

O RETROCESO DO CRITERIO DE PRIORIDADE APLICATIVA DO CONVENIO DE EMPRESA E ULTRAactivIDADE DOS CONVENIOS COLECTIVOS

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ

Profesor Contratado Doutor Interino de Dereito do Traballo e da
Seguridade Social
Universidade de Vigo
alexpazos@uvigo.es

RESUMO

A reforma levada a cabo polo Real Decreto-Lei 32/2021 supuxo un importante cambio con respecto á prioridade aplicativa dos convenios colectivos e a aplicación do criterio da ultraactividade. Esta reforma derroga á anterior do ano 2012 nos aspectos mencionados. En primeiro lugar, establécese a prevalencia do convenio sectorial sobre o convenio de empresa en materia salarial e, en segundo lugar, retómase a aplicación da ultraactividade ilimitada dos convenios colectivos. Ambas as reformas pódense cualificar de positivas, proteccionistas e que conlevan o fortalecemento da negociación colectiva. Con todo, é necesario realizar algunhas matizacións porque a reforma non elimina totalmente a prioridade aplicativa do convenio de empresa, xa que conserva a súa esencia en materias moi significativas. Así mesmo, tamén se analiza o importante réxime transitorio da reforma e o incentivo do uso dos mecanismos de mediación e arbitraje.

Palabras chave: Prioridade aplicativa; convenio colectivo; ultraactividade.

RESUMEN

La reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 32/2021 ha supuesto un importante cambio con respecto a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos y la aplicación del criterio de la ultraactividad. Esta reforma deroga a la anterior del año 2012 en los aspectos mencionados. En primer lugar, se establece la prevalencia del convenio sectorial sobre el

convenio de empresa en materia salarial y, en segundo lugar, se retoma la aplicación de la ultraactividad ilimitada de los convenios colectivos. Ambas reformas se pueden calificar de positivas, proteccionistas y que conllevan el fortalecimiento de la negociación colectiva. No obstante, es necesario realizar algunas matizaciones porque la reforma no elimina totalmente la prioridad aplicativa del convenio de empresa, ya que conserva su esencia en materias muy significativas. Asimismo, también se analiza el importante régimen transitorio de la reforma y el incentivo del uso de los mecanismos de mediación y el arbitraje.

Palabras clave: Prioridad aplicativa; convenio colectivo; ultraactividad.

ABSTRACT

The reform carried out by Royal Decree-Law 32/2021 has meant an important change with respect to the application priority of collective agreements and the application of the ultra-activity criterion. This reform repeals the previous one from 2012 in the aforementioned aspects. In the first place, the prevalence of the sectoral agreement over the company agreement in salary matters is established and, secondly, the application of the unlimited ultra-activity of collective agreements is returned. Both reforms can be qualified as positive, protectionist and entail the strengthening of collective bargaining. However, it is necessary to make some qualifications because the reform does not completely eliminate the application priority of the company agreement, since it retains its essence in very significant matters. Likewise, the important transitory regime of the reform and the incentive to use mediation and arbitration mechanisms are also analyzed.

Keywords: Application priority; collective agreement; ultraactivity.

SUMARIO

1. A PRIORIDADE APLICATIVA NOS CONVENIOS COLECTIVOS; 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NORMATIVA DA ULTRAATIVIDADE; 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COM ESPECIAL REFERENCIA Á

SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO DO 22 DE DECEMBRO DE 2014; 4. O IMPACTO DO REAL DECRETO-LEI 32/2021; 5. REFLEXIÓN FINAL; 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. A PRIORIDADE APLICATIVA NOS CONVENIOS COLECTIVOS

Con anterioridade á reforma laboral do ano 2012, o convenio colectivo sectorial prevaecía sobre o convenio de empresa. Por conseguinte, unha empresa só podía elaborar un convenio propio se melloraba as condicións laborais do convenio de sector. A reforma do ano 2012 supuxo un retroceso nos dereitos das persoas traballadoras¹, xa que permitiu que os convenios de empresa empeorasen as condicións máis favorables dalgúns convenios sectoriais. A intención do lexislador era primar a negociación das partes nun medio menos sindicalizado². Todo iso supuxo, especialmente en empresas pequenas nas que non había sindicatos ou eran moi débiles, un efecto de dumping social³, ao crear unidades de negociación que podían promover os intereses empresariais, negociando condicións laborais á baixa con respecto ao convenio sectorial. Mesmo, tamén se creaba unha competencia en desigualdade de condicións

¹ Aquelas persoas traballadoras con menos capacidade de negociación colectiva e cunhas condicións laborais máis precarias “resultaron especialmente prexudicadas por esta regra de prioridade aplicativa que conducía, na práctica, á espiral de perda de poder adquisitivo propia do período 2011-2018”. CABEZA PEREIRO, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, NET21, núm. 8, 2022, p. 2.

² Tras a reforma laboral do ano 2012 produciéronse “fuxidas estratéxicas do marco sectorial a través da creación tanto de unidades de negociación oportunistas como pola intervención de suxeitos sospeitosos na conclusión de convenios neste ámbito”. MERCADER UGUINA, J.R., “La arquitectura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021”, en AAVV., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 254.

³ A preferencia aplicativa do convenio de empresa podía dar lugar a que traballadores aos que se lles aplicase o convenio de empresa, tivesen salarios máis baixos que outras persoas traballadoras doutras empresas ás que se lles aplica o convenio de sector, incluso no mesmo ámbito xeográfico. O convenio de empresa podía supoñer unha redución de custos sociais á empresa, polo que non competirían en igualdade de condicións con “outras empresas que se rexían polo convenio sectorial, en evidente vantaxe de prezos”. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J., “La reforma laboral...”, *op. cit.*

entre aquelas empresas que podían ter convenios de empresas e aquelas outras que non. Nese contexto, moitas empresas aproveitáronse da creación de convenios de empresa con condicións laborais menores para as persoas traballadoras, ao atoparse cunha menor oposición na negociación en unidades estruturais máis pequenas.

