antes de

la reforma laboral (que no preveían tal eventualidad ya que no existiendo la regulación actual tampoco existía la necesidad de exceptuarla)⁴⁵.

Pero al mismo tiempo nos muestra otro aspecto que debe significarse: nada se dice respecto a los caracteres del pacto. Esta disponibilidad a favor de la negociación colectiva, regulada mediante una relación ley-convenio de supletoriedad, se manifiesta de un modo absoluto, de manera que solo en defecto de acuerdo se aplicará la previsión legal. Al contrario de la relación de suplementariedad, en la que se disponen unos límites para la norma de inferior rango a la que se habilita. En este caso, no se establece tope, margen o indicación alguna para su delimitación.

... para el mismo tiempo, nada se dice respecto a los caracteres del pacto

La primera pregunta que puede suscitarse sobre este particular es sobre la naturaleza de la cláusula convencional. Al respecto, la tradicional distinción entre cláusulas normativas y obligacionales puede verse completada por la referencia a las cláusulas de encuadramiento, que serían aquellas que no estableciendo condiciones de trabajo o empleo ni obligaciones entre las partes, determinan, entre otras, los ámbitos del convenio. Podemos decir, en sentido genérico, que son unas disposiciones que identifican y permiten la aplicación del convenio. Y, en este momento, lo que se está fijando es, como dice literalmente el artículo 86.3 del ET, la vigencia del convenio –ya denunciado–, por lo que no establece ni condiciones laborales en sentido amplio –sino que determina su mantenimiento–, ni compromisos entre los sujetos negociadores, por lo que parece que su situación lógica sería en ese grupo que se ha denominado de encuadramiento –al menos a priori–. Se observa una vinculación, en este punto, tanto con la denuncia (forma y plazo de preaviso), como con el ámbito temporal del convenio, ambas partes del contenido mínimo y obligatorio de todo texto convencional. Sin embargo, la redacción del precepto legal –86.3 ET–, y su ausencia explícita del artículo 85.3 del ET, permiten excluirlo como parte integrante de ese contenido mínimo, puesto que la regulación convencional de esta

⁴⁴ 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?», *Temas Laborales*, monográfico, 2013. Vid. tb. [STS de 29 de enero de 2013](#).

⁴⁵ Habiendo la Audiencia Nacional reconocido la aplicabilidad de los acuerdos celebrados en este sentido con anterioridad a la reforma laboral. [SAN \(Sala de lo Social, Sección 1.ª\) núm. 149/2013, de 23 de julio](#).

materia, al contrario que las otras referencias al ámbito temporal o a la denuncia, se presenta como una opción y no como un condicionante de validez. Así, se postula la fórmula pactada como la primera posibilidad y, en su defecto, la previsión legal supletoria. Antecedentes, como el del descuelgue salarial –ahora sustituido por el descuelgue convencional del artículo 82.3 del ET–, confirman esta afirmación, en tanto que el mismo, aunque seguía este mismo sistema de remisión en primer término a la negociación colectiva y una previsión legal en su defecto, era expresamente incluido en el artículo 85.3 del ET como contenido mínimo del convenio.

No contemplado, por tanto, como disposición obligada en todos los convenios, se abre claramente su opción –o no– a la inclusión.

Pero volviendo a los caracteres, hemos dicho que la remisión es completa y no condicionada⁴⁶. Por tanto, la cláusula convencional no responde a un modelo predeterminado, ni exige un contenido concreto. Lo único que se debe exigir es la referencia concreta a la aplicabilidad y en qué términos, del convenio colectivo, así como su temporalidad, sin que esta se encuentre tampoco limitada⁴⁷.

La remisión es completa y no condicionada. Por tanto, la cláusula convencional no responde a un modelo predeterminado, ni exige un contenido concreto. Lo único que se debe exigir es la referencia concreta a la aplicabilidad y en qué términos, del convenio colectivo, así como su temporalidad, sin que esta se encuentre tampoco limitada

b) Los acuerdos parciales sobre materias concretas

El problema se presenta cuando lo anterior se pone en relación con el segundo inciso del mismo artículo 86.3 del ET: «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*».

En este punto, nos encontramos la segunda posibilidad que se otorga a las partes para exceptuar la pérdida de vigencia de los contenidos del convenio –mediante ultraactividad negociada–,

⁴⁶ STS de 29 de enero de 2013, respecto del contenido.

⁴⁷ En el marco que se otorga a la libertad de las partes para gestionar la duración de la prórroga de duración del convenio colectivo. *Vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La negociación...», *op. cit.*, pág. 131.

aunque aquí se refiera a materias concretas. Se abre una nueva vía negociada que, sin embargo, no es la última. Pero centrándonos provisionalmente en esta, debe decirse que expresamente se prevé en ausencia de pacto convencional, esto es, del acuerdo que puede incluirse, según la ley, en el convenio denunciado. Y faltando dicho convenio lo que se presenta es la posibilidad de acudir a otro tipo de acuerdos que únicamente parecen tener unas limitaciones:

- Deben realizarse en defecto de previsión convencional (ya reiterado).
- Se circunscribe su formalización al periodo de negociación para la renovación del convenio –no se podría, en consecuencia, pactar durante el periodo de vigencia del anterior convenio (¿o se podría hacer como previsión?)– y parece que hasta el momento en el que vence su aplicación por ultraactividad (un año, aunque no parecen que existan inconvenientes en la aplicación si se pacta después de esa fecha, aunque sea por la fórmula más abierta del último inciso del artículo 86.3 del ET).
- Su vigencia, sin embargo, se extiende a partir de su celebración desde la fecha de vencimiento del anterior convenio, sin que exista un tope de duración⁴⁸.
- Son acordados exclusivamente por los sujetos negociadores del convenio por lo que se les podrían exigir requisitos de legitimación actualizados al momento de negociación de este pacto y lo que cobra mucha importancia, una exclusión de un sujeto legitimado implica la vulneración de la libertad sindical y la falta de validez del acuerdo⁴⁹.
- Tienen la naturaleza de acuerdo parcial: no se trata de amparar el convenio completo, sino alguno de sus contenidos. Pero nada impide que ello se consiga mediante distintos acuerdos parciales.
- Consisten en la modificación, no continuidad, de los contenidos prorrogados.
- Están condicionados por el desarrollo de la actividad del sector o la empresa, esto es, responden a un carácter causal.
- Y hacen referencia, en todo momento, a contenidos existentes en el anterior convenio y que son prorrogados como consecuencia de la ultraactividad. No cabe el acuerdo sobre materias nuevas por cuanto que estas se reservan para un nuevo convenio colectivo.

Se trata, por tanto, de acuerdos colectivos, entendidos en sentido amplio –a diferencia de la expresión estricta de convenio colectivo–, que se suscriben entre los sujetos que están negociando el convenio colectivo estatutario, con el objeto de salvar partes de aquel, por lo que, como se ha señalado, constituyen acuerdos parciales sobre determinadas materias que suponen una modificación respecto de lo anteriormente regulado. Recuérdese, en este sentido, que los acuerdos parciales en un proceso de negociación estatutaria carecen de validez por sí mismos, en tanto que no se alcan-

⁴⁸ Del mismo modo que se ha observado respecto a las cláusulas convencionales sobre ultraactividad.

⁴⁹ Por todas: [STC 108/1989](#).

Se trata de acuerdos colectivos, entendidos en sentido amplio, que se suscriben entre los sujetos que están negociando el convenio colectivo estatutario, con el objeto de salvar partes de aquel, por lo que constituyen acuerdos parciales sobre determinadas materias que suponen una modificación respecto de lo anteriormente regulado

ce un acuerdo final. Sin embargo, mediante esta fórmula se consigue dar estabilidad a esos pactos que van a desplegar efectos por sí solos. Son, por tanto, acuerdos sobre materias concretas, que no tienen por qué seguir las reglas y requisitos del artículo 83.3 del ET –y que de coincidir con las mismas tendrían su mismo alcance–, pudiendo celebrarse a nivel sectorial o de empresa, por lo que, al margen de otra institución, se identifican de manera exclusiva con la figura que se crea en el ámbito del artículo 86.3 del ET. Así, estos acuerdos, que por sus caracteres se podrían asemejar a los acuerdos de empresa, rebasan el ámbito de la misma, por cuanto que expresamente se determina que su alcance puede ser el sector o la empresa, si bien, no sería rechazable un acuerdo de este carácter –de empresa– que se suscribiera con este fin, pero siempre que cumpliera los requisitos del reiterado artículo 86.3 del ET. La ausencia de una mayor regulación general posibilita que cumplidos los requisitos mínimos, y dada la ausencia de unos rasgos formales predefinidos, podía suscribirse cualquier pacto colectivo que respetara los condicionantes del precepto legal, si bien es cierto que se pueden identificar perfectamente con los acuerdos parciales de modificación que celebran las partes firmantes del convenio y que sigue sus requisitos de publicación establecidos en el artículo 90 del ET⁵⁰ –aunque este persiga un fin muy concreto.

Este esfuerzo de categorización o de definición de su naturaleza nos sitúa ante la duda de cuál es la misma. Y a pesar de su difícil concreción en el marco de la negociación colectiva –en relación con la tradicional distinción entre convenio colectivo estatutario y extraestatutario–, parece que debemos situarnos en la órbita del primero. Y ello porque:

- Se exige expresamente la negociación por las partes (entendemos que las legitimadas para negociar).
- Lo sitúa en un procedimiento de negociación.
- Se persigue una finalidad *erga omnes*, ya que aquella materia que regule, se espera que cubra el mismo ámbito que ocupaba el contenido del convenio derogado.

Ello supondría, entonces, que les fuesen de aplicación el conjunto de reglas del título III del ET⁵¹. Si bien, no es menos cierto que de no cumplirse dichas reglas nos situaríamos ante un

⁵⁰ Puede citarse, a título de ejemplo: [Resolución de 2 de julio de 2013](#), de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta de modificación del Convenio colectivo de Enercon Windenergy Spain, SL (BOE de 22 de julio de 2013). Vista la estructura de este, poco tiene que variar respecto a este acuerdo parcial de prórroga.

