

MIENTRAS ESPERAMOS LA PALABRA DEL SUPREMO... ¿EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA LE INDICA EL CAMINO DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA ULTRAACTIVIDAD?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2014 –asunto C-328/13–**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

1. VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y FINALIDAD –VOLUNTAD– DE LA LEY DE REFORMA

Entre las medidas que se impusieron como «obligatorias» para España en materia de reforma de la negociación colectiva, conforme a la «**Recomendación**» –el nombre es engañoso como dijo el vicepresidente español de la anterior Comisión Europea, porque no seguirla tiene muy «malas consecuencias» jurídicas y económicas– de 12 de julio de 2011, dictada al amparo del artículo 121.2 del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** –TFUE– y del Reglamento 1466/1997, reformado por el Reglamento 1175/2011, estaban las relativas a la eliminación o la reducción de las reglas de «prórroga automática» y de «ultraactividad» de los convenios. Unas «recomendaciones obligatorias» para España que se llevaron a cabo en dos fases, como es bien sabido, a través del **RDL 7/2011** primero y, después, y mucho más rotundamente, del **RDL 3/2012**, con su vuelta de tuerca adicional –reducción de dos años a uno– por **Ley 3/2012**. En suma, como el propio presidente del Gobierno reconoció en sede parlamentaria –lugar de la célebre soberanía nacional– con carácter general, también para la materia que aquí nos ocupa, la reforma del artículo 83.6 del **ET** obedece a una obligación jurídica derivada de un acto comunitario, es decir, un acto jurídico de las instituciones europeas. Por consiguiente, la reforma de las reglas de ultraactividad, cambiando el modelo de vigencia extendida más allá de su tiempo pactado hasta la consecución de un nuevo acuerdo sustitutivo del decaído (ultraactividad indefinida), a otro de vigencia limitada, de duración determinada, conforme a la previsión convencional y, en su defecto, como máximo durante un año desde la finalización de su vigencia y denuncia, no es solo un problema de Derecho interno, sino que plantea también cuestiones de Derecho Comunitario, entre otras, las relativas a la eventual aplicación de la Carta comunitaria, según se ha sugerido en cierta doctrina judicial –**SAN 28/2014, de 11 de febrero**, también citada en el comentario anterior–.

Esta invocación del origen político-jurídico y no solo económico comunitario de la reforma de las reglas de ultraactividad de los convenios colectivos estatutarios, a menudo ignorada en esta estricta vertiente normativa por los comentaristas de este punto crucial de la reforma, nos ayuda a entender cuál era –y es– la finalidad perseguida por el legislador al asumir tal mandato comunitario. En esos actos jurídico-comunitarios, a través de los que se formaliza la actual política de gobernanza económica europea, se hace especial hincapié en su utilidad para garantizar un mayor dinamismo del sistema de fijación convencional de los salarios, para asegurar que los salarios reflejen en todo momento la evolución económica de las empresas en los mercados. Con ello se trata de evitar las inercias salariales y facilitar su ajuste flexible.

Pero ¿es el incremento de la agilidad negociadora y la aceleración consiguiente del ajuste de los costes laborales a la posición competitiva que en cada momento tiene la empresa en el mercado la única orientación, recomendación obligatoria, que recibimos de ese Derecho Comunitario? En aplicación de una regla de Derecho Socio-Laboral Comunitario que podemos llamar «clásica» veremos que no. En este ámbito jurídico-político y socio-económico también hay espacio para *reglas de conservación de las condiciones de trabajo* pactadas hasta que otro convenio colectivo u otra regulación pactada de forma adecuada las sustituyan. La sentencia del TJUE que comentamos así lo establece y de ella podrán obtener los tribunales nacionales –y autonómicos–, quizás, alguna lección útil para resolver una cuestión que en la práctica cada vez aparece más embrollada, a mi juicio innecesariamente.

