

RETORNO NORMATIVO A LA ULTRAACTIVIDAD DEFINIDA: ¿CAMBIO QUE BIEN MERECE UNA REFORMA O VALOR SIMBÓLICO?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

*¡No le toques ya más
Que así es la rosa!
("pero hasta llegar a la rosa")
Juan Ramón Jiménez. Piedra y cielo
Tenemos, quienes vivimos,
una vida que es vivida
y otra vida que es pensada,
y la única en que existimos
es la que está dividida
entre la cierta y la errada
Fernando Pessoa. Tengo tanto sentimiento*

EXTRACTO

Palabras clave: Ultraactividad, negociación colectiva, estructura negociada, concurrencia de convenios

Antes de la reforma de 2021, con el nuevo art. 86.4 del Estatuto de las personas trabajadoras (ET), había una amplia coincidencia, en el mundo jurídico y social, incluso en buena parte de las empresas, para incluir el régimen legal de ultraactividad temporal de los convenios colectivos entre los aspectos más lesivos, e irracionales, de la reforma laboral de 2012. Por eso, debe valorarse muy positivamente el retorno a la ultraactividad indefinida, como régimen en defecto de pacto colectivo. No obstante, conviene poner de relieve que sus efectos más distorsionadores ya fueron en gran medida desactivados por el conjunto de fuentes de las relaciones de trabajo, en especial por la propia autonomía colectiva, también por el Derecho jurisprudencial, aunque en este caso con argumentos puramente pragmáticos, algo erráticos y fundamentos dudosos.

ABSTRACT

Key words: Ultra-activity, collective bargaining, bargaining structure, prohibition of concurrence of agreements

Prior to the reform of the year 2021, which has drafted a new art. 86.4 of the Workers' Statute (WS), the legal-labor world and social opinion, including a good part of the companies, knew that the legal regime of temporary ultra-activity of collective agreements represented one of the most damaging and irrational aspects, of the 2012 labor reform. Therefore, the return to indefinite ultraactivity deserves a positive assessment, as a regime in the absence of a collective agreement. It will be beneficial for working people and for social peace in companies. However, it should be emphasized that its most distorting effects have already been deactivated to a large extent by the set of sources of labor relations, especially by collective autonomy itself, also by jurisprudential law, although in this case with purely arguments pragmatic, somewhat erratic and doubtful fundamentals.

ÍNDICE

1. INTROITO: EL REGRESO A LA “ULTRA ACTIVIDAD INDEFINIDA”, SÍMBOLO DE LA NECESIDAD DE CONTRARREFORMA
2. MÁS ALLÁ DE LA EVITACIÓN DE VACÍOS: CARÁCTER SISTÉMICO CONVENCIONAL DE LAS REGLAS DE ULTRAACTIVIDAD
 - 2.1. Ultraactividad y estructura del sistema de negociación colectiva: el fin centralizador (estatalista) de la reforma de 2012
 - 2.2. Ultraactividad y prohibición general de afectación de convenios: ¿tendrá impacto el retorno al modelo indefinido?
3. CONTEXTUALIZACIÓN REAL DE LA REFORMA: DESACTIVACIÓN PRÁCTICA DE LA ULTRAACTIVIDAD TEMPORAL
 - 3.1. Más allá de la lectura normativista: la autotutela convencional realista a través de pactos de ultraactividad indefinida
 - 3.2. La solución conservadora en el Derecho de precedentes jurisprudenciales en materia de ultraactividad: respuestas equívocas, pero garantistas.
4. PRINCIPALES NOVEDADES DEL ART. 86.4 ET: REFORZAMIENTO DE LA LLAMADA A LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES
 - 4.1. La mediación, forma priorizada de solución extrajudicial de eventuales situaciones de impasse negociador.
 - 4.2. La naturaleza dispositiva de la ultraactividad indefinida ¿mantiene la puerta abierta a la “contractualización” de las condiciones de trabajo?
 - 4.3. Ultraactividad el día de la firma del convenio?: ¿Cuándo surte efectos su denuncia?
 - 4.4. El régimen transitorio para las reglas de ultraactividad: una pretensión de eficacia lo más inmediata posible.
5. CONCLUSIÓN

1. INTROITO: EL REGRESO A LA “ULTRA ACTIVIDAD INDEFINIDA”, SÍMBOLO DE LA NECESIDAD DE CONTRARREFORMA

En la dura pugna político-partidista por lograr el aval parlamentario a la reforma laboral de 2021, pactada a través de un acuerdo de diálogo social y formalizado como ley de urgencia (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo), por fortuna finalmente logrado (aún con bochorno y sainete), un argumento a favor de la aprobación se repetía una y otra vez: el retorno a la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos –como Paris– bien valdría una (contra)reforma laboral. En un contexto de evocación poética –recurrente en los artículos de tribuna periodística cuando se quiere hablar, en tiempos conmemorativos, de una norma de especial transcendencia, como en algún caso se ha hecho para la Constitución y la defensa de un sentido quirúrgico o selectivo del debate sobre su reforma¹– del breve poema con que el insigne Juan Ramón Jiménez

¹ <https://www.lanuevacronica.com/no-la-toques-mas-que-asi-es-la-rosa-1>.

comenzó su libro ‘Piedra y Cielo’, «¡No le toques ya más, que así es la rosa!», la experimentada y –normalmente– templada opinión de Nicolás Sartoriu lo expresaba así de rotundo (y desmesurado):

“Solamente con recobrar por ley la ultraactividad de los convenios ya justificaría una reforma. Es decir, que cuando las partes contratantes no llegan a pactar un nuevo convenio siga en vigor el anterior es algo muy serio. Pues bien, la reforma... de 2012, al liquidar tal criterio propinó al movimiento sindical y a las personas trabajadoras el golpe más duro conocido en el periodo democrático. Fomentó el que las empresas no tuvieran interés en acordar nada o, en su caso, muy a la baja, al saber que si no había convenio el personal sufridor perdía lo conquistado, se aplicaba estrictamente el ET y la remuneración podía irse al salario mínimo. Una de las causas de la actual desigualdad, de la pérdida de salarios y de la capacidad negociadora de los sindicatos»².

