

**XVI JORNADAS 2015
FUNDACIÓN SIMA**

***“SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y NEGOCIACIÓN
COLECTIVA.***

Madrid, 7 de octubre de 2015

Ponencia: “ *Efectos de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Ultraactividad de los convenios colectivos*”.

Ponente: Rosa María VIROLÉS PIÑOL. Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

“LA ULTRAactivIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS”

Sumario:

- I.- El art. 86.3 ET regulador de la denominada ultraactividad de los convenios colectivos..
- II.- El fin de la ultraactividad y sus posibles consecuencias en orden a la alteración de las posiciones negociadoras de las partes. Criterios doctrinales.
- III.- Consecuencias de la aplicación de la previsión normativa cuando fenece el convenio colectivo denunciado.
 - 1.- Cuando existe un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.
 - 2.- Cuando no existe un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.
 - 3.- Opiniones doctrinales de posible aplicación cuando no hubiere convenio colectivo superior de aplicación.
- IV.- Análisis de la STS/IV de 22-diciembre-2014 (rco 264/2014, Pleno).
 - 1.- Antecedentes fácticos y cuestión suscitada.
 - 2.- Examen por la Sala de casación de algunas de las tesis doctrinales y las soluciones judiciales sobre la referida cuestión, como cuestión previa a su toma de postura.
 - 3.- La crítica a la tesis “rupturista” y la puesta en evidencia de las consecuencias negativas que de su aplicación comportaría.
 - 4.- La opción a favor de la tesis “conservacionista” con determinadas matizaciones.
 - 5.- Los votos particulares.
- V.- Análisis de la STS/IV de 17-marzo-2015 (rco. 233/2013).

I.- EL ART. 86.3 ET. REGULADOR DE LA DENOMINADA ULTRAATIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS.-

El texto originario del art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores operado por **Ley 8/1980, de 10 de marzo** (BOE 14-03-1980), en vigor desde el día 15-03-1980, era del siguiente tenor literal:

“3. Denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo”. La ultraactividad del contenido normativo se establecía con **carácter imperativo** y no dispositivo como se efectúa luego en el Decreto Legislativo 1/1995, **manteniéndose la eficacia del contenido normativo del convenio durante el tiempo necesario** hasta que las partes, en su caso, alcanzaran un nuevo acuerdo colectivo que sustituyera al anterior denunciado.

Este mecanismo que podríamos llamar “de intervención” vuelve a repetirse aún en el **Real Decreto Ley 17/1977**, de 4 de marzo (BOE 09-03-1977), al disponer que los convenios se entenderán prorrogados de año en año si no se denuncian; denunciados, las partes negociarán su sustitución por otro convenio, si no llegan a un acuerdo y no se someten a un arbitraje, *“la Autoridad laboral dictará laudo de obligado cumplimiento”* (arts. 25 y 27).

La distinción entre cláusulas normativas y obligaciones ha sido analizada y aplicada por la **jurisprudencia social, interpretándose restrictivamente la noción de contenido obligacional** (entre otras, STS/IV 2-julio-2009 –rc 44/2008).

Como recuerda, entre otras, la STS/IV 14-mayo-2013 (rcud 1312/2012), *“ (...) La jurisprudencia de esta Sala se refleja, entre otras, en la STS/IV 29-abril-2003 (rc 126/2002), en la que se argumenta que “La distinción entre cláusulas obligacionales y normativas ha dado lugar a especulaciones varias. Actualmente, por la doctrina científica más autorizada, se nos dice que la **parte normativa del convenio** pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas ‘condiciones de trabajo’ (condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias...; y al régimen salarial). Pero el contenido normativo no queda agotado en los ejemplos mencionados, sino que se extiende a la regulación de aspectos ‘colectivos’: cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales... La jurisprudencia, por su lado, ha emitido declaraciones varias, entre las que cabría recordar la STS 21 diciembre 1994 (rec 2734/93), donde leemos que ‘la constitución de los fondos asistenciales y sindicales regulados en*

*[determinado convenio] forman parte de su contenido normativo' (aunque otra cosa se predique de la administración de los mismos)">> y en cuanto al **contenido obligatorio** se recuerda que, conforme a la jurisprudencia social, <<está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz [art. 82.2 ET], los compromisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones ad hoc".*

Sobre los **pactos de ultraactividad** en supuestos acaecidos bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1/1995, la **jurisprudencia social** ha interpretado que "(...) *Tampoco ofrece duda alguna que esa cualidad normativa comporta su necesaria observancia en el periodo de ultraactividad, que se mantiene durante el período en el que, denunciado el convenio se desarrollan las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo que pueda plasmarse en otra norma convencional del mismo ámbito territorial (así, por ejemplo, SSTS 25/01/07 –rco 63/06; 18/04/12 –rco 150/11; 20/06/12 –rco 31/11). Pero de igual manera que –conforme a la redacción actualmente vigente del art. 86 del ET– el propio convenio Colectivo puede establecer las reglas y soluciones que tenga por conveniente en orden a la vigencia de su contenido normativo durante el período de ultraactividad, de manera que es totalmente lícito que un precepto del Convenio disponga que determinadas cláusulas del mismo, a pesar de su contenido normativo, pierdan su vigencia una vez finalizado el plazo de vigencia pactada de aquél (citada STS 25/01/07 –rco 63/06), también es evidente que esa ultraactividad es inaplicable respecto de cláusulas de las que inequívocamente se desprenda su pactada limitación temporal, aún a pesar de la previsión contenida en el art. 86.3 «in fine» respecto de que «en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del Convenio», porque «[l]a vigencia del contenido normativo ... se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio» ...» (entre otras, SSTS/IV 29-enero-2013 –rco 49/2012 y 15-julio-2014 –rco 220/2013).*

A partir del 12-06-2011 entra en vigor la modificación de dicho art. 86.3 ET efectuada por el **Real Decreto Ley 7/2011**, de 10 de junio (de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva) (BOE 11-06-2011), disponiendo que:

“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.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán 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, tras la

terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

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 de los plazos máximos 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 sólo 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.