⁵¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C.: «Pérdida de vigencia de los convenios...», *op. cit.*

convenio extraestatutario⁵², que no es excluido por la ley a estos efectos y que resulta más cercano a las cotas de flexibilidad que quiere otorgar la reforma laboral al conjunto de las relaciones laborales. Esta flexibilidad se refuerza con base en dos argumentos: la libertad de las partes en la negociación y en la elección del instrumento regulador, por un lado y, por otro, la facilidad de modificación del mismo, sobre todo si es extraestatutario, a través del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET.

En síntesis, podemos afirmar que estamos ante un acuerdo sobre una materia concreta (que no tendría que ser expresamente art. 83.3 ET) que, aunque en principio reviste unos rasgos particulares y no tiene por qué ser identificable con otra figura convencional, puede adoptar la fórmula de acuerdo de empresa si se celebra en este ámbito o como acuerdo del propio artículo 83.3 del ET si es de ámbito autonómico o estatal. Si bien es cierto que podemos, simplemente, situarlo en la órbita más extensa del artículo 82 del ET, como acuerdo colectivo. Pero igualmente, a pesar de establecer unas limitaciones concretas en su configuración (se exige que sean las partes negociadoras y durante el proceso de negociación, así como sobre materias concretas), la libertad que se da a los sujetos negociadores posibilita que se alcance un acuerdo extraestatutario.

Todo lo anterior resulta más complejo, si cabe, por la falta de precisión de la que adolecen una serie de cuestiones. Así, no se reduce, como hemos advertido, al ámbito de la empresa (podía discutirse si la adaptación debería limitarse a este nivel); no predetermina tampoco un ámbito geográfico concreto (podría ser local, autonómico, nacional, etc.); y, sobre todo, no tienen una limitación temporal.

Decimos sobre todo, refiriéndonos a la vigencia de estos acuerdos resultantes, porque podemos caer en la paradoja de situarnos ante la pérdida de vigencia de la

Podemos afirmar que estamos ante un acuerdo sobre una materia concreta (que no tendría que ser expresamente art. 83.3 ET) que, aunque en principio reviste unos rasgos particulares y no tiene por qué ser identificable con otra figura convencional, puede adoptar la fórmula de acuerdo de empresa si se celebra en este ámbito o como acuerdo del propio artículo 83.3 del ET si es de ámbito autonómico o estatal. Si bien es cierto que podemos, simplemente, situarlo en la órbita más extensa del artículo 82 del ET, como acuerdo colectivo. Pero igualmente, a pesar de establecer unas limitaciones concretas en su configuración (se exige que sean las partes negociadoras y durante el proceso de negociación, así como sobre materias concretas), la libertad que se da a los sujetos negociadores posibilita que se alcance un acuerdo extraestatutario

⁵² Que se encuentra al margen de todas las reglas del título III del ET como ha reiterado la jurisprudencia. Por todas: STS de 16 de diciembre de 2009.

mayor parte o la totalidad de un convenio colectivo por el transcurso de un año desde su denuncia (tope de ultraactividad), y el mantenimiento indefinido de contenidos muy concretos de aquel convenio antes prorrogado y ahora modificado. Ello supondría desconocer elementos como el equilibrio interno del convenio, ignorando que estamos ante un acuerdo que es un todo y que cada parte justifica, en cierto modo, un paralelismo de otra (aun no siendo el caso, se pierde la perspectiva de cláusulas de vinculación a la totalidad, pero lo cierto es que si una parte del convenio decae, es bastante entendible que no pueda subsistir una parte del mismo aunque haya sido modificada). Pensemos, además, que se trata de acuerdos parciales, sobre materias concretas prorrogadas, que pueden necesitar la subsistencia de otra parte del convenio para no dejar lagunas que hagan imposible su aplicación. Cuestiones que deben preverse en su configuración por las partes.

Resulta, no obstante, difícil pensar como estos acuerdos parciales encajan en las previsiones del título III del ET, por ejemplo, la necesidad de incluir el contenido mínimo o necesario del artículo 85.3 del ET, cuya ausencia determina, en muchos casos, la falta de validez del convenio. En este sentido, hay que insistir en su carácter de acuerdo parcial, esto es, identificable como acuerdo colectivo, no como convenio colectivo –y no subsumible en otra figura típica regulada en el ET– por lo que aquel contenido mínimo –igual que otras especificaciones– pueden ser la del convenio prorrogado –en alguna de sus partes– que ya determinó su alcance, aunque, ciertamente, el convenio haya sido modificado y haya perdido su vigencia como un todo. No es menos cierto, sin embargo, que las partes deben dejar perfectamente delimitados los elementos de ese contenido necesario del convenio y, así, deberán identificarse los sujetos negociadores o los ámbitos del acuerdo, concretando, especialmente, qué materias se aplican, y por supuesto cuál es su ámbito funcional, personal y territorial (que pueden variar o no), así como el temporal, que obviamente es distinto⁵³.

Puestas sobre la balanza flexibilidad y seguridad jurídica (junto con operatividad), parece conveniente reservar este papel a un acuerdo que, reuniendo los caracteres del título III del ET, ostente la condición de estatutario y, en el marco de un cambio continuo y de inestabilidad de

Puestas sobre la balanza flexibilidad y seguridad jurídica (junto con operatividad), parece conveniente reservar este papel a un acuerdo que, reuniendo los caracteres del título III del ET, ostente la condición de estatutario y, en el marco de un cambio continuo y de inestabilidad de la regulación de las condiciones de trabajo, se consiga un mínimo de certidumbre y estabilidad en los derechos y deberes –al menos en determinadas materias objeto de pacto– en un ámbito concreto. Y, además, aplicable con carácter *erga omnes*

⁵³ Y no parece ilógico, tampoco, exigir la existencia de una comisión paritaria que cumpla las funciones propias respecto al pacto; su forma y condiciones de denuncia y plazo de preaviso; e incluso los mecanismos de desbloqueo en caso de descuelgue convencional (que podría producirse si el acuerdo es sobre alguna de las materias incluidas en el art. 82.3 ET). Aunque ello no sea lo habitual en los acuerdos parciales de modificación.

la regulación de las condiciones de trabajo, se consiga un mínimo de certidumbre y estabilidad en los derechos y deberes –al menos en determinadas materias objeto de pacto– en un ámbito concreto. Y, además, aplicable con carácter *erga omnes*.

En cualquier caso, podríamos encontrar problemas de concurrencia con convenios de ámbito superior⁵⁴. Concretamente, podría darse la situación de conseguir una serie de acuerdos que afectaran a materias concretas, a contenidos prorrogados del convenio, pactando las partes que su vigencia se extendería durante un periodo determinado que rebasa el año como tope de ultraactividad. Transcurrido ese año, por tanto, se tendrían que aplicar tanto el convenio colectivo de ámbito superior –si lo hubiera–, como los acuerdos alcanzados por las partes y, ante dicha circunstancia, no tendría por qué producirse una coexistencia pacífica. Esto es, esta regulación parcial puede no coincidir con la regulación global del convenio colectivo de ámbito superior y si es contrapuesta podría conducir a un fraccionamiento en la aplicación de los convenios o un «espigueo»⁵⁵. La solución depende de si estos acuerdos deben o no seguir los requisitos del título III del ET. Y esta cuestión es muy importante, porque de ello varía que se apliquen o no las reglas de concurrencia entre convenios colectivos estatutarios (art. 84 ET y excepciones, incluida, si se da el caso, la del 83.3 ET). Si los acuerdos parciales se adoptaran mediante pactos extraestatutarios, no se aplicaría esta concurrencia, sino el principio de jerarquía normativa⁵⁶. No obstante, a este planteamiento hay que superponer otro que cobra más fuerza, y es el de entender que el legislador ha creado aquí una regla especial de concurrencia que debe analizarse por separado.

c) La última previsión: el pacto en contrario

Lo ya analizado debe ponerse, a su vez, en relación con el ya citado último inciso del artículo 86.3 del ET⁵⁷, ya que, en el mismo se alude no al acuerdo incluido en el convenio colectivo vencido y denunciado, ni a los acuerdos parciales, sino, genéricamente a pacto en contrario.

Esta es la tercera posibilidad: un acuerdo al que parece que se otorga plena libertad –incluso podría, aunque no parece lo previsto, un pacto individual–. Salvo que entendamos que la reseña al pacto en contrario se refiere al que hubiera podido incluirse en el convenio colectivo denunciado y en situación de ultraactividad. O incluso al acuerdo parcial que establece una solución distin-

⁵⁴ Sobre problemas de concurrencia parcial vid. [STS de 21 de diciembre de 2005](#).

⁵⁵ Allí donde se produzca la coincidencia, se supone que se debería inaplicar el convenio de ámbito superior, pues la solución legal es dispositiva frente a la convencional y, en este caso, el acuerdo parcial tendría preferencia sobre el de ámbito superior. En cualquier caso, exige un mayor estudio de estas situaciones de concurrencia. *Vid. infra*. Respecto al espigueo *vid. STS de 10 de diciembre de 2012* y jurisprudencia que se cita.

⁵⁶ SALA FRANCO, T., *op. cit.*

⁵⁷ «Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, *salvo pacto en contrario*, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

ta a la pérdida de vigencia y la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior.

Detengámonos provisionalmente en esta última observación, puesto que ello enlaza con la previsión final del subepígrafe inmediatamente anterior. Esto es, vamos a retomar la relación entre acuerdo parcial sobre materia concreta y convenio colectivo de ámbito superior al que ha sido denunciado y ha perdido su vigencia como consecuencia del fin de la ultraactividad.

