FUNDACIÓN 1 DE MAYO

Informes

88 · Marzo 2014

ASPECTOS CRITICOS DE LA ULTRAACTIVIDAD EN CONVENIOS COLECTIVOS

WWW.1MAYO.CCOO.ES

ASPECTOS CRÍTICOS DE LA ULTRAACTIVIDAD EN CONVENIOS COLECTIVOS

FUNDACIÓN 1º DE MAYO
C/ Longares, 6. 28022 Madrid
Tel.: 91 364 06 01
1mayo@1mayo.ccoo.es
www.1mayo.ccoo.es

COLECCIÓN INFORMES, NÚM: 88
ISSN: 1989-4473

© Madrid, Marzo 2014

ASPECTOS CRITICOS DE LA ULTRAACTIVIDAD EN CONVENIOS COLECTIVOS

MARIANO SAMPEDRO CORRAL
EXMAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

ESQUEMA DEL TEMA COMPARTIDO SOBRE ASPECTOS CRÍTICOS DE LA ULTRAACTIVIDAD EN CONVENIOS COLECTIVOS

Mariano Sampedro Corral, exmagistrado del Tribunal Supremo

Uno de los puntos novedosos introducidos por la reforma operada en junio de 2011, que trasciende con insignificantes modificaciones al Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012, es la relativa a la ultraactividad. Como norma general, sigue manteniéndose, como en la legislación precedente, el carácter dispositivo del pacto sobre tal institución, y solamente en defecto de éste, o de laudo dictado en el curso del arbitraje obligatorio, cuyo fin es "desbloquear la negociación", entra en juego el artículo 86.3 ET, que literalmente dice "transcurrido un año sin haberse logrado acuerdo ni laudo arbitral, el convenio prorrogado perderá su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación".

Sí conviene resaltar que la ultraactividad no rige en los convenios extra-estatutarios, lo que no impide, naturalmente, que en estos pactos de eficacia limitada puedan establecerse pactos de ultraactividad (por todas, SSTS de 20 de marzo y 16 de junio de 2009).

I. ALCANCE MATERIAL DE LA ULTRAACTIVIDAD

Como se acaba de anunciar, la ultraactividad, al igual que en la normativa anterior, se configura como una institución disponible por las partes negociadoras. Ahora bien, existe una variación en la nueva regulación, que afecta a su contenido y es la distinción/contraposición existente en la regulación del ET/1980, que habla de la pervivencia del contenido normativo del convenio y del decaimiento de las cláusulas obligacionales, ya que la nueva regulación expresa, literalmente, que la pérdida de vigencia, durante la ultraactividad de las cláusulas convencionales, se refiere únicamente a la renuncia a la huelga. Es decir, se elimina de este modo toda mención a la oscura y difícil distinción que se hacía anteriormente entre el contenido normativo y las cláusulas obligacionales.

De pasada, diremos no obstante que, aunque la jurisprudencia no había sentado criterios precisos para su delimitación, aludiendo más bien a la doctrina del caso concreto, sí predominaba la idea de que la mención genérica legal a las cláusulas obligacionales apuntaba a los deberes de paz laboral a cargo de quienes han elaborado el convenio (por todas, STS de 2 de julio de 2009).

Si, no obstante, pudiera ser que la ultraactividad no sólo cupiera reducirla a los supuestos de huelga, sino también a otras causas obligacionales de carácter instrumental, habría que acudir, quizá, a la jurisprudencia anterior a la reforma, que había sentado, pacíficamente, que la cláusula obligacional "implica un compromiso de las partes negociadoras tendente a un determinado comportamiento" (como pueden ser las reglas de negociación articuladas, los medios de solución de conflictos, el establecimiento de comisiones paritarias) en tanto que el contenido normativo hace referencia a normas jurídicas sobre las relaciones individuales de trabajo regulando el régimen jurídico de trabajadores y empresarios no intervinientes en la negociación, como si de una ley se tratare. También ha establecido la jurisprudencia que, si bien, desde un punto dogmático es clara la distinción entre lo normativo y lo obligacional, no obstante el precepto comentado carece "de un sentido pleno de univocidad" y que habrá que estar a la hermenéutica del caso concreto.

