

**“CUESTIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA ULTRACTIVIDAD
DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS”**

(Ponencia)

Sofía Olarte Encabo

Catedrática de Derecho del Trabajo y S.Social

Universidad de Granada

FORO DE DEBATE

“LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS”

**COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL
DE CONVENIOS COLECTIVOS**

MINISTERIO DE EMPLEO

Y

SEGURIDAD SOCIAL

Madrid, Mayo de 2013

CUESTIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA ULTRACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Sofía Olarte Encabo

Catedrática de Derecho del Trabajo y S.Social

Universidad de Granada

SUMARIO:

- 1- PREMISA: LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE
- 2- INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 86.3 IN FINE ET Y DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO
- 3- POSIBLES OPCIONES INTERPRETATIVAS: SUS PROS Y SUS CONTRAS
- 4- LA ULTRACTIVIDAD PARCIAL: LOS CONVENIOS DENUNCIADOS A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/2012 CON CLÁUSULA EXPRESA DE ULTRACTIVIDAD
- 5- POSIBLES SOLUCIONES A DISPOSICIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL EVENTUAL ESCENARIO DE VACÍO NORMATIVO

1. PREMISA: LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE

Lo primero que hay que subrayar para analizar la cuestión que nos ocupa es la importancia de la reforma laboral de 2012, en relación con el modelo legal de convenio colectivo implantado en España, a partir de la instauración del modelo democrático de relaciones laborales diseñado en la Constitución Española de 1978. En efecto, no ha habido reformas profundas en el Título Tercero del ET hasta este momento, aunque sí podemos hablar de un proceso de cambio “a goteo” desde la reforma laboral de 1994, seguido luego en las reformas de 2010 y, sobre todo, de 2011, antes de la última y más profunda, la de 2012.

El objetivo único y permanente en todas las reformas legales que directa o indirectamente han incidido en el modelo legal de convenio colectivo ha sido hacer del sistema de negociación colectiva un instrumento de gestión empresarial, que permita una ágil y continua adaptación del marco regulador de las relaciones de trabajo (los convenios) a las cambiantes circunstancias de las empresas. Es decir, hacer del convenio un instrumento de regulación flexible en orden a la concreta situación y necesidades de la empresa. La reforma de 2012 ha supuesto la culminación de esta línea de política del derecho, tímidamente, introducida por primera vez en 1994, y, en este sentido, marca un antes y un después en la fuerza normativa de los convenios en nuestro sistema de fuentes del Derecho.

La ultratractividad del convenio colectivo establecida en el artículo 86 ET desde su redacción originaria –y que ha perdurado tres décadas incólume- y a lo largo de su amplia andadura, se ha conformado como una pieza clave del convenio como norma, como uno de los rasgos característicos del convenio colectivo estatutario como norma jurídica y ha solucionado más problemas de los que ha generado. En efecto, ha supuesto un elemento de estabilidad y ha permitido el desarrollo más libre y meditado de los procesos negociadores complejos al aportar una “red de seguridad”, reduciendo el “stress” negociador y, desde luego, desde el punto de vista de la estrategia negociadora, su existencia no ha tenido un impacto unidireccional (no siempre ha favorecido al mismo banco, sindical-patronal). Pese a sus bondades, relacionadas con la seguridad jurídica y un entorno o favorable a una negociación colectiva cada vez más compleja, no se oculta que la ultratractividad ha generado otros problemas: básicamente, la petrificación de la negociación, frenando un deseable dinamismo y desincentivando la renovación de los contenidos. Objeciones, que, en parte, se han visto paliadas por una interpretación judicial dinamizadora de dichas situaciones de inmovilismo, a través del juego de las reglas de concurrencia del art. 84 ET.

Los análisis previos a la reforma de 2011 ya advertían de la necesidad de limitar temporalmente la ultratractividad en un contexto nuevo –la crisis económica- en el que es necesario un mayor dinamismo y mayor capacidad de adaptación de

las regulaciones colectivas a las cambiantes situaciones de la economía y de las empresas. Pese a ello, en 2011 se descartó la limitación temporal imperativa de la ultractividad; posteriormente, el RDL 3/2012 optó por un período dispositivo de dos años máximos de ultractividad y, finalmente, la Ley 3/2012 estableció el límite, también disponible, en un año.

El grupo normativo formado por el art. 86.3 *in fine* ET y la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012 regula esta limitación de la ultractividad del convenio y es este bloque el que fundamentalmente vamos a analizar aquí. La cuestión que se plantea es si el 8 de julio de 2013, salvo pacto en contrario, vence el plazo máximo de ultractividad de un año para los convenios colectivos denunciados y no renovados, lo que, a su vez, plantea la cuestión de si ello comporta o no la admisión legal del vacío de regulación colectiva en los casos en que no exista un convenio colectivo de ámbito funcional y territorial superior aplicable.

La redacción de la ley no es lo suficientemente precisa ni explícita, ya que, aunque, tras la superación del plazo de un año de ultractividad, prevé la aplicación del convenio superior en orden a evitar el vacío de regulación, sin embargo, nada establece para el caso de que no exista tal convenio superior. La cuestión que ello plantea es si realmente nos encontramos ante un silencio legal cuyo alcance se impone determinar como premisa de todo el planteamiento posterior. En otros términos la pregunta sería: ¿se trata de un silencio elocuente o de una auténtica laguna legal a integrar aplicando las técnicas de integración jurídica?

Mi premisa es que estamos ante una auténtica laguna legal y que es necesario acudir a las técnicas de integración jurídica, descartando que el silencio legal comporte la voluntad legal de dejar sin regulación sectorial alguna a miles de empresas y trabajadores.

En la doctrina laboral se ha defendido (SEMPERE 2012) la inexistencia de tal laguna, al considerar que *“la pérdida de vigencia dispuesta por la Ley para los convenios que agotan su ultraactividad no va acompañada de distinciones y excepciones”*. No comparto esta posición por una serie de razones que, a continuación, voy a desarrollar, pero antes conviene recordar el tenor literal del precepto en cuestión (art. 86.3 *in fine* ET), según el 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”***.

El precepto legal no es claro en absoluto, ya que no resuelve muchas cuestiones que esta lacónica regulación abre, incluso en el mejor de los casos, cuando exista efectivamente un convenio de nivel superior, ya que ni siquiera determina si se

refiere al ámbito territorial o funcional, o bien a ambos a la vez. Con el objeto de fundamentar la configuración de este precepto legal como un precepto deficiente técnicamente hablando, baste con mencionar aquí algunos de los “cabos sueltos”, a título ilustrativo. Por ejemplo, qué sucede si concurren más de dos convenios de ámbito superior territorial y funcionalmente, o qué sucede si no hay ningún convenio superior, son aspectos imprescindibles para la viabilidad aplicativa del precepto y, sin embargo, no se concreta nada.

En caso de pluralidad de convenios superiores aplicables, doctrina y jurisprudencia plantearán posibles opciones interpretativas: la necesidad de aplicar el principio de norma más favorable conforme establece el art. 3.3. ET o bien de acudir a las reglas de concurrencia de convenios del art. 84.3 y 4 ET y que llevan a la preferencia aplicativa del convenio de empresa, o bien, finalmente, se podría invocar la aplicación de las reglas de articulación convencionalmente establecidas.