Con tanta o más carga simbólica, la ministra del ramo defendía lo irracional que sería “tumbar la reforma”, esgrimiendo expresamente, dentro y fuera del Parlamento, que:

«Quien la haga fracasar tendrá que explicar... a los trabajadores de Cádiz [una alusión a la huelga de finales del año pasado por el conflicto colectivo en el sector del metal sobre la subida salarial en el nuevo convenio] o (a) los que están sin negociar su convenio porque acabó la ultraactividad, que prefiere la norma anterior»³.

Entre las –muy razonables y justas– reivindicaciones sindicales en el conflicto de Cádiz (finalmente resuelto, antes de entrar en vigor la nueva reforma), estaban, junto al aumento salarial del 2,5 %, y vigilar la práctica difusa de descuelgues retributivos ex art. 82.3 ET en el sector, la ultraactividad indefinida. Podríamos poner otros varios ejemplos en los que la derogación del modelo de ultraactividad temporal presenta la misma carga simbólica. En suma, social y políticamente se asumía su “especial lesividad” laboral.

De este modo, el imaginario colectivo, la conciencia social sobre lo disfuncional del art. 86.3 ET, que abría la puerta a un tipo de gestión laboral basada en la presión para el acuerdo por el miedo a vacíos de regulación convencional, coincide con la comprensión crítica que la mayoría de la doctrina científica evidenció respecto de este aspecto de la reforma de 2012. El acotamiento temporal de la ultraactividad del convenio colectivo a un año tras su denuncia (o llegada de su término, si se

² Cfr. “Reforma laboral: No le toques ya más, que así es la rosa”. https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/reforma-laboral-no-le-toques-rosa_129_8698400.html.

³ Cfr. “La ministra de Trabajo advierte de que quien «haga fracasar» la reforma laboral «tendrá que explicárselo a los trabajadores de Cádiz»”. https://www.lavozdigital.es/cadiz/provincia/lvdi-ministra-trabajo-advierte-quien-haga-fracasar-reforma-laboral-tendra-explicarselo-trabajadores-cadiz-202201021328_noticia.html.

ha excluido aquella) se llevó a cabo a través de un precepto, que, sin ninguna duda, estaba entre los más viciados (defectuosos) técnicamente (plagado de lagunas y antinomias jurídicas) de aquella reforma. A la crítica político-sindical por los desequilibrios de poder contractual que generaba sumaba la derivada de las numerosas dudas interpretativas, creando una atmósfera de inseguridad jurídica y de conflictividad latente, a modo de Espada de Damocles, persistente.

Pese a lo que suele afirmarse, a mi entender, tal previsión legal repartunque asimétricamente, los efectos negativos de falta de acuerdo para la renovación de convenio colectivo de aplicación, entre la parte social y económica. Los vacíos de regulación en las situaciones de ausencia de convenio colectivo de ámbito superior aplicable, incluso de lagunas reguladoras, tras el agotamiento de la ultraactividad de una determinada norma convencional, también eran un perjuicio para la gestión de empresa. No comparto la muy extendida visión de que perjudicaba solo a la parte laboral⁴. Y no la comparto porque supone una marcada infravaloración del papel del convenio como instrumento de gestión empresarial (función productiva), no solo de concesión de derechos (función distributiva). Cualquier persona laboralista (científica, consultora, asesora, etc.) sabe que un amplio número de decisiones de gestión laboral, algunas por remisión legal, no pueden llevarse a cabo al margen del convenio (ej. poder disciplinario; jornada de trabajo, etc.).

Justamente, el caos de gestión empresarial que hubiera generado una aplicación estricta y mayoritaria de la previsión legal hizo que, en la práctica, sus augurados “efectos perturbadores”, incluso “devastadores” de los equilibrios de regulación (de ser creíble la visión apocalíptica expresada por algunas de las opiniones arriba reflejadas), también la gran mayoría de las empresas procurara que no llegaran a materializarse como podría de llevarse a sus extremos la visión más extrema de la reforma (el régimen de mínimos legales a falta de un convenio de ámbito superior aplicable), salvo en contados casos. Así sucedió –lo recordaremos, brevemente más abajo– por obra del resto del sistema de fuentes extralegales (negociación colectiva, la doctrina jurisprudencial), evidenciando lo simple o reductivo que es identificar una reforma normativa laboral con su texto legal, orillando su práctica real (ej. como sucedió con el control jurisdiccional del despido colectivo para el que la eliminación legal de los juicios de razonabilidad se neutralizó en los Tribunales).

Sea como fuere, lo cierto es que el nuevo art. 86.4 ET reintegrará para nuestro sistema de relaciones convencionales, aunque el texto tenga algunos cambios respecto del pasado, el modelo legal de ultraactividad indefinida. Un modelo eso, sí, hoy como ayer, subsidiario, esto es, en defecto de pacto –previo, simultáneo o posterior– colectivo. Este retorno se presenta en el preámbulo de la ley socialmente negociada de urgencia como un ejemplo de revisión de los equilibrios perdidos y de corrección de las distorsiones creadas.

⁴ Cfr., para una posición usual, López Aniorte, Carmen. “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral.pdf>.

De este modo, donde el precedente artículo 86.3 ET preveía:

“3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

(...)

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

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”.

El nuevo art. 86.4 ET establece que:

“Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes.

Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”.

Veamos las principales claves interpretativas y prácticas de esta nueva regulación, en el contexto de la práctica convencional y de la doctrina jurisprudencial

desarrolladas bajo la precedente regulación, a fin de identificar, en su caso, algunas lecciones de futuro.

2. MÁS ALLÁ DE LA EVITACIÓN DE VACÍOS: CARÁCTER SISTÉMICO CONVENCIONAL DE LAS REGLAS DE ULTRAACTIVIDAD

2.1. Ultraactividad y estructura del sistema de negociación colectiva: el fin centralizador (estatalista) de la reforma de 2012

Una lectura directa e inmediata de las reglas de ultraactividad evidencia que, de inicio, se configuran por la ley como una institución siempre disponible para la autonomía colectiva (antes de la reforma de 2012, después de ésta y ahora con la reforma 2021), a fin de garantizar al mantenimiento de las cláusulas (inicialmente las normativas solo, no así las obligacionales –como las cláusulas de paz sindical–) del convenio anterior, mientras continúe la negociación del convenio siguiente. La solución conservadora, pues, tiene una vocación transitoria, en tanto dura la renegociación para el nuevo convenio. De este modo, se evitan vacíos de regulación y se eliminan perturbadoras presiones sobre ambas partes (aunque incida más en la parte social, pero, insisto, no solo, pues supondría hacer de menos el valor del convenio para la gestión diaria del trabajo en la empresa) para el proceso renegociador. Sin embargo, en la reforma laboral de 2012 se optó, como régimen subsidiario, por acotar estas reglas de ultraactividad solo durante un determinado tiempo, el que la ley consideró razonable (primero dos años, luego solo un año), para promover un mayor dinamismo renegociador, evitando perpetuar tanto el convenio precedente como el proceso renegociador.