En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo".

El texto introduce una nueva regulación de la llamada ultraactividad de los convenios colectivos que han agotado su duración prevista, pero, polémicamente, el RDL 7/2011 acaba previendo que, en defecto de acuerdo y de sometimiento a los procedimientos de solución no judicial, **se mantiene la vigencia del convenio colectivo.**

Se **potencia el carácter dispositivo** de las partes en orden a la vigencia del convenio colectivo una vez concluida la duración pactada, defendiéndose por la doctrina (Goerlich Peset), la **posibilidad de que a lo largo de las negociaciones**, incluso tras la expiración del plazo máximo, los negociadores **podieran modalizar las previsiones sobre ultraactividad preestablecidas.**

En este momento **desaparece la distinción entre las cláusulas obligacionales (o convencionales) y las normativas**, pues ambas continúan vigentes tras el agotamiento de la duración prevista del convenio colectivo, **con la excepción de una concreta cláusula convencional** que decae a partir de la denuncia del convenio colectivo, en concreto las "*cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio*", garantizándose que, **mientras dure la situación de ultraactividad, se continúe aplicando el conjunto del convenio.**

El último párrafo del citado art. 86.3 ET fue modificado también por el **Real Decreto-ley 3/2012**, de 10 de febrero (de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) (BOE 11-02-2012) , en vigor desde el 12-02-2012, estableciendo que:

“Transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo 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”.

A partir de la reforma ex Real Decreto-ley 3/2012, -- al transformarse radicalmente la solución dada por el RDL 7/2011 de que, en defecto de acuerdo y de sometimiento a los procedimientos de solución no judicial, se mantenía la vigencia del convenio colectivo --, y al **establecerse, salvo pacto en contrario, la pérdida de vigencia**, trascurrido el plazo fijado, **es cuando surge la problemática del fin de la denominada “ultraactividad” del convenio y la de la determinación de las condiciones de trabajo que deban aplicarse, en su caso, al perder vigencia normativa el contenido del convenio derogado**, en especial, cuando no hubiere claramente convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación.

A partir de ese momento, los **acuerdos parciales** adquieren **mayor trascendencia ante la ausencia de ultraactividad**, como ha puesto de relieve un sector doctrinal (Llompard Bennàsar), afirmándose que, aun cuando el convenio denunciado ya no resulte de aplicación ni se haya conseguido negociar uno nuevo, cabe la posibilidad de que determinadas materias (salario o jornada ...) queden reguladas por estos acuerdos parciales, que en muchos casos serán de mínimos, evitándose aplicar el convenio colectivo de ámbito superior o, en su caso, la regulación estatutaria que puede resultar inexistente en determinados aspectos (cuantificación de los conceptos salariales ...), concluyendo que se instrumenta de este modo, un mecanismo a disposición de las partes que puede evitar la concurrencia de un vacío normativo en cuestiones fundamentales para la organización del trabajo en las empresas.

La referencia a **“en defecto de pacto en contrario”** se ha interpretado por un sector doctrinal, en el sentido de que el acuerdo por el que se varía el plazo de ultraactividad legalmente previsto debe ser un **pacto sobrevenido**, sosteniéndose, por otro (Cruz Villalón), que nada impide que los acuerdos sobre posible prórroga del contenido del convenio se efectúen con posterioridad a la referida norma legal.

Además, la ultraactividad **podrá pactarse** en el propio convenio colectivo o durante el periodo de ultraactividad misma antes de finalizar ésta; y tratándose de convenios colectivos, de cualquier ámbito, concertados **antes y después del 08-07-2012**, dada la naturaleza dispositiva del antiguo y nuevo art. 86.3 ET.

La doctrina científica propuso de **“lege ferenda” diversas alternativas a la solución dada por el RDL 3/2012**, que no llegaron a plasmarse en el **texto normativo**, -- ratificado, en esencia, por la Ley 3/2012.

Finalmente, se vuelve a modificar el referido art. 86.3.IV por la **Ley 3/2012**, de 6 de julio (de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) (BOE 07-07-2012), en vigor a partir del día 08-07-2012, disponiéndose que:

“Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo 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” .

Respecto al **momento en que comienza a computarse el ahora reducido plazo de un año**, debe distinguirse: **a)** cuando el convenio colectivo no estuviera denunciado a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012 (08-07-2012), el plazo empezará a computarse a partir de la fecha de la denuncia; y **b)** cuando el convenio colectivo ya estuviera denunciado a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012 (08-07-2012) el plazo empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor, es decir que el fin de la ultraactividad, en estos casos, fue el día 08-07-2013 (DT 4ª Ley 3/2012).

Conforme a la normativa vigente, **se ha definido doctrinalmente la ultraactividad de los convenios colectivos** como *“la situación de vigencia prorrogada forzosa, por voluntad legal o convencional, en la que se encuentra un convenio colectivo una vez denunciado y finalizada su vigencia inicialmente pactada hasta la aplicación de un nuevo convenio colectivo o laudo arbitral sustitutivo o por un determinado tiempo (un año) si no hay un nuevo convenio colectivo o laudo arbitral aplicable”* (Sala Franco).