Tras a debilitación sufrida polo convenio de sector no ano 2012, coa nova reforma laboral do RDL 32/2021 volveuse ao réxime anterior ao ano 2012, no que se outorga prevalencia ao convenio que conteña unhas condicións máis favorables para as persoas traballadoras. Preténdese atenuar o declive anterior, devolvendo aos sindicatos a súa forza na negociación coa finalidade de homoxeneizar os salarios. Todo iso supuxo o fortalecemento da negociación colectiva, particularmente coa modificación do art. 84.2 do ET que establece a primacía ou prevalencia do convenio sectorial sobre o de empresa en materia salarial⁴. Neste sentido, os convenios sectoriais, de ámbito estatal ou autonómico, son o instrumento elixido polo lexislador para levar a cabo “tarefas de coordinación centralizada da negociación colectiva”⁵. Aínda que é necesario matizar que a reforma non pon fin á prioridade aplicativa do convenio de empresa porque conserva a súa esencia en materias tan significativas como a compensación de horas extraordinarias, horarios⁶, vacacións⁷. Mesmo, algunhas destas materias, como a

⁴ En Dereito comparado séguese a mesma liña, xa que Alemaña limita ás crises de empresa a posibilidade de que os acordos de empresa establezan condicións retributivas inferiores ás establecidas polo convenio sectorial. Así mesmo, en Francia só pode afectar un convenio de empresa cando estableza garantías polo menos equivalentes e en Italia límitase o seu uso cando se xustifique para incrementar o emprego, a calidade dos contratos ou a competitividade e os salarios. MERCADER UGUINA, J.R., “La arquitectura...”, *op. cit.*, p. 242

⁵ MERCADER UGUINA, J.R., “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. Versión dixital (<http://www.uc3m.es/labos>), p. 117.

⁶ Como indica a Exposición de Motivos do RDL 32/2021 os convenios de empresa deben “comportarse como instrumentos de regulación daqueles aspectos organizativos que non admiten outro nivel de negociación pola súa propia natureza, como os horarios ou a adaptación da clasificación profesional”.

⁷ Apartados a), b) e c) do art. 84.3 do ET.

compensación das horas extraordinarias e a retribución específica do traballo a quenda, afectan o salario. Neste sentido, subsiste o réxime establecido no art. 84.2 do ET sobre a prioridade aplicativa do convenio de empresa como excepción á regra xeral de resolución dos conflitos derivados da concorrencia de convenios⁸.

A reforma introducida polo RDL 32/2021 refírese, concretamente, a que as condicións salariais reguladas nos convenios colectivos de empresas deixan de ter prioridade aplicativa fronte a outros. En base ao manifestado, salvo previsión en contra nos acordos interprofesionais ou os convenios sectoriais, de ámbito estatal ou autonómico, deberán aplicarse os salarios ou retribucións do convenio sectorial ou do convenio de empresa segundo o criterio da preferencia aplicativa do convenio vixente con anterioridade no tempo⁹. Con todo, a aplicación do convenio de empresa anterior a un convenio colectivo sectorial pode quedar desprazada en materia salarial polo que dispoñan os acordos interprofesionais ou os convenios sectoriais, de ámbito estatal ou autonómico. Aspecto moi positivo para as persoas traballadoras, pero tamén para a parte empresarial porque "limita substancialmente a posible existencia de competencia desleal entre as empresas"¹⁰.

De todos os xeitos, con carácter xeral subsiste o réxime establecido no art. 84.2 do ET sobre a prioridade aplicativa do convenio de empresa, porque se manteñen todas as materias sobre as que opera a dita preferencia¹¹, nalgúns

⁸ Como afirma a STSX do País Vasco do 26 de outubro de 2017 (AS 2018/69) o art. 84.2 do ET trátase dunha "norma de dereito necesario absoluto, de modo que esta prioridade aplicativa prodúcese en todo caso, aínda que só en determinadas materias que fosen pactadas en norma convencional de ámbito empresarial".

⁹ Art. 84.1 do ET.

¹⁰ FABREGAT MONFORT, G., "Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021, de reforma laboral", *Aranzadi digital*, núm. 1/2022. Versión dixital (BIB 2022/2).

¹¹ Como sinala o art. 84.2 do ET, o convenio de empresa terá prioridade aplicativa no pago ou a compensación das horas extraordinarias e a retribución específica do traballo a quendas. No horario e a distribución do tempo de traballo, o réxime de traballo a quendas e a planificación anual das vacacións. Na adaptación ao ámbito da empresa do sistema de clasificación profesional das persoas traballadoras. Na adaptación dos aspectos das

aspectos organizativos clave do traballo, menos a contía do salario base e dos complementos salariais. Non obstante, aínda que se modifique o ámbito de aplicación preferente do convenio sectorial en materia salarial, a reforma non retrotrae a relación entre convenios colectivos concorrentes á situación previa ao Real decreto-Lei 7/2011, do 10 de xuño, de medidas urxentes para a reforma da negociación colectiva, en que non se contemplaba ámbito material ningún no que a negociación colectiva a nivel de empresa puidese prevalecer sobre a negociación colectiva a nivel sectorial. Tras a reforma, devólvese a negociación dos salarios de forma prioritaria ao ámbito sectorial, incluídos os vinculados á situación e resultados da empresa¹². Como se afirma no Preámbulo IV do RDL 32/2021 a razón de ser desa

modalidades de contratación que se atribúen por esta lei aos convenios de empresa (Letra d) do número 2 do art. 84 redactada polo apartado uno do art. cuarto do RD-lei 1/2022, do 18 de xaneiro, polo que se modifican a Lei 9/2012, do 14 de novembro, de reestruturación e resolución de entidades de crédito; a Lei 11/2015, do 18 de xuño, de recuperación e resolución de entidades de crédito e empresas de servizos de investimento; e o RD 1559/2012, do 15 de novembro, polo que se establece o réxime xurídico das sociedades de xestión de activos, en relación co réxime xurídico da Sociedade de Xestión de Activos procedentes da Reestruturación Bancaria, que dá nova redacción ao apartado nove do artigo primeiro do RDL 32/2021). Nas medidas para favorecer a corresponsabilidade e a conciliación entre a vida laboral, familiar e persoal, e naquelas outras que dispoñan os acordos e convenios colectivos a que se refire o artigo 83.2. Engádesse o concepto de corresponsabilidade coa intención de que as responsabilidades familiares e os instrumentos de conciliación sexan asumidos e utilizados de forma equilibrada e indistinta polas persoas traballadoras de ambos os sexos.

¹² O especial protagonismo que a reforma introducida polo RDL 32/2021 outorga ao nivel sectorial pódese apreciar na nova regulación da contratación fixa-descontinua con respecto á determinación dun prazo máximo de inactividade entre subcontratas e as bolsas sectoriais de emprego. Así mesmo, tamén se aprecia o seu impacto na regulación do novo modelo de contrato formativo que "busca ser completada a través de convenios sectoriais en aspectos tan esenciais como a determinación dos postos de traballo, actividades, niveis ou grupos profesionais que se poden desempeñar por medio de contrato formativo ou, no caso, do contrato formativo para a obtención da práctica profesional, á hora de establecer os límites de duración deste contrato atendendo, sempre, ás características do sector". Ademais, a prevalencia do convenio sectorial obsérvase na súa aplicación para as empresas contratistas e subcontratistas. MERCADER UGUINA, J.R., "La arquitectura...", *op. cit.*, pp. 244-248.

modificación é evitar que a “descentralización dos convenios colectivos non provoque un efecto desvalorizador de custos retributivos ou desvantaxes inxustificadas entre as empresas, e achegue flexibilidade na medida adecuada”. Neste sentido, a reforma busca conseguir un equilibrio entre a flexibilidade do convenio de empresa e as garantías que outorga o convenio sectorial en materia salarial, como un espazo máis garantista de regulación¹³, co obxectivo de conseguir unha mellora xeral dos salarios.