De la misma manera que el precepto legal no responde a los problemas derivados de la pluralidad de convenios superiores, tampoco resuelve el de la inexistencia de convenio superior porque realmente se trata de un precepto incompleto, sin que el silencio pueda ser interpretado elocuente de una u otra solución, máxime porque en la Exposición de Motivos de la Ley no hay una sola afirmación que conduzca a que la voluntad legal sea la de que se produzca un vacío convencional por superación del tope máximo de ultractividad. Para que el precepto sea inteligible, tenga sentido y sea coherente con el sistema normativo del que forma parte, es necesario integrar esas lagunas (determinar los contenidos implícitos) acudiendo a los principios y reglas jurídicas del modelo legal de negociación colectiva instaurado tras la Ley 3/2012, en el que se inserta, para determinar el contenido remitido y omitido por el precepto en cuestión.

Desde mi punto de vista, la ley no ha pretendido abrir la posibilidad al vacío regulador colectivo con esta regla limitativa de la ultractividad, ya que va contra el propio sentido de las normas en general provocar situaciones de inseguridad jurídica de graves consecuencias sociales, pues tal y como el TC ha afirmado recientemente –STC 198/2012-, la seguridad jurídica es un ideal de regulación inherente para que una norma sea, no ya sólo válida constitucionalmente, sino practicable socialmente. La tesis de que el art. 86.3 *in fine* ET implica que se abre un vacío de regulación colectiva integrable por los estándares mínimos legales, es impracticable social y jurídicamente.

Pero vayamos por partes, identificando los presupuestos de las tesis derogatorias y las conservadoras:

1º- la tesis del vacío convencional en la fase post ultractividad no coincide con la premisa que mantenemos aquí. A saber, que hay una laguna legal, un precepto inconcluso, un silencio legal, pues en ningún momento se contempla ninguna regla explícita para el caso de ausencia de convenio colectivo de nivel superior. Para las tesis derogatorias, en cambio, la no previsión legal equivaldría al decaimiento del convenio sin más.

2º-la negación de que exista una laguna, lleva a obviar el silencio legal y hacer una interpretación de tipo literal, desconectando el inciso legal del resto del precepto, de modo que automáticamente el silencio legal equivaldría a la derogación o preclusión del convenio y, siguiendo esa lógica, ante el vacío convencional, se aplicarían los estándares mínimos legales

3º-dicha interpretación derogatoria, además de inadecuada desde una perspectiva técnico-jurídica, es impracticable socialmente y jurídicamente, ya que el ET está plagado de remisiones a los convenios colectivos que quedarían sin ninguna regulación, siendo especialmente destacables la regulación de la clasificación profesional y los grupos profesionales –imprescindible para la organización del trabajo en la empresa, y que no acomete la ley-; o lo mismo podemos decir de los poderes de vigilancia, poderes disciplinarios, faltas y sanciones. Ello claro sin entrar en el disparate que supone pensar en la aplicación del salario mínimo interprofesional en un sector.

La doctrina que ha analizado esta cuestión desde distintas posiciones, coincide, no obstante, en señalar que cualquier solución es problemática –incluida la tesis derogatoria, que reconoce lo impracticable de una vuelta al ET- y es que, para una comprensión del problema que la norma plantea, no se puede obviar que estamos ante un precepto incompleto y que hay un silencio legal en sentido estricto (no, un silencio elocuente), hay una laguna legal. Desde mi punto de vista si el precepto hubiera previsto realmente dejar sin efecto los convenios colectivos estatutarios, dada la envergadura de una decisión tal, al menos debiera haberlo dicho y debiera haber previsto la fuente reguladora de las relaciones laborales en defecto de norma colectiva. A partir de ahí, las divergencias sobrevienen en el modo de integrar esa laguna y sus conclusiones finales, que, en muchos casos tienen un trasfondo más estratégico o político que verdaderamente jurídico, pues a nadie escapa que, en realidad, ninguna de las partes sociales está interesada en el vacío de regulación colectiva (cuestionando aún más el sentido de estas instituciones en el sistema de relaciones laborales), de la misma manera que también es evidente que el temor a él – al vacío- puede, en cambio, ser explotado como factor de presión en la negociación colectiva con efectos distorsionantes.

2.- INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 86.3 IN FINE ET Y DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

Acabamos de recordar el tenor literal del artículo 86.3 in fine del ET, pero para una adecuada interpretación del mismo, es necesario proceder a un análisis sistemático del mismo, poniéndolo en relación con el resto del precepto con el que forma un “bloque normativo” inescindible y que procedemos a recordar aquí en su tenor literal (el resto del precepto en que se inserta el párrafo debatido - art. 86 ET- y la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/2012:

El art. 86.1 ET establece que “corresponde a las partes negociadoras establecer la duración del convenio”, lo que dota a la autonomía colectiva de una preeminencia reguladora sobre la ley, siendo la autonomía colectiva plenamente soberana en materia de vigencia del convenio.

El art. 86.2 ET que prevé que *“los convenios se prorrogarán de año en año si no media denuncia expresa de las partes”*. Lo que supone una intervención legal, en defecto de manifestación de la autonomía colectiva en contrario, a favor de la estabilidad normativa del convenio, a través de la institución de la prórroga tácita. Voluntad estabilizadora de la ley que se repite en el apartado 3º al establecer que, una vez denunciado el convenio y concluida su duración pactada, *“la vigencia se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”* (de nuevo la afirmación de la plena autonomía colectiva en situación de denuncia del convenio). No obstante ello, la ley impone el mantenimiento de la vigencia del contenido normativo del convenio (de nuevo, en defecto de pacto) durante las negociaciones para la renovación, lo que implica, una vez más la voluntad legal a favor de la estabilidad normativa del convenio y de evitación del vacío convencional. Y en este punto la interpretación del art. 86.3 in fine conducente a la situación de vacío convencional comportaría una antinomia legal, ya que este precepto comporta el mantenimiento de la vigencia del convenio anterior mientras se mantenga abierto el proceso negociador.

En el tercer párrafo del art. 86.3 se deja a las partes plena autonomía incluso para la adopción de acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados.

El último párrafo del art. 86.3, al establecer un tope de la ultractividad de un año, conforma a este mandato como un precepto dispositivo para la autonomía colectiva, en cuanto admite pacto en contrario, que se configura como excepción a la regla general de ultractividad limitada (justo en sentido contrario que la redacción inmediatamente precedente, en la que la regla era la ultractividad indefinida y la excepción por pacto en contrario, la ultractividad limitada). No obstante, la consecuencia jurídica prevista en el precepto no es el vacío, sino la aplicación del

convenio de ámbito superior que resulte aplicable. Esta previsión legal genera numerosas cuestiones no resueltas¹, lo que pone de manifiesto cierta imprevisión legal, y ello, no sólo porque es posible, como se ha adelantado, que no exista dicho convenio superior, sino porque es posible que puedan concurrir varios. También es posible que el convenio superior pueda resultar más beneficioso (y menos adaptado a la realidad social y económica, siendo el objetivo de la limitación de la ultractividad el contrario, esto es, la mayor adaptabilidad), o puede ser menos completo; tampoco se determina si el convenio superior ha de estar en vigor en el momento de la pérdida de vigencia del convenio o también cabe que lo sea en un momento posterior. Y finalmente tampoco establece reglas sobre cual haya de ser el convenio colectivo aplicable en caso de concurrir varios convenios superiores aplicables, si acudiendo a las reglas del art. 84, si a lo establecido en acuerdos intersectoriales del art. 83.2 o bien aplicando el principio de norma más favorable del art. 3.3 ET.

La Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/2012 establece:

“El plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada el mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de la dicha fecha de entrada en vigor”.

Ésta es una disposición transitoria que, como corresponde a su naturaleza jurídica, sólo regula el régimen a aplicar en el caso de situaciones jurídicas producidas con anterioridad a la reforma legal, que, concretamente son los convenios colectivos que ya habían sido denunciados con anterioridad a que la Ley 3/2012 entrara en vigor. Al establecer la nueva regulación un plazo que no siempre será posible aplicar a situaciones jurídicas anteriores (pues puede que ya se hubiera consumido el plazo totalmente o parcialmente), en cuanto se refiere a un hecho anterior a la entrada en vigor de esa norma, es necesario en estricta técnica legislativa prever la forma en que dicho plazo se ha de aplicar a estas situaciones anteriores. Y lo que hace concretamente esta disposición transitoria es establecer una forma de cálculo específica de derecho transitorio, consistente en computar el plazo de un año, no desde la denuncia (que es la regla general estatuida en el art. 86.3 ET) sino desde la entrada en vigor de la Ley. Se trata de una previsión de derecho transitorio, por lo demás, harto frecuente en este ámbito, que cuenta con el precedente inmediatamente anterior -D.Trans. 4ª RD-Ley 3/2012, que se refería a la situación de los convenios colectivos denunciados con anterioridad al 12 de febrero de 2012,

¹ En sentido crítico, se ha señalado que la aparente benevolencia de la ley con la autonomía colectiva, el precepto, tal como está redactado, no garantiza su funcionalidad y plantea muchos interrogantes, vid. GOÑI SEIN, J.L.: “Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada”, AS, nº 9, 2013.

estableciendo que el cómputo de los dos años de ultractividad se realizaría a partir de la fecha de entrada en vigor de dicha norma, es decir, el 12 de febrero de 2014-.

En ningún caso establece esta disposición transitoria un régimen retroactivo para los convenios negociados conforme al marco normativo anterior que, al igual que ahora, garantizaba la vigencia del convenio en los términos pactados por las partes. Ello significa que todos los convenios anteriores que pactaron expresamente la vigencia del convenio denunciado hasta la negociación de un nuevo convenio se han de entender, en todo caso, vigentes, pues en nada ha cambiado el tenor dispositivo de la norma. Ello no impedirá, naturalmente, que los convenios puedan establecer una ultractividad anual, inferior o superior en el futuro, de la misma manera que antes. Es insostenible r considerar que los convenios que previeron expresamente una ultractividad limitada puedan quedar ahora afectados por la retroactividad máxima legal, ello no tiene ningún fundamento en esta disposición transitoria que solo se refiere a los que no previeron expresamente la ultractividad (y solo se beneficiaban de ella por mandato legal).

La regla de un año, no es aplicable a ningún convenio anterior a la reforma que contuviera pacto en contrario, mientras que los posteriores sí se verían afectados y, por tanto, el problema de un eventual vacío de regulación colectiva sólo afectaría a estos (y a los anteriores sin previsión pactada de ultractividad). Y es también en estos casos en los que, una vez sean denunciados, si no se renuevan en un año, desaparecería la unidad negocial y sería aplicable el convenio superior.

El análisis del bloque normativo sobre vigencia del convenio, siguiendo una interpretación sistemática, pues no cabe otra, nos lleva a adoptar cuatro conclusiones básicas y difíciles de rebatir :

1º La vigencia y duración del convenio corresponde determinarla con plena autonomía a las partes del convenio y así queda configurado legalmente, sin que la reforma de 2012 haya cuestionado este punto (la intervención estatista se configura como un elemento excepcional). Existen en el art. 86 ET hasta seis afirmaciones en un solo precepto sobre la plena soberanía de la autonomía colectiva en la materia, conformándose las escasas reglas que establece la ley en normas meramente dispositivas para la autonomía de las partes negociadoras. La determinación de la vigencia y duración del convenio se convierte así en un aspecto clave del derecho a la negociación colectiva y, por tanto, también de la libertad sindical ex art. 28 CE, lo que explica el pleno respeto legal de la autonomía de las partes.

2º La ley sigue apostando por la evitación del vacío de regulación, aunque no tanto, como tradicionalmente, por la estabilidad normativa del convenio. Esto es visible en materia de vigencia, al menos, en cuatro ocasiones: la prórroga tácita en caso de que no medie denuncia, la posible vigencia del convenio denunciado, la ultractividad

indefinida siempre que se esté negociando y la posibilidad de contrarrestar mediante pacto la ultractividad máxima legal de un año –hemos de entender para los supuestos de convenios vencidos y denunciados, sin que continúen las negociaciones-. Por tanto, no hay una sola manifestación en la ley que pueda conducir a interpretar que la voluntad legal sea abrir una situación de vacío negocial a modo de “sanción” por la falta de diligencia negociadora. Es más el propio párrafo analizado, establece, como consecuencia jurídica en caso de superación del año, no el vacío convencional, sino la integración mediante aplicación del convenio superior, lo que manifiesta una vez más que la voluntad legal no es provocar un vacío de regulación autónoma colectiva. En el fondo la única voluntad legal manifiesta es la de “sancionar” la falta de diligencia y dinamismo negocial mediante la sustitución de una regulación colectiva por otra de ámbito superior que fuera aplicable y la correlativa pérdida de especificidad de la unidad inferior poco eficiente. Pero la ley, en ningún momento se pronuncia sobre la eventual inexistencia de dicho convenio superior.

3º El silencio legal sobre la regulación aplicable en caso de no existir convenio superior genera inseguridad y es que muy probablemente el legislador, en su afán de luchar contra la petrificación de la negociación colectiva y en su dinamización, juega precisamente con ella –en términos más materiales, juega con la ambigüedad y el miedo inherente a dicha situación-, con la incertidumbre, con el “terror vacui” para forzar la negociación, pero sin llegar a pronunciarse sobre la situación, que quedaría, en última instancia, en manos de la interpretación judicial. Y ello porque es consciente de la existencia de límites no escritos que no aconsejan el desmantelamiento de las fuentes profesionales.