En caso de fracaso de este proceso, como el TS puso de manifiesto, la ley no podría buscar crear “vacíos normativos”, porque iría contra la razón y contra el imperativo de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino que su pretensión habría sido la contraria, esto es, evitar el vacío normativo que se produciría con la pérdida de vigencia del convenio, estableciendo la aplicación del convenio de ámbito superior que resulte de aplicación. En este caso: “...no existe una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa”⁵.

Para el TS, el fin perseguido por la voluntad del poder legislativo (en un momento en el que el poder ejecutivo estaba sustentado por una mayoría de absoluto rodillo) sería palmario, derivándose tanto del texto normativo como de la

⁵ Así se afirma por el TS desde 2018, año en el que dictó una extensa secuencia de sentencias del Pleno en este sentido (SSTS, 4^a, 5 de junio de 2018, recursos 364/2017 y 427/2017; 7 de junio de 2018, recurso 663/2017; entre otras).

exposición de motivos de la norma reformadora: incentivar un mayor dinamismo de la negociación colectiva para la corrección de su –real o pretendida– reducida capacidad de adaptación a las demandas del mercado en cada tiempo, mucho más aceleradas y cambiantes que los lentos procesos de negociación existentes en nuestro país. De ahí la pretensión legal –que el TS avaló– de acabar con el atrincheramiento que supone una regla legal de bloqueo como sería permite la ultraactividad indefinida. La ultraactividad temporal tendría, pues, el sentido primario de una norma de incentivo de la renovación de los convenios colectivos. En esta visión, normativa y jurisprudencial, el convenio colectivo adquiriría una primera, principal, función productiva y de gestión, adecuando la norma laboral al contexto económico.

El TS fue inequívoco al respecto, evidenciando una clara adhesión a la reforma de 2012 en este punto:

“Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año. Parece evidente que a tal finalidad y, especialmente, a la de evitar vacíos normativos responde el mandato legal de aplicación, si lo hubiere, del convenio superior que resultase de aplicación. (...)”⁶.

Dejemos por ahora (volveremos después, aun brevemente, porque ya es solo historia jurídico-laboral, afortunadamente) de lado que la realidad era bastante menos lúcida y lucida, entre otras cosas porque la regla legal implicaba un sinfín de problemas interpretativos en su aplicación, tanto lagunas como contradicciones (ej. determinación de si existía o no un convenio de ámbito superior, de existir varios cuál es, precisamente, el aplicable; y, de no existir ninguno, qué norma sería de aplicación, ante la imposibilidad, para cualquier jurista serio, de volver a los mínimos legales –salariales y de jornada–). En este momento me interesa llamar la atención sobre otra dimensión finalista, con una nítida finalidad de política del derecho convencional colectivo y de ajuste de costes retributivos, subyacente a esta solución legal favorable a la sustitución (que no sucesión) íntegra del convenio que caduca por el convenio colectivo de ámbito superior aplicable. Me refiero al efecto de centralización de la estructura de la negociación colectiva perseguido con la regla de ultraactividad temporal ex art. 86.3 ET.

⁶ Recuerda, con una ilustrativa síntesis, esta doctrina jurisprudencial de favor hacia la reforma de las reglas de ultraactividad en 2012 la STS, 4ª, 855/2021, 7 de septiembre.

Que esta regla de ultraactividad no solo perseguía incidir en la (devaluación, o al menos contención) de las condiciones laborales de las personas trabajadoras, sino también en la estructura de negociación, es un dato comúnmente compartido en los análisis de la doctrina científica⁷. Pero esta interacción o incidencia conectaba de forma significativa con otros objetivos más generales de la reforma laboral de 2012, como el contribuir a un ajuste retributivo a la baja en virtud del desplazamiento de los convenios colectivos de ámbito sectorial provincial (una unidad negociadora intermedia con efectos “inflacionistas”, a diferencia de las más centralizadas –estatal– o descentralizadas –empresa–, según ilustran los análisis de mayor solvencia de economía del trabajo relativos al impacto de la norma convencional en las políticas retributivas). Buena prueba de ello es que, en la mayoría de los conflictos relativos a la determinación del convenio colectivo de ámbito superior que resultaba de aplicación, la selección de norma convencional recaía sobre un convenio de ámbito estatal. Un resultado que no pasó desapercibido en determinados territorios, en los que los convenios sectoriales provinciales tienen un especial protagonismo y ofrecían mejores condiciones de trabajo, como en el País Vasco. El cuerpo de jurisprudencia social unificadora se forjó estimando recursos empresariales contra decisiones del TSJ vasco.

En muchos casos el convenio colectivo de ámbito provincial fue denunciado y perdió posteriormente su vigencia, caducando y abriéndose ex art. 86.3 del ET al convenio de ámbito superior. Una buena ilustración –también por la síntesis de Derecho de precedentes en esa misma línea y ámbito– nos la ofrece la STS, 4ª, 855/2021, 7 de septiembre (en este caso el convenio aplicable resultante era el estatal de empresas consultoras, de servicios de informática y estudios de mercado y de la opinión pública). Un efecto de recentralización estatista convencional que se sumaba a otras normas de la reforma de 2012 en análogo sentido, conciliando un doble objetivo, en principio puede pensarse que opuesto, pero no es así si se analiza con más profundidad: de centralización del sistema favoreciendo la negociación sectorial estatal sobre la provincial, igualmente sobre la autonómica, de un lado, sin perjuicio de la descentralización a favor de la unidad de empresa, priorizados en relación con todos los sectoriales, estatales y provinciales, en el listado de materias ex art. 84.2 ET, de otro. Este modelo de predeterminación legal de la estructura negociadora fue también combatido por los sindicatos nacionalistas (en especial ELA⁸), chocando con una contundente doctrina jurisprudencial que, en

⁷ Lo recordaba recientemente, aunque su efecto en la práctica fuese limitado, la profesora Merino Segovia, Amparo. “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”. Briefs AEDTSS, <https://www.aedtss.com/ultraactividad-de-los-convenios-colectivos-2/>.