Como se sinala na exposición de motivos do RDL 32/2021 o sistema de concorrencia de convenios colectivos “debe equilibrar a forza vinculante dos convenios de sector coa necesaria flexibilidade dos convenios colectivos en ámbitos inferiores, prevendo os necesarios contrapesos e cautelas que non distorsionen a capacidade competitiva das empresas nin reduzan as condicións laborais das persoas traballadoras”.

A eliminación do criterio da prioridade aplicativa do convenio de empresa en relación coa materia salarial entrou en vigor o 31 de decembro de 2021, polo que rexe para todos os convenios colectivos que se rexistren a partir da dita data. Aínda que hai que ter en conta que existe un período transitorio¹⁴, porque os convenios colectivos de empresa subscritos, presentados a rexistro ou publicados antes do 31 de decembro de 2021, manterán a súa prioridade aplicativa en materia salarial ata que perdan a súa vixencia expresa¹⁵, dispoñendo dun prazo máximo de seis meses para

¹³ MERCADER UGUINA, J.R., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 120.

¹⁴ O RDL 32/2021 entra en vigor o 31 de decembro de 2021, pero a disposición transitoria sexta regula a aplicación transitoria da modificación do art. 84.2 do ET, que prevé un prazo amplo de adaptación para levar a cabo a reordenación negocial. Neste sentido, a disposición transitoria sexta establece que resultará de aplicación unha vez que os convenios colectivos “perdan a súa vixencia expresa e, como máximo, no prazo dun ano dende a entrada en vigor deste real decreto-lei”.

¹⁵ A dita preferencia refírese á contía e non á estrutura salarial. Noutras palabras, por medio dun convenio colectivo de empresa non se podería alterar a estrutura salarial referida aos complementos salariais e extrasalarais, nin ao número de pagas anuais. STS do 1 de abril de 2016 (RJ 2016/1589).

adaptarse¹⁶, e como límite máximo ata o 31 de decembro do ano 2022¹⁷. Data na que as “táboas salariais dos convenios de empresa deixan de estar amparadas por unha preferencia aplicativa específica e pasan a rexerse polas regras ordinarias de concorrencia”¹⁸. Con todo, seguindo a regra *prior in tempore*, os convenios colectivos de empresa que naceran ao amparo da regulación anterior, manterán plena autonomía e carácter soberano. Porque como sinala o art. 84.1 do ET “un convenio colectivo, durante a súa vixencia, non poderá ser afectado polo disposto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario”. É dicir, se o convenio de empresa configura unha unidade de negociación anterior no tempo ao convenio do sector, prevalecerán as súas disposicións, incluídas as relativas á materia salarial. Aínda que é necesario destacar que esa prohibición de concorrencia esténdese durante a “vixencia inicial prevista no convenio ou prorrogada expresamente polas partes, pero non ao período posterior a tal vixencia, unha vez o convenio foi denunciado, coñecido como de vixencia ultraactiva”¹⁹. Non sucedería o mesmo se o convenio de empresa estivese prorrogado ou fose habilitado

¹⁶ Non é que os convenios de sector recobren automaticamente a súa prioridade aplicativa, pero si que recuperen progresivamente esa preferencia aplicativa en materia salarial. MERCADER UGUINA, J.R., “La arquitectura...”, *op. cit.*, p. 284. Todo iso implica que os convenios sectoriais deban “volver negociarse, sector por sector, seguindo as regras de concorrencia actualmente establecidas. E, por suposto, nesta negociación deben ser decisivos os criterios que se aproben no longamente esperado V Acordo para o Emprego e a Negociación Colectiva.” CABEZA PEREIRO, J., “Prioridad aplicativa...”, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ Dende ese momento as táboas salariais dos convenios de empresa establecidas durante a vixencia dun convenio de sector pasarán a rexerse polo convenio de sector. Coa excepción daqueles convenios colectivos de empresa negociados cando non estaba vixente un convenio sectorial, porque non poderá concorrer outro convenio posterior. Neste sentido, eses convenios de empresa serán de “aplicación na súa integridade, en todas as súas materias, incluída a salarial sobre o convenio sectorial a cuxo ámbito funcional pertenza a empresa en cuestión. E o será durante toda a súa vixencia pactada, aínda que esta exceda do ano establecido no réxime transitorio da reforma, debido a que non estamos ante un suposto de prioridade aplicativa senón de prohibición de concorrencia”. GODINO DE FRUTOS, A., “Impacto real de la nueva reforma laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa”, *Tribuna FORELAB*, 18 de xaneiro de 2022.

¹⁸ CABEZA PEREIRO, J., “Prioridad aplicativa...”, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹ STS do 5 de outubro de 2021 (RJ 2021/4526).

polo convenio sectorial a través do art. 83.2 do ET²⁰. Non obstante, é necesario matizar que a prohibición de concorrencia non motiva a nulidade do novo convenio colectivo, senón a declaración de inaplicación mentres estea vixente o anterior²¹.

Esa prioridade temporal deriva do principio *pacta sunt servanda*, porque o convenio é un contrato, antes que unha norma, polo que, se existe un contrato vixente e válido entre as partes, hase de cumprir e respectar, aínda que existen excepcións nunha serie de materias²². Así mesmo, hai que ter en conta que "unha vez denunciados os convenios de empresa, aínda que mantivesen a prioridade aplicativa nos anteriores termos do art. 84.2 do ET, e alcanzasen o fin da vixencia expresamente pactada, deixará de aplicarse a súa táboa salarial, a menos que se trate dun convenio de aplicación preferente por *prior in tempore*"²³. Por outra parte, hai que destacar que as modificacións operadas no art. 84 do ET non poderán ter como consecuencia a compensación, absorción ou desaparición de calquera dereito ou condición máis beneficiosa que viñesen gozando as persoas traballadoras²⁴. Como consecuencia, o convenio de empresa "de aplicación non preferente aplicaríase como norma máis favorable, na súa dimensión de pacto extraestatutario"²⁵. A este respecto, tamén hai que ter presente que a regra da prioridade aplicativa refírese

²⁰ STS do 27 de xaneiro de 2022 (RJ 2022/475).