II. NUEVOS RASGOS SINGULARES DE LA ULTRAACTIVIDAD

Partiendo del concepto de ultraactividad, como institución disponible por las partes, la nueva configuración legal del artículo 86.3 ET pretende abrir vías a los negociadores para alcanzar acuerdos en la negociación. Así:

a. Se diferencia dos etapas en la ultraactividad, siendo la primera la que transcurre entre la denuncia y la expiración del plazo máximo de negociación (parágrafo segundo) y la segunda la que se extiende desde la expiración de este plazo máximo. Nota común a ambas es que la ultraactividad trae su origen en el "defecto de pacto".

b. La nueva regulación permite la adaptabilidad inmediata del convenio ultraactivo a las necesidades de la empresa, en cuanto
   - "las partes negociadoras podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno de sus contenidos prorrogados". También es posible que durante el período de negociación e, incluso, tras la expiración del plazo máximo, los negociadores puedan adoptar o modificar las previsiones preestablecidas sobre la ultraactividad.
   - Otra importante novedad del nuevo artículo 86.3 (parágrafo tercero) es la introducción de un medio autónomo de solución de conflictos a los que acudir una vez agotado el plazo máximo para conseguir un acuerdo, y, ello, con el loable fin de desbloquear la negociación. En verdad, el precepto es oscuro y el legislador es consciente de que su regulación puede rozar la inconstitucionalidad, lo que puede explicar la contradicción existente entre la primera y la segunda frase de dicho apartado. En la primera se dice que mediante los acuerdos

interprofesionales de ámbito estatal y autonómico se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias "incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje". Y en la segunda se expresa que "en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio".

En verdad, el legislador es consciente de que la nueva regulación puede rozar la inconstitucionalidad y ello explica la citada contradicción, al obligar la primera, a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, a "establecer procedimientos de aplicación general y directa [...] incluido el compromiso previo de someter la discrepancia a un arbitraje" y establecer la segunda que "en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio".

El objeto perseguido legalmente, de resolver las controversias sobre la revisión del convenio mediante una sumisión obligatoria al arbitraje, una vez fracasado el acuerdo dentro del plazo máximo legal para lograrlo, es muy problemático. Sin duda, ronda en la cabeza del legislador la muy conocida STC 11/1981, de 8 de abril, que declaró inconstitucional el arbitraje obligatorio exigido por el RDLey de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977, y de ahí la vaguedad del precepto y el intento de introducir indirectamente el arbitraje a través de un complejo mecanismo legal.

III. CIERTOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA ULTRAACTIVIDAD

a. Antedentes.

Algunas cuestiones relacionadas con la ultraactividad del convenio denunciado y su relación con el nuevo convenio ya habían sido planteadas en la situación anterior a las reformas de 2011 y 2013, fundamentalmente en lo relativo a la aplicación del nuevo convenio a las situaciones nacidas durante un período en que se encontraba ultraactivo temporalmente por prórroga legal, el convenio extinguido por expiración del término pactado. En esta situación, por ejemplo, la STS 29 diciembre 2004 decidió aplicar las previsiones del convenio precedente en lugar de dar carácter retroactivo a las nuevas cláusulas convenidas que, en el caso concreto, versaban sobre el cálculo del valor de las horas extraordinarias; y, en la misma dirección, y en supuesto de subrogación, la STS de 28 septiembre 2006 declaró la continuidad del convenio aplicable en una empresa absorbida por otra, que se

encontraba en fase de ultraactividad, hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio aplicable a la totalidad de la entidad absorbente.

Las peculiaridades o singularidades de este tipo de problemas se van a reproducir ahora con mayor frecuencia, dado el mayor dinamismo que la reforma del 2012 ha introducido en el marco de la negociación colectiva mediante los mecanismos e instrumentos de reactivación de la negociación y actualización de los contenidos del convenio, así como según se ha afirmado (profesora Carolina Moreno), por la puesta en práctica de las nuevas técnicas de alteración, inaplicación y sustitución de lo pactado, no sólo en la fase de aplicación ordinaria del convenio, sino también en el momento de proceder a su renegociación y revisión. Novedades en las técnicas e instrumentos, propios de una mayor "flexibilidad del y en el convenio" que, sin duda, plantearán más dudas e incertidumbres de los que, hasta la fecha reformadora, se desprendían de la mera sucesión normativa de los convenios.