Y es que ese fin de la ultraactividad se produce

«salvo pacto en contrario». Por lo que si expresamente se ha determinado que una parte del convenio colectivo se seguirá aplicando en los términos en los que se haya acordado, esta debería prevalecer sobre el convenio colectivo de ámbito superior, que solo se aplica de manera supletoria. ¿Implica esto la inaplicación del convenio de ámbito superior? Pues debe entenderse que únicamente en el ámbito en el que se produce la concurrencia, que viene a solucionarse mediante el principio dispositivo en el precepto legal. Es decir, se produce un supuesto de concurrencia no conflictiva que se articula a través de una relación de supletoriedad, pero limitada al marco de la(s) materia(s) que pueda(n) verse afectada(s) por la doble regulación (lo que obligaría a la aplicación parcial del convenio de ámbito superior, con los problemas que de ello se pueden derivar).

Se regula una situación especial de concurrencia de convenios que se aparta de la norma general...

Se regula, al tiempo, por tanto, una situación especial de concurrencia de convenios que se aparta de la norma general (en caso de entender estos como estatutarios). No obstante, si se admite que estos acuerdos parciales pueden ser extraestatutarios, al amparo del principio de jerarquía norma-

tiva, únicamente se podría mantener el acuerdo parcial en la medida en la que mejorara al convenio colectivo estatutario en las materias objeto de coincidencia. Si las partes persiguen el mantenimiento de las condiciones pactadas en el acuerdo parcial, que pueden diferir de las del convenio de ámbito superior, tienen, necesariamente, que otorgar la naturaleza estatutaria al acuerdo alcanzado (mediante el cumplimiento de los requisitos del título III del ET). De este modo y gracias a la regla de concurrencia establecida tendría preferencia lo pactado sobre el convenio de ámbito superior⁵⁸.

Buscar esta misma solución al amparo de otras hipótesis puede resultar aventurado. Podríamos basarnos, por ejemplo, en la antigüedad del acuerdo para aplicar la regla general del artículo

⁵⁸ Por el carácter dispositivo del artículo 86.3 del ET señalado por la doctrina de manera reiterada. *Vid.* por todos: OLARTE ENCABO, S., *op. cit.* o SALA FRANCO, T., *op. cit.*

84 del ET, esto es, la prevalencia del más antiguo en el tiempo, al ser de ámbito distinto. Pero, entonces, hay que precisar cuál es más antiguo y, con ello, a qué se refiere. Dicho de otro modo, puede, por un lado, observarse la fecha inicial de vigencia de cada convenio (o su publicación) para deducir el de mayor antigüedad, pero no es menos cierto que la concurrencia aquí, lo que mide, es la posible superposición de un acuerdo parcial que se celebra en un momento concreto antes de la finalización legal de la ultraactividad y, un convenio de ámbito superior que fue negociado en su momento y que comienza a aplicarse en ese ámbito, precisamente, desde el tope de esa ultraactividad legal. Si se sigue de manera estricta el artículo 84.1 del ET, un convenio durante su vigencia no puede ser afectado por otro de distinto ámbito, lo que nos llevaría a afirmar que vigente el acuerdo parcial, si tiene naturaleza estatutaria, no puede ser objeto de afectación por otro que va a tener un ámbito diferente. Ello nos lleva, necesariamente, a la misma solución que si entendemos que el legislador ha optado por una regla especial de concurrencia: esto es, se conserva el acuerdo alcanzado.

... De este modo y gracias a la regla de concurrencia establecida tendría preferencia lo pactado sobre el convenio de ámbito superior

Sin embargo, ello cambia cuando la concurrencia se produce entre un acuerdo parcial de ámbito sectorial y la posible aplicación de un convenio de empresa. Este supuesto, más hipotético que real, se daría en muy escasas ocasiones puesto que podría darse en situaciones muy específicas, *v. gr.*:

- Cuando hay convenios de centro de trabajo, estos vencen y se alcanza, existiendo un convenio de empresa que se venía aplicando a otros centros, un acuerdo parcial en el sector cuando aquellos o alguno de aquellos se encuentran en situación de ultraactividad. Coexisten, por tanto, acuerdo parcial sectorial y el referido convenio empresarial.
- O bien cuando hay un convenio sectorial provincial, este alcanza su fecha de vencimiento, se pacta un acuerdo parcial de ultraactividad sobre materias concretas y existe un convenio de empresa de ámbito autonómico o estatal.

Al margen de responder a si estamos o no ante un convenio de ámbito superior –cuestión a resolver en un epígrafe posterior–, lo preciso ahora es solventar los problemas de concurrencia.

Respecto al primer supuesto –convenios de centro y acuerdo parcial de sector–, debe entenderse aplicable plenamente este acuerdo sectorial que, en la determinación de su ámbito de aplicación, debe especificar su alcance (pero cede respecto a determinadas materias del art. 84.2 ET). Y, en relación con el segundo supuesto –convenio sectorial provincial y convenio nacional de empresa–, cuando finaliza el plazo de un año de ultraactividad, se podría aplicar el convenio superior, que podía ser de empresa, de donde se deriva una nueva cuestión: independientemente del que sea más antiguo (entre el convenio de empresa y el acuerdo sectorial)⁵⁹, la regla del ar-

⁵⁹ Respecto a la diferente antigüedad entre convenio de empresa y convenio sectorial tendría que ser más antiguo el de sector provincial para que se diera esta hipótesis, si bien, con matices.

título 84.2 del ET establece la prioridad del convenio de empresa respecto a determinadas materias, ¿ello supone la inaplicación del acuerdo parcial que se había alcanzado? Ante esta hipótesis parece más adecuado mantener, en todo caso, la existencia de una regla especial de concurrencia que sirva para hacer frente a todos los posibles supuestos.

Retomando las características generales para el pacto en contrario al que se refiere el legislador, es tal la falta de precisión que parece entenderse, que se permite cualquier tipo de pacto, sin limitación alguna. Sin embargo, dos son las posibles teorías que pueden manejarse: por un lado, que el pacto haga referencia a los contemplados con carácter previo en el mismo artículo 86.3 del ET, por lo que este solo podría ser una cláusula en el convenio colectivo denunciado o un acuerdo parcial de modificación. O, por otra parte, que se trate de cualquier acuerdo, sean los anteriores o sea uno que no reuniendo las características previstas se adopte en otro momento posterior. Esto es, que nada impide que vencido el convenio anterior no se haya previsto nada, que no se alcance un acuerdo parcial durante el proceso negociador, pero que, ante el problema de indeterminación de las condiciones laborales, se permita concluir un pacto sobre la continuidad en la aplicación del convenio en su conjunto en situación de ultraactividad. Ciertamente, parece esta la conclusión más acertada, habida cuenta de que el legislador ha otorgado, como decíamos, un alto grado de flexibilidad a la nueva regulación⁶⁰, marcando claramente el carácter dispositivo de la previsión legal. Carácter supletorio frente a cualquier acuerdo entre las partes. Se intenta agotar, así, cualquier posibilidad de pacto. Ahora sí, intentado el acuerdo y no conseguido, de manera imperativa se aplicará la regla incluida en el precepto legal y será de aplicación el convenio colectivo de ámbito superior. De manera automática y no sometida a acuerdo o participación de las partes –se atribuye de un modo indirecto al empresario la aplicación, puesto que no se exige ningún instrumento convencional para ello⁶¹ y, si bien no tiene por qué ser fuente de conflictos, lo será cuando no esté claro el convenio aplicable–. Se distingue, así, entre la posibilidad de pacto en contrario para mantener la vigencia del convenio ya vencido (regla dispositiva) y la obligatoriedad de aplicar el convenio colectivo de ámbito superior en su defecto (regla imperativa)⁶². Llegado el año se aplica esta regla, cuestión distinta es que posteriormente se llegue a un acuerdo.

Se distingue entre la posibilidad de pacto en contrario para mantener la vigencia del convenio ya vencido (regla dispositiva) y la obligatoriedad de aplicar el convenio colectivo de ámbito superior en su defecto (regla imperativa). Llegado el año se aplica esta regla, cuestión distinta es que posteriormente se llegue a un acuerdo

⁶⁰ Sobre la flexibilidad y nueva regulación en la negociación colectiva, *vid.* en profundidad el capítulo dedicado a esta materia en MOLINA NAVARRETE, C.: «De las "reformas laborales" ...», *op. cit.*

⁶¹ CASAS BAAMONDE, M.ª E., *op. cit.*

⁶² De manera muy acertada según señala CASAS BAAMONDE, M.ª E., *op. cit.* o VARELA AUTRÁN, B.: «La ultraactividad...», *op. cit.*

No obstante, se plantearía de nuevo la misma cuestión en torno a los requisitos para su formalización. En este sentido, hemos de reiterar lo ya manifestado en relación a la naturaleza estatutaria o extraestatutaria del pacto y, si bien el legislador parece que ofrece disponibilidad al respecto, existen argumentos, en este punto, para la exigencia de determinados rasgos que nos llevarían a delimitar el carácter estatutario del acuerdo o, al menos, la conveniencia del mismo. Por una parte, en las referencias anteriores a pactos en el artículo 86.3 del ET, se limita a las partes negociadoras y se sitúa en la órbita de un proceso de negociación (ya cerrado, con un convenio colectivo que se denuncia, o bien abierto, durante el periodo de ultraactividad). No hay razones para no circunscribir ahora el acuerdo a las mismas partes. Y más aún porque dicho acuerdo, lo que pretende es el mantenimiento de una norma que es el fruto de la negociación de los sujetos legitimados, por lo que, regular sobre su vigencia, aunque sea en situación de ultraactividad, tiene que corresponder a los mismos sujetos con legitimación. Del mismo modo que cuando se pretende una nueva negociación, esta corresponde a la comisión negociadora, ahora se trata de un verdadero proceso de negociación que tendrá como resultado la aplicación de una determinada regulación convencional en un ámbito específico. Por otra parte, lógicamente, esa regulación, que tenía una eficacia normativa y general, para seguir desplegándola, exige los mismos requisitos de negociación del título III del ET, concluyendo con la publicación del acuerdo resultante en el boletín oficial correspondiente. De este modo, se consigue que para una norma peculiar como el convenio colectivo, que la Constitución admite siendo su fuente material los propios agentes sociales, se pueda determinar su nuevo ámbito temporal, pero únicamente mediante esos mismos sujetos que la crearon, aunque tenga que actualizarse al momento de su suscripción los requisitos de legitimación para comprobar quién formaría parte de la nueva comisión negociadora.