⁸ Un ejemplo muy significativo lo hallamos en la STS 269/2018 de 13 marzo. ELA impugnó la validez del convenio colectivo estatal para Restauración Colectiva que regula la estructura de la negociación colectiva, las reglas de resolución de conflictos de concurrencia y numerosas materias

varios puntos muy discutible, hizo de la doctrina constitucional que dejaba plena soberanía normativa a la ley estatal a tal fin por la ausencia –se afirma, con dudoso fundamento– de un modelo constitucional sobre la articulación de la negociación colectiva⁹.

En este escenario no sorprende que los sindicatos nacionalistas tuvieran un interés particular en que la reforma laboral de 2021 corrigiera esta situación, a fin de retornar a la prevalencia de convenios sectoriales de ámbito territorial limitado, como sucediera en el año 1994. Si es evidente que la nueva regla de ultraactividad indefinida facilitará esta vigencia de los convenios sectoriales provinciales, que ahora no se verán amenazados por el desplazamiento que suponía la remisión, caducados aquéllos por la pérdida del plus de vigencia proporcionado por la regla de ultraactividad, pero limitado, al ser temporal, no ha sucedido lo mismo respecto de otras reglas que permiten el doble efecto de centralizar la estructura convencional primando la unidad estatal y descentralizarla sobre la unidad de empresa ex art. 84.2 ET¹⁰. Un precepto este también modificado tras la reforma de 2021, pero de forma limitada a la retribución, respecto de la que ahora no gozará de preferencia, con lo que se restringe la excepción a la prohibición de afectación de convenios colectivos de ámbito superior, ciertamente, pero de forma limitada.

2.2. Ultraactividad y prohibición general de afectación de convenios: ¿tendrá impacto el retorno al modelo indefinido?

En este mismo escenario más sistémico de interacciones entre el modelo legal de ultraactividad y la estructura de la negociación colectiva, clave a su vez para la política de condiciones de trabajo, en especial retributivas, pero no solo, también relativas a claves tan determinantes como el tiempo de trabajo, es obligado

concretas, primando dicho ámbito respecto de otros, en particular el provincial. El convenio se ampara en el tenor del ALEH V.

⁹ Para una completa e ilustrativa síntesis de Derecho de precedentes, con especial referencia a las SSTC 119/2014 y 8/2015, vid. STS, 4ª, 332/2019, 25 de abril (en relación con I Acuerdo Marco CAPV en el ámbito de Hostelería –BOPV 16 marzo 2017– en relación con el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V).

¹⁰ Bien conocido es que ni el TC ni el TS asumieron perfectamente las bondades o virtudes de esta opción descentralizadora de la ley de reforma laboral de 2012, que impuso la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales en relación con determinadas materias. Una prioridad que, ayer, como hoy –tras la reforma de 2021–, dicho sea de paso, sigue siendo indisponible para los acuerdos interprofesionales (no sucedía así en la reforma de 2010, donde sí era disponible). Por lo que se asume –también tras la reforma laboral de 2021– la legitimidad del fin de “facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores, procurando favorecer la flexibilidad empresarial en aquellas materias en que el legislador ha considerado que puede ser más necesaria la acomodación a las características de la empresa y de sus trabajadores” (STC 119/2014, 16 de julio y 8/2015, 22 de enero; STS, 4ª, 332/2019, 25 de abril).

hace referencia a su impacto en la dinámica aplicativa de la prohibición general de afectación convencional del art. 84.1 ET. Debe recordarse que esta prohibición juega durante la “vigencia” del convenio, “salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2”, así como en las varias excepciones previstas, entre ellas la prioridad aplicativa del convenio de empresa ex art. 84.2 ET (posibilidad de afectación en cualquier momento). Una vez más, las excepciones a la prohibición de afectar el contenido de un convenio superior, y anterior, se justifica para evitar la temida “petrificación” de la estructura negocial en un sistema basado en el principio de libertad negociadora. En este contexto ¿la regla de ultraactividad temporal (ex art. 86.3 ET -2012-) o, al contrario, indefinida (art. 86.4 ET 2021-), incidiría en la protección efectiva de las “expectativas legítimas” de las unidades de negociación de mantenerse inafectadas en ese plus de plazo de vigencia ultraactiva?.

Como es natural, y se conoce, la respuesta dependerá de la interpretación que se haga del término “vigencia” que utiliza el art. 84.1 ET en relación con las previsiones del art. 86 ET. ¿La expresión legal relativa a la “vigencia” debe entenderse restrictivamente, solo respecto del periodo de eficacia inicial prevista por los sujetos firmantes de la norma convencional, incluso a la prorrogada de forma expresa por aquéllos, o, en cambio, en sentido expansivo, incluyendo también la “vigencia ultraactiva”? Aunque pueda resultar sorprendente, la doctrina jurisprudencial no ha venido siendo uniforme, o, cuando menos, no es lo unívoca, lineal o pacífica que pudiera pensarse, incluso que la misma doctrina de unificación afirma de sí misma. Así, la STS 958/2021, de 5 de octubre afirma que la “doctrina comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial” concluye que la prohibición de concurrencia se extiende únicamente durante la vigencia del convenio preexistente, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET, pero no si el “convenio preexistente concluyó su vigencia ordinaria, tras haber sido denunciado...sin que conste... (después de finalizar la vigencia ordinaria del convenio sectorial) se hubiese llegado a un acuerdo...” (FJ Cuarto, punto 2).

¿Tan común y pacífica resulta esta tesis? No, a juzgar, no solo por las diferentes posiciones de la doctrina científica, sino si se atiende a ciertos precedentes, cierto que no mayoritarios, incluso escasos, de la propia Sala 4ª del TS. En este sentido, la STS, 4ª, 1045/2018, 12 de diciembre¹¹, desestima el recurso de casación contra una sentencia de instancia (AN) que, tras un detenido análisis normativo y jurisprudencial, llega a la conclusión de aplicar la prohibición de concurrencia ex art. 84 ET para “el Convenio de Conservas Vegetales de 2014... aun cuando su situación fuera de ultraactividad...”. Ciertamente, en este caso se constató una especial

¹¹ Recordaba otras decisiones en tal sentido la profesora Merino Segovia, Amparo. “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”, ob. cit.

actividad de la unidad de negociación hasta la fecha en que entró en ultraactividad, produciéndose pocos meses después la nueva negociación desplegada. Una expectativa de blindaje a la que se “aquietó la parte actora”.