²¹ STS do 5 de outubro de 2021 (RJ 2021/4526).

²² MERCADER UGUINA, J.R., "El fin de la prevalencia del convenio de empresa...", *op. cit.*, pp. 116-117.

²³ CABEZA PEREIRO, J., "Prioridad aplicativa...", *op. cit.*, p. 5.

²⁴ Con todo, a STS do 26 de xaneiro de 2022 (JUR 2022/66003) avala que as empresas absorban pluses para compensar a subida do salario mínimo interprofesional ata os 1000 euros mensuais en 14 pagas. O TS permite ás empresas amortecer o custo que supón ese incremento, considerando que, se non se inclúe a antigüidade no cálculo do salario, a alza produciría un efecto multiplicador en todos os convenios colectivos, cuxos salarios base fosen inferiores ao salario mínimo interprofesional. Por tanto, se o convenio colectivo non determina o contrario, a empresa pode aplicar a subida do salario mínimo sumando ao soldo previo os complementos de antigüidade que xa percibisen as persoas traballadoras. En definitiva, establécese que a subida do salario mínimo interprofesional pódese axustar complementando a diferenza existente co soldo que percibía a persoa traballadora.

²⁵ CABEZA PEREIRO, J., "Prioridad aplicativa...", *op. cit.*, p. 4.

exclusivamente aos convenios colectivos estatutarios e non aos convenios colectivos extraestatutarios, nos que non existiría a dita preferencia aplicativa²⁶.

Chegados a este punto, tamén é necesario destacar que, aínda que se apliquen os salarios do convenio sectorial, non queda eliminada a posibilidade de acudir á medida de flexibilidade do descolgue das condicións de convenio²⁷.

De todos os xeitos, pódese cualificar a modificación do art. 84.2 do ET como positiva, porque desta forma asegúrase que o convenio sectorial “marque un chan salarial que unicamente poderá ser mellorado a través do convenio de empresa”²⁸. En definitiva, vai ter prevalencia o convenio colectivo que conteña unhas condicións máis favorables para os traballadores. Eliminándose a posibilidade de que un convenio colectivo de empresa recolla un salario inferior ao convenio colectivo de sector.

Por outra parte, é necesario facer unha breve referencia á modificación da letra e) do art. 84.2 do ET, na que se engade a corresponsabilidade co obxectivo de compartir as responsabilidades familiares e os instrumentos de conciliación. É dicir, que sexan asumidos e utilizados de forma equilibrada e indistinta polas persoas traballadoras de ambos os sexos, para evitar posibles discriminacións. Non obstante, hai que ter en conta que nesta materia terá prioridade aplicativa o convenio de empresa con respecto ao convenio sectorial estatal, autonómico ou de ámbito inferior. Por tanto, prodúcese unha ampliación da prioridade aplicativa do convenio de empresa ás medidas adoptadas para favorecer a corresponsabilidade. Aínda que a transcendencia desta ampliación é menor, debido a que xa era preferente o convenio de empresa para as medidas de conciliación entre a vida laboral, familiar e persoal.

²⁶ STS do 9 de maio de 2017 (RJ 2017/2955).

²⁷ Como sinala o art. 82.3 do ET séguense podendo levar a cabo axustes salariais a nivel de empresa mediante técnicas específicas a través de descolgues mediante un acordo colectivo con solución arbitral final ou pola vía das modificacións substanciais de condicións de traballo que contempla o art. 41 do ET.

²⁸ ALONSO ARANA, M., “La reforma laboral do 2021 (Análisis normativo del RDL 32/2021, do 28 de diciembre)”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021. Versión dixital (BIB 2021/6087).

Por último, gustaríame destacar un potencial problema con respecto ao traballo externalizado, porque podería suceder que as empresas multiservizos aleguen que non teñen un convenio sectorial de aplicación e que, por tanto, non están obrigadas a respectar o salario previsto no convenio do sector.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA NORMATIVA DA ULTRAACTIVIDADE

A ultraactividade dos convenios colectivos consiste na "vixencia prorrogada forzosa, por vontade legal ou convencional, na que se atopa un convenio colectivo unha vez denunciado e finalizada a súa vixencia inicialmente pactada ata a aplicación dun novo convenio colectivo ou por un determinado tempo se non hai novo convenio colectivo aplicable"²⁹. Pola súa natureza, os convenios colectivos teñen unha duración temporal que depende de conxunturas variables, é dicir, pola súa propia configuración tenden "cara a unha proxección constitutivamente temporal"³⁰. Por iso, cando se negocia un convenio colectivo prográmase unha duración limitada, coa previsión de realizar cambios futuros cando as circunstancias ou o contexto requira modificacións, actualizacións ou melloras. A idea é que cando finalice a vixencia dun convenio colectivo, un novo convenio, froito dunha nova negociación, suceda ao anterior sen solución de continuidade, para evitar baleiros legislativos. Mentres esa situación non sucede, a ultraactividade garante a aplicación do convenio mediante unha prórroga automática ata a aprobación dun novo convenio. Neste sentido, son indubidables as vantaxes da ultraactividade, pero ademais deses aspectos positivos tamén hai que ter en conta algún negativo como pode ser a petrificación do contido dos convenios colectivos, que serviu de xustificación ao lexislador

²⁹ SALA FRANCO, T., "La ultraactividad de los convenios colectivos", en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva*, Liber Amicorum Profesor Antonio Ollada Avilés, CARL (Sevilla, 2014), p. 465.

³⁰ DESDENTADO BONETE, A., "La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia del 22 de diciembre de 2014", *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2015. Versión dixital (BIB 2015/1022).

para levar a cabo reformas que afectaron á eficacia do pactado e ao seu ámbito temporal.

O ET na súa versión de 1980 é o que recolle por primeira vez o uso da fórmula da ultraactividade³¹, e posteriormente coa reforma de 1994 a regra da ultraactividade empezou a operar subsidiariamente a falta de pacto incluído no propio convenio³².

A dita regulación seguiu en vigor ata a reforma do ano 2011, cando o RD-Lei 7/2011 altera a redacción do art. 86.3 do ET. A nova redacción mantíña a regulación da ultraactividade e o principio de dispoñibilidade da vixencia do convenio colectivo. Declarábase que ao concluír a duración pactada do convenio e denunciálo, podería manterse a vixencia do convenio de conformidade ao pactado entre as partes, aínda que en defecto de pacto que resolvese o bloqueo, establecíase a regra legal supletoria de mantemento da vixencia, é dicir, da ultraactividade daquel. Por conseguinte, esa regulación mantíña o principio de dispoñibilidade e a regra legal supletoria da ultraactividade, establecendo mecanismos para desbloquear os procesos de negociación³³.