Atribuido tal carácter al pacto, queda determinar el momento de su celebración. Y, da la impresión de que la ley presenta esta opción como una última oportunidad para evitar los efectos de la ultraactividad legal. Puede, así, que no existiera regulación en este sentido en el convenio colectivo denunciado, ni que se haya alcanzado un acuerdo parcial en el proceso negociador, por lo que la última opción es alcanzar un pacto antes de que se cumpla el año de ultraactividad legal. Con ello, el periodo natural para alcanzar ese acuerdo debe ser un año desde la denuncia del convenio.

El periodo natural para alcanzar ese acuerdo debe ser un año desde la denuncia del convenio. Con dos salvedades: que se trate ya de un periodo de ultraactividad pactado y, en consecuencia, en lugar de un año será el tiempo acordado; y que transcurrido ese año no se hubiera alcanzado pacto alguno y no hubiera convenio colectivo de ámbito superior que aplicar. Cabe plantearse la cuestión acerca de qué ocurre si se concierta una vez que ha concluido el periodo legal de ultraactividad. Pues debe entenderse que, en ese caso, se aplica la previsión legal y, necesariamente debemos ir al convenio de ámbito superior, excepto que no se haya determinado cuál es este o, como se ha resuelto, no exista

Con dos salvedades: que se trate ya de un periodo de ultraactividad pactado y, en consecuencia, en lugar de un año será el tiempo acordado; y que transcurrido ese año no se hubiera alcanzado pacto alguno y no hubiera convenio colectivo de ámbito superior que aplicar. Cabe plantearse la cuestión acerca de qué ocurre si se concierta una vez que ha concluido el periodo legal de ultraactividad. Pues debe entenderse que, en ese caso, se aplica la previsión legal y, necesariamente, debemos ir al convenio de ámbito superior, excepto que no se haya determinado cuál es este o, como se ha resuelto, no exista.

Pero aun aplicándose el de ámbito superior, si se llega a un acuerdo, este desplazaría al convenio de ámbito superior, ya que el mismo se aplica de manera supletoria.

Pero aun aplicándose el de ámbito superior, si se llega a un acuerdo, este desplazaría al convenio de ámbito superior, ya que el mismo se aplica de manera supletoria

Por último, hay que precisar el contenido del acuerdo. En relación con el mismo, este constituye un pacto simple, en el que deben consignarse las partes signatarias para comprobar su legitimación, no así otros contenidos del artículo 85.3 del ET, por cuanto que aquí, únicamente, lo que se determina es la continuidad en la aplicación del convenio colectivo –no parece, que quepa, por ejemplo, exceptuar la ultraactividad legal mediante la remisión a acuerdos de empresa que concreten la duración pactada–. En este sentido, lo esencial es precisar el ámbito temporal que se otorga a esta ultraactividad convencional y cumplimentar los trámites de publicidad. De este modo se consigue que la norma convencional se pueda seguir aplicando en el tiempo pactado. No obstante, se presenta una nueva cuestión: ¿existe limitación temporal a esa ultraactividad pactada?

3.2. LA PRÁCTICA NEGOCIAL⁶³: UNA VUELTA A LA SOLUCIÓN PREVIA A LA REFORMA LABORAL. UNA PEQUEÑA REFLEXIÓN PRELIMINAR SOBRE LA VIGENCIA DE LA ULTRAATIVIDAD

Coincidiendo con algún sector doctrinal que se ha pronunciado en esta materia⁶⁴, la lectura conjunta de los apartados 1 y 3 del artículo 86 del ET evidencia que los mismos reconocen libertad a las partes para fijar la vigencia del convenio, entendiéndose que es así también en el supuesto de ultraactividad⁶⁵. Bien es cierto que el espíritu del legislador en esta reforma ha sido la de limitar

⁶³ VILA TIERNO, F.: «La dudosa legalidad de algunas reformas introducidas por los convenios colectivos posteriores al RDL 3/2012», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, Iustel, 2013.

⁶⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., *op. cit.*

⁶⁵ *Vid.* en general «Sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos en la reforma del 2012», AGUSTÍ JULIÀ, J.; ALFONSO MELLADO, C. L.; APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. P.; CABEZA PEREIRO, J.; CASAS, M. E.; CRUZ VALENCIANO, J.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.; GOÑI SEIN, J. L.; LÓPEZ GANDÍA, J.; MERINO SEGOVIA, A. y MOLINA NAVARRETE, C., *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, págs. 11-17.

temporalmente la ultraactividad, pero no es menos cierto que si hubiera querido establecer restricciones al proceso negociador, lo debería haber hecho de forma expresa y nada se ha señalado en la ley sobre la prohibición de ampliar indefinidamente los efectos de la ultraactividad convencional, sino que se ha remitido abiertamente y sin limitación a las partes⁶⁶.

En este sentido, el mencionado artículo 86.3 del ET se remite al convenio colectivo para fijar la vigencia del mismo una vez denunciado y concluida su vigencia sin establecer limitación alguna al respecto. No obstante, si se analiza cuál es la intención de la norma legal, mediante la misma «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»⁶⁷. No casa, por tanto, esa intención con la posibilidad de llegar al mismo resultado vía negociación colectiva, que es, justamente, lo que se está produciendo en gran medida. Y así, es frecuente encontrar cláusulas convencionales en las que se deja sin contenido la previsión del artículo 86.3 del ET⁶⁸.

A pesar de que no se ha opuesto inconveniente alguno frente a los convenios publicados y que estos han superado el control de legalidad efectuado antes de la referida publicación, parece que no debería admitirse una cláusula genérica con la única intención de eludir la aplicación del efecto previsto en ese inciso final del artículo 86.3 del ET.

Así, resulta cuestionable que las referencias convencionales planteen la posibilidad de una vigencia indefinida del ámbito temporal del convenio, pues ello se opone, de manera clara, al espíritu de la reforma que modifica el precepto citado, y supone la utilización de una habilitación

⁶⁶ Sobre el particular en ese sentido: GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La negociación...», *op. cit.*, pág. 131., *vid. tb.* MERINO SEGOVIA, A., *op. cit.*, págs. 249 y ss.

⁶⁷ EM de la Ley 3/2012, de 7 de julio.

⁶⁸ *V. gr.* I Convenio Colectivo de Auxiliar Logística Aeroportuaria, SA (BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2012 y Resolución de 11 de diciembre de 2012): «Si transcurridos doce meses desde la fecha de constitución de la Comisión Negociadora del Convenio, no hubieren las partes negociadoras alcanzado un acuerdo, el presente Convenio Colectivo se entenderá prorrogado, revisándose en tal caso solo los conceptos económicos en base a la misma fórmula especificada para el último año de vigencia de este convenio, hasta la definitiva conclusión de un acuerdo» (art. 5); Convenio Colectivo de Alimentos Priorizados, SAU (BOE núm. 289, de 1 de diciembre de 2012 y Resolución de 16 de noviembre de 2012), que en su artículo 6 se dispone que «Mientras no se alcanza acuerdo para un nuevo convenio se mantendrá la vigencia del anterior»; o el Convenio Colectivo de Vega Mayor, SL (BOE núm. 273, de 13 de noviembre de 2012 y Resolución de 11 de octubre de 2012): «Las partes acuerdan que denunciado el convenio por cualquiera de las partes este mantendrá su vigencia en todo su contenido hasta la firma de un nuevo convenio».

legal para eliminar el alcance de la premisa que pretende, en palabras del legislador, agilizar la negociación y evitar la petrificación de las unidades de negociación⁶⁹. No obstante, ante las dudas suscitadas en relación con la pérdida de vigencia del convenio en ultraactividad cuando esta alcanza un año (sobre la posible contractualización, etc. mantenida por parte de la doctrina), y reiterando el carácter dispositivo de la ley frente a la negociación colectiva, así como su remisión sin restricciones, invita a considerar –atendiendo a que lo más idóneo resulta el mantenimiento de un marco normativo para las relaciones laborales de un ámbito concreto y evitar el vacío convencional– que únicamente se podría limitar la duración del periodo de ultraactividad si la regulación se hubiera hecho articulando una relación de suplementariedad. El precepto, sin embargo, utiliza la fórmula de la supletoriedad, sin topes, por lo que ante la falta de previsión legal al respecto, lo que podía entenderse en un sentido (acotar la ultraactividad), se interpreta de otro modo completamente diferente con base en el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

En cualquier caso, si se establece una duración indefinida a la ultraactividad entraría en juego, nuevamente, la solución jurisprudencial anterior sobre el agotamiento del proceso negociador, esto es, que si ocurre como en la legislación precedente, se otorga a una parte del convenio (o a su conjunto) una prórroga extraordinaria de ultraactividad no limitada en cuanto a su duración, habría de comprobarse si subsiste la posibilidad de acuerdo en la unidad de negociación, dado que si no es así, será de aplicación el convenio colectivo de ámbito superior.

Lo cierto es que en la práctica, los convenios colectivos no siempre han eludido la aplicación del efecto de la ultraactividad legal, sino que han adoptado muy diversas soluciones. Y así, han previsto desde la ampliación indeterminada de la vigencia del convenio en tanto que no se negocie uno que lo sustituya, hasta la reiteración, más o menos elaborada, de lo previsto en la propia ley sin apartarse de los límites de duración señalados en la misma⁷⁰.