El asunto es especialmente relevante para evidenciar la importancia de este asunto. La cuestión dilucidada en el RCUd que resuelve la citada sentencia consistía en dilucidar la validez (más bien la eficacia -por cuanto la prohibición no conlleva nulidad del acuerdo, solo inaplicación) de un convenio de empresa (Ibercacao) que establece una jornada de trabajo superior a la prevista en el convenio sectorial anterior hallándose, al tiempo de la firma del convenio de empresa en situación de ultraactividad por aplicación de las normas sobre vigencia determinadas en el propio convenio. La sentencia de suplicación, que revocó el fallo de instancia, razonó que, en el caso de autos, el convenio sectorial contenía una cláusula expresa de ultraactividad –art. 4–, por lo que no se trata de una ultraactividad derivada de previsión legal genérica –art. 86 del ET–. Y ello determinaría que no resultara de aplicación la doctrina de la STS de 2 de febrero de 2004 (RCUD 3069/2002). El TS, como se ha dicho, mantiene la preferencia aplicativa de convenio de empresa, al no existir una vigencia en sentido propio, sino “ultraactivo”, sin que quepa la excepción prevista en el art. 84.2 ET, por cuanto el listado de materias excluye la jornada (ahora la retribución también, como se sabe). En suma, a la vista de esta doctrina jurisprudencial reciente, no parece que el retorno al modelo de ultraactividad indefinida vaya a tener una incidencia especial en el ámbito de la prohibición de concurrencia, por cuanto en tal situación, según la citada doctrina jurisprudencial, no sería de aplicación.

3. CONTEXTUALIZACIÓN REAL DE LA REFORMA: DESACTIVACIÓN PRÁCTICA DE LA ULTRAATIVIDAD TEMPORAL

3.1. Más allá de la lectura normativista: la autotutela convencional realista a través de pactos de ultraactividad indefinida

Situado ya el análisis jurídico en el sentido y alcance más precisos y directos de la nueva regla legal subsidiaria de ultraactividad, que retorna a su alcance indefinido salvo un pacto contrario, es oportuno también, a fin de evitar ciertos excesos a la hora de valorar su verdadera novedad jurídica, así como su auténtico valor práctico, contextualizarla en el sistema preexistente de fuentes de regulación laboral de la ultraactividad convencional al art. 86.4 ET. Para la mayoría de los análisis que ya se han hecho de esta –necesaria, no solo conveniente–contrarreforma, el retorno a la regla de ultraactividad indefinida ha de marcar un gran cambio de orientación en la actual práctica, convencional y de relaciones de trabajo, a comenzar por los procesos de negociación. A mi juicio, sin embargo, pese al evidenciado simbolismo de este aspecto de la reforma, por considerarse uno de los más lesivos (e irracionales) normativamente de la reforma de 2012, la realidad

es bien diversa, porque, en buena medida, los principales riesgos asociados a tan viciada regulación ex art. 86.3 ET (reforma de 2012), ya había sido ahuyentados por la negociación colectiva (la fuente convencional), así como desactivados por la doctrina jurisprudencial (la fuente del Derecho de precedentes jurisprudenciales), aun con fundamentos discutibles e incluso criterios hermenéuticos bamboleantes, en exceso pragmáticos u oportunistas.

En el plano de la autotutela convencional frente a la lesividad de la reforma de 2012, un reciente Estudio de la CCCNCC muestra una visión más realista de lo sucedido. La naturaleza dispositiva del régimen de ultraactividad legal y la convicción de ambas partes de la unidad negociadora de lo perturbador que sería dejar caducar un convenio ha llevado a que, sean mayoritarios los convenios que mantuvieron la ultraactividad indefinida. Más concretamente: casi 7 de cada 10 convenios colectivos.

A mi juicio, frente a otras valoraciones más negativas de esta capacidad de resiliencia y autotutela de la negociación colectiva frente a decisiones normativas tan irracionales, los datos de la CCNCC son contundentes. Si la denuncia automática parece ser minoría en la práctica convencional (el 68,1% del total de convenios colectivos analizados no utilizan la fórmula de la denuncia automática, frente al 31,9% que sí establecen la denuncia automática del convenio), con las reglas de ultraactividad ocurre lo opuesto. Solo el 36,3% de los convenios colectivos se acogieron a la posibilidad prevista por la ley –ayer como hoy, tras la reforma de 2021– de un régimen de ultraactividad limitada. En este grupo, dos tercios de los convenios (el 24,1% del total) optaron por la vía del artículo 86.3 del ET (establecía una ultraactividad de un año tras la denuncia). Un 8,5% acordaron una ultraactividad entre 13 y 36 meses representan, en tanto que un grupo muy reducido han acogido una ultraactividad menor (de 12 meses, incluso carecen de reglas de ultraactividad -regirá la legalmente prevista de forma subsidiaria, lógicamente)¹².

En términos de personas trabajadoras realmente cubiertas por la ultraactividad de tipo indefinido, ya antes de la entrada en vigor de la reforma de 2021, ese 63,7% de los convenios que tiene una ultraactividad que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo equivale al 59% del total de las cubiertas por los convenios firmados entre 2016 y el primer semestre de 2021. En el estudio se reflejan dos tendencias de gran significado para este enfoque más templado, y equilibrado, del verdadero impacto logrado por este aspecto de la reforma, claramente desactivado de forma mayoritaria por parte de las unidades de negociación. A saber;

- 1) En primer lugar, se constata una progresiva pérdida de presencia en el total de los convenios de aquéllos que acuerdan una ultraactividad de un año. Del

¹² Vid. CCNCC. Boletín Informativo n. 80, noviembre de 2021. https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf.

máximo en 2016 (26,5%) alcanzó su mínimo en 2020 (22,9%). Los datos de 2021 confirman la prolongación de la trayectoria descendente al situarse en torno al 20%.

- 2) En segundo lugar, paralelamente, se registra un paulatino aumento de la inclusión de la cláusula que prolonga la ultraactividad del convenio hasta la firma de uno nuevo. Si 2016 marcó el mínimo (59,6%), fue ascendiendo progresivamente hasta situarse en el 67,6% en 2020 y en el 69,5% en el primer semestre de 2021.