Esta mayor complejidad hubiera debido exigir al legislador una mayor previsión y precisión que la contenida en los artículos 84 y 86 ET.-

b. Pérdida de vigencia del convenio colectivo por falta de pacto o laudo arbitral.

Según el párrafo cuarto del artículo 86 ET, "transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo, sin que se haya acordado un convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia, y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación".

La importancia del tema se proyecta en la frecuencia con que se ha tratado el instituto de la ultraactividad en la negociación colectiva habida tras la reforma; así, en el boletín de observación de la negociación colectiva nº 40 de la C.C.N.C.C. de junio-septiembre de 2013 se constata que, desde la entrada en vigor de la reforma, el 44% de los convenios colectivos registrados mantienen la vigencia del convenio hasta la firma de otro que lo sustituya, y casi un 8% amplía el período de ultraactividad entre 14 meses y 6 años, extensión que parece contrariar la voluntad legislativa de limitarla hasta el máximo de un año a partir del vencimiento, con el fin de evitar el bloqueo de la negociación y su solución por instrumentos autónomos (conocida es, por su repercusión en los medios, la larga ultraactividad del I Convenio Colectivo de los Controladores de Circulación Aérea, que expiró el 31 de diciembre de 2004 y permaneció ultraactivo hasta el año 2010.

El alcance de estos pactos dispositivos comprende, también, a los insertos en los convenios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, pues no cabe desconocer que la ultraactividad, tanto antes como después de dicha ley, tiene carácter dispositivo, de tal manera que, si del convenio anterior –y evidentemente, posterior a dicha ley– se desprende inequívocamente que el Convenio no perderá su vigor, total o parcialmente (en el mismo sentido,

Casas Baamonde), aunque haya vencido el término de vigencia, a ello habrá de estarse. No existe jurisprudencia al respecto, aunque sí una sentencia muy argumentada de la Audiencia Nacional (SAN 23 junio 2013) ha precisado que "el pacto en contrario puede consistir, simple y llanamente, en constatar la continuidad de las cláusulas del convenio denunciado hasta que se alcance un nuevo acuerdo o convenio"; afirmación con la que se muestra de acuerdo gran parte de la doctrina científica.

Cabría examinar, a propósito del tema que examinamos, si la naturaleza del convenio extinguido por expiración del término de vigencia es la misma que durante la fase de ultraactividad, y ello porque, sin duda, esta clarificación puede ayudar a resolver algunos problemas de la parquedad del legislador, y que puede tener influencia en cual sea la situación posterior a la extinción del convenio colectivo transcurrido el año de ultraactividad sin haberse alcanzado pacto o laudo arbitral.

Nos puede ayudar en el intento la doctrina jurisprudencial recaída, fundamentalmente, en materia de prohibición de convenios, que distingue claramente entre vigencia de convenio y ultraactividad. Así, por ejemplo, la STS de 6 de noviembre de 1998 establece que la ultraactividad de las cláusulas normativas de un convenio que ha perdido su vigencia por expiración del plazo pactado "no impone las consecuencias de la conservación sine die sino que busca salvar vacíos normativos, aunque sean temporales". La propia jurisprudencia ha sentado de forma general y pacífica (por todas, STS 2 febrero 2004) que durante la ultraactividad del convenio denunciado no rige la norma prohibitiva del artículo 84 ET; afirmación que se apoya en dos pilares fundamentales: que la situación de ultraactividad no equivale "sensu stricto" a la vigencia del artículo 84 ET, y que lo contrario llevaría a una petrificación indeseable de la negociación colectiva, afectando además al sistema de libre determinación de los ámbitos de negociación.

c. <u>Problemas derivados del fin de la ultraactividad</u>

La norma no ofrece indicio alguno para identificar el convenio colectivo de ámbito superior que sea aplicable, ni a quien se atribuye la facultad de reconocimiento del convenio y lo único que deviene claro es que el convenio ha de ser de ámbito superior, y que, teleológicamente, su finalidad es evitar la aparición de vacíos legislativos, por lo que habrá de acudir a principios generales de derecho laboral para completar la parquedad legislativa.

