

INCIDENCIA DEBILITADORA DE LAS REGLAS DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA ULTRAACTIVIDAD INDEFINIDA

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ

Profesor Agregado y TU Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EXTRACTO

Palabras clave: prohibición de concurrencia de convenios colectivos; ultraactividad indefinida; reforma laboral de 2021

Este estudio expone que la doctrina jurisprudencial que admite la concurrencia del convenio colectivo posterior en el tiempo durante la ultraactividad del anterior neutraliza la eficacia material de la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos establecida en la reforma de 2021 y critica que no se haya adoptado regla alguna que matice o corrija este criterio del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

Key words: collective agreements' concurrence prohibition; collective agreement's expiration period and continuing effect indefinitely; 2021 labour reform

This study, on the one hand, points out that the jurisprudential doctrine that admits the concurrence of the subsequent collective agreement during the period that the previous one has expired neutralizes the effect continued indefinitely of the collective agreements after their expiration established by the 2021 reform; and, on the other hand, it criticizes the fact that no rule has been adopted to nuance or correct this jurisprudential doctrine.

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN
2. REFORMA DE 2012 Y MODALIZACIÓN DEL ART. 86.4 ET: LA “CONTRACTUALIZACIÓN” Y SUS VARIANTES
3. EL RD-LEY 32/2021, LA ULTRAATIVIDAD Y LA CONTRACTUALIZACIÓN
4. LA CONTRACTUALIZACIÓN, PRIORIDAD APLICATIVA Y PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA
5. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA ULTRAATIVIDAD INDEFINIDA (CON MENCIÓN ESPECIAL AL FIN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA SALARIAL -ART. 84.2 ET-)
 - 5.1. Primer escenario: pérdida de vigencia antes del 31 de diciembre 2022
 - 5.2. Segundo escenario: la vigencia pactada del convenio colectivo de empresa se extiende más allá del 31 de diciembre 2022
6. VALORACIÓN FINAL

1. PRESENTACIÓN

Una de las novedades más relevantes del 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, ha sido el restablecimiento, con carácter subsidiario (esto es, en defecto de pacto) de la ultraactividad con carácter indefinido del contenido de los convenios colectivos (salvo de las cláusulas relativas a la renuncia de la huelga). Aunque la jurisprudencia había atenuado los efectos derivados de la reforma de 2012, el cambio es oportuno y ha sido acogido positivamente por un amplio sector de la doctrina¹.

No obstante, la Sala IV del Tribunal Supremo (sentencias 8 de enero 2020, rec. 129/2018; 5 de octubre 2021, rec. 4815/2018), entiende que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no persiste durante la ultraactividad. A la luz de este criterio (salvo que sea objeto de algún tipo de modalización), parece que puede concluirse que, en estos casos, la vigencia de las cláusulas una vez expirada la duración pactada podría quedar relegada a un plano muy residual. Y la reforma de 2021, a pesar de la recuperación de la ultraactividad indefinida, no ha adoptado ningún criterio “corrector” al respecto.

El propósito de este (breve) ensayo es abordar esta cuestión, tomando como punto de referencia el régimen normativo a partir de la reforma de 2012

¹ Entre otros muchos, Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?”, TEMAS LABORALES, 161/2022, p. 390; Morales Ortega, J. M., “Negociación colectiva, impasse negociado y convenio colectivo tras el RD-L 32/2021”, TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO, Monográfico/2022, p. 228; Gordo González, L., “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, LABOS, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, 2022, p. 130.

(y las reacciones jurisprudenciales “adaptando” sus reglas); y, a continuación, describiendo el escenario presente, a partir de la (breve) exposición de los cambios acaecidos por el RD-Ley 32/2021 y el impacto que sobre la misma tiene el giro acaecido con las citadas resoluciones del Tribunal Supremo de enero 2020 y octubre de 2021.

2. REFORMA DE 2012 Y MODALIZACIÓN DEL ART. 86.4 ET: LA “CONTRACTUALIZACIÓN” Y SUS VARIANTES

La sujeción de la ultraactividad a un plazo de un año fue uno de los cambios normativos más relevantes de la reforma operada por la Ley 3/2012. La posibilidad de que no hubiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable (con los conflictos que la delimitación de este supuesto acarrea, por ejemplo, para el caso de que hubiera más de uno, en términos funcionales y/o territoriales; y, para el caso de que no lo hubiera, qué norma aplicar²), describía un escenario potencial particularmente perjudicial para los intereses de los trabajadores³; y, obviamente, con la fijación de este *ultimátum temporal* (y los efectos anudados), alteraba por completo las dinámicas negociadoras (de aquellas empresas con capacidad para negociar un convenio colectivo de empresa) y el propio equilibrio de fuerzas entre los interlocutores sociales⁴.

Lejos de la atomización esperada⁵, la centralización de la estructura de la negociación colectiva que este nuevo marco precipitó⁶ fue paralela a la “desactivación” jurisprudencial de los efectos más lesivos que la aplicación de estas reglas acarrearían. Y esto fue posible al descartar la adopción de lo que se

² Extensamente, recogiendo las reacciones jurisprudenciales al respecto, Lousada Arochena, J. F., “La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre”, *REVISTA DE DERECHO SOCIAL*, núm. 97, pp. 19–21.

³ Como apunta Mercader Uguina, J. (“El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial ¿punto de llegada o de partida?”), *LABOS*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’/2022, p. 113), a partir de las reflexiones de Gimeno Díaz de Auri, “No puede, por tanto, afirmarse con la rotundidad que la reforma llevara consigo una devaluación salarial a nivel de empresa con carácter general. Si bien miramos, son las unidades nacidas al calor de la reforma del 2012 las que han deformado sus fines”.

⁴ En este sentido también, Morales Ortega, J. M., “Negociación colectiva...”, *op. cit.*, p. 235. Reafirmando el papel reequilibrante de la reforma, Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *LABOS*, Vol. 3, 1/2022, p. 134; y Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant Lo Blanch, p. 17.

⁵ Ver al respecto, Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 114.

⁶ Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, *op. cit.*, pp. 393 y 394.

denominó “tesis rupturista”, por un lado, y la validez de los acuerdos que declaraban el carácter indefinido de la ultraactividad aunque fueran anteriores a la reforma, por otro. Veámoslos a continuación.