II.- EL FIN DE LA ULTRAATIVIDAD Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS. CRITERIOS DOCTRINALES.-

Refiere el preámbulo de la Ley 3/2012, al igual que lo hiciera el RDL 3/2012, que la finalidad de la Ley es la de ***“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...”*** .

Un sector doctrinal defiende este extremo de la reforma, y entiende que la regulación vigente hasta tal momento en materia de ultraactividad de convenios colectivos **ha favorecido una negociación siempre al alza**, con independencia de la situación económica general o de la empresa, y que, por el contrario, la nueva regulación **compele a las partes a negociar un nuevo acuerdo**, al señalar que *“la limitación temporal de la ultraactividad de los convenios colectivos va a producir unos efectos de estimulación en las mesas negociadoras, **acaso mayor en el banco laboral**, que pueden desembocar en una negociación más efectiva que permita mayor adaptación de las condiciones de*

trabajo a las demandas de las relaciones laborales existentes en cada momento”.

Otro sector doctrinal, pone en duda la virtualidad del pacto en contrario al fin de la ultraactividad, al tratarse de una *“fórmula que no será aceptada fácilmente por la parte empresarial a la vista de los réditos que ella puede sacar de la aplicación directa de la nueva regla legal”* y constata el **debilitamiento negociador de la parte social** (Escudero Rodríguez).

Por **otro sector doctrinal** se ha observado que este brusco cambio de escenario puede producir otro efecto no menos criticable, cual es la **reducción de la tasa de cobertura de la negociación colectiva** o, lo que es igual, la merma de la protección que a los trabajadores suministra la negociación colectiva (Valdés Dal-Ré); lo que incluso podrá acontecer cuando exista convenios superior, pues seguramente éste no habrá regulado todos los temas, dejando espacios de regulación a los ámbitos inferiores que ahora quedarán sin cubrir o lo efectuará aquél con menor detalle (Alfonso Mellado).

La **Jurisprudencia social**, se ha pronunciado, en cuestiones relevantes a estos efectos, como recuerda SALINAS MOLINA:

a) Sobre la exigencia de **negociación de buena fe a los efectos de renegociar un convenio colectivo**, ha establecido que *“La presunción opera siempre a favor de la buena fe y sólo cuando, mediante prueba plena o indicios realmente solventes, quepa atribuir una conducta torticera a alguno de los negociadores, cabría tomar en consideración las consecuencias previstas en el derecho común (art. 6.4 CC) para la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, e incluso, si fuere el caso, con los efectos indemnizatorios que, para los supuestos de abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC), tal conducta pudiera llegar a acarrear”* (STS/IV 20-junio-2012 –rco 31/2011).

b) Ha concedido validez a los efectos del art. 86.3.IV reformado a los pactos de ultraactividad contenidos en convenios colectivos cuya negociación se inicia con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 (aunque la publicación sea posterior), afirmando que al haber previsto expresamente su prórroga hasta que no se llegara a un nuevo acuerdo, incluso aunque se superara el plazo de dos años al que se refería el art. 86.3 ET, en la redacción dada por el RDL 3/2012, la ultraactividad pactada también se ajusta a la legalidad, razonando que *<<con respecto al problema de la futura ultraactividad que el propio Convenio, para cuando fuere denunciado (recuérdese que estaba plenamente vigente ...en el momento de la interposición de la demanda el 26-09-2012: en absoluto resulta de aplicación, pues, la DT 4ª de la Ley 3/2012), atribuye a todo su contenido “en tanto no se llega a un acuerdo sobre el nuevo ..., incluso aunque se supere el plazo de dos años al que hace referencia el párrafo cuarto del art. 86.3 ET” (art. 8 del Convenio), tratándose de una materia*

que el legislador ha querido mantener, como antes (por todas, STS 12-3-2012, R. 4/2011), a disposición de la autonomía colectiva, en términos equiparables o incluso más amplios a los previstos en el ET/1995 o en la reforma introducida por el RD-Ley 7/2011, pues ahora se alude a la “vigencia” en general, sin distinguir ya entre cláusulas normativas y obligacionales, y no de otra forma puede interpretarse la expresión “salvo pacto en contrario” que aparece en el párrafo final del art. 86.3 ET, tanto en la redacción dada por el RD-Ley 3/12, de 10 de febrero, ya en vigor cuando se suscribió el Convenio Colectivo en cuestión (el 16-03-2012 ...), como en la vigente a partir de la Ley 3/2012, que únicamente ha reducido a un año el plazo de vigencia del anterior, **también se impone la solución desestimatoria porque, igualmente acierta la sentencia impugnada cuando afirma que “**si los negociadores del convenio, en el uso legítimo de las potestades de autonomía colectiva, reconocidas por el art. 37.1 ... [CE], en relación con el art. 82.1.2 y 3 ET, pactaron la prórroga automática del convenio hasta que se alcanzara acuerdo, pactando así mismo, una cláusula de revisión salarial anual en dicho período, deberá estarse a lo allí pactado a todos los efectos**”. Así pues, el art. 8 del Convenio impugnado, que regula los efectos y consecuencias futuras de su propia denuncia y prórroga, se ajusta plenamente a la legalidad vigente” (STS/IV 8-julio-2014 –rco 164/2013).**

III.- CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA PREVISIÓN NORMATIVA CUANDO FENECE EL CONVENIO COLECTIVO DENUNCIADO.-