Si se establece una duración indefinida a la ultraactividad entraría en juego, nuevamente, la solución jurisprudencial anterior sobre el agotamiento del proceso negociador, esto es, que si ocurre como en la legislación precedente, se otorga a una parte del convenio (o a su conjunto), una prórroga extraordinaria de ultraactividad no limitada en cuanto a su duración, habría de comprobarse si subsiste la posibilidad de acuerdo en la unidad de negociación, dado que si no es así, será de aplicación el convenio colectivo de ámbito superior

⁶⁹ VILA TIerno, F.: «La dudosa...», *op. cit.*

⁷⁰ *V. gr.* Resolución de 11 de octubre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Danone, SA (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 2012): «Denunciado el Convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, se mantendrán en vigor todas sus cláusulas, excepto aquellas cuya vigencia se haya acordado concretamente. Transcurrido un año desde la denuncia del Convenio sin que se haya acordado uno

Pero no se agota en esas dos opciones la ordenación convencional, sino que las posibilidades que se crean a través de la negociación colectiva enriquecen, en gran medida, los parámetros legales. De esta forma y, en otro caso, lo que se ha sido objeto de regulación ha sido el reforzamiento de las soluciones que se prevén con carácter previo al efecto legal y, así, se introduce, por ejemplo, la necesidad de las partes de acudir a un arbitraje obligatorio cuando transcurran 12 meses sin acuerdo desde el vencimiento del convenio en el marco de un proceso negociador⁷¹, aunque mientras se procede al mismo y para evitar el vacío normativo, se mantiene la aplicación del que ha sido denunciado de manera indefinida, concretamente hasta su sustitución por el que lo suceda⁷². Previsiones como esta suponen la combinación de varios de los elementos que establece la ley, consiguiendo exceptuar la consecuencia señalada en la misma ante la falta de acuerdo (aplicación del convenio superior si lo hubiere) y el vacío normativo que podría producirse, pero no extendiendo en demasía la vigencia prorrogada del convenio, puesto que esta está supeditada a los resultados del arbitraje obligatorio.

Este efecto no se consigue, sin embargo, cuando la referencia al arbitraje se produce en los términos en los que el carácter voluntario u obligatorio del arbitraje se deja en manos de las partes para el momento en el que se produzca el fin de la ultraactividad legal, esto es, a los 12 meses de su denuncia. Se afirma que no se consigue puesto que el laudo en el arbitraje obligatorio sí iba a poner una fecha cierta (si bien desconocida) a la duración indefinida –hasta que se pacte el nuevo convenio–. Sin embargo, si se someten a un posible arbitraje voluntario, como no se tiene certeza de su realización, de ello dependerá que se produzca el fin de la ultraactividad pactada de carácter indefinido⁷³. Pero recuérdese al efecto que, si se concluyera que el proceso de negociación está

nuevo o dictado un laudo arbitral, el Convenio perderá su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el Convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

⁷¹ [Convenio colectivo del sector de la madera](#) (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2012). Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el mismo.

⁷² Artículo 8: «2. Una vez finalizada la vigencia anteriormente indicada y al objeto de evitar el vacío normativo durante el proceso de negociación, continuará vigente el convenio hasta que sea sustituido por otro. 3. No obstante lo anterior, si transcurridos doce meses desde la finalización de la vigencia inicial del presente convenio (es decir, el 31 de diciembre de 2014) las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo sobre el nuevo convenio, someterán a arbitraje obligatorio las cuestiones objeto de desacuerdo con la finalidad de que el laudo arbitral las resuelva según los plazos y procedimientos previstos en el ASAC».

⁷³ [Convenio colectivo de ámbito sectorial estatal de reforma juvenil y protección de menores](#) (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2012). Resolución de 13 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo. En el mismo se dispone que «si, en el plazo de doce meses a contar desde la denuncia, las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo relativo a la negociación de un nuevo convenio que sustituya al presente, decidirán, de común acuerdo, si acuden o no al procedimiento de mediación o arbitraje voluntario previsto en la legislación vigente» pero teniendo en cuenta que una vez denunciado «el convenio, salvo el deber de paz, el mismo continuará vigente y plenamente aplicable en el resto de sus cláusulas hasta que sea sustituido por el nuevo convenio». Puede también citarse el [Convenio colectivo para la industria de fabricación de alimentos composites para animales](#) (Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, BOE núm. 281, de 22 de noviembre de 2012), se establece la posibilidad, no obligación, de someterse al arbitraje del SIMA, una vez transcurrido el plazo máximo de negociación, pero «No obstante e independientemente del tiempo transcurrido en

agotado, sería de aplicación la doctrina jurisprudencial por la que se acude también al convenio colectivo de ámbito superior, poniendo fin al pacto y a sus consecuencias indefinidas. Más aún por una cuestión elemental: se dice expresamente que se mantendrán vigentes hasta su sustitución por un nuevo convenio, con lo que, si se acredita o comprueba que es imposible la suscripción de ese nuevo convenio colectivo, se entenderá agotado el proceso negociador y, en consecuencia, será de aplicación el convenio de ámbito superior.

Para evitar tal efecto, se puede concretar el momento exacto en el que vence la ultraactividad legal, por lo que se fija, en este caso, una duración concreta pasada la cual puede entenderse superado el proceso negociador, sea aludiendo directamente a este –el proceso–⁷⁴, sea delimitando la vi-

Si se concluyera que el proceso de negociación está agotado, sería de aplicación la doctrina jurisprudencial por la que se acude también al convenio colectivo de ámbito superior, poniendo fin al pacto y a sus consecuencias indefinidas. Más aún por una cuestión elemental: se dice expresamente que se mantendrán vigentes hasta su sustitución por un nuevo convenio, con lo que, si se acredita o comprueba que es imposible la suscripción de ese nuevo convenio colectivo, se entenderá agotado el proceso negociador y, en consecuencia, será de aplicación el convenio de ámbito superior

la negociación del convenio sin llegar a un acuerdo del mismo, las partes acuerdan expresamente que todo el contenido del presente convenio mantendrá su vigencia y aplicación hasta que no se llegue a la firma de un nuevo convenio que lo sustituya». O *vid.* la Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [VII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios](#) (BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2012): «Transcurrido un año desde el inicio de la negociación del próximo convenio, y aún en el supuesto de que no se hubiera alcanzado un acuerdo en dicho plazo, seguirá en vigor este convenio colectivo hasta la firma del nuevo y su publicación en el BOE al objeto de permitir, mediante la utilización de los mecanismos de mediación necesarios, alcanzar un acuerdo de nuevo convenio colectivo, siendo en todo caso voluntario el sometimiento al procedimiento arbitral».

⁷⁴ Convenio Colectivo de CTC Externalización, SL (BOE núm. 287, de 29 de noviembre de 2012). Resolución de 16 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el mismo. En su artículo 6 se dispone que «En cualquier caso, según la facultad atribuida a las partes negociadoras por el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, se acuerda expresamente que una vez denunciado el presente Convenio, el periodo máximo de negociación del mismo será de dos años, periodo durante el cual se mantendrán vigentes y aplicables la totalidad de sus cláusulas normativas». En el mismo sentido, pero a nivel sectorial: [Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos](#) (BOE núm. 244, de 10 de octubre de 2012). Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el mismo. «El plazo máximo para la negociación será de 24 meses a contar desde la fecha de finalización del convenio anterior. Transcurridos dos años desde la denuncia del Convenio sin que se haya acordado un nuevo Convenio o dictado un laudo arbitral, se mantendrá en vigor todo el contenido del presente Convenio hasta la firma del siguiente que le sustituya».

gencia máxima prorrogada del convenio⁷⁵, o bien, directamente remitirse al tenor legal, sea mediante la referencia expresa al precepto de aplicación⁷⁶, sea con una remisión a sus efectos⁷⁷.

«En resumen, la normativa convencional difiere en varios elementos: en la duración de la vigencia y en las cláusulas que se mantienen. Si bien, en algún caso se establece el sometimiento a medios extrajudiciales de solución de conflictos cuando se supera el año desde la denuncia del convenio. Sobre la legalidad de las medidas planteadas, si bien no puede rechazarse su amparo en el texto del artículo 86.3 del ET por la habilitación legal a favor de la negociación colectiva para fijar la vigencia del convenio una vez denunciado, no es menos cierto que el legislador establece el tope de un año para alcanzar un acuerdo desde aquel momento y, a falta del mismo, se aplica la solución legal⁷⁸. Pero, ello no es suficiente para descartar la libertad de la negociación colectiva para regular en esta materia.

Por último, en fechas recientes se vienen celebrando diferentes acuerdos de prórroga de la ultraactividad con una estructura simple. En los mismos, se dan cuatro requisitos principales: se designan a las partes firmantes, que se corresponden con sujetos legitimados para negociar en ese ámbito, conformando una comisión negociadora y cumpliendo, a estos efectos, lo previsto en el título III del ET; aluden de manera expresa o se sitúan en la órbita del pacto en contrario del artículo 86.3 del ET (con lo que tienen mayor libertad para el proceso de negociación y los caracteres del acuerdo); se establece el alcance de la prórroga extraordinaria, tanto en lo temporal como en el contenido; y se ordena su publicación para que, cumplido este trámite, se pueda mantener la vigencia del convenio denunciado expresamente prorrogado⁷⁹. Dichos acuerdos se alcanzan bien antes⁸⁰ o bien después de la llegada del tope máximo de ultraactividad legal de un

⁷⁵ Resolución de 3 de octubre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVIII Convenio Colectivo de SEAT, SA (BOE núm. 252, de 19 de octubre de 2012): «Transcurridos 3 años desde la terminación de la vigencia del Convenio sin que se haya acordado un nuevo Convenio Colectivo, este perderá su vigencia y se aplicará lo previsto legalmente».