La norma de aplicar el convenio superior eliminará, creemos que, con generalidad, el convenio de empresa, u otros de ámbito territorial más reducido, y delimitará su aplicación a los convenios sectoriales o territoriales más amplios. Ya en la esfera de estos convenios de ámbito superior gozará de prioridad en la aplicación aquellos convenios que resulten funcionalmente adecuados para regular las relaciones y condiciones de trabajo en el convenio expirado. En el supuesto de que existan múltiples convenios superiores

seguirá rigiendo para su elección el criterio de mayor especialidad o idoneidad funcional (profesora Carolina Martínez Moreno), sin que proceda acudir a cualesquiera otras normas de selección. Cabe recordar, a estos efectos, que "es la actividad principal o relevante de la empresa la que delimita su ámbito funcional" (STS 31 octubre 2003). Es decir, que "en el interior de la empresa, y en relación con sus trabajadores, lo relevante y decisorio es la actividad real que aquélla desempeña y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de servicios" (STS 20 enero 2009).

Si determinar el convenio superior aplicable es problemático -naturalmente en defecto de acuerdo entre las partes negociadoras- también es dudoso señalar a quien corresponde la elección. Bien pudiera ser que la elección se atribuya al empresario, a quien el artículo 20 ET otorga la facultad de dirección y control de la actividad laboral, y del artículo 5.c del propio ET, que establece el deber laboral del trabajador de "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas". Ahora bien, no ofrece la menor duda que una actuación irregular del empresario podrá ser impugnada, sea por la vía del proceso de conflicto colectivo, sea por la vía individual de inaplicación que pretenda el trabajador. Es claro que la dirección de la empresa corresponde al empleador, pero no es menos cierto que aparte de los artículos 7.1 Cc (ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe), artículo 6.4 Cc (que prohíbe el fraude de Ley) y 6.4 Cc (que no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial) también el ET ha incluido en su articulado varios preceptos referentes a la buena fe, como moral social. Así, por ejemplo, y sin necesidad de ser más prolijo, el repetido artículo 20 ET consagra, como acabamos de decir, la facultad de dirección y control al empresario, si bien en su ordinal 2 afirma que "en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe".

d. <u>Cuestiones derivadas de la falta de convenio superior aplicable</u>

Quizá el mayor problema y de más difícil solución se plantea en el supuesto de que no exista convenio superior aplicable, se ha afirmado (Carolina Martínez Moreno) que las propuestas de solución han sido variopintas y yo añado ricovariadas, tanto en el ámbito doctrinal como sindical. Así, se ha mantenido

- que el contenido normativo del convenio ya agotado continúa hasta que se logre un nuevo acuerdo; solución que indudablemente contraría la letra y el espíritu de la Ley;
- que expirado el convenio debiera aplicarse el derecho laboral general o común;
- que el convenio estatutario extinguido pudiera seguir rigiendo como convenio de eficacia limitada;

- que la eficacia del convenio extinguido encuentra su fundamento en la costumbre, como fuente de Derecho; lo que realmente parece pintoresco;
- que tras la expiración se origina una contractualización de los derechos y condiciones establecidos en el convenio vencido, de modo que estos derechos y condiciones se integran en el nexo personal del trabajador.

Personalmente, como parte de la doctrina (Casas Baamonde, Cruz Villalón) me adhiero a esta última solución.