4º La disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, sobre la eficacia temporal de los convenios ya denunciados a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, al regular que el plazo de ultractividad de un año se computará a partir de la fecha de entrada en vigor de dicha ley, no puede ser interpretado de forma aislada ni desgajada del precepto cuyo régimen transitorio trata de regular. Por tanto, no es admisible la conclusión de que todos los convenios anteriores y no renovados queden derogados a partir del uno de julio de 2013 y ello porque lo que realmente regula esta norma transitoria es el modo de cómputo del plazo de un año a que se refiere el artículo 86.3 ET, ya que éste establece una regla general de cómputo de un año desde la denuncia para que proceda la aplicación del convenio superior. Por tanto, lo que hace la Disposición Transitoria Cuarta es establecer una regla específica para los convenios que ya se habían denunciado antes de entrar en vigor la Ley 3/2012.

3. LAS DISTINTAS OPCIONES INTERPRETATIVAS EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA: SUS PROS Y SUS CONTRA

La doctrina científica, junto a los interlocutores sociales y la Administración Laboral son quienes, por el momento han avanzado las primeras posibles interpretaciones de la laguna legal contenida en el art. 86.3 in fine. Muy sintéticamente podemos decir que hay dos grandes líneas interpretativas: la que sostiene que la ley ha previsto la preclusión legal del convenio aun con el vacío normativo que ello comporta y las que defienden la continuidad del convenio colectivo, dentro de las que se han planteado cinco posibles opciones interpretativas (formas de integrar la laguna legal), cada una con sus pros y aciertos pero también con sus objeciones y contras (en clave jurídica y político-jurídica). No obstante, y antes de pasar a su exposición conviene precisar donde se encuentra realmente la laguna y en qué situaciones se proyecta la nueva norma sobre ultractividad.

Por descarte, hemos de entender que la previsión legal controvertida no proyectaría sus efectos sobre los siguientes convenios colectivos:

- los no denunciados
- los denunciados pero que previeron expresamente un periodo más amplio o indefinido de ultractividad
- los denunciados pero en fase de negociación (sin que se haya dado por concluida la misma)

Por tanto, y por exclusión, el problema interpretativo sólo se plantea respecto de convenios colectivos denunciados, más allá del período de un año de ultractividad máxima legal disponible (bien desde la denuncia posterior a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 o bien desde ésta fecha para los denunciados con anterioridad a la misma) que no contemplan un pacto sobre ultractividad

Las posiciones doctrinales son básicamente dos: las continuistas (dentro de las que hay diferentes propuestas de continuidad del convenio) y las derogatorias (según las que se produciría un vacío de regulación colectiva).

3.1 Tesis continuistas

En este grupo incluimos todas las posiciones que han defendido la continuidad de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios que han

agotado la ultractividad máxima sin pacto de ultractividad, sin que se negocie nuevo convenio colectivo y sin que sea posible, por inexistencia, la aplicación de un convenio superior. No obstante, no se trata de una tesis propiamente homogénea, ya que dentro de ella se pueden identificar apuestas de integración diferenciadas: las que apuestan por la continuidad residual del convenio como norma, las que apuestan por la continuidad como contrato colectivo (pacto extraestatutario) y las que apuestan por la continuidad como condición contractual incorporada al contrato de trabajo individual.

-Tesis de la continuidad residual como convenio colectivo estatutario.

La primera de las posibilidades interpretativas es sostener que, por regla general se aplicará la regla legal, esto es, la aplicación del convenio superior y en su defecto de éste, aquél mantendría su vigencia subsidiariamente² Esta tesis ha sido criticada por falta de razón jurídica, ya que se consideraría incoherente tanto con la letra como con la finalidad perseguida por la ley, además de tratarse de una lectura inmovilista. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta posición cuenta, como mínimo con las mismas posibilidades de defensa que las demás, cuando no la que más coherencia global proporciona.

Se debe de recordar el sentido de una institución como la ultractividad de los convenios, ampliamente implantada en los modelos comparados, poniendo de manifiesto que esta institución no nace caprichosamente, sino que es propia de todo sistema normativo coherente (principio de modernidad de las normas, *lex posterior derogat lex anterior*) y garantiza un mínimo de estabilidad indispensable para garantizar la seguridad jurídica, además de proporcionar un marco adecuado durante la negociación del nuevo convenio colectivo.

Los excesos no desconocidos de la ultractividad (petrificación de la negociación y rigidez en la regulación de condiciones de trabajo) han sido en buena parte moderados por la jurisprudencia del TS y la práctica judicial³. No obstante, en este aspecto el legislador no ha optado por consagrar legalmente las limitaciones jurisprudenciales a la ultractividad, aunque sí, desde luego, ha introducido otros muchos mecanismos de flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo (descuelgues y preeminencia del convenio de empresa posterior).

²MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012”, RDS nº 57, 2012, pta. 261, que considera que el precepto legal es incompleto e incierto y al no ser practicable, a falta de previsión legal expresa, el convenio seguirá aplicándose de facto.

³ Recientemente, el TS ha excluido la vigencia ultractiva en el caso de cláusulas de naturaleza inequívocamente temporal según los términos pactados, como el “plus de incentivos” (STS de 29 de enero de 2013,). Igualmente se excluye la aplicación de la prohibición de concurrencia durante el período de ultractividad, no sólo para la negociación de otro convenio estatutario sino, incluso, como ha reconocido la AN, para la negociación de un convenio colectivo extraestatutario.

Es cierto que no se puede sostener una interpretación reactiva a los cambios tan profundos en el sistema de negociación colectiva que representa la Ley 3/2012. Y es que, aunque la regla sobre ultractividad fuera antes como ahora dispositiva para la autonomía colectiva, lo cierto es que antes la regla era precisamente la ultractividad indefinida (lo que las partes podían contrarrestar), mientras que ahora la regla (de nuevo, salvo pacto) es la ultractividad limitada (máxima legal de un año). Por tanto, es absolutamente cierto que ha habido un cambio profundo, pues la regla general legal pasa a ser la ultractividad limitada anual, mientras que la excepción, convencional, pasa a ser la ultractividad superior o indefinida.

Partiendo de que realmente con esta reforma se ha dado un paso más hacia una negociación más dinámica y coherentemente con los objetivos anunciados en el Preámbulo de la Ley, la ultractividad limitada pretende la mayor celeridad en los procesos negociadores y evitar la inamovilidad de las condiciones de trabajo (su petrificación) para posibilitar su adaptación a las cambiantes circunstancias económicas y sociales. Por ello, el legislador ha previsto una consecuencia jurídica: la aplicación del convenio superior, pero en ningún momento, ni en el preámbulo ni en el texto articulado, hay un solo indicio de que la pretensión sea “sancionar” la falta de diligencia negociadora con el vacío normativo. Por tanto, y en tanto no se ha modificado el procedimiento de extensión del artículo 92.2 ET (lo que haría imposible recurrir a él para resolver estas situaciones), no queda otra alternativa que el mantenimiento excepcional de la regulación anterior, por estricta coherencia con el principio de sucesión normativa, lo que no es extraño al sistema de fuentes de origen estatal, ya que mientras no se dicta una nueva ley o reglamento que sustituya al anterior, aunque tuviera una vigencia limitada, se mantiene residualmente en vigor la norma anterior, precisamente por su función normativa. Función y naturaleza que, hoy por hoy, mantiene el convenio colectivo estatutario, pese a sus múltiples excepciones y peculiaridades. Y es que todas las excepciones legales a la fuerza vinculante del convenio colectivo lo son siempre mediante un producto de la autonomía colectiva que se impone frente a otro, no siendo nunca la excepción a la eficacia del convenio el vacío de regulación colectiva. Y el legislador, si no ha ido más lejos –más allá de generar inseguridad y miedo al vacío para forzar la negociación a la baja en un período de crisis económica sin precedentes- es porque es consciente de los límites constitucionales. Por tanto, el convenio colectivo que ha superado dicho tope máximo de ultractividad, no siendo posible la aplicación de uno superior, sigue siendo aplicables de forma residual y subsidiaria y con un rango “degradado”, que lo hace vulnerable a la concurrencia de convenios y la eventual desaparición de la unidad de negociación. Por tanto, esta opción interpretativa no comporta la negación de los cambios normativos de la reforma legal, sino que los direcciona al campo de la negociación colectiva, dejando a salvo la seguridad jurídica de empresarios y trabajadores afectados por situaciones de bloqueo.