2. EL CASO CONCRETO: LA SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-328/13, se refiere a unos trabajadores de Austria, a raíz de la cuestión prejudicial suscitada por su Tribunal Supremo y en torno al siguiente supuesto: un colectivo de trabajadores es traspasado desde una empresa matriz a una filial que, a partir de ese momento, les aplica unilateralmente una modificación sustancial peyorativa de condiciones de trabajo, incluido el salario, *por considerar que había perdido ya su vigencia el convenio colectivo de la sociedad matriz, al haber sido denunciado* por la parte empresarial. En estas circunstancias, el Alto Tribunal austriaco (Oberster Gerichtshof) se dirigió al TJUE para que le aclarara sus dudas en torno al alcance del artículo 3 de la [Directiva 2001/23/CE](#) respecto a la vigencia del convenio colectivo de la sociedad matriz y en relación con la regla de ultraactividad prevista en la regulación nacional. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Confederación austriaca de sindicatos y la Cámara de comercio austriaca sobre el mantenimiento, en caso de transmisión de empresas, de los efectos de un convenio.

Las normas nacionales en juego para resolver este litigio son, de un lado, el artículo 13 de Ley reguladora de las relaciones de trabajo y organización social de las empresas (*Arbeitsverfassungsgesetz*, BGBl. 22/1974), en su versión aplicable («ArbVG»): «*Tras la extinción del convenio colectivo se mantendrá su eficacia jurídica respecto de las relaciones laborales comprendidas en él inmediatamente antes de su extinción, mientras para dichas relaciones laborales no sea*

aplicable un nuevo convenio colectivo o... no se haya celebrado un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados». (Norma austriaca de ultraactividad indefinida). De otro, el artículo 4.1 de la Ley de adaptación de las normas reguladoras del contrato de trabajo (versión alemana *Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetzes*, BGBl. 459/1993, «AVRAG»): «Después de la transmisión de la empresa, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. *Durante un año desde la transmisión de la empresa no se podrán suspender o limitar por contrato de trabajo individual las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador*». Por su parte, la norma comunitaria –art. 3 Directiva– prevé que tras la transmisión:

«... el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el periodo de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero este no podrá ser inferior a un año».

3. CLAVES DE LA DOCTRINA JUDICIAL PARA COMPRENDER EL PUNTO DE LA REFORMA AFECTADO

En esas circunstancias, de hecho y jurídicas, la STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-328/13, recuerda con rotundidad su arraigada doctrina favorable al mantenimiento de los efectos reguladores del convenio colectivo respecto de *«las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado y en la medida en que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados»*. Resulta útil recordar algunas de las principales afirmaciones de esta doctrina. De un lado, evidencia que el artículo 3, apartado 3, de la [Directiva 2001/23/CE](#), además de no querer ofrecer un estándar de protección uniforme para todos los Estados, no tendría *«por objeto mantener la aplicación de un convenio colectivo como tal, sino las "condiciones de trabajo" pactadas en ella»* (apdo. 23), *«sin que el origen específico de su aplicación sea determinante»* (apdo. 24. Asume aquí la conclusión del abogado general, español a más señas). Por lo tanto, sigue afirmando la STJUE 11 de septiembre de 2014: *«... las condiciones de trabajo determinadas mediante un convenio colectivo no pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación de esta disposición por el mero hecho de que se apliquen a los interesados en virtud de una norma de ultraactividad de un convenio colectivo como la controvertida en el procedimiento principal»*.

Esta interpretación tendría un sólido asidero en la finalidad buscada por la directiva y que no sería propiamente la de una protección a ultranza de los trabajadores traspasados, según el imperativo clásico de seguridad en el empleo de la norma laboral, también cuando se trata del Derecho Comunitario, sino la, más flexible y transaccional, típica de la moderna visión de *«flexi-seguridad»*, relativa al imperativo o valor de *«... garantizar un equilibrio justo entre los intere-*

ses de los trabajadores, por una parte, y los del cesionario, por otra, y del que se desprende, en particular, que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad» (apdo. 29, que cita su [Sentencia Alemo-Herron y otros, C-426/11, EU:C:2013:521](#), apdo. 25).