⁷⁶ Así, Convenio Colectivo de Exeo Gestión Integral, SLU (Resolución de 26 de octubre de 2012, de la Dirección General de Empleo, BOE núm. 271, de 10 de noviembre de 2012) que finalmente no se sabe si amplía indefinidamente la duración del convenio o lo limita a lo previsto en la norma: «Denunciado el convenio colectivo y hasta que no se logre acuerdo expreso, a los efectos previstos en los artículos 86.3 y 86.4 del Estatuto de los trabajadores/as, mantendrá la vigencia de su contenido normativo en los términos que se desprenden de su propia regulación».

⁷⁷ IV Convenio Colectivo de Flex Equipos de Descanso, SA Unipersonal (BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 2012). Resolución de 8 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el mismo. Limitando a las cláusulas normativas, se mantiene el convenio colectivo: «hasta que no se firme un nuevo convenio, o se agote el tiempo previsto en la legislación, el presente texto se entenderá prorrogado en sus cláusulas normativas, conforme a las disposiciones legales».

⁷⁸ VILA TIerno, F.: «La dudosa...», *op. cit.*

⁷⁹ *V. gr.* Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del Convenio Colectivo de la Fundación Andaluza para la Atención e Incorporación Social (BOJA de 17 de septiembre de 2013).

⁸⁰ Resolución de 28 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prórroga del Convenio colectivo estatal para las empresas de publicidad](#) (BOE de 12 de junio de 2013).

año (8 de julio en muchos casos)⁸¹, sin que ello sea óbice, en principio, para su aplicación. Del mismo modo, se observan tanto ampliaciones indefinidas de la ultraactividad (hasta su sustitución por un nuevo convenio)⁸² o limitadas en el tiempo⁸³. Si bien algunas resoluciones contemplan elementos interesantes como el hecho de declarar expresamente abierto el proceso negociador⁸⁴, o bien su mantenimiento⁸⁵, lo que excluiría, temporalmente, la aplicación de la solución jurisprudencial para determinar el fin de la ultraactividad por el agotamiento de aquel. Lo sustancial de aquellos que determinan el mantenimiento del proceso negociador es su interés en no precipitar la negociación y mantener el antiguo convenio mientras se pactan las nuevas condiciones de trabajo, además de seguir, de manera expresa, las recomendaciones del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II AENC (BOE de 14 de junio de 2013)⁸⁶.

De todo ello, se deduce que dada la amplia autonomía con la que cuentan las partes y, al amparo, sobre todo, de las cláusulas convencionales y pacto en contrario establecido por el últi-

⁸¹ Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia](#) (BOE de 28 de agosto de 2013). En el que como elemento destacable se sitúa en el marco del artículo 83.3 del ET y se procede a derogar una parte concreta del convenio.

⁸² Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del Convenio Colectivo de la Fundación Andaluza para la Atención e Incorporación Social (BOJA de 17 de septiembre de 2013); Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del Convenio colectivo para la industria fotográfica](#) (BOE de 30 de julio de 2013).

⁸³ Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia](#) (BOE de 28 de agosto de 2013). Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional](#) (BOE de 30 de julio de 2013). Resolución de 30 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prórroga del Convenio colectivo del sector de grúas móviles autopropulsadas](#) (BOE de 13 de agosto de 2013). Estos dos últimos introducen una modificación parcial. Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería](#) (BOE de 19 de agosto).

⁸⁴ Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publican los [Acuerdos de prórroga y tablas salariales del Convenio colectivo para la fabricación de conservas vegetales](#) (BOE de 28 de agosto). En este se hace la denuncia formal para negociar el siguiente convenio colectivo.

⁸⁵ Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del Convenio colectivo para la industria fotográfica](#) (BOE de 30 de julio de 2013). Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acuerdo de prorrogar la ultraactividad del Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería](#) (BOE de 19 de agosto). Resolución de 30 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acta del acuerdo de prórroga del Convenio colectivo de la industria salinera](#) (BOE de 13 de agosto de 2013).

⁸⁶ *Id.* tb. Resolución de 30 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el [Acta del acuerdo de prórroga del Convenio colectivo de la industria salinera](#) (BOE de 13 de agosto de 2013).

mo inciso del artículo 86.3 del ET, no tienen por qué producirse excesivos problemas de vacío de regulación. Si bien es cierto que se somete a los sujetos negociadores a presiones temporales que ante alguna de las siguientes circunstancias: la incertidumbre del referido vacío, la aplicación del convenio de ámbito superior o la individualización de las condiciones de trabajo; pueden conducir a una rebaja sustancial de las mismas y, en su caso, una reducción de los niveles de protección de los trabajadores. Y ello, en tanto que, hasta ahora, esa función correspondía a la negociación colectiva, una negociación colectiva que también incluye los pactos del artículo 86.3 del ET, pero que la revisten de esa flexibilidad tan presente en la actualidad en todo el sistema de relaciones laborales.

4. LOS PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO SUPERIOR

No puede negarse que la Ley 3/2012 introduce una aparentemente novedosa fórmula para los efectos de la ultraactividad legal, pero que, sin embargo, se basa en las interpretaciones judiciales que la anteceden. No obstante, por su aspecto novedoso en el marco normativo, adolece de problemas importantes. Y es que el legislador se limita a adoptar una solución jurisprudencial que atiende a una situación concreta –abandono del proceso de negociación y que no contemplaba determinados problemas– aunque generalizando su aplicación a todos los supuestos. Ello trae consigo problemas en forma de falta de previsión legal sobre alguno de los efectos programados. En este sentido, vamos a centrarnos, en este epígrafe, en dos problemas: la dificultad para definir qué es un convenio de ámbito superior y la posibilidad de que no exista ninguno pero, con posterioridad, se alcance un pубlique el que revista tal condición.

El legislador se limita a adoptar una solución jurisprudencial que atiende a una situación concreta –abandono del proceso de negociación y que no contemplaba determinados problemas– aunque generalizando su aplicación a todos los supuestos. Ello trae consigo problemas en forma de falta de previsión legal sobre alguno de los efectos programados

Para dar respuesta a la primera de las cuestiones, son dos las referencias claves:

- a) El ámbito geográfico.
- b) El ámbito funcional: empresa o sectorial. El grupo de empresas. Administración Pública.

Sumándose a ello dos circunstancias que pueden también influir significativamente: el ámbito personal y la suscripción de un convenio franja.

De acuerdo a tales parámetros se determinará cuál es el convenio superior. Pero lo que no sabemos es a qué se refiere la ley cuando dice literalmente que «se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». Esta afirmación supone que «el convenio colectivo de ámbito superior ha de ser de aplicación a la unidad de negociación cuyo convenio propio ha perdido vigencia, y no lo será, 1.º, si el convenio no ha perdido vigencia, por tanto no lo será en las partes o materias en que no haya perdido esa vigencia, directamente o por remisión a otros convenios; y 2.º, si, pese a haberla perdido, permanecen en vigor otros instrumentos convencionales colectivos de empresa, que, de tener valor de convenio colectivo, tienen asegurada por el artículo 84 su preferencia aplicativa». No será de aplicación el convenio de superior ámbito en aquellas materias reguladas por otros acuerdos colectivos suscritos en la misma unidad de negociación, distintos del convenio que ha perdido su vigencia. Pero sí será aplicable, sin embargo, dicho convenio de ámbito superior, respecto de las materias contenidas en el convenio colectivo que ha perdido vigencia, no se han regulado nuevamente y han quedado sin aplicación por el fin de la ultraactividad –sin que se hayan incluido en otros pactos⁸⁷.

Pero el elemento más complejo consiste en que no se aclara qué criterio utiliza para delimitar el ámbito. Puede referirse al ámbito geográfico o funcional, o, incluso, al ámbito personal. O si es un híbrido de todos ellos.

Puede decirse, al respecto, que es obvio que un convenio estatal será de ámbito *geográfico* superior a un convenio autonómico o local (pudiendo darse otras posibilidades), y se podría suponer que uno interprovincial es superior a uno autonómico, en cuanto que rebasa las lindes de la propia comunidad. Del mismo modo, un convenio de empresa es de ámbito *funcional* inferior que el sectorial⁸⁸, pero también nos encontramos convenios de un subsector y convenios de centros de trabajo, que habrán de tenerse en cuenta para especificar cuál será el de aplicación⁸⁹. Más problemas, sin embargo, encontramos cuando entran en juego las dos variables: los ámbitos geográficos y funcional de manera conjunta, puesto que dos convenios se pueden relacionar de manera que mientras que uno tiene un mayor ámbito geográfico, el otro es el que tiene el mayor ámbito funcional. Ante esa circunstancia ¿cuál es el que según el legislador es el aplicable de ámbito superior? Pero no acaba ahí la complejidad, porque además puede que el convenio en ultraactividad sea un convenio franja o, refiriéndonos al ámbito personal, que se aplique a unos colectivos y no a otros. Ello podría suponer que perdiendo la vigencia el convenio franja tuviéramos que aplicar el de empresa o sector como posible de ámbito superior, si bien, ¿es de ámbito superior el convenio de empresa a un convenio franja nacional que pierde

⁸⁷ CASAS BAAMONDE, M.^a E., *op. cit.*

⁸⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013, parte Comentario (publicación *on-line*).

⁸⁹ Problemas de aplicación puestos también de manifiesto por GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La negociación...», *op. cit.* pág. 133.

su vigencia?, ¿o en ese supuesto debe aplicarse uno sectorial siempre? ¿Y si coexisten los dos? ¿Existe concurrencia? Son demasiados interrogantes para entender que la regulación es completa.

Un convenio de empresa tendrá como convenio de ámbito superior uno sectorial y un convenio colectivo sectorial tendrá, en el margen superior, a otro que sea de mayor ámbito territorial

no resuelve por completo el problema porque las variables son mucho más complejas y entran en juego de manera conjunta los diferentes ámbitos del convenio –y, al tiempo, no siempre es fácil la determinación del convenio colectivo aplicable atendiendo a la actividad de la empresa⁹¹ o, incluso, deben distinguirse de otras figuras cercanas y señalar fenómenos como los de grupos de empresa⁹². Pero podríamos llegar a la conclusión definitiva, para simplificar: que el convenio sectorial es siempre superior al de empresa, independientemente de sus ámbitos geográficos.