Como puede comprobarse, y en contra de la crítica –puramente normativista– de buena parte de analistas, desde hace más de media década siempre han sido mayoría las unidades convencionales que mantuvieron el régimen precedente de ultraactividad indefinida. El mínimo de 2016 supone prácticamente un 60 por cien de convenios colectivos. Una observación que no queda desautorizada, aunque sí exige matización, atendiendo al dato, también registrado en el citado Estudio, conforme al cual, no se produjo una trayectoria igualmente lineal, sino errática, en el porcentaje de personas trabajadoras cubiertas por convenios en los que la ultraactividad se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio. Así, en los ejercicios 2019 y 2020 se situó en el 56,4% y el 68,8%, respectivamente, descendiendo al 49,9% en el primer semestre de 2021, lo que supondría que estas cláusulas se acogen en convenios colectivos de menor ámbito subjetivo.

Por supuesto, con la nueva regulación, este porcentaje, tanto de convenios como de personas trabajadoras y empresas cubiertas por ellos, es de esperar que crezca de forma notable, pues la mayoría remitirá al art. 86.4 ET¹³. Así sucedió antes de la reforma de 2012.

3.2. La solución conservadora en el Derecho de precedentes jurisprudenciales en materia de ultraactividad: respuestas equívocas, pero garantistas

Podría pensarse que, aun no mayoritario, sería importante el colectivo de personas trabajadoras que, sin esa autotutela convencional, sí que quedarían al albur del miedo a la incertidumbre sobre las condiciones de empleo y de trabajo en

¹³ El TS tuvo varias ocasiones de pronunciarse sobre la prevalencia del pacto colectivo sobre el régimen legal, puramente subsidiario. En relación con el momento en que debía producirse el pacto expreso de conservación de vigencia del convenio normativo («excepción a la pérdida de vigencia del convenio»), pese a llegar al final del tiempo pactado inicialmente, o prorrogado, sostiene que “si un convenio colectivo, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, contiene una cláusula que prevea que una vez finalizado el período de vigencia y denunciado el convenio, permanecerán vigentes las cláusulas normativas hasta que se produzca la entrada en vigor de un nuevo convenio que haya de sustituirle, tal cláusula es ‘el pacto en contrario’ al que se refiere el último párrafo del apartado 3 del art. 86 ET” (SSTS 17 de noviembre 2015, rec. 321/2014 y 17 de marzo 2015, rec. 233/2013).

caso de caducidad de sus respectivos convenios. ¿Ha sido una práctica de gestión relevante la actualización del riesgo de vacíos reguladores que pudieran llevar a aplicar los temidos mínimos legales? La experiencia dice que no, entre otras razones porque, además de no interesar en modo alguno a la mayoría de las empresas, más allá del fragor de la punja político-ideológica, la doctrina jurisprudencial, tras diversos vaivenes en la doctrina judicial, desarmó toda expectativa de que pudieran producirse soluciones realmente liquidadoras del contenido de los convenios colectivos, aún caducados.

Así puede verse, solo por citar un ejemplo reciente, en la citada STS 855/2021, 7 de septiembre (reitera la doctrina fijada en la STS, 4^a, de 28 de enero de 2020, recurso 1294/2018). El debate radicaba en si debía aplicarse la célebre “*contractualización de las condiciones de trabajo*” o considerar vigente el convenio colectivo de ámbito superior. La doctrina jurisprudencial es clara a la hora de dar preferencia a esta segunda solución, de modo que, siempre que hubiera identificable un convenio colectivo superior que fuese de aplicación, descarta por completo la –muy polémica– tesis de la contractualización de las condiciones de trabajo, sea ab initio o ab origine (acogida excepcionalmente por la STS, 4^a, 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014)¹⁴, sea a posteriori, subyacente o latente, incluso selectiva o “espigueada”¹⁵.

En definitiva, mal que bien, incluso erráticamente, con débiles argumentaciones, lo cierto es que la jurisprudencia logró desarmar, no solo modular o matizar, los efectos potencialmente más distorsionadores o perturbadores de una norma tan defectuosa en el plano técnico como el art. 86.3 ET, incierto e injusto, pero sobre todo tan disfuncional, incluso para un normal funcionamiento competitivo de

¹⁴ La STS 14 de febrero 2019 (rec. 3253/2017) trató de clarificar la difusa doctrina sentada en la STS, 4^a, de 21 de diciembre de 2014, de modo que: «no cabe sostener...que, de aquella interpretación jurisprudencial, se derive que el convenio colectivo ya expirado haya de mantenerse incólume, desplegando sus efectos respecto de los acontecimientos futuros. La dificultad de dar respuesta a los supuestos en que no exista convenio colectivo de ámbito superior se resuelve afirmando que el paquete obligacional que el contrato de trabajo encierra queda petrificado en los términos en los que se hallaba en el momento de la pérdida de vigencia del convenio. Insistimos en que esta pérdida de vigencia no permite a la empresa alterar tales condiciones por esa exclusiva causa, pero tampoco es posible que surjan nuevas obligaciones para ella que no hubieran nacido aún al producirse el final de la vigencia».

¹⁵ La –también polémica y confusa– STS, 4^a, de 23 de septiembre 2015 (rec. 209/14), que asume la validez de su doctrina sobre la contractualización *ab origine* y su coexistencia con una eventual existencia de un convenio de ámbito superior lagunoso afirma: “salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el convenio provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto, aquéllos que prestaban servicios en empresas guipuzcoanas del sector cuando éste perdió su vigencia, en los términos arriba expuestos, de conformidad con la STS 22-12-2014”.

las empresas, abriendo la puerta a factores de competencia desleal¹⁶. Muy pocos casos han sido (o pocos los llegados a los tribunales) los que sí han mostrado el lado más oscuro asociado a la regla de ultraactividad limitada –ahora derogada– y se han proyectado en un colectivo protegido por convenio, pero sin una relación contractual viva o actual, por tratarse de personas jubiladas. Ese fue el caso de la –a mi juicio muy discutible en su razonamiento– STS, 4ª, 761/2021, 7 de julio (Grupo Endesa), que deja emerger los puntos más débiles de la construcción –errática, pero también errada– de la contractualización ab origine.