La doctrina del TJUE asume, así, plenamente la posición del Abogado General, cuyo punto 53 de sus conclusiones razona que *«la norma de ultraactividad de un convenio colectivo como la controvertida en el procedimiento principal está destinada, en interés de los trabajadores, a evitar una ruptura brusca del marco normativo convencional que rige la relación laboral. Pues bien, si las condiciones de trabajo sometidas a esta norma estuvieran excluidas del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23, la transmisión produciría por sí misma el efecto que dicha norma pretende evitar».*

Eso sí, conforme a la doctrina comunitaria, esta norma de ultraactividad indefinida de un convenio no tiene efectos generales, sino limitados. Su eficacia se acotaría únicamente por lo que concierne a *«las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado»* y hasta *«que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se lleve a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados»*. En estas circunstancias, tal norma comunitaria no solo no impediría, sino que facilita al cesionario proceder a los ajustes y adaptaciones que estime necesarias –principio de libertad de gestión empresarial– para continuar su actividad en condiciones que le resulten rentables, conciliando de este modo el imperativo de flexibilidad –en la gestión– con el de seguridad –en el empleo–. Qué duda cabe que en tales términos esta doctrina puede –y debe– proyectarse más allá del caso concreto.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA Y PROBABILIDAD DE QUE SE CONSOLIDE COMO JURISPRUDENCIA NACIONAL MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO

A mi juicio, esta STJUE fija una interesante doctrina sobre la suerte de la regulación convencional de sus condiciones de los trabajadores más allá del supuesto en que emerge y que representa, como registra la lectura de su Repertorio, uno de los puntos de mayor acción de la jurisprudencia comunitaria: la transmisión de empresa –en el caso desde una sociedad matriz a una filial suya–. Ciertamente, como era de esperar, siendo ese el ámbito jurídico en el que se desenvuelve, la solución parecería manifiesta, casi evidente: *la continuidad de esa regulación convencional colectiva hasta tanto no exista un nuevo convenio colectivo* que le ponga fin mediante su sustitución por otra nueva de la misma o análoga naturaleza jurídica –regla pactada colectiva–. Hasta aquí, parecerá que poca novedad jurídica hallamos, entonces. Y sin embargo, como se dice, la doctrina que se fija presenta, o podría presentar, según como la comprendan los tribunales españoles, y sobre todo la Sala Social del Tribunal Supremo, una extraordinaria trascendencia para aclarar uno de los puntos más controvertidos de la, en sí misma ya comprometida toda ella, reforma la-

boral de 2012: la suerte –o infortunio– del convenio una vez que ha perdido su vigencia, ha sido denunciado y transcurrido el plazo máximo dado al respecto, en virtud del convenio colectivo o por la regla legal subsidiaria (posultraactividad).

¿Por qué entiendo es, o puede llegar a ser, tan relevante para nosotros? Porque la doctrina que sienta refuerza notablemente la posición seguida por la inmensa mayoría de los tribunales ordinarios del orden social en nuestro país en torno a la célebre vigencia posultraactiva del convenio colectivo que, denunciado, haya perdido su vigencia por transcurrir más de un año –o el límite máximo previsto convencionalmente– en tal condición sin ser sustituido por otro. Sabido es que, de resultar plenamente aplicable esta doctrina judicial comunitaria, el Tribunal Supremo español no podría fallar en otro sentido en el caso que tiene pendiente al respecto y que casi todos los laboristas esperamos como agua de mayo para que nos ayude a «cerrar el partido» que en estos momentos se juega entre quienes defienden la continuidad o conservación, entre los que ocupan una posición militante, jurídica no políticamente, y quienes defienden con gran énfasis su abolición¹. La primacía del ordenamiento comunitario determinaría que, una vez más, la ley nacional, o la voluntad de quienes la hacen, deba ceder ante la ley transnacional, tal y como la interpreta su órgano de garantía jurisdiccional máximo: aquí el TJUE.