Chegados a este punto, é necesario destacar o impacto da reforma do Real decreto-Lei 3/2012, do 10 de febreiro, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral³⁴, que supuxo a perda total da vixencia do convenio colectivo. En primeiro lugar, volvía reiterar o principio de dispoñibilidade de maneira que a vixencia do convenio unha vez denunciado

³¹ LÓPEZ BALAGUER, M., "La regulación de las condiciones de trabajo superado el periodo de ultraactividad del convenio sin posibilidad de aplicación de convenio de ámbito superior: a propósito de la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2014", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014. Versión dixital (BIB 2014/3871).

³² Como sinala o art. 86.3 do Real decreto legislativo 1/1995, do 24 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, "a vixencia do contido normativo do convenio, unha vez concluída a duración pactada, producírase nos termos que se estableceron no propio convenio. Durante as negociacións para a renovación dun convenio colectivo, en defecto de pacto, manterase a súa vixencia".

³³ MONTOYA MELGAR, A., "Las condiciones de trabajo tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo (En torno a la STS de 22 de diciembre de 2014 (JUR 2015,17371) y sus Votos Particulares)", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, p. 2.

³⁴ BOE núm. 36 do 11 de febreiro de 2012.

e concluída a duración, regularíase de conformidade a “os termos que se estableceron no propio convenio”. Non obstante, en segundo lugar establecíase que transcorridos dous anos dende a denuncia do convenio sen que se chegase a un novo convenio ou se ditase un laudo arbitral, o anterior convenio colectivo perdería totalmente vixencia, desaparecendo a ultraactividade, e sería de aplicación, se o houberse, o convenio colectivo de ámbito superior que fose de aplicación. Dese xeito terminábase coa ultraactividade indefinida, salvo acordo expreso no convenio e establecíase a regra de limitación temporal da ultraactividade a dous anos, en caso de non existir un convenio colectivo de ámbito superior.

Posteriormente, a Lei 3/2012, do 6 de xullo, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral³⁵, mantivo a mesma regulación do RDL 3/2012, aínda que cunha redución do prazo máximo da ultraactividade polo que se pasa dun prazo de dous anos a só un ano, co que se produce unha redución temporal dos efectos da ultraactividade do convenio³⁶, que acelera a perda de vixencia do convenio colectivo e incrementa a incerteza sobre as condicións laborais das persoas traballadoras que quedan sen ter o amparo dun convenio colectivo aplicable que lles garantise eses dereitos mínimos³⁷. Noutras palabras, o lexislador optou por suprimir a ultraactividade a falta de acordo transcorrido un ano dende a denuncia do convenio, o que implica a supresión das normas que rexen as relacións xurídicas entre empresarios e persoas traballadoras. O lexislador, como solución, prevé aplicar o convenio de ámbito superior, sen ter en conta que podía non existir. Mesmo, podía ocorrer que, aínda que existise un convenio de ámbito superior, ese convenio non contemplase todos os aspectos materiais que si regulaba o convenio que perdeu a eficacia ultraactiva. O problema é que non se previu que facer en caso de non existir

³⁵ BOE núm. 162 do 7 de xullo de 2012.

³⁶ MIRÓ MORROS, D., “El Tribunal Supremo resuelve la controversia de la ultraactividad de los convenios colectivos estatutarios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 901, 2015. Versión dixital (BIB 2015/701).

³⁷ DESDENTADO BONETE, A., “La ultraactividad en el Tribunal Supremo...” *op.cit* .

un convenio de ámbito superior ou que facer ante a perda de vixencia do convenio colectivo, polo que se cualificou como unha "norma incompleta, mal feita en definitiva"³⁸.

Ese cambio na regulación da ultraactividade supoñía unha alteración das relacións de equilibrio na negociación colectiva, que podía motivar que os empresarios tivesen interese en bloquear o proceso negociador, para conseguir que perdesen vixencia as melloras de convenio e poder aplicar os mínimos legais máis favorables aos seus intereses³⁹. É dicir, o empresario podía pretender intencionadamente aplicar un convenio de ámbito superior cunha regulación máis xeral ou procurar aplicar a regulación legal cos seus mínimos, outorgando ao empresario unha posición preeminente nos procesos negociadores⁴⁰.

Seguindo unha orde cronolóxica, o Real decreto-Lei 11/2013, do 2 de agosto, para a protección dos traballadores a tempo parcial e outras medidas urxentes na orde económica e social⁴¹, convertido na Lei 1/2014, do 28 de febreiro⁴², introduce unha modificación menor en relación coa comisión negociadora e os suxeitos lexitimados para actuar en representación dos traballadores durante o período de consultas que terá que ter lugar con carácter previo á adopción de medidas de inaplicación de condicións de traballo previstas en convenios colectivos.

Nos anos seguintes, tendo en conta a transcendencia do impacto negativo das consecuencias da perda de vixencia dos convenios colectivos nas condicións laborais das persoas traballadoras, a decisión da STS do 22 de decembro de

³⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2014. Versión dixital (BIB 2014/3371).

³⁹ MOLINA NAVARRETE, C., "Caducidad" de la "garantía de ultraactividad" normativa de los convenios: ¿en serio es una "cuenta atrás" hacia el "abismo laboral" español?", *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, p. 196; VILA TIerno, F., "La dudosa legalidad de algunas reformas introducidas por los convenios colectivos posteriores al RDL 3/2012", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 35, 2013, p. 71.

⁴⁰ GOERLICH PESET, J.M., "La ultraactividad de los convenios colectivos", *Justicia Laboral*, núm. 54, 2013, p. 16.

⁴¹ BOE núm. 185 do 3 de agosto de 2013.

⁴² BOE núm. 52 do 1 de marzo de 2014.