Es cierto que una reiterada jurisprudencia(SSTS 25 junio 1992 y 30 marzo 2006) ha declarado pacíficamente que un convenio colectivo estatutario no origina derechos adquiridos ni condiciones más beneficiosas e, incluso, que caben convenios regresivos, en cuanto los artículos 84.2 y 86.4 ET consagran el principio de modernidad (al señalar, con redacción no exactamente igual, que el convenio colectivo que sucede a otro anterior "puede disponer libremente sobre los derechos reconocidos en aquél" (artículo 84 ET) o que "deroga en su integridad a este último salvo los aspectos que expresamente se mantengan" (artículo 86 ET). Pero esta aseveración se produce en la esfera de la sucesión de convenios colectivos, y, consecuentemente, no debe ser contemplada en supuestos diferentes, en que lejos de tener lugar una sucesión normativa, lo que se produce es un vacío normativo al haber fracasado todos los instrumentos legales para evitarlo.

El valor normativo del convenio estatutario -con excepción de las cláusulas obligacionales- y la no creación por el mismo de derechos adquiridos, ni condiciones más beneficiosas no autorizan sin más a concluir que extinguido el convenio colectivo sin posibilidad de aplicar otro convenio o pacto que le sustituya vayan a regirse, con olvido de toda situación anterior de la lucha interna de los trabajadores en defensa de sus derechos, por las normas laborales comunes del ET y normas complementarias, y a partir de este punto no se comprende que el contenido del convenio colectivo no se incorpore al nexo contractual de los trabajadores, máxime cuando la legislación actual ha hecho más flexible el cambio o modificación de las condiciones de trabajo a instancias del empleador, en orden a la pervivencia o mayor competitividad de la empresa.

Sería difícilmente comprensible, por no decir escandaloso, y contrario a la buena fe y a los más elementales principios de justicia, que, asido fuertemente al concepto normativo de convenio, y con olvido de la ya famosa frase de Carnelutti expresiva de que "el convenio tiene cuerpo de contrato y alma de ley", se olvidara que en los supuestos de inexistencia de sucesión normativa de convenios habría de retornarse a la legislación laboral común para definir los derechos de los empleados. Esta solución conduciría, por ejemplo, al absurdo de que el trabajador que estuviera recibiendo 3000 € mensuales de

sueldo por su jornada de trabajo, según el convenio fenecido, pasara a percibir el salario mínimo interprofesional con total olvido de la situación precedente.

La ley, parca al respecto, si hubiera querido la solución de retorno a la normativa laboral común, así lo hubiera dicho, pero no lo ha hecho. Por ello, la laguna debería cubrirse con ayuda de los principios generales del Derecho, y entre ellos el de buena fe, que preside todo el ordenamiento jurídico, y que tiene singular relevancia, tanto en el aspecto individual como colectivo, en el Derecho social.

En síntesis, podría servir de fundamentos a la conclusión de que los derechos y condiciones de trabajo establecidos en el convenio agotado se han unido al nexo contractual laboral del trabajador los siguientes:

1) Los conceptos jurídicos no pueden hacer olvidar el sentido de la justicia, como valor consagrado constitucionalmente. La excesiva parquedad y generalidad del artículo 86.4 ET debe ser sometida a una hermenéutica más precisa y adecuada a los principios de buena fe y de prohibición tanto del abuso de Derecho como del fraude de ley.
2) La norma contempla exclusivamente la extinción del convenio y la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, pero calla, es decir, no dice nada, sobre la situación jurídica en que quedan los trabajadores regidos anteriormente por el convenio decaído. No se trata, pues, de sucesión normativa de convenios, sino de desaparición de un convenio que produce un vacío normativo en la regulación de las relaciones laborales establecidas en el Convenio decaído.
3) En esta situación debe cobrar relevancia, a efectos de cubrir el vacío legal, no la sucesión normativa, que ya no existe, sino el nexo contractual que también une a trabajador y empresario, sin dar prevalencia a la dogmática proveniente de la sucesión normativa, que tiene como polos definitorios la extinción de un convenio colectivo y su sustitución por otro nuevo.
4) La incorporación de las condiciones de convenio a los contratos individuales es la regla más generalizada entre los diversos ordenamientos jurídicos, especialmente en Europa, ya sea en relación con todas las antiguas cláusulas o sólo con algunas (Jordi García Viñas).

La cuestión examinada plantea otros muchos problemas, principalmente los relacionados con la concurrencia de convenios, pero el tiempo que se nos asigna impide entrar en su exposición y examen.