- En primer lugar, la Sala IV acudió a una tesis “conservacionista” y acuñó la teoría de la contractualización del convenio colectivo (alterando profundamente su naturaleza jurídica). No obstante, en función de las particularidades del caso, esta teoría fue objeto de diversas matizaciones y ajustes.

Así pues, en primer lugar (a partir de una resolución muy controvertida), proclamó la contractualización “ab origine” (STS 22 de diciembre 2014, rec. 264/2014), afirmando que “cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces– las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”. A mayor abundamiento sobre esta doctrina, la STS 14 de febrero 2019 (rec. 3253/2017) añadió 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”⁷.

No obstante, este criterio fue matizado a su vez, pues, el Alto Tribunal (“modalizando” el sentido de lo que debe entenderse por contractualización “desde el primer minuto”), entendió que, la misma no se producía, en el caso de que hubiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable⁸. En definitiva, daba a entender que la contractualización era un efecto “condicionado”, que permanecía “latente”, a expensas de una circunstancia ajena al propio convenio, pues, dependía de una eventualidad: el “estado” de vigencia del eventual convenio colectivo superior *en el momento* de la pérdida de vigencia del ultraactivo⁹. En tales casos, como ha expuesto recientemente la STS 20 de abril 2022 (rec. 264/2021), dictada

⁷ En términos similares, STS 25 de julio 2018 (rec. 3584/2016).

⁸ SSTs 6 de julio 2016 (rec. 155/2015); y 18 de octubre 2016 (rec. 205/2015).

⁹ En estos términos también, STS 28 de enero 2020 (rec. 1294/2018).

en Pleno, “El legislador al objeto de evitar el vacío normativo que se produciría con la pérdida de vigencia del convenio, establece 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. No existe, pues, contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado sino su completa sustitución por el de sector”.

La cuestión es que la riqueza de la realidad de la estructura convencional forzó un nuevo ajuste en esta doctrina, que tuvo que acudir a una granularidad más fina, para aquellos supuestos en los que la existencia de un convenio colectivo de ámbito superior no colmaba las necesidades de regulación material derivadas del fin de la ultraactividad. En consecuencia, la Sala IV admitió una contractualización “espigueada”, esto es, la posibilidad de acudir combinadamente a una petrificación *ab origine* a pesar de la existencia de un convenio de ámbito superior: “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”¹⁰. La inexistencia de una regulación de materias reactivaba “selectivamente” la contractualización.

Este haz de criterios se ha visto enriquecido recientemente con una nueva “sintonización”. En concreto, para el TS (sentencia 20 de abril 2022, rec. 264/2021), la contractualización *ab origine* (esta es, la acaecida como consecuencia de la finalización de la ultraactividad y la ausencia de un convenio colectivo de ámbito superior aplicable) se “desactiva” en el instante que una norma convencional de estas características entre en vigor. Por consiguiente, la contractualización *ab origine* puede perderse sobrevenidamente.

La “validez práctica” de esta compleja matriz interpretativa (articulada de forma aluvional) está fuera de toda duda, en tanto que permite dar respuesta material a los conflictos concretos a media que se van planteando. Como ha expuesto

¹⁰ STS 23 de septiembre 2015 (rec. 209/2014). Con posterioridad, el Tribunal Supremo, ha dictado (que tenga constancia) 10 sentencias que inciden sobre el mismo tema (todas ellas, en el marco del conflicto suscitado en la empresa AXPE Consulting). En concreto, se trata de las sentencias (3) 5, 6 y 21 de junio, 3, 10 y 25 de julio (rec. 364/2017; rec. 427/2017; rec. 523/2017; rec. 663/2017; rec. 2602/2017; rec. 1300/2017; rec. 2730/2016; rec. 664/2017); 6 y 20 de noviembre 2018 (rec. 584/2017; rec. 2148/2017); y 13 de marzo 2019 (rec. 3797/2016). En todas ellas se aborda la validez de estos tres planteamientos interpretativos brevemente descritos (y en el rec. 427/2017 se formula un Voto Particular), y dadas las circunstancias del caso aplica el criterio de la contractualización “condicionada” o “latente”.

(acudiendo a una interpretación integradora) la recién citada STS 20 de abril 2022 (rec. 264/2021) – recogiendo un planteamiento consolidado: “La claridad de la voluntad del legislador resulta palmaria de la propia construcción normativa y de las exposiciones de motivos de las normas reformadoras. Éstas, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, introducen modificaciones respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. 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. La solución legal implica tener que establecer si existe o no existe un convenio de ámbito superior y, de existir varios, delimitar cual es, precisamente, el aplicable”.

No obstante, al margen de que esta “maleabilidad hermenéutica” pueda ser calificada como “razonable”, asumiendo que la tesis conservacionista altera la conceptualización de la naturaleza jurídica de los convenios colectivos de eficacia general, no cabe duda que, desde el punto de vista de la coherencia de los conceptos jurídicos, es difícil admitir que un convenio colectivo pueda estar en un mismo instante contractualizado o no (esto es, *ser y no ser a la vez*) y más todavía si lo que precipita el colapso en uno de los dos estadios posibles está condicionado a una eventualidad que afecta a otro “producto negocial”¹¹.

- En paralelo a esta “intervención” que afectaba a la naturaleza de los convenios colectivos de eficacia general, la jurisprudencia neutralizó la acotación temporal de la ultraactividad, dando validez a los acuerdos anteriores a la reforma que la extendían indefinidamente. En efecto, a partir de la literalidad del art. 86.3 ET, entendió¹² que “la excepción a la pérdida de vigencia del convenio se halla en la existencia de pacto suscrito por los legitimados para ello”. Y, en relación al momento en que debe producirse tal pacto expreso de mantenimiento de vigencia del convenio, ha sostenido 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

¹¹ Molina Navarrete (“Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., p. 398), afirma que esta doctrina se ha articulado con “fundamentos discutibles e incluso criterios hermenéuticos bamboleantes, en exceso pragmáticos u oportunistas”.

¹² Entre otras, SSTS 17 de noviembre 2015 (rec. 321/2014); y 17 de marzo 2015 (rec. 233/2013).

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”.