Ahora bien, antes, hay que resolver un problema previo: ¿es aplicable realmente esta doctrina al problema que plantea la laguna legal que, a todas luces, contiene el artículo 86.3 *in fine* del ET? ¿Realmente esta interpretación comunitaria contiene en sí misma el anticuerpo necesario y adecuado para «hacer temblar» al «virus» inoculado con la reforma en el sistema y que tanta incertidumbre y miedo generan en los trabajadores sobre la suerte del convenio decaído en su vigencia ultraactiva, como se dice en determinados medios de comunicación y se auguraría en determinados comentarios de reconocidos laboristas?² ¿Por qué la duda?

Primero, no hay que perder de vista el contexto material y jurídico en el que se inserta la doctrina –justicia del caso concreto–, relativa, como se decía, a una cuestión en la que queda claramente afirmado, normativa y jurisprudencialmente, el principio de conservación de las condiciones de trabajo en tanto no se produzca una nueva regulación sustitutoria. La regla de la continuidad, pues, aquí es más que previsible porque la regulación es razonablemente clara, aunque no lo debe

¹ De momento, la Sala Social del Tribunal Supremo parece resistirse a ese pronunciamiento. Hasta ahora solo contamos con una referencia tangencial a estos problemas en la STS, Sala 4.ª, de 8 de julio de 2014, rec. núm. 164/213. En ella se confirma, además de la plena validez de la preferencia legal por los convenios de empresa, el favor de la reforma por la autonomía colectiva en materia de ultraactividad, de modo que el régimen legal sería completamente disponible para ella. En el caso –VI Convenio Colectivo marco estatal de las empresas del sector de la dependencia– se trata de un pacto de ultraactividad indefinida posterior a la reforma. Como se sabe, los principales interrogantes están en los pactos anteriores a la reforma y, sobre todo, en aquellos supuestos en que no haya pacto, ni anterior ni posterior, en tal sentido, ni convenio superior que dé cobertura al eventual vacío.

² Vid. <http://www.publico.es/politica/543824/europa-abre-brecha-ante-la-reforma-laboral-y-confirma-la-ultraactividad-de-un-convenio>. Y la sugerente entrada dedicada a esta sentencia en el blog del doctor Eduardo Rojo: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2014/09/la-ultraactividad-del-convenio.html>

ser totalmente cuando ha merecido una decisión prejudicial. Segundo, y más importante, porque la propia regulación comunitaria, y asume la jurisprudencia, prevé que se puedan establecer limitaciones temporales a la vigencia de la regla de la conservación, siempre y cuando sea de un año o superior, lo que acontece en España. Precisamente, y si bien lo limita al supuesto de transmisión empresarial, el Derecho austriaco mantiene la regla, que para España se critica y deroga, como regla general supletoria, es decir, en defecto de regla convencional diferente y/o contraria, la ultraactividad indefinida.

No obstante estas limitaciones o dificultades para extender la regla de conservación de las condiciones de trabajo negociadas hasta que haya un nuevo convenio o una novación de carácter contractual –o una modificación unilateral legalmente prevista en términos del art. 41 **ET** para nosotros–, considero que hay buenas razones para afirmarla. Primero, porque no se trata tanto de invocar la aplicación directa de la regla, por analogía, aunque bien podría desarrollarse esta línea argumental, como ya ha hecho alguna doctrina judicial de suplicación –TSJ del País Vasco–, cuanto más bien de invocar el principio subyacente: la primacía de la regla negociada para garantizar la efectividad del principio de equilibrio entre flexibilidad de la gestión laboral y seguridad en el empleo. Precisamente, la doctrina judicial de suplicación que ha asumido la regla de la conservación, mediante su «contractualización», de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio ahora decaído –*STSJ de Cataluña, de 13 de junio de 2014, rec. núm. 6493/2013*– apela a estos principios jurídicos. Segundo, la redacción de la directiva comunitaria se abre a las más diversas opciones jurídicas elegidas por cada Estado miembro, pero siempre que sea garantizado su efecto útil –ese equilibrio entre tutela o protección y flexibilidad–. Tercero, porque la solución «contractualizadora» –que vengo defendiendo desde el minuto uno de la reforma laboral en estas páginas– lejos de contradecir asegura la finalidad dinamizadora de la ley, y del mandato comunitario: la modificación en todo caso por la vía del artículo 41.4 del **ET**, vía más fácil para el empleador que la del artículo 82.3 del **ET**. La apertura de todas las condiciones de trabajo, cualquiera que sea su origen, a esa facultad novadora, que la ley normaliza, aunque, como se vio en el anterior comentario, la jurisprudencia acota a un espacio más razonable desde la lógica del equilibrio justo, es reconocida por la *SAN 88/2014, de 5 de mayo*.