Finalmente hemos de tener en cuenta el análisis comparado, valorando como otros ordenamientos próximos al nuestro resuelven este problema. En el caso de los modelos más próximos como el francés, el alemán o el italiano, se contempla la institución de la ultractividad, generalmente con un límite, sin embargo, en ningún caso, superado el límite se produce la situación de vacío normativo, siendo lo predominante su aplicación como cláusulas contractuales, lo cual se explica en la naturaleza contractual de los convenios, por tanto, sin mutar su naturaleza jurídica. Esto es así en la mayoría de los casos y por ello en el nuestro, parece lo más coherente la aplicación residual del convenio siempre que no haya convenio superior, no sea posible la extensión de convenios, no haya un acuerdo marco de cobertura de vacíos o, finalmente, el Gobierno no dicte un reglamento sectorial de necesidad.

-Tesis de la continuidad del convenio como convenio colectivo extraestatutario. Se parte de la consideración de que el convenio colectivo estatutario tendría naturaleza normativa por disposición legal, por lo que esta misma ley podría también limitar dicha eficacia normativa en el tiempo, sin embargo, no podría disponer de su fuerza vinculante reconocida en la Constitución, lo que supone que el convenio vencido, denunciado y no renovado en el plazo de un año, sin que medie pacto en contrario, quedaría automáticamente degradado a convenio extraestatutario de naturaleza contractual y eficacia limitada a los sujetos voluntariamente representados por los firmantes; sin que se trate en estos casos de una estrategia de los negociadores para circunvalar y eludir las previsiones estatutarias, que es lo que ha condenado el TC en reiteradas ocasiones. Esta posición⁴ se basaría en que según criterio jurisprudencial, la falta de los requisitos del ET no determina por sí sola la falta de eficacia de lo pactado, sino que simplemente se considera convenio extraestatutario de eficacia limitada y naturaleza contractual –SSTS de 12 de diciembre de 2006, Ar. 283/2006 y de 28 de mayo de 2009, Ar. 3257/2009-. Desde mi punto de vista esta opción interpretativa presenta algunas dificultades de tipo jurídico, ya que el punto de partida –la normatividad de origen legal- no se comparte y por tanto, si la cuestión se planteara en esos términos, habría elementos suficientes para cuestionar la constitucionalidad de la reforma. Además, no estaríamos aquí ante un convenio que no se ha negociado conforme a las reglas del ET, que tendría eficacia contractual, sino ante un convenio que reúne todos los requisitos legales y, por tanto, es estatutario. Y, desde el punto de vista de las soluciones que aporta, considero que es igualmente una tesis débil, ya que la eficacia subjetiva limitada no garantizaría una adecuada cobertura del vacío regulador.

⁴ ESCUDERO RODRÍBUEZ, 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*, Ed.Cinca, Madrid, 2012, p. 54.

-Tesis de la aplicación del convenio denunciado y superado el plazo máximo de ultractividad (sin pacto en contrario) como condiciones contractuales.

Esta teoría tiene, de entrada, dos puntos débiles desde el punto de vista de los resultados que lleva aparejados, que son la posibilidad de modificación sustancial unilateral conforme a lo previsto en el artículo 41 ET (lo que rompe con la lógica global del Título III de que un convenio colectivo cede en su fuerza vinculante sólo a favor de otro producto de la autonomía colectiva) y la exclusión de los trabajadores de nuevo ingreso (lo que choca con la doctrina constitucional de la doble escala).

En cambio, no cabe oponer a esta tesis, desde el punto de vista jurídico, la doctrina constitucional sobre la automaticidad del convenio –esto es, la aplicación automática sin necesidad de incorporación al contrato, como consecuencia de su fuerza normativa directa, STC 58/1985)-, y ello porque esta doctrina se refería al problema de la sucesión normativa y la no pervivencia de las condiciones más beneficiosas cuyo origen esté en un convenio por estricta aplicación del principio de modernidad de las normas (convenio posterior deroga convenio anterior). Mientras que la cuestión que aquí se debate es resolver una laguna legal en la que lo que está en juego es un vacío de regulación.

La continuidad del contenido del convenio degradado a cláusulas contractuales se sustentaría en el derecho a la dignidad profesional, el deber de buena fe contractual y el deber de protección del empresario, además de en principios generales del Derecho como el de protección de la confianza legítima y la prohibición de enriquecimiento injusto⁵. Sin embargo, no se puede perder de vista la jurisprudencia del TS es claramente contraria a que los convenios colectivos del Título III del ET puedan crear condiciones más beneficiosas ni derechos adquiridos.

Indudablemente, si lo que se pretende, además de dinamizar la negociación colectiva, es permitir ajustes a la baja en las condiciones de trabajo, podría pensarse que esta posición, en la medida en que deja la regulación de las condiciones de trabajo a la voluntad unilateral del empresario (por la vía del art. 41 ET), es más coherente con la reforma que pretende introducir la flexibilidad en el interior mismo del sistema de fuentes profesionales, degradando el valor de la regulación colectiva bilateral (el convenio) a favor de la regulación colectiva unilateral (vía art. 41) o a la libre disposición del empresario (ya que las condiciones de origen contractual pueden ser modificadas).

⁵ En la doctrina encabeza esta tesis con sólida argumentación, MOLINA NAVARRETE, C.: “Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios: ¿en serio es una cuenta-atrás hacia el “abismo laboral” español”, en TL, monográfico, 2013.

La continuidad de las condiciones de trabajo del convenio degradadas a condiciones contractuales se sustenta también en el argumento de que la ley puede disponer de la fuerza normativa del convenio colectivo, pero no de la fuerza vinculante que tiene reconocida constitucionalmente. Por lo que implícitamente atribuyen a la naturaleza del convenio un fundamento meramente legal, en contra de la doctrina constitucional que ha interpretado la expresión constitucional del art. 37.1 CE –“fuerza vinculante”- como fuerza normativa y que, por tanto, no estaría a disposición del legislador, ya que sería la Constitución y no la ley la que habría consagrado la fuerza normativa del convenio (a diferencia de la eficacia subjetiva general o *erga omnes* que es claramente una opción legal).