En definitiva, a la luz de estos dos factores, la pérdida de vigencia del convenio colectivo transcurrido un año desde el fin de su vigencia una vez denunciado había quedado sustancialmente “matizada”. Y los datos así lo corroboran. Como apunta Rojo Torrecilla¹³, recogiendo un estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (publicado en el Boletín del mes de noviembre de 2021) sobre la denuncia y ultraactividad, de 9.135 convenios colectivos firmados por las Autoridades laborales entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2021, “el 63,7% de los convenios tiene una ultraactividad que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo”. O, como apunta Molina Navarrete (a partir del análisis de los datos de los últimos años), “desde hace más de media década siempre han sido mayoría las unidades convencionales que mantuvieron el régimen precedente de ultraactividad indefinida”¹⁴.

3. EL RD-LEY 32/2021, LA ULTRAATIVIDAD Y LA CONTRACTUALIZACIÓN

El RD-Ley 32/2021 ha tenido una incidencia profunda sobre el escenario descrito en el epígrafe anterior. No obstante, como se ha avanzado al inicio de este ensayo, en algunos casos, podría tener un efecto “aséptico”, a resultas de la doctrina respecto del fin de la prohibición de concurrencia durante los períodos de ultraactividad.

Antes de abordar esta cuestión conviene detenerse en las novedades legislativas alcanzadas fruto del diálogo social. Como es bien sabido a estas alturas, las novedades del art. 86 ET se ubican en los apartados 3 y 4 (pasando el anterior ap. 4 a ser el ap. 5, con idéntico redactado: “El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”).

Los párrafos 1º y 2º del art. 86.3 ET se mantienen inalterados, procediéndose a la supresión de los párrafos 3º y 4º cuyo contenido, con importantes cambios

¹³ Rojo Torrecilla, E. (2022), “Estudio de la reforma laboral de 2021 (V). La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad”, Blog del autor, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-v.html?msclkid=21e1fba7d0f111ec9e417161a23c9a29> (última consulta: 11/05/2022)

¹⁴ Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., pp. 398 y 399. En términos similares, Gordo González, L., “El retorno de la ultraactividad ilimitada...”, op. cit., p. 136.

han “migrado” al nuevo apartado 4 del art. 86 ET. A diferencia de la regulación anterior, en virtud del nuevo párrafo 3º de este apartado, se mantiene la vigencia del convenio, una vez superado el plazo de 1 año establecido antes de que se activen los procedimientos de mediación/arbitraje que describen los párrafos 1º y 2º del art. 86.3 ET. En definitiva, si no se ha acordado un nuevo convenio, la ultraactividad permanece indefinidamente, salvo pacto en contrario¹⁵.

En paralelo, también debe mencionarse que el art. 86 ET mantiene el desajuste con respecto a la denuncia, ya presente con anterioridad a la reforma¹⁶. En efecto, el apartado 3º se refiere a “una vez denunciado y concluida la duración pactada” y, por otra parte, el apartado 4º afirma que “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo”. Y, de hecho, reparen que el art. 86.3.2º ET también alimenta este desajuste al afirmar que “las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia” (y no del fin de la vigencia pactada). No cabe duda que este último redactado parte de una concepción manifiestamente impropia de la denuncia, al atribuirle (si se interpreta en su literalidad) un efecto constitutivo que no posee¹⁷. Lo “propio” sería entender que las cláusulas obligacionales relativas a la huelga sólo decaen una vez alcanzada la duración pactada¹⁸. Si no se entendiera así (y nos apejáramos a una interpretación literal de la norma), salvo que se haya

¹⁵ Comparto con Cruz Villalón (“El impacto de la reforma laboral de 2021...”, op. cit., p. 145), que este “pacto en contrario” no debería incluir a los acuerdos anteriores a la reforma de 2021: “pretendiendo la reforma ampliar la ultraactividad y no reducirla, la disposición transitoria vendría a garantizar en todo caso la pervivencia ultraactiva del convenio colectivo, pero que si conforme a las cláusulas del convenio colectivo denunciado se estableciese una ultraactividad más amplia, regirá esta última; por ejemplo, si el convenio denunciado contempla una ultraactividad indefinida será esta la aplicable y no la limitada a la duración de las negociaciones a la que se refiere el art. 86.3 ET”.

¹⁶ Ver al respecto, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Renovación de convenio colectivo vigente y objeciones a la denuncia tácita”, RTSS-CEF, 339/2016, pp. 15 - 36.

¹⁷ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La relación de trabajo de duración determinada”, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, 50/1961, pp. 49 y 50.

¹⁸ En este sentido también, Merino Segovia, A., “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”, Briefs AEDTSS (25/01/2022), <https://www.aedtss.com/ultraactividad-de-los-convenios-colectivos-2/> (última consulta: 11/05/2022); y Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., pp. 404 y 405. En cambio, para Morales Ortega, no se da discrepancia alguna entre dichos preceptos (“Negociación colectiva...”, op. cit., p. 236): “Por un lado, como se acaba de indicar, la ultraactividad y, por otro, el procedimiento para el desbloqueo negociador. Por lógica, la ultraactividad no puede operar hasta que el convenio no haya finalizado. Sin embargo, el procedimiento sí puede anticiparse a dicho momento porque, como es sabido, la principal, aunque no única, función de la denuncia es comunicar a la parte contraria la voluntad negociadora y, con ella, iniciarse las negociaciones a fin de evitar un vacío entre convenios –lo que rara vez se produce–. En consecuencia, el cómputo del año debe hacerse desde la denuncia, y no desde la finalización de la vigencia del convenio”.

previsto un plazo para la denuncia con un término inicial, en los convenios de duración superior a un año, cabe denunciar al día siguiente de la entrada en vigor (opción expresamente admitida por la STS 3 de febrero 2015, rec. 318/2013) y, por consiguiente, con que las citadas cláusulas obligacionales decaídas y con la sumisión a los procedimientos de mediación/arbitraje correspondientes un año más tarde. Y todo ello, antes de cumplir con la vigencia pactada.

A la luz del nuevo marco normativo, surge la duda con respecto a la contractualización. Aunque la modalización jurisprudencial descrita anteriormente ha desactivado la idea de que efectivamente se materializa “desde el primer momento” (quedando acotada a situaciones específicas concretas), no cabe descartar que puedan darse situaciones en las que deba seguir acudiéndose a ella. En concreto, podría suceder si los firmantes del convenio acuerdan someter a la ultraactividad a un término y, alcanzado éste, no hubiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable (en tal caso, quizás, debería acudir a la “contractualización condicionada”), o bien, existiendo, no contenga una regulación material suficiente (y, en este, a la “contractualización espigueada”)¹⁹.