Ciertamente, la *SAN 64/2014, de 31 de marzo de 2014*, con la que la profesora MIÑARRO dialoga críticamente en esta misma Sección y a continuación, parece mostrar dudas y reservas respecto de esa solución de conservación, como condiciones contractuales individuales, de las que se venía aplicando atendiendo al convenio decaído en su vigencia normativa. Ahora bien, de un lado, se trata de un razonamiento *obiter dicta*, pues el carácter accesorio de esa pretensión en relación con la principal, una vez desechada, erróneamente a mi juicio –comparto el que en tal sentido se expresa por la profesora citada–, hace que deje de tener sentido un pronunciamiento sobre la misma, pues aceptar la principal –que el convenio superior era de aplicación– es condición para la segunda. De otro, la Audiencia Nacional deja abierta esa posibilidad: : «*Aun cuando se admitiera la tesis de la contractualización de las condiciones del convenio colectivo que ha perdido vigencia, no se concreta en la demanda qué condiciones se pretende que sean reconocidas con dicho carácter contractual, lo que resulta muy relevante, dado que no a toda cláusula convencional se le puede atribuir tal naturaleza ni de todas se puede predicar la contractualización*» –FJ octavo, letra b)–.

Sea cual sea la solución a adoptar por el Tribunal Supremo cuando tenga a bien resolver las diversas, que ya son muchas, cuestiones interpretativas que suscita la aplicación del polémico artículo 83.6 del ET, estoy convencido de que la regla-principio jurídico de conservación reafirmado por la aquí comentada STJUE será una muy buena pauta, si no a seguir estrictamente, sí a ponderar de una forma relevante. En todo caso, tampoco esta mirada al exterior de este universo de justicia cada vez más global y multinivel en que se concreta nuestro complejo ordenamiento guarda todas las respuestas ni constituye la panacea. La solución jurisprudencial comunitaria presenta una segunda limitación para ser aplicada en sus estrictos términos y esta sí es más difícil, si bien no imposible, de salvar: sería de aplicación la regla de la conservación tan **solo a los trabajadores traspasados** y no a los que se incorporen a partir de entonces. Por lo tanto, esta jurisprudencia comunitaria no evitaría la deriva hacia las «*dobles escalas salariales*» que, con fundamento en la pérdida de vigencia normativa del convenio colectivo, sea o no mantenido en su vigencia, total o parcial, a través de la técnica de la contractualización –y de los deberes de protección de buena fe, que obliga más allá de lo pactado–, se producirían. Pero en estos casos, como se decía, habrá que invocar otros derechos y principios, incluso de origen y de elaboración comunitaria, como la prohibición de tratos desiguales carentes de causas objetivas y razonables. Pero esa será, salvada la primera, la conservación de las condiciones de trabajo en tanto haya un nuevo convenio sustitutivo, y sin perjuicio de la posibilidad de modificación por acuerdo colectivo o decisión unilateral de efectos colectivos *ex* artículo 41 del ET, otra historia que también les iremos contando conforme se vayan pronunciando nuestros tribunales.