1.- Cuando hubiere un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

Siendo éste el supuesto más sencillo, -- y que hasta la fecha no podía acontecer por impedirlo el art. 84.1 ET (“*Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente*”) --, no deja de originar problemas, muchos de ellos puestos de relieve por la doctrina. Entre otros y sintéticamente que:

a.- Que realmente exista un convenio colectivo de ámbito superior que sea claramente de aplicación (“*si lo hubiere*”), en todo o en parte y a nivel geográfico y/o funcional (y, en su caso, que los colectivos afectados estén incluidos en su ámbito de aplicación). Habrá de tenerse en cuenta que pueden ser varios los convenios de aplicación. Con lo cual habrán de entrar en juego las reglas de concurrencia de convenios (art. 84.3 y 4 ET). Por ello un sector doctrinal propugna la aplicación del más favorable, para evitar que se produzcan renunciaciones de derechos inadmisibles (art. 3.5 ET). También hay posiciones a favor del convenio sectorial estatal, así como que nada impide que en relación a materias diferentes se apliquen convenios de distinto ámbito.

b.- Que el convenio de ámbito superior parece debe ser **preexistente** y en vigor, bien en prórroga normal o en situación de ultraactividad (Pastor);

c.- Que en la problemática de la determinación del sector de actividad, no se han contemplado los **subsectores de actividad**, lo que nos lleva a determinar cual sea la actividad principal.

d.- Que el convenio de superior ámbito puede contener, en todo o en parte, condiciones superiores a las del convenio de ámbito inferior derogado.

Para intentar paliar las consecuencias negativas de la aplicación del art. 86.3.IV ET al perder vigencia el convenio colectivo, exista o no convenio de ámbito superior aplicable, se alcanzó un **Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos** (BOE 14-06-2013), con intervención de la CEOE, CEPYME, UGT Y CC.OO., en el que, entre otros extremos (como los sistemas de solución extrajudicial de conflictos), se instaba a negociar de forma paccionada la ultraactividad, incentivando la negociación de buena fe y, mientras ésta dure, comprometiéndose las partes *“al mantenimiento del convenio vencido”*.

2.- Cuando no hubiere un convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

Este es el **supuesto de más difícil solución** (fue el abordado por la STS. de 22-diciembre-2014, que después se analizará) y sobre el que existen muy diversas opiniones doctrinales sobre cual sea la normativa aplicable cuando al derogarse un convenio colectivo no exista un posible convenio de ámbito superior aplicable, aunque la inmensa mayoría de las mismas parten de la **crítica a la regulación legal** que no da solución expresa alguna a este supuesto.

No obstante ello, es de destacar que muchas construcciones doctrinales **intentan salvar, a través de distintas vías, un contenido mínimo, más o menos amplio, de las condiciones de trabajo** que quedarían subsistentes a pesar de la derogación del convenio colectivo.

Pero, como regla, ninguna de ellas salva directamente **la posible situación de los nuevos trabajadores que fueran contratados una vez ya derogado el convenio colectivo.**

En tal caso, existen varias **opiniones doctrinales** que apuntan una posible aplicación. A saber:

- A) Aplicación de los mínimos previstos en la legislación social.
- B) Continuidad residual como convenio colectivo estatutario.
- C) Incorporación del contenido del convenio que pierde su vigencia, de forma automática y completa, al contrato de cada uno de los trabajadores afectados como condiciones de trabajo contractualizadas.
- D) Contractualización limitada de condiciones de trabajo perviviendo determinados elementos esenciales del intercambio contractual.
- E) Permanencia en el contrato de las “*condiciones de trabajo*” tras la pérdida de vigencia del convenio y como condiciones contractuales más beneficiosas de adquisición individual.
- F) Conversión en un convenio de eficacia limitada (convenio colectivo extraestatutario).
- G) Existencia de un pacto implícito que mantiene las condiciones hasta que se alcance acuerdo, individual o colectivo.
- H) Conversión del convenio colectivo que ha perdido su vigencia en costumbre o uso profesional o de empresa.

Y son de destacar para este supuesto de inexistencia de convenio colectivo superior las siguientes:

A.- La que defiende que a la pérdida de vigencia del convenio sin que exista otro de ámbito superior **serán de aplicación los mínimos establecidos, con carácter general, en la legislación social** siendo aplicable directamente el ET (SMI, etc) la que en la STS 22/12/2014 denominaremos “teoría rupturista” con los vacíos legales y la problemática que plantea.

B.- La de entender que **el contenido del convenio colectivo que pierde su vigencia se incorpora, de forma automática y completa, al contrato de cada uno de los trabajadores afectados como condiciones de trabajo contractualizadas (en su caso y para algunos como condiciones más beneficiosas reconocidas a título individual)**, pasando a tener éstas, consiguientemente, un valor jurídico meramente contractual y ya no normativo con todo lo que ello implica desde la perspectiva de eventuales modificaciones sustanciales llevadas a cabo por el empresario según lo regulado en el art. 41 ET, fundamentándose, sus defensores (Cruz Villalón, García-Perrote, Mercader Uguina) en el derecho a la dignidad profesional, los principios constitucionales (autonomía colectiva, seguridad jurídica, fuerza vinculante de los convenios, libertad sindical), el deber de buena fe contractual y el deber de protección del empresario, además de en los principios generales del Derecho como el de protección de la confianza legítima, la buena fe, la evitación del abuso del derecho y la prohibición de enriquecimiento injusto.