Fuera de estos casos, lo cierto es que, es poco probable que esta teoría conservacionista pueda proyectarse en el tiempo.

4. LA CONTRACTUALIZACIÓN, PRIORIDAD APLICATIVA Y PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA

El RD-Ley 32/2021 y del RD-Ley 1/2022 han tenido una afectación quirúrgica sobre el art. 84 ET. La modificación de algunos apartados del art. 84.2 ET no se ha extendido al resto del precepto, manteniéndose inalterada (a los efectos de este ensayo), la regla del art. 84.1 ET. Así pues, en virtud de este artículo (y sin

¹⁹ Lousada Arochena (“La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021...”, op. cit., p. 24) entiende que “se podría resolver declarando la nulidad de la defectuosa cláusula de ultraactividad a plazo y aplicando el régimen legal supletorio implementado por la Reforma de 2021, o se podría resolver volviendo a la vida, con todas sus incertidumbres, la jurisprudencia acerca de la contractualización fraguada bajo la Reforma de 2012. Aquí la interpretación de la voluntad real de las partes es decisiva”. Adoptando otro posicionamiento, Molina Navarrete (“Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, op. cit., p. 404), en cambio, entiende que, en estos casos, “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”. Y, en términos similares, Morales Ortega (“Negociación colectiva...”, op. cit., p. 236), afirma que “cabe la posibilidad de articular mecanismos neutralizadores de dichos efectos. Y, entre ellos, está el importante papel, que deben jugar los convenios sectoriales y los acuerdos marco para dar cobertura a los vacíos convencionales existentes, en estos casos, en los ámbitos inferiores”.

perjuicio de lo que pueda acordarse *ex art.* 83.2 ET), un convenio colectivo de empresa puede configurar (sin acudir a la prioridad aplicativa que habilita el art. 84.2 ET) una unidad de negociación anterior en el tiempo al convenio colectivo del sector. En tal caso, todas sus disposiciones (incluidas las relativas a la materia salarial) prevalecerían sobre las previstas en el sectorial a pesar de la reforma del art. 84.2 ET.

La cuestión es que, como se ha avanzado, la reforma de 2021 no ha impedido que el cambio de doctrina sobre la prohibición de concurrencia tenga un efecto neutralizador profundo sobre la ultraactividad de los convenios colectivos en caso de concurrencia.

En concreto, en virtud de las SSTS 8 de enero 2020 (rec. 129/2018); y 5 de octubre 2021 (rec. 4815/2018), la Sala IV ha establecido que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no se extiende a los períodos de ultraactividad²⁰. Por consiguiente, como se resuelve en este último caso, un convenio colectivo de empresa está facultado para establecer una jornada superior (1.808 horas anuales) a la prevista en el convenio colectivo sectorial anterior en el tiempo (1.776 horas anuales) que, al tiempo de la firma del convenio colectivo de empresa, se encuentra en situación de ultraactividad por aplicación de las normas sobre vigencia establecidas en el propio convenio. En opinión del Alto Tribunal (de forma controvertida), se trata de una línea interpretativa “comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial”²¹.

Así pues, a partir de la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo, la prevalencia del convenio colectivo de empresa derivada del art. 84.1 ET se perdería en favor del convenio colectivo del sector en el momento que el primero se encontrara en una situación de ultraactividad (no así, si se “protegiere” a través de la prórroga o que lo haya habilitado el sectorial a través del art. 83.2 ET²²). O, como apunta Cruz Villalón, “a resultas de esa decadencia, procede aplicar el convenio posterior en el tiempo, pues es el que se encuentra plenamente vigente en su período de aplicación ordinario pactado; dicho de otro modo, a partir de ese

²⁰ De hecho, se fundamenta en el contenido de la STS 2 de febrero 2004 (rec. 3069/2002) que afirma que “tal y como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, con cita de nuestra sentencia de 23 de octubre de 1.995 (rec. 2054/94) la garantía contra la afectación que establece el número 1º del artículo 84 de la misma norma no resulta aplicable en esa situación del Convenio, ‘pues la ultraactividad que este precepto genera no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado. Conclusión distinta supondría la ‘petrificación’ de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes”.

²¹ Unanimidad (de la doctrina y de la jurisprudencia) que ha sido cuestionada por Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, *op. cit.*, pp. 396 y 397.

²² sí lo han ratificado las SSTS (2) 27 de enero 2022 (rec. 30/2020; y rec. 33/2020).

momento pasa a regir el principio inverso de la aplicación preferente del posterior en el tiempo”²³.

Y, cerrando el ciclo, en la medida que “el efecto de la prohibición de concurrencia, por tanto, no es la nulidad del nuevo convenio colectivo, sino la declaración de su inaplicación mientras esté vigente el anterior” (STS 5 de octubre 2021, rec. 4815/2018), también podría suceder que el convenio colectivo de empresa registrado durante la vigencia del convenio colectivo sectorial entrara en vigor durante la ultraactividad del convenio colectivo anterior del sector, en cuyo caso, prevalecería su contenido íntegro (incluido el salarial) en virtud del art. 84.1 ET. Lo mismo, obviamente, sucedería si el convenio colectivo se registrara durante la ultraactividad del sectorial y antes de su registro (en cambio, si el sectorial ya estuviera registrado, estaría limitado por las reglas del art. 84.2 ET).

De este modo, la doctrina de las SSTs 8 de enero 2020 (rec. 129/2018) y 5 de octubre 2021 (rec. 4815/2018) “corrigen” la contenida en la STS 30 de diciembre 2015 (rec. 255/2014) y que establecía lo siguiente: “Esta prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia pactada del convenio y durante el periodo de ultraactividad del mismo, puesto que durante dicho periodo de ultraactividad se mantiene la expectativa de la negociación de un nuevo convenio colectivo y la jurisprudencia ha protegido en tales casos la unidad de negociación preexistente”. Como expone Lousada Arochena²⁴, el cambio de 2015 tenía su lógica, pues, “la jurisprudencia anterior en sentido contrario se había fraguado bajo el imperio de una ultraactividad indefinida e imperativa (la establecida en la redacción originaria del ET) que dificultaba la apertura de nuevas unidades negociales en un momento de transición en el cual la negociación colectiva democrática era incipiente, desestructurada y débil; pero desde la Reforma de 1994 la ultraactividad no es imperativa, sino que es facultativa; y a la época de dicha STS la negociación colectiva ya está estructurada con unidades negociales consolidadas”.