El convenio sectorial es superior al de empresa, independientemente de sus ámbitos geográficos

Puede decirse, sobre el particular, que los criterios jurisprudenciales para determinar el convenio colectivo de ámbito superior aplicable al caso son inexistentes, por cuanto que no se han dado todavía resoluciones judiciales al amparo de esta nueva regulación. No obstante, ya se ha señalado que la previsión legal se basa en soluciones judiciales anteriores que ya se han analizado con ocasión de situar el origen del precepto, si bien, estos se basan, fundamentalmente, en la propuesta simple que hemos adelantado⁹³. Asimismo, pronunciamientos relativamente recientes se han referido a los convenios colectivos de ámbito superior e inferior, pero en relación con problemas de concurrencia⁹⁴. En particular resultan muy ilustrativas las relaciones entre convenios

⁹⁰ *V. gr.* STS (Sala de lo Social) de 11 de octubre de 2005.

⁹¹ Así puede verse en profundidad, *v. gr.* estudio de la cuestión en THIBAUT ARANDA, J.: «Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad», tomo I. 394.596, Tirant *on-line*: «puede decirse que la determinación del convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad arroja más luces que sombras...».

⁹² OJEDA AVILÉS, A.: «El convenio colectivo de empresa prioritario», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 34, Iustel, págs. 13 y ss.

⁹³ *Vid. infra*.

⁹⁴ *V. gr.* SSTS de 10 de diciembre de 2012; 26 de enero de 2012; 27 de octubre de 2010; 23 de octubre de 2012 y 17 de mayo de 2004.

que se producían al hilo de lo prevenido en los antiguos apartados 1 y 2 del artículo 84 del ET. Piénsese en relación con ello que estos disponían la prohibición de afectación por un convenio de distinto ámbito cuando había uno ya vigente y su excepción consistente, en la habilitación de un convenio a otro de ámbito inferior (que no fuera de empresa) para regular determinadas materias (con exclusión expresa de otras). En este sentido era necesario manejar los conceptos de distinto ámbito y de ámbitos superior e inferior. La norma suponía establecer –no de un modo directo– qué ocurría con los convenios de ámbito inferior⁹⁵.

Como conclusión, y al amparo de aquellos pronunciamientos judiciales –teniendo en cuenta que es preferible, en cualquier caso, una interpretación extensiva que evite dejar a los trabajadores sin un marco convencional de referencia–, podría obtenerse una segunda solución que, siguiendo aquella homogeneidad de la que hablamos en cuanto a comparar los ámbitos con sus iguales (territorial con territorial y funcional con funcional), consiste en utilizar el concepto de mayor ámbito o ámbito más extenso para describir el que se entiende superior. En este sentido, se identificarían diferentes unidades de negociación, unas más extensas y otras más reducidas. Ello nos podría llevar a optar porque el convenio de ámbito geográfico superior sea siempre el de un ámbito geográfico más extenso, o bien, que sea el de más extenso ámbito funcional.

Pero, de este modo, podríamos considerar de ámbito superior, independientemente de que fuera de sector o de empresa, el nacional frente a otros, o el autonómico frente al local, o bien, siempre el de sector por encima del de empresa, sea cual sea el ámbito geográfico de cada uno. Para dilucidar qué planteamiento resulta más certero podemos acudir a una idea de superposición, comprensión o inclusión que se completa con la regla general de concurrencia del artículo 84.1 del ET, a efectos instrumentales, esto es, sin que exista concurrencia propiamente dicha.

Así, lo que debemos tener en cuenta es si una unidad de negociación puede incluirse en otra más extensa, de manera que, por ejemplo, se excluyera el deber de negociar un convenio colectivo por existir ya uno de otro ámbito que lo incluye –según la regla del art. 84.1 ET excluyendo el nuevo apartado segundo de ese mismo art. 84 (respecto a los convenios de empresa)–. Dicho de otro modo, si ya existiera un convenio en un ámbito determinado (más extenso), ¿podría negociarse

Lo que debemos tener en cuenta es si una unidad de negociación puede incluirse en otra más extensa, de manera que, por ejemplo, se excluyera el deber de negociar un convenio colectivo por existir ya uno de otro ámbito que lo incluye –según la regla del art. 84.1 ET excluyendo el nuevo apartado segundo de ese mismo art. 84 (respecto a los convenios de empresa)–...

⁹⁵ El Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión, en referencia, *v. gr.*, a las diferentes unidades de negociación a los efectos del deber de negociar. En ellas se ha pronunciado, de un modo indirecto, de unidades de negociación de ámbito superior o inferior, pero no viene a concretar cuándo un convenio es de ámbito superior a otro –*STS (Sala de lo Social) de 3 de mayo de 2000*.

el que ahora se ha denunciado (más reducido)? Si la respuesta es negativa de acuerdo a la antigua regla del artículo 84.1 del ET –y art. 89 ET– es que nos encontramos con dos convenios que se relacionan mediante esa relación de superioridad de ámbitos (no siendo así cuando se produzca únicamente una inaplicación en un marco concreto de concurrencia)⁹⁶.

De esta forma, si el convenio denunciado llega a un año de ultraactividad y no hay pacto en contrario, aplicamos el que hemos identificado como convenio colectivo de ámbito superior (de mayor extensión), eso sí, si los trabajadores (y la empresa) entran en el ámbito de aquel (inclusión) –según preceptúa el art. 86.3

ET–. Pero como presupuesto de ello, debe existir un nexo de unión entre los respectivos ámbitos geográficos y funcional, de manera que un convenio, ciertamente, pueda considerarse como de ámbito superior a otro.

Las combinaciones más probables, entonces, podrían ser las siguientes:

- **Convenio empresa denunciado.** Convenio de sector aplicable. Misma actividad. Se aplicaría el convenio de sector, independientemente del ámbito geográfico de la empresa y del sector, porque a los trabajadores de un lugar concreto, salvo acuerdo específico, les será de aplicación la norma del lugar donde se ejecutan los servicios, y el sector es más extenso, en lo funcional, que el de empresa. Además, utilizando la antigua regla del artículo 84.1 del ET y considerando los convenios justo a la inversa de cómo se presentan (más antiguo entonces el de sector), no cabría negociar el de empresa. Así, por ejemplo, una empresa nacional cuyo convenio vence y agota la ultraactividad legal debería aplicar el convenio nacional de sector, si no lo hubiere, el interprovincial o el autonómico, y si tampoco existe, el provincial.

⁹⁶ Por ejemplo: ha transcurrido un año, no hay pacto en contrario y se debe aplicar el convenio de ámbito superior. El denunciado es provincial del sector de automoción. El de ámbito superior sería el nacional. Por la regla del artículo 84.1, vigente el nacional no podía negociarse el provincial, siendo la unidad de negociación más extensa en uno que en otro, por lo que son de ámbito superior e inferior. Por el contrario, si tenemos un convenio provincial, por ejemplo, de la construcción, suponiendo que no hubiera nacional o autonómico del mismo sector, pero sí de yesos y escayolas, no se aplicaría igual que antes la regla del artículo 84.1 del ET, por lo que no se puede reconocer como convenio colectivo de ámbito superior.

... Dicho de otro modo, si ya existiera un convenio en un ámbito determinado (más extenso), ¿podría negociarse el que ahora se ha denunciado (más reducido)? Si la respuesta es negativa de acuerdo a la antigua regla del artículo 84.1 del ET –y art. 89 ET– es que nos encontramos con dos convenios que se relacionan mediante esa relación de superioridad de ámbitos (no siendo así cuando se produzca únicamente una inaplicación en un marco concreto de concurrencia)

- **Convenio de sector provincial denunciado.**
 - A) Si existe convenio colectivo nacional, interprovincial o autonómico del sector, ese será el aplicable (igual en caso de relación, por ejemplo, entre autonómico y nacional); pero si no hay un convenio sectorial de la misma actividad (funcional), más extenso en lo geográfico,
 - B) Hay un convenio de empresa o grupo de empresas de ámbito nacional, interprovincial o autonómico (por ser esta la dimensión de la empresa) aplicable al resto de unidades de negociación que no vienen aplicando el sectorial.
 - En principio podría pensarse que tampoco sería de aplicación el de empresa o grupo de empresas, porque el centro de trabajo o empresa, aunque es subsumible en el marco de aquellas, viene aplicando un convenio sectorial que no impide su negociación de acuerdo al artículo 89 del ET.
 - Es cierto que puesto en relación con el 84.1 del ET, se produciría su inaplicación en dicho centro de trabajo, que la concurrencia impediría su aplicación en el ámbito de coincidencia, pero que lo que prima es, como hemos afirmado, la imposibilidad de negociar el convenio.
 - Eso solo sucede cuando una unidad de negociación se superpone sobre la otra, cuando existe una de menor extensión que la otra y que se incluye en su ámbito geográfico y funcional. En ese caso y únicamente en ese caso se puede entender que hay un convenio de ámbito superior. Ello nos lleva a ratificar, ahora no condicionado, que en la hipótesis ahora planteada no existiría convenio de ámbito superior.
 - No aplicamos la regla de prioridad del de empresa del artículo 84.2 del ET porque no es concurrencia propiamente; el 84.1 lo utilizamos como mero instrumento.
- **Convenio de franja denunciado.** Convenio de empresa o convenio de sector. Se pueden dar aquí varias posibilidades. La primera que exista coincidencia entre convenio franja y el convenio de empresa o sector en cuanto a su ámbito funcional, esto es, que ambos sean de empresa o que ambos sean de sector. En ese supuesto no cabe duda: el segundo es de ámbito superior al primero (es más extenso y vigente este no podría negociarse el otro salvo que se excluyera a ese colectivo). Si son de distinto ámbito: franja de empresa y otro de sector, el segundo es superior; franja de sector y otro de empresa, el segundo, en este caso, no es superior, aplicando otra vez instrumento del artículo 84.1 del ET.
- **Convenio de subsector vencido.** Convenio de empresa o de sector. Depende también del ámbito geográfico.