D) Las tesis próximas a las contractualitas que sostienen una contractualización limitada de condiciones de trabajo defendiendo la **pervivencia de determinadas condiciones o elementos esenciales del intercambio contractual**. Se argumenta que los elementos esenciales del

contrato de trabajo (precio del trabajo, cantidad de trabajo y trabajo en concreto contratados) forman parte ineludible del vínculo contractual individual, aunque no estén explicitados en el contrato de trabajo y se determinen por referencia al convenio colectivo de aplicación y que el intercambio contractual entre trabajo (tiempo y tipo o clase de trabajo) y salario, forma parte necesariamente del vínculo contractual individual. Concluyéndose, en esencia, que *“En esos términos estrictos ... puede y debe defenderse que se produce la contractualización de las condiciones de trabajo (Durán López).*

E) La tesis que sustenta que los contratos individuales de trabajo definen *“condiciones de trabajo”* que pueden figurar expresamente en el propio contrato no obstante su vinculación al convenio o por remisión al convenio, las cuales **permanecen en el contrato tras la pérdida de vigencia del convenio y como condiciones contractuales más beneficiosas de adquisición individual**, no pudiendo ser suprimidas por la voluntad unilateral del empresario y debiendo, en su caso, acudir al procedimiento ex art. 41 ET.

F) La de considerar que el convenio colectivo al perder su vigencia es desposeído de su valor de eficacia general para convertirse en uno de eficacia limitada (**convenio colectivo extraestatutario**).

Este criterio, resalta SALINAS MOLINA, tiene **inconvenientes a la vista de la hasta ahora jurisprudencia social sobre este tipo de pactos**, especialmente:

a') En cuanto a su **eficacia** (*“su eficacia limitada a las partes que lo suscribieron y en los términos en ella establecidos”*); en lo afectante a su **duración**, lo que podría impedir su aplicación si existía pactada una concreta vigencia temporal no siendo posible entenderlos sometidos a ultraactividad por lo que dejan de surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración; y, además, **no generan condiciones más beneficiosas** en los términos del art. 41 ET, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, cuando no exista indicio alguno de una voluntad empresarial de incorporarlo de forma definitiva al contrato de trabajo (entre otras, STS/IV 14-mayo-2013 –rco 285/2011); o

b') Sobre su **contenido** se mantiene que *“no pueden considerarse adecuadas a derecho aquellas condiciones de trabajo pactadas en este tipo de acuerdos con ámbito de aplicación generalizada”* y que *“no puedan regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia erga omnes se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET”* con la consecuencia de

“nulidad de los pactos o cláusulas afectados” (entre otras, STS/IV 11-julio-2012 –rco 38/2011); específicamente las sentencias recaídas resolviendo que en los mismos no pueden regularse materias como la **clasificación profesional** (entre otras, SSTS/IV 11-mayo- 2009 –rcud 2509/2008, 16-junio-2009 –rcud 2272/2008, 14-octubre-2009 –rcud 625/2009, rectificando doctrina anterior de la propia Sala).

G) La que entiende que concurre la **existencia de un pacto implícito que mantenga las condiciones hasta que se alcance acuerdo, individual o colectivo**, en particular para aquellas en las que el ordenamiento exige que se fundamenten en la voluntad expresada en convenios colectivos o pactos individuales.

IV.- ANÁLISIS DE LA STS/IV 22-diciembre-2014 (rco 264/2014, Pleno.-

Nos encontramos ante la opción o tesis que hemos venido a denominar **“conservacionista”** con determinadas matizaciones: como veremos, las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo desde el momento inicial de la relación jurídico-laboral aunque depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET y los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo ya estaban contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente y esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET.

1.- Antecedentes fácticos.

Trata de una empresa de servicios ubicada las Illes Balears, con convenio colectivo propio desde 1999 y que fue denunciado el 05-11-2010, constituyéndose el 17-11-2013 la mesa negociadora sin llegar a acuerdo alguno, entendiéndose la empresa que el convenio había perdido su vigencia el día 08-07-2013 por haber transcurrido el año de caducidad previsto en el art. 86.3 ET ex Ley 3/2012. Procede, por tanto, al abonar la nómina de julio 2013, a dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa. Interpuesta **demandas de conflicto colectivo** por USO (adhiriéndose los sindicatos CSI-CSIF, CC.OO. y UGT), el **Tribunal Superior de Justicia** estimó la demanda y declara *“no ajustada a derecho”* esta conducta empresarial y dispone la reposición de los trabajadores afectados *“a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo”*.

Los hechos que se declaran probados en la sentencia son los siguientes:

"Primero.- En fecha 5 de noviembre de 2012, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE) denuncia la aplicación el convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70;

Segundo.- En fecha 17 de noviembre de 2010 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de junio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio;

Tercero.- Que al abonarse la nómina de julio 2013, la empresa procedió a dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa;

Cuarto.- Que en fecha 4 de septiembre de 2013 se celebró el acto de conciliación ante el TAMIB."

La cuestión litigiosa a resolver, se centraba en determinar si el Convenio colectivo de aplicación denunciado el 05-11-2010 continuaba en ultraactividad superado el 08-07-2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, como defendían los Sindicatos demandantes, alegando que el art. 86.3 ET regula un régimen de ultraactividad limitada sólo en defecto de pacto, entendiendo la parte actora que existe dicho pacto, por lo que no sería de aplicación la DT 4ª Ley 3/2012. Un elemento a tener en cuenta es que en el supuesto enjuiciado **no había un convenio colectivo de ámbito superior que pudiera resultar aplicable.**

La **Sala de instancia** (Sala Social del TSJ Baleares), interpretó que mientras no se negociara un convenio nuevo debían mantenerse las condiciones salariales pactadas.