No obstante, para un sector de la doctrina²⁵, este criterio del Alto Tribunal de 2015 seguiría siendo válido en los casos de afectación de un convenio de sector a uno de empresa (manteniéndose estas unidades de empresa si la afectación es descendente), siempre que, como apuntó esta misma doctrina jurisprudencial en 2015, se constata una negociación con voluntad de alcanzar un acuerdo²⁶.

²³ Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, TEMAS LABORALES, 161/2022, p. 50.

²⁴ Lousada Arochena, J. F., “La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021...”, op. cit., p. 21.

²⁵ Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., p. 40; y Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, op. cit., p. 117.

²⁶ Lahera Forteza (*La negociación colectiva...*, op. cit., p. 40) en concreto, entiende que “la jurisprudencia trata, así, de evitar una petrificación de la estructura de negociación colectiva y, a

Una objeción a este planteamiento es que, a los efectos de la concurrencia, el ET no discrimina entre convenios colectivos de empresa y de ámbito superior. De modo que, sostener que la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad sólo es predicable si promueve la atomización de la negociación colectiva es, cuanto menos, controvertido (especialmente, si se tiene en cuenta que la reforma de 2021 ha querido dar un impulso al convenio colectivo sectorial).

En definitiva, es obvio que las reglas que contienen los arts. 84.1 y 86.4 ET se hallan en conflicto. Y, modestamente, estimo que hay argumentos para rebatir el último criterio de la Sala IV de 2021:

- En primer lugar, porque, desde un punto de vista finalista, estimo que la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad es el criterio más respetuoso con el propósito perseguido por ambos preceptos (o, al menos, es el que consigue respetarlos conjuntamente en un grado superior).

- En segundo lugar, repárese que el art. 86.4 ET, para el caso de que no haya pacto en contrario, está formulado en términos imperativos (“Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, *se mantendrá* su vigencia”). De modo que admitir la posible invasión efectiva e inmediata de otro convenio estaría contradiciendo abiertamente este mandato.

- En tercer lugar, pudiéndose pactar “distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio” (art. 86.1 ET), si durante la ultraactividad se admite la concurrencia se plantearía una conflictividad extrema.

- En cuarto lugar, salvo que se pretenda que la renovación sea efectiva al día siguiente del fin de la vigencia acordada, la concurrencia durante la ultraactividad podría calificarse, incluso, como un posible atentado a la autonomía colectiva (en cualquier ámbito negocial), porque impide *de facto* que lo que se esté negociando una vez decaído el convenio pueda materializarse (salvo que se entienda que está reservado para mejorar lo que ya esté “ocupado” por otra unidad de negociación; o para el caso de que el convenio invasor decaiga).

- En quinto lugar, la posibilidad de que, tras la terminación de la vigencia pactada, se reconozca explícitamente a las partes la posibilidad de “adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que (...) se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa” (art. 86.3 ET), quedaría en estos casos desprovista de todo

la vez, proteger unidades convencionales con expectativas de negociación. No parece lógico, en este tipo de equilibrio, taponar la creación de unidades convencionales de empresa que invadan el ámbito sectorial, cuando decaen la vigencia pactada o prorrogada de los convenios aplicables, pues es contrario a la finalidad de las reformas 2011, 2012 y 2021 de descentralización de la negociación colectiva en la empresa”.

contenido. Y, complementando un aspecto apuntado con anterioridad, la referencia explícita al “sector” en este precepto corroboraría la idea de que el Legislador no está pensando en un régimen diferenciado con respecto al convenio de empresa.

- En sexto lugar, y frente a esta batería de argumentos, podría contraargumentarse que las reglas del art. 86 ET están pensadas para situaciones en las que, precisamente, no hay concurrencia conflictiva. No obstante, el hecho de que el art. 86.4 ET afirme que el convenio colectivo “mantiene su vigencia” es lo que impide que el art. 84.1 ET pueda desplegarse (pues, explícitamente habla de la prohibición de concurrencia “durante su vigencia”). Entender que “mantener *la vigencia*” apela a una “*vigencia*” diferenciada a la prevista en el art. 84.1 ET resulta, modestamente, una aproximación ciertamente forzada (especialmente, en un contexto en el que, superada la primera fase de la etapa democrática, la estructura negocial y las unidades negociales son maduras y están asentadas)²⁷. Además, de nuevo, afirmar que algo puede “ser y no ser” a la vez denota una “plasticidad” conceptual impropia de la dogmática jurídica.

Es claro que el criterio que se defiende en estas líneas puede contribuir a dar continuidad a los denominados convenios “oportunistas” o “sospechosos” vigentes con anterioridad a la reforma²⁸. No obstante, no parece que este sea un factor que debilite el planteamiento que se acaba de exponer (o, al menos, no con suficiente fuerza), pues, partiendo de la base de que no son la regla general, debe recordarse que existen vías para perpetuar estos “productos negociales” (por ejemplo, a través de su prórroga – sin perjuicio, de su posible revisión); y, además, como se apuntará a continuación, la extrema exposición a la que quedan sometidas las unidades de negociación a resultas del último criterio del Tribunal Supremo (salvo que se admita la excepción de la afectación descendente), precisamente, lo que promueve son estrategias dirigidas a la “petrificación” (especialmente, en aquellos ámbitos en los que las ventajas competitivas y la supervivencia empresarial estén anudadas a la devaluación de las condiciones de trabajo).

No obstante, sin perjuicio de que se ha perdido una oportunidad para concretar cuándo un convenio colectivo es *primero en el tiempo*²⁹, como apunta

²⁷ En términos similares, Lousada Arochena, J. L., “La reforma de la negociación colectiva en el real decreto ley 32/2021, de 28 de diciembre”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL Y EMPRESA, en prensa, Autor que, además, añade (con acierto) que, tras diversas reformas, ya no puede seguir manteniéndose que “cuando el artículo 86.3 se refiere a la ultraactividad, el término vigencia se usa en sentido técnicamente erróneo pues se quiere referir a la eficacia, mientras que, cuando el artículo 84.1 se refiere a la prohibición de concurrencia, el sentido es diferente y técnicamente correcto”.