2014⁴³ evitando esa perda de dereitos e para xerar paz social, moitos dos convenios colectivos que se regularon posteriormente optaron por non limitar a ultraactividade dos convenios ou optaron por ampliar a devandita duración⁴⁴. Noutras palabras, para evitar o conflito e a inseguridade xurídica, entre os anos 2012 e 2021, pódense apreciar con moita frecuencia “pactos en contrario” que xeraban *de facto* unha ultraactividade indefinida ou unha duración da súa vixencia maior. Porque dende o meu punto de vista, creo que ambas as partes déronse conta que a inseguridade xurídica non é economicamente interesante, nin mellora a produtividade nin a calidade do emprego. Ademais, tamén considero que posiblemente este aspecto da reforma laboral, unido ao retroceso do criterio de prioridade aplicativa do convenio de empresa, sexan os que poidan ter consecuencias macroeconómicas máis importantes. O impacto do cambio “rompe a espiral de desvalorización salarial como instrumento para obter unha vantaxe competitiva”⁴⁵. Finalmente, a reforma laboral levada a cabo mediante o Real decreto-Lei 32/2021, do 28 de decembro, de medidas urxentes para a reforma laboral, a garantía da estabilidade no emprego e a transformación do mercado de traballo⁴⁶, establece as necesarias modificacións na negociación colectiva recuperando a aplicación da fórmula da ultraactividade dos convenios colectivos e o ámbito lexítimo de actuación dos suxeitos negociadores. Neste sentido, a

⁴³ JUR 2015/17371.

⁴⁴ No Boletín da Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos de novembro do ano 2021 que analizou 9.135 convenios colectivos que comprendían os anos entre o 2016 e o 2021, pódese apreciar como o 63,7% dos convenios tiñan unha ultraactividade ilimitada. Así mesmo, podíase apreciar unha tendencia descendente anual nos convenios cunha ultraactividade limitada a un ano.

⁴⁵ Blogue do profesor Ignasi Beltrán (<https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nova-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoracións-criticas-sobre-o-seu-impacto-en-a-negociacion-colectiva-prioridade-aplicativa-e-ultraactividade/>). Última consulta (23 de marzo de 2022).

⁴⁶ BOE núm. 313 do 30 de decembro de 2021. En diante RDL 32/2021.

reforma modifica o art. 86.3 do ET⁴⁷, que indica que “a vixencia dun convenio colectivo, unha vez denunciado e concluída a duración pactada, producirase nos termos que se estableceron no propio convenio. Durante as negociacións para a renovación dun convenio colectivo, en defecto de pacto, manterase a súa vixencia, aínda que as cláusulas convencionais polas que se renunciase á folga durante a vixencia dun convenio decaerán a partir da súa denuncia”. Ademais, tamén é moi importante a referencia que se fai ao sometemento aos procedementos de mediación regulados nos acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico previstos no art. 83 do ET, para liquidar de maneira efectiva as discrepancias existentes, no caso de transcorrer un ano dende a denuncia do convenio colectivo sen que se acordase un novo convenio. Sen prexuízo do desenvolvemento e solución final dos procedementos de mediación e arbitraje, en defecto de pacto, “cando transcorrese o proceso de negociación sen alcanzarse un acordo, manterase a vixencia do convenio colectivo”⁴⁸. Por tanto, transcorrido un ano dende a denuncia do convenio, de non existir pacto, manterase a súa vixencia.

3. ANÁLISE XURISPRUDENCIAL CON ESPECIAL REFERENCIA Á SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO DO 22 DE DECEMBRO DE 2014

O suposto de feito da sentenza é sobre un convenio colectivo de empresa subscrito en 1999, cunha duración inicial de tres anos, cuxa vixencia ordinaria debía terminar o 31 de decembro de 2001, salvo que non mediase denuncia en cuxo caso prorrogaríase de ano en ano, como así foi ocorrendo ata o 5 de novembro de 2012, data en que a empresa denunciou o convenio. Ao non existir convenio colectivo de ámbito superior e en aplicación do antigo art. 86.3 do ET o convenio perdeu vixencia con data 8 de xullo de 2013. Ao perder vixencia o convenio colectivo, a empresa decidiu comunicar ás persoas traballadoras que ían percibir a súa retribución conforme a un dobre cálculo, o primeiro ata o día 8 de xullo

⁴⁷ Real decreto legislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores (BOE núm. 255 do 24 de outubro de 2015).

⁴⁸ Art. 86.4 do ET.

tendo en conta as contías salariais do convenio e, o segundo, dende o día 9 de xullo aplicando o mínimo legal correspondente no salario mínimo recoñecido na Lei 17/2012, do 27 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2013, establecido en 752,9 €/mes en doce mensualidades.

Nun primeiro momento a STSX das Illas Baleares do 20 de decembro de 2013, seguindo a argumentación da STSX do País Vasco do 19 de novembro de 2013, declarou que a modificación do art. 86.3 do ET que contempla a Lei 3/2012 en relación coa vixencia dos convenios colectivos non buscaba a supresión da negociación colectiva senón o seu uso para a adaptación das condicións de traballo ás novas circunstancias. Deducindo que o lexislador non quería encher os baleiros xerados tras a perda de vixencia dos convenios coa normativa básica, o TSX sinalou que debía prevalecer a cobertura das condicións laborais mantidas entre os traballadores e empresas afectadas. Salvo nas materias que sexan obxecto de regulación polo convenio colectivo de ámbito superior e en tanto non se subscriba polas partes un novo convenio, mediante a aplicación transitoria do convenio que perdeu a súa vixencia. Dende o meu punto de vista, a dita argumentación é bastante inconsistente porque iso era precisamente o que ocorría antes da limitación temporal da ultraactividade. É dicir, previamente, a ultraactividade garantía que o convenio finalizado e denunciado se mantivese transitoriamente en vigor ata a aparición doutro convenio. A sentenza non se refire á contractualización das condicións do convenio finalizado nin aos dereitos adquiridos que, como se verá, constitúe o núcleo básico da argumentación da sentenza do Tribunal Supremo.

A importancia da STS do 22 de decembro de 2014⁴⁹, radica na determinación da regulación que debe rexer no contexto dun convenio colectivo que perdeu vixencia e, por tanto, perdeu o seu carácter ultraactivo en aplicación do art. 86.3 do ET. Así mesmo, a STS non se limita á interpretación do art. 86.3 do ET, senón que vai máis aló e trata de resolver un novo problema con respecto á variación do sistema de fontes

⁴⁹ JUR 2015/17371.

da relación laboral e a súa xerarquía aplicativa. Porque con anterioridade á reforma do ano 2012 existía unha pacífica doutrina xudicial e científica sobre os efectos positivos de manter a ultraactividade nos convenios colectivos.