La empresa demandada, recurrente en **casación ordinaria**, argumentaba en defensa de la decisión empresarial impugnada, que dado que había denunciado el convenio en el que no se contenía previsión alguna de ultraactividad, finalizando su vigencia en aplicación de la DT 4ª Ley 3/2012, el día 08-07-2013, sin que hubiera convenio colectivo de ámbito superior, las condiciones de dicho convenio de empresa no podían seguir aplicándose como si de un derecho adquirido se tratara.

2.- Examen por la Sala IV/TS de algunas de las tesis doctrinales y las soluciones judiciales sobre la referida cuestión.

Se analiza, tras el examen de la normativa aplicable y de las cuestiones generales que suscita, hubiere o no convenio colectivo de ámbito superior de posible aplicación al finalizar la ultraactividad, que:

*“Podemos decir que las **soluciones** que ha venido dando la doctrina científica y también la doctrina judicial son esencialmente dos y radicalmente opuestas, a saber:*

*Una primera tesis, que podemos denominar “**rupturista**”, según la cual dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido.*

*Y una segunda, que denominaremos “**conservacionista**”, según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.*

3.- La crítica a la tesis “rupturista” . Consecuencias negativas que su aplicación comportaría.

La sentencia efectúa una crítica de la denominada tesis “rupturista” y se ponen en evidencia, a juicio de la Sala de casación, las consecuencias negativas que de su aplicación comportaría. Se argumenta que:

*“ ... la aplicación de la que hemos denominado tesis “rupturista” podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una **alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones**, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el “objeto cierto que sea materia del contrato” y la “causa de la obligación que se establezca” (arts. 1261, 1271 a 1273 y 1274 a 1277 Código Civil).*

*Y ello tanto más en un ámbito como el social en el que **los mínimos de derecho necesario** se regulan no solamente en las **normas estatales** sino también en los **convenios colectivos**, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente. Entre otras, las relativas a las peculiaridades del contenido de la **obligación de trabajar** (art. 20.2 ET), al sistema de **clasificación profesional** por medio de grupos profesionales (art. 22 ET), a la **promoción profesional**, la **formación profesional** en el trabajo, los **ascensos** y la **promoción económica** (arts. 22 a 25 ET) con su indudable incidencia en la **movilidad funcional** y en los **poderes organizativos empresariales**, la **estructura del salario** y el **carácter consolidable o no de los complementos salariales** (art. 26 ET), la **duración de la jornada de trabajo inferior a la legal**, la **distribución irregular** de la jornada a lo largo de un año, la*

forma de compensación de las diferencias o el establecimiento del límite máximo de la **jornada ordinaria rebasando el límite máximo de nueve horas** (art. 34 ET), formas de abono o de compensación de las **horas extraordinarias** (art. 35 ET), la planificación anual de las **vacaciones** (art. 38.2 ET), el **régimen disciplinario** salvo la sanción de despido (arts. 54 y 58 ET) o las reglas para la constitución y funcionamiento de un **comité intercentros** (art. 63.3 ET) o para **acomodar la representación de los trabajadores** a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa (art. 67.1 ET).

Lo cual quiere decir que, de aplicarse la que denominamos “tesis rupturista”, se producirían **indeseables consecuencias para ambas partes** como, entre otras, que cualquier **trabajador** (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el **empresario** no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. etc.

Habiéndose debatido si ante tal cambio sustancial de condiciones el trabajador podría pedir la **extinción contractual indemnizada** de su contrato de trabajo o incluso -como un sector doctrinal favorable a la tesis “rupturista” ha propugnado, para intentar paliar las indeseables consecuencias de la imprevisión normativa- que **al menos determinadas condiciones deberían quedar subsistentes** (entre otras, salario, tiempo y clase de trabajo) para del tal modo evitar que el contrato quede sin causa. Por otra parte, una eventual defensa de las retribuciones contenidas en el convenio que ha perdido vigencia a través de la **invocación de derechos fundamentales como la dignidad o igualdad, parece difícil de articular e insuficiente para paliar todos los defectos expuestos**”.

4.- La sentencia opta a favor de la tesis “conservacionista” con determinadas matizaciones:

La Sala de casación (IV/TS), en conclusión, entiende que la tesis jurídicamente correcta en la denominada “**conservacionista**”, con las matizaciones que establece, en lo esencial, que **las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo desde el momento inicial de la relación jurídico-laboral**, puesto que el contrato de trabajo tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico-obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes y que las obligaciones de las partes se regulan por el contrato de trabajo, **aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET; y los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo ya estaban contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente y esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET.**

Argumenta la sentencia que:

*“ [Para llegar a dicha conclusión, conviene recordar algunos elementos básicos de nuestro ordenamiento jurídico en general -y de ese sector del mismo que conocemos como Derecho del Trabajo- en lo que a la ordenación de los contratos se refiere. Como es bien sabido, el precepto clave del Derecho de los Contratos es el art. 1255 del Código Civil, directamente tomado del Código napoleónico, según el cual **las relaciones jurídico-contractuales entre las partes se rigen por los pactos y condiciones que ellas mismas establezcan libremente, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público.** Desde luego que ese principio general –el principio de la autonomía de la voluntad individual- rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. Lo único que ocurre es que **la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento** y, además, proceden no solamente de la **actividad legislativa o reglamentaria del Estado** (así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la **actividad negociadora** de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la “fuerza vinculante de los Convenios” a que se refiere el art. 37.1 CE.*

*A partir de ahí, el **art. 3 del ET** –uno de los pocos no afectados por las sucesivas reformas estatutarias- es meridianamente claro al señalar respecto a las fuentes de la relación laboral que:*

“1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las Leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

4. Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”.