²⁸ Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, op. cit., pp. 113 y 114.

²⁹ Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 38 y 39. Autor que apunta que entre las diversas opciones, fecha de la firma, de la solicitud de registro o de la publicación oficial, la segunda es la más razonable.

Cruz Villalón³⁰, las reglas de la prioridad aplicativa (provisional) en el tiempo del primer convenio colectivo tienen serias dificultades para atender a la extraordinaria variabilidad de situaciones (con el añadido que, si la ventaja competitiva de una empresa radica en los costes salariales, es probable que el incentivo para jugar con estas reglas se multiplicará a partir de la derogación del apartado a) del art. 84.2 *ex* RD-Ley 32/2021)³¹. Así, en respuesta a alguna de la sugerente batería de dudas que el nuevo marco interpretativo suscita y que el citado autor plantea, en mi modesta opinión, para el caso de que ambos convenios (el anterior y el posterior) estuvieran en ultraactividad, no parece (siguiendo el criterio del TS vigente y que aquí se critica) que el segundo (al no estar “vigente”) cumpla con los requisitos para poder “imponerse en un tiempo posterior”. Y, tampoco creo que una renovación del convenio anterior ultraactivo pueda “recuperar su espacio” si ya ha entrado en vigor el posterior en el tiempo. En definitiva, para que surja efectos (reitero, de acuerdo con la última jurisprudencia), entiendo que una eventual prórroga o renovación debería materializarse durante la vigencia convencional.

Al margen de estas últimas cuestiones, y para concluir con este epígrafe, entendiendo (salvo error o mejor doctrina) que la concepción defendida por la STS 30 de diciembre 2015 (rec. 255/2014) se ha superado, es obvio que el mantenimiento de las cláusulas del convenio denunciado (y expirada su vigencia) se ve neutralizado si se da una concurrencia conflictiva de convenios. En estos casos, si la ultraactividad ya no describe un “espacio protegido” (con capacidad “refractaria” a la “intrusión” del convenio posterior), la vigencia de su contenido podría no poderse desplegar en absoluto³². Y tampoco parece que, en estos casos, aunque las condiciones salariales del convenio posterior sean peores, pueda acudir a la contractualización del convenio decaído (o, al menos, esta opción no encajaría en ninguna de las alternativas interpretativas a la contractualización *ab origine* anteriormente descritas).

³⁰ Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *op. cit.*, p. 51.

³¹ También se ha apuntado que “si nada se regula a través de los instrumentos del art. 83.2 ET, regiría la norma de concurrencia clásica de preferencia del convenio prior in tempore. Lo cual, sin duda, arrastraría a un complicado casuismo de situaciones diversas, pero que desde luego está mediatizado por la evolución que ha sufrido la negociación colectiva a partir de 2012 bajo la égida de las reglas derivadas de la reforma de ese año. Es decir, el mandato del art. 84, apartado primero, surtiría unos efectos diferentes a los que podría haber surtido años atrás. Y, si se me permite el añadido, bastante más imprevisibles”. Cabeza Pereiro, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *Net21*, 8/2022, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2022/01/PRIORIDAD-APLICATIVA-DE-CONVENIOS-Y-REGLAS-TRANSITORIAS-1.pdf?msclkid=7285f1c4d11b11ec9cfcfab8d4fc4e25> (última consulta: 11/05/22)-

³² En términos similares Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida...”, *op. cit.*, p. 397.

De hecho, la incidencia de la doctrina del Tribunal Supremo es tan profunda en estos casos que redefine por completo las estrategias negociadoras (forzando una anticipación de la negociación, antes de la pérdida de la vigencia; o bien, desistiendo de hacerlo por estar ocupado el espacio y/o forzar una negociación al alza). La ausencia de normas explícitas en la reforma de 2021 sobre esta materia, en definitiva, debilita uno de los sus propósitos más ambiciosos, pues, las unidades de negociación están sometidas a una exposición tan extrema que provoca que, si no se quiere evitar una oscilación “cíclica” en determinadas condiciones de trabajo (y, especialmente, en las salariales), una vez ocupado el espacio, el incentivo para tratar de petrificar dichas unidades (e impedir la invasión de convenios posteriores) es mayor si cabe. Lo que iría en contra de lo que la doctrina del Alto Tribunal, precisamente, aspira a evitar. Y, al respecto, si el aspecto finalístico es el que (como se acaba de exponer) ha justificado una interpretación “forzada” del término “vigencia”, este mismo propósito debería, al menos, suscitar la necesidad de replantear una doctrina que, de acuerdo con el comportamiento estratégico de los destinatarios de la norma, podría acabar convirtiéndose en su principal acicate. Ante la inexistencia de reglas explícitas al respecto (por ejemplo, protegiendo la ultraactividad de la “invasión” durante un período de tiempo acotado), esta potencial inestabilidad, no obstante, podría mitigarse sustancialmente si, en virtud del art. 83.2 ET, se opta por articular una estructura de concurrencia convencional que atienda a esta cuestión³³.

5. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA ULTRAATIVIDAD INDEFINIDA (CON MENCIÓN ESPECIAL AL FIN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA SALARIAL -ART. 84.2 ET-)

El legislador ha querido que la ultraactividad indefinida se extienda, incluso, a los convenios colectivos que están siendo objeto de negociación a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 32/2021. Así lo proclama su DT 7^a³⁴.

En paralelo, mención especial debe hacerse a la transitoriedad relativa a la modificación operada en el art. 84.2 ET. Como se sabe, el RD-Ley 32/2021 ha suprimido el antiguo apartado a) del art. 84.2 ET (que rezaba como sigue: “La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”). Este cambio (que –aunque poco

³³ En este sentido también, Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 42.