En definitiva, no considero que el salto a lo contractual venga a solucionar los problemas que plantea el art. 86.3 in fine ET, ya que ello abre más problemas de los que resolvería, pues solo en muy escasa medida las condiciones contractuales son aptas para responder a la regulación de trabajo. No creo que la vuelta al contrato sea la solución de los problemas que este precepto plantea al sistema de fuentes.

-Tesis de la degradación a costumbre o uso profesional

Cabría pensar, finalmente y dentro de las tesis conservacionistas, la de considerar que las condiciones de trabajo del convenio colectivo pudieran seguir aplicándose, sin ser degradadas al rango meramente contractual, como costumbre o uso profesional, por tanto, como fuente del Derecho supletoria, aplicable en defecto de disposiciones legales y convencionales, manteniendo, así, la naturaleza normativa, aun degradada, del contenido del convenio colectivo.

Históricamente el convenio colectivo ha desempeñado el papel de recepción de usos o costumbres profesionales, pero conforme el convenio colectivo se fue desarrollando el papel de aquéllos devino residual, hasta tal punto que puede afirmarse que la consolidación del convenio colectivo como fuente de regulación normativa ha supuesto la pérdida de utilidad de la costumbre y el uso profesional, incluso haciéndolo inútil.

La costumbre presenta dos rasgos en el ámbito laboral, de un lado, su carácter de fuente supletoria (lo que avalaría que su aplicación para suplir un eventual vacío de regulación) y su carácter “local y profesional” (lo que la hace especialmente apta dado el carácter también sectorial y territorial del convenio colectivo). Es cierto que, conforme establece el art. 1.2 CC, “*los usos jurídicos meramente interpretativos de una declaración de voluntad* “ no constituyen costumbres, ya que en cuanto fuentes objetivas del Derecho no pueden vincularse sólo a declaraciones derivadas de la

autonomía de los individuos contratantes y deben, por tanto, trascender del ámbito de la relación individual.

La costumbre laboral (no el uso de empresa que no alcanza el rango de fuente) es la expresión de los mandatos de la comunidad “profesional” con independencia de su forma, por lo tanto, es “una norma creada e impuesta por el uso social “ (Castro y Bravo), entendiéndose por la expresión norma el sentir comunitario de que el uso “debe valer” como Derecho y como tal ser impuesto, lo que separa la costumbre de las meras “regularidades efectivas de la conducta humana”. La aplicación del convenio colectivo, una vez superada la ultractividad máxima, como costumbre no es contraria ni a la ley ni al orden público laboral (condiciones que exige el ar. 1.3 CC) y tampoco supondría una derogación de la ley -salvo que interpretáramos que la voluntad legal es provocar un vacío de regulación-.

Específicamente también recoge el ET la costumbre normativa expresamente remitida por la propia ley para numerosos aspectos de la relación de trabajo (art. 20.2 diligencia y colaboración debida; 29.1 lugar y fecha de pago del salario; 49.1 d) preaviso del trabajador en la dimisión; 54.1 e) rendimiento normal, entre otros), al margen de su conexión con el principio de buena fe contractual como “arquetipo de conducta social” (Díez Picazo) o mínimo ético comúnmente aceptado en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es cierto que hasta ahora la costumbre ha desempeñado un papel muy limitado en el ámbito del Derecho del Trabajo , fundamentalmente por el elevado grado de intervencionismo estatal por el que está rodeado el contrato de trabajo y también por el extraordinario desarrollo de los convenios colectivos y porque, incluso, cabe su exclusión por pacto individual. Y éste es precisamente el punto débil, desde el punto de vista del resultado, a que lleva esta tesis interpretativa y es que la degradación del contenido del convenio a costumbre dejaría en manos de la autonomía privada su aplicación, desprovista, por tanto, de su naturaleza imperativa.

Al margen de las debilidades de esta tesis en cuanto a los resultados a los que conduce, desde un punto de vista técnico-jurídico no considero que sea admisible, pues si algo precisamente ha provocado el art. 86.3 ET es precisamente incertidumbre sobre la vigencia imperativa del convenio en la fase ultractiva, faltando pues en la “comunidad profesional” la convicción de la obligatoriedad de lo estipulado en el convenio.

3.2. -Tesis derogatoria.

Se considera que el convenio denunciado y tras el año de ultractividad legal⁶ (sin que medie pacto en contrario) pierde su vigencia totalmente. Superado este plazo, el convenio desaparece y serán aplicables los mínimos legales –nacionales e internacionales-, descartando, expresamente sus defensores, que la tesis de que lo que nace y despliega sus efectos con una naturaleza jurídica determinada pueda mutarse en otra. Para los defensores de esta opción interpretativa, esta situación afecta incluso a los convenios anteriores a la reforma que contemplaban cláusulas expresas de ultractividad, supuestamente “porque se he ha querido dotar de un tope bienal”⁷.

Esta tesis da por sentado que no hay laguna alguna sino silencio elocuente, sin aportar, desde mi punto de vista, argumentos concretos que avalen dicha interpretación, puesto que ni en el Preámbulo de la Ley se alude al vacío normativo querido por la ley (y siendo una institución con más de treinta años de vigencia, su derogación total y absoluta habría requerido de un pronunciamiento más abierto por parte de legislador, cosa que no ha hecho), ni el tenor literal de precepto alude a dicha situación, además de que una interpretación sistemática del último párrafo del artículo 86.3 in fine dentro del conjunto del precepto y globalmente dentro del título III del ET lleva a la conclusión contraria.

A parte de aludir a argumentos tan poco concretos como “la naturaleza de las cosas”, esta tesis pretende excluir las restantes por considerar que no son coherentes con la finalidad perseguida por la ley, prohibiendo ésta, además (según esta posición), cualquier lectura neutralizadora de lo dispuesto en la ley y sugiriendo que sería un contrasentido que tras una profunda reforma la situación en esta materia permaneciera igual que antes de la reforma. La “naturaleza de las cosas” vendría a significar en este caso que no es admisible que el convenio colectivo, de naturaleza normativa, mutara su naturaleza jurídica como consecuencia de superar la fase de ultra-actividad y pasara a convertirse en condición contractual generadora de condiciones más beneficiosa y derechos adquiridos. Sin embargo, dicha objeción, se basa en una doctrina constitucional (STC 58/85) referida a la problemática relación entre el convenio colectivo estatutario y el convenio extraestatutario, por tanto, no necesariamente extrapolable a una cuestión distinta a la planteada ahora con el cambio legal. Y la crítica a las lecturas neutralizadoras del cambio normativo, tampoco constituye un argumento definitivo, en la medida en que en ningún momento la ley manifiesta que la finalidad sea provocar la desaparición de toda fuente de regulación

⁶ Esta posición cuenta con apoyo doctrinal muy cualificado, concretamente, vid. SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva”, en AA.VV. *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La duración de los convenios tras la reforma”, *Aranzadi Social Doctrinal*, n. 1, 2012, para quien “cuando transcurra el año de ultra-actividad dejará de tener cualquier tipo de vigencia el convenio claudicante, por así quererlo el legislador”.

⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La duración de los convenios...”, op. Cit., p. 31.

colectiva, sino que, con total claridad, lo que ha pretendido , es fomentar la dinamización de la negociación colectiva y acabar con la petrificación de la misma que es la que impediría la adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades cambiantes de la economía y de las empresas.

Es claro que el límite del intérprete lo marca la propia ley, o, recordando el aforismo romano, *in claris no fit interpretatio*. Pero la realidad es que no nos hallamos ante un precepto precisamente claro, sino todo lo contrario, es un precepto, sobre todo, incompleto, deliberadamente o no, inacabado, lo que legitima la labor de interpretación. Y, me reitero en recordar que en ningún lugar de la ley se alude a la finitud del convenio, a la desaparición del mismo –por más que se pueda discutir si su aplicación a partir de ese momento ha de ser en calidad de contrato, pacto extraestatutario o convenio estatutario).

La interpretación derogatoria pretendería sustentarse en que el precepto legal ya que, supuestamente, al establecer la pérdida de vigencia para los convenios que agotan su ultra-actividad, no habría establecido ningún tipo de excepción, distinción ni matización. Esto es, se basa en una interpretación literal. Ahora bien, la interpretación literal puede llevar al absurdo si se toma solo la parte, desconectada del resto del párrafo, artículo y título de la ley en la que se inserta (desconectada del contexto), por lo que no resulta un argumento en absoluto definitivo. Máxime cuando la única regla que contempla el precepto en caso de superación del tope máximo de vigencia ultra-activa es otra: la aplicación del convenio superior y no la del vacío de regulación colectivo; esto es, el precepto establece una prioridad aplicativa, no un vacío convencional colectivo.

Casa mal con un precepto de contenido supuestamente tan drástico (la pérdida total de vigencia y vacío normativo) el que se configure como norma dispositiva, como casa mal también que un efecto de tan fuerte calado se regule implícitamente, mediante silencio elocuente.

4. SOLUCIONES A DISPOSICIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL ESCENARIO DEL VACÍO NORMATIVO

En principio, y sin perjuicio de la labor del intérprete científico, es claro que, en defecto de una ulterior modificación legal aclaratoria, serán los jueces y tribunales del orden social los que habrán de enfrentarse al problema abierto por la defectuosa técnica de regulación legal y, por tanto, serán ellos quienes, tendrían la última palabra.

Sin embargo, antes de llegar a una situación de judicialización sin precedentes, lo cierto es que al tratarse de una norma de derecho necesario relativo, disponible para la autonomía colectiva, lo cierto es que quienes tienen la última palabra son los propios interlocutores sociales, que habrían de aunar esfuerzos por contribuir a la función que les es propia, en lugar de conducir a una espiral social sin precedentes desde la transición política, adoptando para ello posiciones propias de su función institucional .

La dimensión del problema que plantea el precepto aquí analizado no ha sido cuantificada de forma fiable. La patronal lo cifra en 105 convenios denunciados y que finalizaron su vigencia a 31 de diciembre de 2011, sin que a 31 de marzo de 2013 se hayan podido renovar, lo que supone que la supuesta pérdida de vigencia afectaría a 105 convenios aplicables a 109.402 trabajadores. De ellos 38 corresponden a empleo público. Por su parte, los sindicatos, computan que desde 2006 hasta abril de 2013 permanecen sin renovar y denunciados 1682 convenios que son aplicables a 3.541.000 trabajadores (aunque en estos datos no se han depurado las unidades de negociación que han desaparecido y que se refieren, sobre todo, a convenios colectivos de empresa). La disparidad en las cifras manejadas por los interlocutores sociales, bien minimizando, bien exacerbando, el número de convenios, empresas y trabajadores que podrían quedar afectados por el supuesto vacío pone de manifiesto hasta qué punto nos hallamos ante una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica sin precedentes, aunque hay un dato que puede moderar el alcance del problema, ya que casi el 40% de los convenios suscritos con posterioridad a la reforma laboral de 2012 contienen previsión de ultractividad superior a la anual o hasta que no se alcance un nuevo convenio.

Los interlocutores sociales tienen una considerable responsabilidad en el momento en el que nos hallamos. Es preciso señalar que el mantenimiento del convenio colectivo no es sólo una pretensión sindical en un período de crisis en el que parece imponerse la negociación a la baja o derogatoria. Al contrario, los convenios sectoriales cumplen una función clara de defensa de la competencia, imprescindible para las empresas en un marco de economía de mercado. Y no me refiero sólo –en la perspectiva empresarial- al problema del régimen disciplinario en la empresa sino a algo mucho más grave desde el punto de vista de la competencia en relación con empresas de nueva creación (que no aplicarían el convenio sectorial) con estrategias de reducción de costes salariales desleales para con el resto, ya que el principio de no discriminación salarial se entiende aplicable dentro de una empresa y sólo excede de este ámbito por obra del convenio colectivo, todo ello sin valorar los costes de la conflictividad laboral.

Y coherentemente con la situación descrita, lo cierto es que los agentes sociales ven con preocupación la llegada de la etapa post-ultractiva, aunque, es claro, por motivos distintos. Los sindicatos CCOO y UGT han presentado a CEOE y CEPYME un “Compromiso de actuación entre CEOE y CEPYME y CCOO y UGT sobre negociación colectiva pendiente de regulación” en el marco de los trabajos de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva y que fue presentada el 5 de abril de 2013.

La patronal considera que en estos momentos los contenidos de los convenios presentan desfases significativos respecto a las necesidades de las empresas y que la profundidad de la crisis económica requiere una respuesta en la negociación colectiva. Y es a partir de estas dos premisas desde donde han manifestado su voluntad favorable a la renovación de los convenios colectivos con prontitud, para lo que instan a intensificar las negociaciones y a solventar las discrepancias mediante los procedimientos de mediación y arbitraje de común acuerdo. Y en relación a la fase ultra-activa recomiendan una valoración detenida, sector por sector de las consecuencias de una eventual pérdida de vigencia del convenio, incentivándose “acuerdos de extensión temporal complementaria” de dicha vigencia que posibiliten la continuidad de las unidades de negociación. Y todo ello, consideran, debiendo considerar la posibilidad de presumir que los convenios que han sido denunciados y que no han sido negociados en los dos últimos años no son útiles para regir las relaciones laborales en las empresas.

En diversos documentos de la gran patronal –CEOE- se ha dejado claro que la eventual inexistencia de convenio de ámbito superior en la fase post ultraactividad no significaría que pueda considerarse legal un cambio radical y absoluto en las condiciones de trabajo, por ejemplo, mediante aplicación sin más de las condiciones mínimas legales. Y a modo de recomendación plantean la posibilidad de que en estos casos las empresas puedan establecer unilateralmente unas condiciones de trabajo que estén en consonancia con las defendidas durante el proceso de negociación, reconociendo, además que los mejores objetivos empresariales en los convenios se puedan lograr con la no ultraactividad -de 9 a 31 de julio de 2013- “ponderando adecuadamente las tensiones que se puedan generar”⁸. En definitiva, se propone, como última salida, una regulación colectiva unilateral, lo que a todas luces es inconstitucional.