Como comentara -con buen criterio- un sector doctrinal, recién promulgado el ET, el art. 3 ET, que se denomina “Fuentes de la relación laboral”, contiene, por un lado, **fuentes en sentido normativo** –señaladamente las de las letras a) y b) y, por otra parte, **fuentes en sentido obligacional**: la letra c). En cuanto a las fuentes de la letra d) –los **usos y costumbres**- **tienen un papel subsidiario**, como deja claro el propio art. 3 en su nº 4, y no procede detenernos en ello. Y decía esa doctrina que esa mezcla de fuentes normativas y obligacionales era acertada pues con ello se podía comprender mejor la relación entre unas y otras y su respectivo papel o función. Pues bien, es claro que para responder a la pregunta **¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador?**, la respuesta es clara: **en su contrato de trabajo**. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo –como cualquier otro contrato- tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico-obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes. Dicho lo cual, hay que hacer algunas **precisiones adicionales**:

a) Que eso es así tanto si el contrato se celebra **por escrito** como si se hace **de palabra**, dado el principio general de libertad de forma que –con las debidas excepciones- establece el art. 8 del ET.

b) Que si alguna de esas condiciones contractuales no respetan los **límites de derecho necesario** establecidos por las normas estatales y/o convencionales colectivas se entenderán **nulas de pleno derecho**, pero “el contrato de trabajo permanecerá **válido en lo restante**, y se entenderá **completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley**”, como dispone el art. 9.1 ET.

c) Que, por lo tanto, las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales. Lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre –tanto si es indefinido como temporal- un contrato de tracto sucesivo, **esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales**. Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que **las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo**. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 del ET.

d) Ese equívoco viene propiciado, además, por la enorme frecuencia con la que las partes que celebran un contrato de trabajo, en lugar de reproducir las normas legales y convencionales que entienden aplicables, acuden a la **técnica de la remisión para establecer las condiciones laborales**, indicando que (p.e.) “serán las que deriven del convenio colectivo aplicable”. Pero **dicha remisión es una técnica que no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece** y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de la

misma. Y repetimos: ello es así aunque el contrato sea verbal; lo único que ocurrirá en tal caso es que el contenido obligacional establecido (vía remisión o no) en dicho tipo de contratos deberá ser objeto de prueba por otros medios distintos al de la forma contractual escrita]”.

5.- Conclusión.-

La sentencia concluye señalando: *“Dicho lo cual, es claro 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.*

*Ahora bien, ¿significa eso contradecir el mandato del legislador de que el contenido normativo de dicho convenio colectivo pierda su vigencia? Ni muchísimo menos. Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, **esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, **ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET”.*****

En base a tales argumentos, la Sala de casación confirma la sentencia de instancia impugnada, desestimando el recurso formulado por la empresa.

6.- Los votos particulares.-

Se emitieron **dos votos particulares autodenominados concordantes** con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

En el primero de ellos, se cuestiona la técnica de la *contractualización*, entendiendo que a la misma y satisfactoria conclusión puede llegarse por la vía de aplicar principios constitucionales y a través de la propia dogmática del negocio jurídico. Propugnando para cubrir el vacío normativo que genera la falta

de nuevo convenio, y a los efectos salariales constatados en el caso únicamente, el mantenimiento de la retribución del anterior convenio y la no aplicación del SMI en lugar del salario del convenio extinguido, por razones de dignidad personal y de la finalidad constitucional de la negociación colectiva, como interpretación conforme a la Constitución (art. 5 LOPJ), así como de *equilibrio de las prestaciones* y como corolario de la buena fe.

En el **segundo de los votos particulares concordantes** con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente, se expresa duda de constitucionalidad sobre la reforma laboral en esta materia (art. 86.3 ET), se propugna la aplicación solamente al salario de la ultraactividad en todo caso y se indica que según exige el equilibrio prestacional, el salario debe mantenerse en tanto no se haya producido una reducción por lo menos proporcional de la prestación del trabajador (*“Lo cierto es que el salario constituye el derecho primordial del trabajador y debe preservarse, en lo posible, de los avatares normativos cuando ya se ha incorporado al acervo económico particular fruto de la relación laboral y en tanto en cuanto no se haya producido, al menos, una compensación proporcional a su reducción en el contenido obligacional de la misma para aquél”*), lo que pone en relación con el mantenimiento de los contratos bajo una legislación derogada (DT 2ª Código Civil: *“los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas”*).

7.- Los votos particulares disconcordantes con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

Se formularon **dos votos particulares que venimos a denominar “discordantes”** con la solución jurídica aplicada en la sentencia aprobada mayoritariamente.

En uno de ellos (formulado por la Magistrada Calvo Ibarlucea), se destaca que *“El modo en que se cierra el artículo 86.3 del E.T ... revela una **ausencia total de previsión de las radicales consecuencias que se siguen a su aplicación**”* y que *“Tal vez una medida menos traumática habría sido la de prever la congelación de las condiciones que regían al término de la vigencia ..., pero no ha sido así con lo que se vuelve al punto de partida”*.