³⁴ Regla que, como expone Lousada Arochena (“La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021...”, op. cit., pp. 27 y 28), puede plantear problemas interpretativos con respecto del alcance de las cláusulas de ultraactividad pactadas con anterioridad a la reforma de 2021 y que, o bien, se limiten a remitirse al art. 86.3 ET (lo que podría entenderse que las partes acordaron someterse al régimen de ultraactividad vigente en cada momento); o bien, manifestando una voluntad explícita, reprodujeran la literalidad de la norma anterior al RD-Ley 32/2021.

probable— nada impediría que se reestableciera por la vía del art. 83.2 ET *ex ap. f* del art. 84.2 ET³⁵), no ha afectado a toda la dimensión salarial, pues, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa se mantiene con respecto a otros aspectos retributivos como los descritos en el actual apartado a) [anterior apartado b)]: “El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”.

Al margen de las vías para apartarse de los efectos derivados de supresión del citado ap. a) del art. 84.2 ET (y que han quedado incólumes —según las circunstancias, el descuelgue salarial *ex art. 82.3 ET* y/o bien una modificación sustancial de las condiciones de trabajo *ex art. 41 ET*—), el posible impacto en el alza de los salarios podría materializarse diferidamente de acuerdo con la DT 6ª RD-Ley 32/2021. En concreto, dispone lo siguiente (en aras a la claridad de la exposición que sigue, se reproduce en su integridad):

“1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.

2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.

3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”.

Antes de proceder al análisis de estas reglas conviene hacer cinco apuntes previos:

- En primer lugar, la expresión “sin perjuicio” con la que empieza el ap. 1 (entendida como “dejando a salvo”), está referida a los convenios vigentes

³⁵ Como apunta Mercader Uguina (“El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 120): “Una puerta que, aunque presumimos no será abierta con regularidad, sí posibilita el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada o, si se prefiere, una descentralización organizada que permita, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada desde los niveles superiores, a través del reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras”.

que han acudido al art. 84.1 ET. Por consiguiente, quedan fuera de su ámbito de aplicación³⁶.

- En segundo lugar, la referencia explícita a la “vigencia expresa” (ap. 1) implica que la regla transitoria no es de aplicación a los “convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor” que estén en ultraactividad o de prórroga automática o sucesivamente pactada³⁷.
- En tercer lugar, aunque la norma no lo especifique, esta regla de transitoriedad no es de aplicación en el caso de que el convenio colectivo de empresa posterior en el tiempo ya esté previendo condiciones salariales superiores a las del sector³⁸.
- En cuarto lugar, es importante tener en cuenta que, en la medida que haya empresas cuya política salarial (a la baja) les otorgue una ventaja competitiva, éstas tendrán un poderoso incentivo para tratar de dilatar al máximo la entrada en vigor del nuevo art. 84.2 ET.

Al margen de esta última cuestión que, ciertamente, no es plenamente “disponible” (pues, está determinada por el cumplimiento de un lapso temporal máximo), el juego combinado de los ap. 1 y 3 describirían, *a priori* (salvo mejor doctrina), dos posibles escenarios (sin perjuicio de lo que se apuntará en relación al ap. 2), teniendo en cuenta que, a los efectos de la incidencia de las reglas que contiene, la citada DT 6ª distingue entre “aplicación” y “adaptación”³⁹. A continuación, su exposición.

5.1. Primer escenario: pérdida de vigencia antes del 31 de diciembre 2022

Podría suceder que el convenio colectivo de empresa pierda su vigencia antes del año al que hace referencia el ap. 1 (esto es, antes del 31 de diciembre de 2022). En tal caso, estaría en ultraactividad y deberá evaluarse cómo se combinan las reglas del art. 86.4 ET (y el plazo de un año que prevé antes de la “activación” de la mediación) con el contenido del citado ap. 3.

El hecho de que el salario forme parte del contenido del convenio de empresa ultraactivo plantea la duda respecto de si debe mantenerse en el tiempo (y, en

³⁶ Comparto el criterio de Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, op. cit., pp. 124. Y que también recoge Lousada Arochena, J. L., “La reforma de la negociación colectiva ...”, op. cit.

³⁷ Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021...”, op. cit., p. 137.

³⁸ Comparto el criterio de Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 45.

³⁹ Sáez Lara, C., “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”, TEMAS LABORALES, 161/2022, p. 353.

tal caso, durante cuánto), en un contexto en el que, como se acaba de exponer el Tribunal Supremo (sentencia 5 de octubre 2021, rec. 4815/2018) ha establecido que la prohibición de concurrencia de convenios colectivos no se extiende a los períodos de ultraactividad.

Podría entenderse, por consiguiente, que el ap. 3 DT 6ª RD-Ley 32/2021 prevé (“simplemente”) un proceso de negociación dirigido a reequilibrar el contenido del convenio. No obstante, no parece tener mucho sentido, cuando la vigencia acordada ha finalizado y se ha iniciado un período de negociación “ordinario” del nuevo convenio (que, lógicamente, está sujeto al principio de modernidad).

Podría considerarse entonces que, a pesar de la situación de ultraactividad (y, por consiguiente, la prevalencia del convenio colectivo sectorial en términos salariales), la prioridad aplicativa salarial del convenio colectivo de empresa se mantendría (excepcionalmente) durante como máximo 6 meses. En definitiva, se estaría “conteniendo” los efectos derivados de la aplicación de la citada regla jurisprudencial de enero de 2020 y octubre de 2021 para facilitar el tránsito al nuevo marco salarial.

En este escenario, el contenido del ap. 2 operaría a modo de “advertencia”, para evitar la tentación empresarial de buscar un “reequilibrio” que compense la subida salarial. No obstante, dado que el citado ap. 2 no está sometido a plazo alguno, sería desproporcionado que esta regla prohibitiva se predique indefinidamente. Lo que sugiere que podría “afectarse” a los derechos y condiciones más beneficiosas reconocidos a través de las vías legales ordinarias habilitadas (debiéndose entender que la causa que las justifique no podría estar exclusivamente asociada al cambio legislativo introducido en el art. 84.2 ET)⁴⁰.

En cualquier caso, y salvo que se prevea otra cosa en virtud del art. 83.2 ET, no debe olvidarse que durante la ultraactividad del convenio colectivo de sector y antes de que fuera registrado, podría registrarse un convenio colectivo de empresa cuyo contenido íntegro (incluido lo relativo al salario) prevalecería en virtud del art. 84.1 ET. O también, durante la vigencia del convenio colectivo sectorial podría acordarse un convenio colectivo de empresa con cláusulas que, sin apelar a la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET, desplegaran sus efectos para cuando el convenio colectivo sectorial entrara en ultraactividad (prevaleciendo íntegramente en virtud del citado art. 84.1 ET).