En síntesis, la demanda solicitaba que se declarase el derecho de las personas trabajadoras afectados por el conflicto colectivo a mantener los derechos (beneficios) sociales que venían disfrutando hasta el 31 de diciembre de 2018. En concreto, se solicitaba que se declarase el derecho al suministro de energía eléctrica bonificada y a la ayuda escolar del personal denominado pasivo (personal ya jubilado y a los familiares, previsto en el IV Convenio Colectivo Marco del Grupo ENDESA), a pesar de no tener contrato en vigor. Asimismo, se pedía se condenase a las empresas a la restitución de los citados beneficios y a la reparación de daños causados por la aplicación de la decisión empresarial. Sin embargo, el TS, confirmando la sentencia de instancia, en este caso de la AN, la desestima, concluyendo que fue el convenio colectivo el que libremente eligió remite, “prácticamente en blanco”, al art. 86.3 ET, por lo que:

“...esta Sala comparte...que la pérdida de vigencia del convenio implica su desaparición como norma jurídica y que, en consecuencia, desaparecen los derechos y obligaciones respecto de las personas que carecen de vinculación contractual alguna con las empresas a las que se aplicaba el convenio fenecido. Además, no es ocioso reseñar que la pérdida de vigencia del convenio se produjo en la fecha prevista por el propio convenio que los firmantes intentaron prorrogar o modificar durante más de un año de negociaciones en el que hubo alrededor de cincuenta sesiones negociadoras, sin que las partes pudieran llegar a un

¹⁶ Un argumento que tiene cada vez más cabida en el razonamiento jurisprudencial. Piénsese, si bien en el tema diferente del convenio colectivo aplicable en caso de contratas y subcontratas prestadas por empresas multiservicios (que hoy pretende atajarse con la nueva regla del art. 42.6 ET, sin duda algo limitada y decepcionante para corregir los desmanes de estas empresas, que exigirían aplicar el convenio de la empresa principal, en línea con lo que se prevé para las ETT, a las que hacen competencia desleal –aún dentro del mismo grupo empresarial, a menudo–. La STS, 4ª, 438/2020, de 11 de junio, anticipa la actual solución legal ex art. 42.6 ET en un caso en el que la actividad que presta la empresa multiservicios es una sola. Como razón adicional para justificarla tiene en cuenta que “no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios” (FJ 4, punto 1).

acuerdo a pesar de que todas ellas eran sabedoras de las consecuencias de tal falta de acuerdo en orden a la pérdida de vigencia...” (FJ Séptimo).

No creo que esta conclusión fuese la única asumible en el Derecho preexistente. Si bien puso de relieve la inseguridad jurídica (ideal de regulación inherente a toda norma –STC 198/2012– que el art. 86.3 ET, injusta, absurda y disfuncionalmente asumió, por más que fuese avalada constitucionalmente –STC 8/2015–) a que abocaba la norma, estos casos representan apenas una excepción en la práctica mayoritaria correctora, por el Derecho de precedentes jurisprudenciales. En la mayor parte de los casos, con un efecto disuasorio claro en la experiencia empresarial, neutralizó los efectos más potencialmente distorsionadores del Derecho legislado. En realidad, fue adaptando sus respuestas a las circunstancias de cada caso (ej. selección del convenio superior aplicable, validez de los pactos de ultraactividad indefinida, cobertura de lagunas de los convenios colectivos, conservación de condiciones de trabajo incluso en las hipótesis extremas de inexistencia de convenio superior, etc.).

4. PRINCIPALES NOVEDADES DEL ART. 86.4 ET: REFORZAMIENTO DE LA LLAMADA A LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES

4.1. La mediación, forma priorizada de solución extrajudicial de eventuales situaciones de impasse negociador

Ahora (sin perjuicio del periodo transitorio (DT 7ª RDL 32/2021) es el art. 86.4 ET el que ha tomado cartas en el asunto y ha recuperado el modelo de ultraactividad indefinida del convenio colectivo, a fin de reequilibrar normativamente, dando coherencia a la norma con la realidad, el poder contractual de los sujetos negociadores en cada una de las unidades de renegociación. Manteniendo su carácter dispositivo, la regla actual de ultraactividad torna a la solución conservadora de las cláusulas del convenio durante el tiempo en el que se negocia el nuevo, evitando así cualquier vacío normativo que pudiera emerger de la caducidad del convenio cuya vigencia ha fenecido. Sin embargo, no queda exento de todo problema o duda interpretativa, aunque de alcance menor. Veámoslo.

Inalterados los párrafos 1 y 2 del art. 86.3 ET, ahora se suprimen sus párrafos 3 y 4, cuyo contenido, con modificaciones de su texto no irrelevantes ahora se incluyen en el nuevo art. 86.4 ET. En su virtud, lo primero que llama la atención es la llamada que se hace a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, cuando, q contar desde la denuncia –dice el art. 86.4 ET–, “transcurra un año desde la denuncia del convenio sin que se alcance un nuevo convenio”. En este caso, las partes negociadoras deberán recurrir a las soluciones extrajudiciales de discrepancias previstas en los acuerdos interprofesionales (mediación y arbitraje), a fin de poner fin al impasse negociador en la suscripción del nuevo

convenio. Confirmando la centralidad de la mediación [no se hace referencia a la conciliación] en la cultura de solución extrajudicial de los conflictos laborales de nuestro país, la nueva regulación prevé su desplazamiento por el arbitraje solo si concurre un acuerdo expreso (previo o coetáneo). Ahora se elimina la regla según la cual, “en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral”, el arbitraje tendría “carácter obligatorio”.

Naturalmente, en el nuevo marco de ultraactividad indefinida, en defecto de pacto, el desarrollo y eventual solución final de tales procedimientos de solución extrajudicial de las eventuales discrepancias existentes, no perjudicará la continuidad del convenio, aunque no se haya alcanzado nuevo acuerdo. Esta regla elimina los aspectos de mayor controversia. Pero sigue habiendo algunos desajustes en la literalidad del art. 86.4 ET.

4.2. La naturaleza dispositiva de la ultraactividad indefinida ¿mantiene la puerta abierta a la “contractualización” de las condiciones de trabajo?