Destaca que **no hay ningún elemento que permita no aplicar la cuestionada fórmula legal** (*“De todo lo anterior se desprende que no existe en la norma ningún elemento que por vía de interpretación teleológica o con amparo en la analogía permitía acceder a una solución como la que adopta la sentencia por lo que el recurso interpuesto debía haber sido estimado”*), pero **advierte de sus posibles consecuencias**, señalando que *«Resta **determinar si la empresa puede seguir exigiendo a sus trabajadores las mismas funciones que venían desempeñando a todos los niveles, una vez que previsiblemente va a aumentar su jornada en cómputo anual, a reducir muy posiblemente vacaciones y días de***

*descanso, a cambio también de perder una parte de su facultad sancionadora al tener que limitarse al artículo 54 del ET ... La primera figura tener in mente es la del **enriquecimiento injusto** a la vista de la desproporción instalada en la relación empresa-trabajador. Solo **reduciendo a todo su personal a la condición del peonaje**, cualquiera que fuera de su categoría habría una aproximación al nuevo régimen salarial.*

Voto sin lugar a dudas discrepante con la solución dada por los restantes miembros de la Sala IV (los 13 restantes).

En el **segundo de los votos discrepantes** (formulado por el Magistrado Sempere Navarro, con adhesiones), se destaca que el pleito se refiere solo a salarios, que el convenio colectivo vencido había perdido toda su vigencia, el contenido de las normas (convenios inclusive) no se contractualiza por el hecho de proyectarse sobre la relación laboral, que “...si se piensa que el vacío dejado por el convenio colectivo es jurídicamente inaceptable puede entenderse que se sostenga la pervivencia del convenio cuya ultraactividad ha finalizado...; que se ataque la inconstitucionalidad de una regulación (la del art. 86.3 ET y concordantes) generadora de resultados inasumibles; en fin y sin ánimo exhaustivo, o que se acuda a la analogía para encontrar el convenio más afín con el desaparecido y así replicar la solución legal para cuando aparece uno de ámbito superior”, pero que “Sin embargo, **las bases conceptuales sobre las que se asienta la tesis “conservacionista” mayoritaria nos parecen inasumibles**”.

Parece asumir que, por otras vías, el salario no debería haberse rebajado tras la finalización de vigencia del convenio colectivo, pero destaca la mala articulación del recurso. Argumenta, en esencia, que:

*“Dicho de otro modo: **que se rechace la pervivencia del convenio o su contractualización no comporta que la demanda hubiera debido fracasar**, sino que deberían haberse expuesto las razones por las que se considera ilícita la conducta empresarial, ante lo cual ATESA podría haber cimentado la licitud de su conducta más allá de exponer la argumentación sobre decadencia del convenio, que nos parece acertada.*

Puesto que el anterior debate no ha tenido lugar, tampoco posee mucho sentido exponer ahora con detalle los posibles cauces a cuyo través podría controlarse la validez de la conducta empresarial (...).”

Concluye el voto señalando que “Los párrafos precedentes quieren trasladar la idea de que **podría ser jurídicamente reprochable la minoración del salario** que se venía pagando a partir de unas líneas argumentales diversas a las desplegadas hasta ahora por los trabajadores”.

Es claro para la que suscribe, que el voto particular al que se acaba de referir, en puridad procesal, no puede ser calificado de discrepante, sino de concurrente, pues se combate la “solución” (plasmada en la parte dispositiva de la sentencia) que es la misma que la propuesta en el voto; es más, se considera que “**podría ser jurídicamente reprochable la minoración del salario**”; es decir,

en definitiva la desestimación de la pretensión. La discrepancia se limita al iter seguido por la sentencia, sin proponer con detalle los posibles cauces a cuyo través podría controlarse la validez de la conducta empresarial, por no haber sido objeto de debate.

8.- Una última precisión.-

De cuanto se ha expuesto, cabe precisar, -a entender de la que suscribe- que sólo una defectuosa lectura de la sentencia comentada puede conducir a distinta solución. Nótese que en el supuesto enjuiciado la reclamación era retributiva, y ello es lo que resuelve la sentencia comentada, sin perjuicio de las necesarias argumentaciones sobre el cómo y el porqué de la solución que se adopta. Por otro lado, cabe recordar , - para evitar que se caiga en una confusión de conceptos- que la sentencia, como expresamente puntualiza, no procede a la “contractualización”, sino que ante la pérdida de vigencia del convenio colectivo se sitúa en la posición originaria de formalización del contrato de trabajo, con las evoluciones propias del transcurso del tiempo, concluyendo que a partir de este momento las condiciones laborales ya estaban contractualizadas.

V.- Análisis de la STS/IV de 17-marzo-2015 (rco. 233/2013).

A partir de la STS de 22-diciembre-2014 que acabamos de examinar, se han seguido otros pronunciamientos sobre la materia. Cabe destacar la STS de 17-marzo-2015 (rco. 233/2013), asimismo con voto particular, resuelve un Conflicto Colectivo relativo a la ultraactividad del III Convenio Colectivo de AIR NOSTRUM, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA.

El Convenio Colectivo, suscrito y publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, fue denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, y a fecha 8 de julio de 2013 no se ha alcanzado un acuerdo y contiene una cláusula en la que se dispone que “denunciado el convenio y finalizado el periodo de vigencia restante, o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerán vigentes las cláusulas normativas del convenio hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio que haya de sustituir al presente”. La Sala IV/TS resuelve que el convenio mantiene su ultraactividad hasta que los sujetos legitimados para negociar un nuevo convenio suscriban uno que sustituya al que se encuentra en ultraactividad.

Esta sentencia y otras sobre la materia, de ser posible, serán analizadas en la ponencia y/o coloquio, si lo permite el escaso margen temporal asignado para la ponencia.

Gracias.