⁴⁰ Al respecto Cruz Villalón (“El impacto de la reforma laboral de 2021...”, op. cit., p. 138), afirma: “me provoca mucha mayor perplejidad la formal afirmación de que en estos casos tampoco se aplicarán las tradicionales reglas de compensación y absorción; creo que en este punto el legislador simplemente no ha reflejado con precisión técnica lo que ha pretendido incluir en esta disposición transitoria”.

5.2. Segundo escenario: la vigencia pactada del convenio colectivo de empresa se extiende más allá del 31 de diciembre 2022

En el caso de que el 31 de diciembre 2022 el convenio colectivo de empresa siga estando vigente, el fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en términos salariales puede plantear un verdadero desajuste en el equilibrio de lo acordado por las partes negociadoras.

En este sentido, cabrían también dos opciones interpretativas (avanzando que, estimo que la segunda es más adecuada):

– *Primera interpretación posible:*

Podría entenderse que el 31 de diciembre 2022 debe ajustarse el salario obligatoriamente y de forma automática⁴¹.

En este escenario, el juego de los ap. 2 y 3 de la DT 6ª RD-Ley 32/2021 plantean también dudas interpretativas. Si la aplicación del nuevo art. 84.2 ET no puede “afectar” a ningún derecho o condición más beneficiosa, podría no encajar con la idea de que la norma prevea un marco temporal para negociar el reequilibrio de lo pactado (pudiendo afectar en consecuencia a los derechos reconocidos).

Téngase en cuenta que el ap. 3 está formulado en términos imperativos, de modo que debe dilucidarse qué sucedería si, en el plazo de 6 meses no se consigue la pretendida adaptación, cuando ya se ha aplicado automáticamente el ajuste salarial (que es lo que, precisamente, parece imponer el ap. 3).

Por consiguiente, si se sigue esta interpretación (esto es, que el ajuste salarial es obligatorio y automático a partir del 31 de diciembre de 2022), el ap. 3 quedaría vacío de contenido (salvo que se entienda que la “adaptación” es una mera formalidad que afecta a la redacción del convenio sin más).

– *Segunda interpretación posible:*

El ajuste salarial no es aplicable hasta, como máximo, el 30 de junio 2023 (6 meses a contar del 31 de diciembre 2022). En tal caso, se abre un espacio de negociación desde el 31 de diciembre 2022 dirigido a “adaptar” el contenido del convenio colectivo de empresa, partiendo de la base de que el salario debe ser el previsto en el convenio sectorial.

En este contexto, que parece, como he avanzado, el más razonable, el contenido del ap. 2 también plantea algunas dudas, pues, la “adaptación” del convenio podría no ser fácil si no es posible “afectar” a los derechos y condiciones más beneficiosas. O, dicho de otro modo, el margen de “adaptación” que se habilita (salvo que esté equivocado) sería muy residual (sin perjuicio, *a priori*, de las vías

⁴¹ En este sentido, Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, op. cit., pp. 43; y Lousada Arochena, J. L., “La reforma de la negociación colectiva...”, op. cit.

ordinarias, sin posibilidad de alegar como causa la propia modificación del art. 84.2 ET).

Si, llegado este plazo, no se ha alcanzado un acuerdo, debe entenderse que automáticamente se aplicaría el ajuste salarial exigido por el convenio colectivo sectorial.

6. VALORACIÓN FINAL

EL RD-Ley 32/2021 ha pretendido reajustar el equilibrio de fuerzas en la negociación colectiva y el restablecimiento de la ultraactividad indefinida tiene reservado un papel determinante en este proceso (aunque, ciertamente, con los datos actuales puede afirmarse que la reforma de 2012 ha acabado teniendo una incidencia menor de la esperada al respecto).

No obstante, si las unidades de negociación pueden verse reemplazadas durante la ultraactividad (incluso, aunque haya una voluntad manifiesta de llegar a un acuerdo), el reequilibrio de fuerzas pretendido puede verse desestabilizado profundamente, no sólo porque acota los tiempos para tratar de alcanzar un acuerdo que evite el fin de la vigencia de los convenios (si no se ha previsto), sino también porque somete a dichas unidades a una exposición extrema e incrementa los incentivos para petrificarlas a toda costa. Especialmente porque la variabilidad cíclica de las condiciones de trabajo en caso de no hacerlo puede ser muy superior a la que sería deseable. Siguiendo la exposición de Farnsworth, los Tribunales tienen dos formas de afrontar un problema. Pueden adoptar una perspectiva *ex post*. Es decir, “mirar retrospectivamente sobre un infortunio u otro evento cualquier una vez que ya ha ocurrido y decidir qué hacer al respecto o cómo desfacer el entuerto”. Pero también puede adoptar una perspectiva *ex ante*. Esto es, “mirar prospectivamente y preguntarse qué efectos tendrá en el futuro una decisión sobre el caso - sobre partes que van a encontrarse en situaciones similares y no han decidido todavía qué hacer, y cuyas acciones quizás vendrán influidas por las consecuencias que la ley anude a tales decisiones”⁴². Pues bien, modestamente creo que la Sala IV debería tener muy presente esta segunda perspectiva: no es descartable que el intento jurisprudencial dirigido a evitar la petrificación, paradójicamente, pueda acabar teniendo como efecto “marginal” un incremento de la misma.

Sin perjuicio de que se acabe imponiendo una articulación de una estructura convencional de la concurrencia *ex art.* 83.2 ET, quizás, hubiera sido más oportuno una mínima previsión normativa. En todo caso (y, especialmente, ante la dificultad de anticipar el futuro), el paso del tiempo nos permitirá observar si los incentivos de los agentes implicados se materializan en estrategias que promueven la atrofia

⁴² Farnsworth, W., *El analista jurídico*, Aranzadi, 2021, p. 25.

de estas reglas (y emergen indeseados comportamientos oportunistas por encima de lo tolerable), o bien, se impone una solución de equilibrio respetuosa con la autonomía colectiva y los intereses de los representados.