Además, se constata una voluntad de renovación en la patronal, pero de renovación claramente a la baja, a la vez que se admite que en algunos casos las partes puedan pactar una ultraactividad complementaria -no, por tanto indefinida-, sin excluir

⁸ Documento del Departamento de Relaciones Laborales de CEOE, “Nota sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, de 17 de abril de 2013.

la posibilidad de que en otros casos en que no se plantea problema de vacío, puedan desaparecer unidades de negociación.

Los sindicatos más representativos –UGT y CC.OO- presentaron en la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 5 de abril el documento “Compromisos de actuación entre CEOE y CEPYME y CCOO y UGT sobre la negociación colectiva pendiente de Renovación”. La propuesta sindical para los convenios cuya ultractividad decaiga a partir del 8 de julio de 2013, habiendo sido denunciados con anterioridad al RDL 3/2012, es decir, los convenios afectados por la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, el “promover la renovación de los convenios colectivos en proceso de negociación, y en los casos que no pudiera llegarse a la conclusión de la negociación el 15 de mayo de 2013, mediante un acuerdo directo o mediante un procedimiento de mediación, que se opte por una de las siguientes opciones:

- a) Prorrogar por un año la vigencia en todos sus términos
- b) Adoptar un acuerdo parcial por el que se prorrogue la ultractividad del convenio hasta la conclusión de las negociaciones para la renovación del mismo, manteniéndose abierta la negociación
- c) Adoptar un acuerdo por el que se someterán, de manera voluntaria, a arbitraje en los organismos autónomos de solución de conflictos, las materias de la negociación que sean objeto de controversia

Y para el caso de que el plazo de un año fuera aplicable a convenios no denunciados o que se hubieran denunciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, se recomienda a las partes a que con anterioridad a la finalización del plazo de negociación en la renovación del convenio, opten por la aplicación de alguna de las alternativas anteriores.

En definitiva, los sindicatos proponen que cada unidad afectada opte por una ultractividad adicional de un año, una ultractividad indefinida mientras se negocie la renovación o los procedimientos de arbitraje voluntariamente aceptados, tanto para convenios afectados por el régimen transitorio como para los que vengán con posterioridad a la entrada en vigor de la ley y ello con la finalidad clara tanto de dinamizar la negociación como de evitar el vacío o la situación de absoluta inseguridad jurídica.

A partir de estas posiciones de los interlocutores sociales no parece que existan muchos puntos de proximidad, la Circular para la Negociación Colectiva de 2013 de CEOE, partiendo de la derogación de los convenios más allá del plazo de un año, recomienda que se puedan aplicar unilateralmente condiciones de trabajo “que estén en consonancia con aquéllas que haya defendido durante el proceso de negociación”, en lugar de remitir a los mínimos legales. Esto significa la aplicación de las condiciones

de trabajo unilateralmente establecidas por el lado empresarial y se sustentaría en la posibilidad de mejora de los mínimos legales, sin embargo, en cuanto regulación unilateral de impacto colectivo, considero que se trataría de una forma de eludir las previsiones estatutarias sobre la negociación colectiva que tiene el monopolio de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo. Igualmente, prueba de la difícil posición negociadora de los sindicatos, es la afirmación que se hace en la mencionada Circular de CEOE en la que se considera que *“los mejores objetivos empresariales de los convenios colectivos se puedan lograr con la no ultractividad -8 de julio al 31 de julio de 2013- ponderando adecuadamente la intensidad de las tensiones que se puedan generar”*. La propuesta de actuación a partir del día 8 de julio por parte de CEOE, parte de la necesidad de neutralizar la “hipersensibilidad sindical en este tema”, para lo que se ha solicitado a la Secretaría de Estado de Empleo y al Director General de Empleo la información sobre el número de convenios y trabajadores afectados por la pérdida de ultractividad. Se ha afirmado por parte de esta organización empresarial el carácter intrínsecamente negativo de la ultractividad para el empleo y para la adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de las empresas, por lo que se propone un uso más intensivo de los procedimientos de mediación y arbitraje. Todo ello sin excluir que los negociadores en cada ámbito puedan ponderar qué contenidos resultan de interés mantenerlos ultractivos con carácter temporal o indefinido y cuales no (indicando la conveniencia de mantener la del régimen disciplinario) y proponiendo la desaparición de las unidades de negociación cuyos convenios colectivos hayan terminado su vigencia inicial dos antes del 7 de julio de 2013 sin que se haya acordado un nuevo convenio.

Más allá de un gran pacto o acuerdo interprofesional en la cumbre sobre ultractividad, que, como vemos, tropieza con importantes discrepancias, otra posibilidad es alcanzar un Acuerdo de Cobertura de Vacíos, al estilo del adoptado con ocasión de la derogación de las ordenanzas laborales, que produjo una situación de inseguridad jurídica comparable. Y es que, a partir de lo dispuesto en el art. 86.3 in fine ET, sobre el pacto en contrario sobre ultractividad, se ha de entender que no se limita dicho “pacto” al alcanzado en la propia unidad negociadora, sino que es posible que se adopte mediante un acuerdo interprofesional o un convenio colectivo de los previstos en el artículo 83.2 ET. Esta posibilidad tiene la ventaja adicional de que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva contempladas en el nivel sectorial no están incluidas en el listado de materias sobre las que el artículo 84.2 ET atribuye prioridad aplicativa al convenio de empresa.

Finalmente, es evidente, que, además de las opciones que adopten los propios interlocutores sociales en virtud de su autonomía colectiva –con todas las dificultades que plantea una negociación desequilibrada por la inseguridad jurídica generada por la defectuosa técnica legal y de la que son muy conscientes ambas partes- el legislador tiene siempre la última palabra y no es descartable la posibilidad de una norma con

rango legal o, incluso reglamentario de desarrollo que pueda colmar lo que entendemos es una verdadera laguna legal. Y finalmente, como vía última para solventar eventuales situaciones de vacío, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podría proceder a la regulación de condiciones de trabajo por rama de actividad para sectores económicos de la producción y demarcaciones territoriales en que no exista convenio colectivo, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, en los términos previstos en la Disposición Adicional 7ª del ET, ya que en este caso nos sería posible acudir al procedimiento de extensión, que siempre es procedimiento prioritario a estos reglamentos sectoriales, conocidos doctrinalmente como “reglamentos de necesidad”, por su carácter completamente extraordinario y excepcional.

La judicialización de esta situación, paralelamente al desarrollo de una impredecible conflictividad laboral, no es descartable, y entendemos que podría desarrollarse por la vía procesal del conflicto colectivo o incluso de tutela de la libertad sindical, por lo que, la no actuación del poder legislativo, del Gobierno y de los interlocutores sociales podría dejar en manos de los tribunales del orden social la última palabra al respecto; pero, desde luego, no sería la mejor de las soluciones, siendo la óptima la solución autónoma y reservando la labor judicial a aspectos puntuales.