El citado extremo carácter pragmático que asumió esta –polémica– construcción, más bien invención ocasional u oportunista, del TS, evidenciaría que, eliminada la regla legal que “forzó” su fijación, para evitar males (distorsiones) mayores, decaída la misma. Parafraseando las célebres palabras de Kirchmann, una palabra legislativa de reforma y repertorios de jurisprudencia devienen papel mojado. Sabemos que esta expresión radical de positivismo legislativo no se compadece bien con la realidad jurídica, que hace que más de una construcción jurisprudencial persista, incluso en contra de la voluntad del poder legislativo. En la actual reforma (2021) hay más de un ejemplo en el que la norma legal ha rectificado una doctrina jurisprudencial y, curiosamente, no para establecer un régimen más garantista, sino para lo contrario, para abrir puertas (al menos ventanas) de flexibilidad contractual (ej. la habilitación a las ETT para concluir contratos indefinidos fijos-discontinuos, lo que había rechazado la doctrina de unificación, cierto que a través de una mayoría pírrica; o la previsión de utilizar el nuevo contrato “eventual” o relativo a las circunstancias de la producción para las oscilaciones de plantilla que se produce con el periodo de vacaciones anuales, pese a que el TS ya había logrado alcanzar una posición clara, tras diversas decisiones erráticas).

¿Y respecto de esta cuestión? Podría pensarse que esta construcción carece de toda razón de ser con la ultraactividad indefinida, pues la doctrina del TS es clara al rechazar la teoría de la “contractualización” cuando hay un convenio colectivo aplicable, ya fuese, en su día, el convenio superior aplicable, ya, ahora, el convenio en ultraactividad. Ahora bien ¿qué pasaría en aquellos casos en los que el convenio colectivo acoja una cláusula de ultraactividad limitada y no se consiga alcanzar un nuevo acuerdo? Esta situación pudo darse antes de la reforma de 2012 y, sin embargo, no planteó ningún conflicto que pudiese llegar a los Tribunales y plantear

esta eventual opción. En consecuencia, y sin descartar de forma radical que pudiese darse alguna situación que hiciera desempolvar tan polémica construcción, a mi juicio, las soluciones deberían venir por otra vía, como los ya referidos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, y no esta construcción, de hondas raíces civilistas, pero poco conciliables con la naturaleza jurídica de los convenios como normas jurídicas y como pilares esenciales del ordenamiento jurídico-laboral. Veremos.

4.3. ¿Ultraactividad el día de la firma del convenio?: ¿Cuándo surte efectos su denuncia?

El nuevo art. 86.4 ET impide que la denuncia (no en sí el fin de vigencia pactada), tras el preaviso previsto en el convenio produzca la pérdida de eficacia del convenio colectivo. Pero ello no evita una de las distorsiones que, derivadas de desajustes textuales normativos, se detectaron en la práctica y avalado por la jurisprudencia¹⁷. Me refiero a la posibilidad de que el convenio sea denunciado en un momento inicial, en extremo al día siguiente de entrar en vigor. Esta cuestión queda a la libre disposición de las partes.

La reforma no ha sido aprovechada para solventar estas dudas, quizás de escasa incidencia práctica, pero perturbadoras en determinadas situaciones, sobre todo respecto de la vigencia de cláusulas obligacionales, como las relativas a las cláusulas de tregua o paz sindical (o incluso relativas a procedimientos de solución extrajudicial de convenios). Al respecto, debe recordarse que mientras el art. 86.3 ET señala que 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”, el art. 86.4 ET dice –se recordará– que transcurrido un año “desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse...”. Momento relativo a la denuncia que marcará igualmente, según el art. 86.3, párrafo segundo, el decaimiento de las cláusulas de paz sindical.

A partir de esta persistencia del marco normativo y la experiencia práctica referida, la doctrina científica viene planteándose la cuestión de cuando debe surtir sus efectos la denuncia del convenio (acto siempre de notificación declarativa de no continuidad de lo pactado una vez transcurrido el plazo o término previsto, por tanto no constitutivo, según la doctrina científica más solvente en la materia¹⁸):

¹⁷ La STS, 4ª, de 3 de febrero 2015, rec. 318/2013, resolviendo un recurso de casación frente a la sentencia de instancia (AN), que confirma, avala que la denuncia del convenio tenga lugar el mismo día de la firma del convenio colectivo (en consecuencia, incluso antes de su registro y publicación) (FD 4º).

¹⁸ Que, además, viene señalando a esta institución (ejercida en el plazo de preaviso fijado) dos funciones esenciales, como son eludir la prórroga (“tácita reconducción”) del convenio cuando llega al fin de la duración inicial pactada, de un lado, y liberar del deber de cumplimiento de

¿bien cuando finalice la vigencia pactada (lo que parece más razonable) o bien al día siguiente de la entrada en vigor de aquel (lo que resulta altamente incoherente, por más que se desprenda de las amplísimas facultades de determinación temporal para las partes? A falta de una solución modernizadora y de coherencia sistemática (la denuncia sólo puede producir sus efectos cumplida la duración pactada –no puede ver ultraactividad al día siguiente de la entrada en vigor del convenio–), es momento de reinterpretar la textualidad para evitar situaciones absurdas, como que decaigan las cláusulas obligacionales (término clásico que sigue eludiendo la regulación, que solo habla de las “cláusulas de paz sindical”; habría que incluir también las relativas al sometimiento a los procedimientos de mediación y arbitraje; entre otras) con antelación a la terminación de la vigencia pactada¹⁹.

4.4. El régimen transitorio para las reglas de ultraactividad: una pretensión de eficacia lo más inmediata posible

La reforma laboral 2021 ha cuidado significativamente las cuestiones relativas al régimen transitorio, seguramente por la convicción de crear las menores perturbaciones posibles respecto del régimen precedente. Por lo general, se marca como objetivo no solo tiempos de adaptación y tránsito (ej. DA 6ª para la aplicación del art. 42.6 ET -aplicación del convenio de sector), sino de conservación del régimen precedente a situaciones previas (*tempus regit actum*). La ultraactividad cuenta también con su régimen transitorio, aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de la entrada en vigor de la norma de urgencia, conforme a la DT 7 RDL 32/2021.

A su tenor:

“los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley [31 de diciembre de 2021], y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 ET en la redacción dada por el presente real decreto-ley”.

A diferencia de lo que sucede en otras ocasiones, el significado práctico de esta norma de derecho transitorio es meridianamente clara: la ley quiere que todo convenio colectivo que deba negociarse a partir de la entrada en vigor de

las cláusulas obligacionales –continuando las normativas–. Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. Nueva reforma laboral 2021: valoraciones críticas sobre su impacto en la negociación colectiva (prioridad aplicativa y ultraactividad).

<https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>.

¹⁹ Coinciden en este análisis tanto el profesor Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (ob. cit.) como la profesora Merino Segovia, Amparo (ob. cit.).