É necesario destacar a existencia de dous votos discrepantes e outros dous votos particulares, que comparten o fallo, pero non a argumentación na que descansa a sentenza. A un destes votos particulares discrepantes adhírense, ademais, outros catro maxistrados. Non obstante, todos os membros do TS están de acordo na identificación do problema e a necesidade de colmar o baleiro legislativo ante a perda de vixencia do convenio⁵⁰. Dende esa premisa, as posibles solucións eran dúas, unha primeira "rupturista" pola que os dereitos e obrigas da relación laboral pasarán a rexerse polas normas legais e regulamentarias, e unha segunda posible solución "conservacionista", na que os dereitos e obrigas das partes manteríanse formando parte do sinalagma contractual establecido entre as partes. Ao ser condicións fixadas por un convenio pasarían a ser condicións contractuais incorporadas a cada un dos contratos de traballo aos que se viñese aplicando o convenio⁵¹. Ante estas dúas posibilidades o TS considera que a adopción da primeira postura produciría unha modificación substancial das súas condicións para ambas as partes, traballador e empresario, que transformaría as bases esenciais do propio contrato ou negocio xurídico e o equilibrio das contraprestacións. Iso afectaría os elementos esenciais dun contrato de traballo para a súa validez, afectando o obxecto e a causa daquel. Tamén ten en consideración que existen materias que o ET non regula en profundidade con remisións á negociación colectiva, como pode ser a regulación da clasificación profesional e os grupos profesionais, imprescindible para a organización do traballo na empresa. Finalmente, o TS considera que, de adoptarse a

⁵⁰ O propio TS, con respecto á perda de vixencia dun convenio colectivo, afirma literalmente que a dúbida consiste en como "colmar a lagoa legal consistente en que o lexislador non dixo absolutamente nada respecto da dita situación que, dende logo, a ninguén se lle escapa que é verdadeiramente problemática".

⁵¹ A STS do 20 de decembro de 2016 (RJ 2016/6598) refírese ao concepto de condicións contractuais afirmado que non se constrinxen aos elementos esenciais do contrato, senón que abarca a totalidade das condicións laborais.

primeira postura, produciríanse consecuencias indesexables para ambas as partes como, por exemplo, que calquera traballador pasaría a percibir o salario mínimo interprofesional. Por todo iso, na sentenza aplícase a segunda opción, na que se defende que os dereitos e obrigas da relación laboral instaurados por leis e convenios forman parte do sinalagma contractual establecido polas partes. Aínda que a STS matiza que non é que as normas do convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse nese momento, senón que esas condicións estaban xa contractualizadas dende o inicio da relación laboral. O TS entende que cando as partes formalizan un contrato de traballo, sométense de boa fe e asumen as condicións laborais que establece o convenio colectivo, aceptando rexer a súa relación laboral conforme a elas. Neste sentido, aplícase o Dereito civil, concretamente o art. 1255 do Código civil, que indica que as relacións xurídico-contractuais entre as partes réxense polos pactos e condicións que elas mesmas establezan libremente, sempre que non sexan contrarias á lei, a moral ou a orde pública. Ademais, chámase a atención de que, no ámbito laboral, xunto ás normas legais e regulamentarias, existen os convenios colectivos cuxa eficacia normativa deriva da expresión forza vinculante do art. 37.1 da CE .

En definitiva, o TS advirte que as condicións da relación laboral de todo traballador están no seu contrato de traballo, cuxa función reguladora está suxeita aos límites de dereito necesario establecido por leis e convenios. Todo iso leva a que o TS conclúa afirmando que non cabe “o equívoco de supoñer que as obrigas das partes régulanse pola lei ou polo convenio colectivo normativo. Non é así: régulanse polo contrato de traballo, aínda que, iso si, depurado na forma que establece o art 9.1 do ET”.

A conclusión é que, ao parecer do Alto Tribunal, “resulta claro que calquera dereito e obriga das partes existente no momento en que termina a ultraactividade dun convenio colectivo non desaparece no momento en que o dito convenio perde a súa vixencia. E iso é así, non porque –como se dixo algunhas veces– as normas do convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse nese momento senón porque esas condicións estaban xa contractualizadas dende o momento

mesmo (o primeiro minuto, poderíamos dicir) en que se creou a relación xurídico-laboral, a partir do cal experimentarían a evolución correspondente”.

Esta aseveración parece contrastar coa literalidade do art. 86.3 do ET cando afirma de maneira taxativa que o convenio denunciado, unha vez transcorrido o prazo máximo legal, “perderá, salvo pacto en contrario, vixencia”. Non obstante, a sentenza indica que a contradición é unicamente aparente posto que “o convenio colectivo perde a súa vixencia e, polo tanto, deixará de cumprir esa función nomofiláctica” de modo que “esas condicións contractuais, carentes xa dese sostén normativo do mínimo convencional, poderán ser modificadas, no seu caso, pola vía do art. 41 do ET, sen máis limitacións que as de orixe legal pois, insistimos, as limitacións dimanantes do convenio colectivo, se non hai outro superior, desapareceron”.

Posteriormente, seguindo o mesmo criterio consistente en manter os dereitos laborais, a STS do 23 de setembro de 2015⁵², afirma que aínda que exista un convenio colectivo de ámbito superior, unha vez finalizada a ultraactividade, as condicións non previstas naquel pero si reguladas no convenio denunciado, seguirán sendo de aplicación aos traballadores afectados. Así mesmo, a STS do 20 de decembro de 2016⁵³, declara que as condicións laborais adquiridas polos traballadores non desaparecen aínda que transcorrese o prazo dun ano de ultraactividade, porque se atopan incorporadas aos contratos. O TS conclúe afirmando que o convenio debe ser aplicado integramente ata a firma dun novo convenio. No mesmo sentido, a STS do 25 de xullo de 2018⁵⁴, indica que aínda que termine a ultraactividade sen existir convenio colectivo de ámbito superior, as condicións laborais aplicables aos traballadores non desaparecen porque estaban xa contractualizadas dende o inicio da relación laboral. Neste suposto concreto mantense o dereito dos traballadores a seguir percibindo o complemento de antigüidade regulado no convenio colectivo, aínda que tamén

⁵² RJ 2015/6270.

⁵³ RJ 2016/6598.

⁵⁴ RJ 2018/4177.

se matiza que o traballador non terá dereito a devindicar novos cuadrienios a partir da súa perda de vixencia.

4. O IMPACTO DO REAL DECRETO-LEI 32/2021

O problema que xerou a reforma anterior introducida polo Real decreto-Lei 3/2012, é que máis que conseguir a actualización dos convenios colectivos, provocou que nalgúns sectores quedasen sen convenio colectivo. Tras a entrada en vigor da Lei 3/2012, do 6 de xullo, de medidas urxentes para a reforma laboral, a limitación temporal da ultraactividade limitouse a un ano e non a dous como indicaba o Real decreto-Lei 3/2012, salvo que se pactase o contrario. Modifícase o art. 86 do ET polo art. 14.6 da Lei 3/2012, coa finalidade de evitar unha "petrificación" das condicións de traballo pactadas en convenio e anticipouse o problema ao reducir a un ano a ultraactividade. O TS tivo que resolver por primeira vez e dar unha solución á perda de vixencia do convenio colectivo, polo que "tentou taponar a vía de auga aplicando case máis o sentido común que outra cousa"⁵⁵.