Una vez determinado el convenio colectivo aplicable queda el proceso de aplicación y aquí la ley no dice nada al respecto. Se presupone una automaticidad que, sin embargo, no es tal, porque en el tránsito de un convenio a otro son múltiples los problemas prácticos que pueden observarse (cambios salariales, de clasificación profesional, promoción, etc.), en tanto que un convenio no tiene por qué corresponderse para nada con el anterior y no se conservarán las condiciones que anteriormente vinieran disfrutando los trabajadores, en tanto que estas no se conservarán como más beneficiosas –por su origen colectivo– y porque entendemos que no se produce la contractualización, sino la pérdida de vigencia sin más –que es lo que prevé la ley– y, con ello, de su contenido. Del mismo modo, tampoco se establece un procedimiento de «adaptación» o tramitación para la determinación del convenio colectivo aplicable –pueden existir dudas al respecto–, sin que se expliciten tampoco los requisitos o pasos necesarios en el referido proceso. Esto es, igual que el título III del ET determina un proceso de negociación para establecer el marco convencional que va a regir entre las partes y los afectados por el mismo, en este supuesto de aplicación del convenio colectivo de ámbito superior no se dispone, ni siquiera, que deba ser aceptado por dichas partes. Se parte, utópicamente, de una asimilación automática en la empresa sin que revista mayores inconvenientes, pero de la misma forma que en la jurisprudencia anterior se establecía tal efecto con la misma automaticidad.

Igual que el título III del ET determina un proceso de negociación para establecer el marco convencional que va a regir entre las partes y los afectados por el mismo, en este supuesto de aplicación del convenio colectivo de ámbito superior no se dispone, ni siquiera, que deba ser aceptado por dichas partes

Cuestión distinta sería que al supuesto concreto le fuera de aplicación más de un convenio colectivo de ámbito superior, en cuyo caso le serían de aplicación las reglas generales de concurrencia de convenios colectivos del artículo 84 y sus excepciones⁹⁷ o, en su defecto, el principio de norma más favorable del artículo 3.3 del ET⁹⁸. En este sentido, podríamos incluir a aquellas empresas en las que, por su actividad, puedan incluirse en el ámbito funcional de más de un convenio y no se tenga certeza de cuál de ellos le resultaría de aplicación.

Por último, quedaría por determinar si, aplicándose el convenio colectivo de ámbito superior se cierran las posibilidades de negociación en la unidad en la que ha decaído la ultraactividad del convenio denunciado. Es cierto, en ese sentido, que se afirmó que nuestra jurisprudencia había entendido que la ultraactividad cesaba cuando se agotaba el proceso de negociación y que

⁹⁷ CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*

⁹⁸ SALA FRANCO, T., *op. cit.*

el legislador reformista del 2012 ha decidido ponerle a ello un plazo: un año. Pero no es menos cierto que lo que hace dicho legislador es poner una solución al vacío normativo mediante la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, pero no establece que este juegue a efectos de concurrencia (igual que no juega la concurrencia durante la ultraactividad) y suponga la desaparición definitiva de la unidad de negociación en el referido marco. E incluso aunque entendiéramos que se produce concurrencia y que ya existe un convenio vigente en dicho ámbito, pero que responde a otra unidad de negociación mayor. Bien es sabido que si el que se pacta es de empresa, aplicándose el de sector, tendría aquel prevalencia en determinadas materias sobre este y, si se tratara de dos convenios de sector, deberíamos retrotraernos al más antiguo en el tiempo en su origen, por cuanto que no hablaríamos en ningún caso de un convenio *ex novo*, sino de la revisión de aquel que no se aplica por haber vencido su ultraactividad –pero que constituyó una unidad de negociación que puede ser anterior a la del convenio de ámbito superior que ahora se aplica–. No obstante, se presenta una duda: ¿cuánto tiempo habría de mantenerse esa unidad de negociación?, ¿sería de carácter indefinido? No parece que esta deba ser la opción puesto que ello supondría la tan denostada petrificación de la negociación colectiva.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN

La ultraactividad se entiende como una prórroga que con carácter de provisionalidad extiende la aplicación del convenio colectivo una vez denunciado, bien hasta su sustitución por uno nuevo, bien hasta el tope legal, bien hasta el momento en el que se constata el agotamiento del proceso negociador (esta última, según aportación de doctrina y jurisprudencia citada)⁹⁹.

El legislador, consciente del efecto de mantenimiento indefinido de las condiciones laborales y en el intento de introducir mayor flexibilidad al sistema, ha modificado con la reforma de 2012 la regulación de la ultraactividad que nos acompañaba desde el ET de 1980.

Para ello se ha dirigido hacia la jurisprudencia en dos sentidos, a favor y en contra:

- A favor porque ha recogido, literalmente el efecto que la misma preveía cuando entendía que se agotaba el proceso negociador: la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior. Y con ello, reproduce todos los problemas de indeter-

⁹⁹ Ya decíamos al comienzo de este trabajo que son diversas las definiciones de ultraactividad. Una vez completado el análisis, llegamos a esta conclusión y reiteramos el concepto doctrinal, una vez incorporado el tope legal. *Vid. v. gr.* SALA FRANCO, T., *op. cit.* «La ultraactividad de los convenios colectivos es, pues, 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 (de un año) si no hay un nuevo convenio colectivo o laudo arbitral aplicable».

minación que se producían en ese ámbito respecto a la ausencia de convenio de ámbito superior, la difícil determinación del mismo o la posibilidad de que concurra más de uno.

- En contra, que en lugar de acoger aquella solución del agotamiento del proceso de negociación, dispone una duración máxima (dispositiva frente a la negociación colectiva) que provoca la pérdida de vigencia del convenio denunciado.

Sobre este particular hay opiniones enfrentadas, pues en algún caso podía significar un importante vacío normativo cuando decae un convenio y, por tanto, se ha defendido el mantenimiento del mismo a través de diversas fórmulas. Sin embargo, entendemos que llegado el año, la ley prevé su pérdida de vigencia definitiva lo que impide cualquier interpretación sobre su posible subsistencia, si bien, esta quedaría garantizada mediante la suscripción de alguno de los acuerdos que la ley contempla (o el laudo arbitral) en sentido amplio, pues incluso cabría su formulación a título individual, aunque la llamada a lo largo del artículo 86.3 del ET sea a los acuerdos colectivos.

Acuerdos colectivos, por otra parte, de los que prácticamente nada dice la ley, pero que deben reunir unos requisitos determinados para que puedan desplegar su objeto. Requisitos de fondo y de forma que afectan a los sujetos negociadores y contenido y que, para tener efectos *erga omnes* deben tener naturaleza estatutaria. En cuanto a aquel contenido, existe también la incertidumbre sobre si es posible o no la regulación, vía convencional de una duración indefinida para la ultraactividad, lo que de hecho se ha venido produciendo en la práctica. Y, en ese sentido, la remisión de la ley al pacto es absoluta, sin ninguna limitación, por lo que no debe impedirse esta posibilidad que podría haberse evitado si el legislador lo hubiera prohibido de manera expresa. No obstante, en ese caso, se trataría de una ultraactividad indefinida sometida a la subsistencia del proceso negociador, pues agotado el mismo, como ha resuelto el Tribunal Supremo, se agota también la prórroga provisional y extraordinaria.

Por último, subsisten problemas respecto a la determinación del convenio colectivo de ámbito superior que resulte aplicable y, así, se hace referencia al concepto de mayor extensión con el que solventaría las dudas que en esta materia se puedan suscitar. Ello, de manera conjunta con la utilización de manera instrumental del artículo 84.1 del ET, sin sus excepciones, y no porque existan problemas de concurrencia, sino porque haremos la ficción de que esta se produce. Por decirlo de otro modo, para saber si un convenio colectivo es de ámbito superior a otro se hará la siguiente operación: independientemente de su antigüedad real, consideraremos más antiguo uno de mayor extensión, mientras que, de igual modo, consideraremos más moderno el de ámbito inferior que ahora se denuncia. Si este último no se pudiera haber negociado –independientemente de que sea de empresa y ahora juegue la regla del art. 84.2 ET, dijimos que no se aplicarían las excepciones a la regla general de concurrencia– por estar vigente el de mayor extensión, de acuerdo a la norma de no afección de convenios de distinto ámbito (art. 84.1 ET), hemos de concluir que existe una relación directa de convenios de ámbito inferior y superior. Si no existe esa imposibilidad de negociar (art. 89.1 ET) sino a lo sumo inaplicación,

no se estaría ante esa relación. Por otra parte, en caso de varios convenios con la posibilidad de aplicarse, deberíamos acudir a las mismas reglas de concurrencia y, en su defecto, al principio de norma más favorable.

Todo lo anterior no dejan de ser propuestas de solución ante la indefinición de determinados aspectos del artículo 86.3 del ET, por lo que será en sede judicial, en el ámbito en que se irán solventando, vía interpretativa, las lagunas que el legislador no ha querido o no ha sabido cerrar en la reforma de 2012 respecto a la ultraactividad, dejando un sistema tan abierto y flexibilizado que supone una clara ruptura con lo previsto con carácter previo¹⁰⁰.

Todo lo anterior no dejan de ser propuestas de solución ante la indefinición de determinados aspectos del artículo 86.3 del ET, por lo que será en sede judicial, en el ámbito en que se irán solventando, vía interpretativa, las lagunas que el legislador no ha querido o no ha sabido cerrar en la reforma de 2012 respecto a la ultraactividad, dejando un sistema tan abierto y flexibilizado que supone una clara ruptura con lo previsto con carácter previo

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *op. cit.*