Aínda que unha gran parte da doutrina científica coincide en considerar máis acertados os fundamentos xurídicos dos votos particulares que os da propia sentenza. Ademais, é necesario ter en conta que a tese que avala o fallo do TS é minoritaria, xa que non é compartida pola maioría da Sala.

De todos os xeitos, o criterio seguido polo TS non implica que haxa que modificar toda a dogmática xurídico-laboral sobre as fontes dos dereitos e obrigas da relación laboral nin a consolidada e uniforme interpretación do art. 3 do ET. Aínda que é certo que o TS resolvera os conflitos expostos, poderíase chegar a afirmar que non solucionou totalmente o problema, nin é a quen lle corresponde resolvelo debido a que é ao lexislador ao que lle compete dar unha correcta solución ao baleiro lexislativo exposto, ao tratarse dunha cuestión totalmente aberta porque fora pechada en falso⁵⁶.

⁵⁵ RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J., "La reforma laboral y la ultraactividad de los convenios. Punto final a una polémica?", *Diario La Ley*, núm. 10013, sección tribuna. Versión dixital (A Lei 1285/2022).

⁵⁶ GOERLICH PESET, J. M e BLASCO PELLICER, A., "La nueva situación de "post-ultraactividad" del convenio colectivo: una visión "rupturista". A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del

A STS do 22 de decembro de 2014 razoa que cando o convenio deixa de estar vixente por imperativo do art. 86.3 do ET, as condicións permanecen contractualizadas, pero perden o seu soporte convencional. Acepta por iso que poderán ser modificadas a través do art. 41 do ET. A única forma de evitar esta conclusión sería aceptar, como se fai en relación cos convenios extraestatutarios, que, mesmo en situación de "post-ultraactividade", o convenio pode atopar fundamento directo no dereito á negociación colectiva do art. 37.1 da CE.

Todo iso supón a desvalorización da histórica función normativa do convenio colectivo dende a súa mesmo orixe, que a perde a favor do contrato de traballo. Sen prexuízo da necesidade de que as ditas condicións contractuais respecten os límites de dereito necesario establecidos polas normas estatais e convencionais⁵⁷. Non obstante, é necesario ter presente a xerarquía no sistema de fontes, na que o convenio colectivo estatutario é fonte normativa, ocupando unha posición preeminente ante o contrato de traballo, que non é fonte normativa.

O parche que utilizou o TS amparándose no Dereito civil poderíase cualificar de controvertido porque, aínda que é certo que o Código civil actúa como supletorio no ámbito laboral, con todo, esa supletoriedade só se aplicará en ausencia dunha lei específica laboral que regule a cuestión, o que non sucede no caso da ultraactividade.

Nesta orde de consideracións, se a empresa mantén as condicións anteriores mediante a contractualización, estas converteranse en condicións máis beneficiosas que serían resistentes ante modificacións convencionais futuras⁵⁸. Así mesmo, a incorporación dunha condición máis beneficiosa ao contrato unicamente pode producirse en virtude dun acto de vontade constitutivo dunha concesión ou recoñecemento dun

artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios", *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2015. Versión dixital (BIB 2015/578).

⁵⁷ Art. 9.1 do ET.

⁵⁸ GOERLICH PESET, J. M e BLASCO PELLICER, A., "La nueva situación...", *op. cit.*

dereito⁵⁹. Mesmo se expón a dúbida de se sería posible que un novo convenio colectivo rebaixase no futuro esas condicións laborais contractualizadas.

Por último, o uso da teoría contractual de considerar que son dereitos adquiridos que xa gozaban os traballadores xera unha dúbida con respecto ás novas contratacións. Porque se se considera que o convenio colectivo perde vixencia, pero non se poden modificar os dereitos adquiridos polos traballadores, que ocorre coas novas contratacións? Xa que non teñen dereitos adquiridos nin tampouco un convenio colectivo de aplicación en vigor.

Ademais, a solución contractualizadora pode implicar, dende a perspectiva do contido do convenio colectivo, e como indica un dos votos particulares da sentenza anteriormente comentada, a diversificación ou fragmentación do contido do convenio colectivo, pois non todas as condicións de traballo reguladas no convenio quedan incorporadas ao contrato de traballo.

Por outra parte, tamén se considerou a chamada tese da continuidade residual como convenio colectivo estatutario, que propugna que, en defecto de convenio superior, o convenio colectivo que superou o tope máximo de ultraactividade mantería a súa vixencia de forma residual e subsidiaria e cun rango "degradado" que o faría vulnerable á concorrencia de convenios e á eventual desaparición da unidade de negociación.

Unha última tese é a de que o convenio que perdeu a súa vixencia perde o seu valor de eficacia xeral para converterse nun de eficacia limitada "extraestatutario", seguindo a xurisprudencia que admite que en caso de non poder alcanzar o carácter de estatutario por falta de superación dos criterios subxectivos do Título III do ET, convértense en extraestatutarios sen eficacia xeral.

De todos os xeitos, o debate se pecha coa aprobación do RDL 32/2021, que volve restituír a ultraactividade dos convenios colectivos, colocándoos no lugar que lles corresponde.

⁵⁹ STS do 16 de outubro de 2013 (RJ 2013/7661) e STS do 12 de novembro de 2014 (RJ 2014/6462).

Nesta orde de consideracións, hai que destacar que a reforma laboral incentiva o uso de mecanismos de solución como a mediación e a arbitraje. A arbitraje adquire un maior protagonismo, aínda que será necesario comprobar a súa aceptación polas partes na negociación dos convenios para poder avaliar a súa eficacia. Porque dende a denuncia do convenio, se transcorre un ano sen que se acordase un novo convenio, as partes deberán someterse aos procedementos de mediación regulados nos acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico para liquidar as discrepancias existentes de maneira efectiva⁶⁰. Con todo, a norma non aclara o alcance do termo “deberán”, nin as consecuencias da omisión da devandita imposición. Porque, a pesar do seu carácter imperativo, pódese ver que o seu alcance é limitado na práctica. Aínda que, dende o meu punto de vista, considero que a intención do lexislador foi facer fincapé na súa importancia útil, realizando un chamamento enérxico para acudir aos procedementos de mediación. Así mesmo, as partes someteranse a procedementos de arbitraje cando exista un pacto expreso, outorgando ao laudo arbitral a mesma eficacia que ao convenio colectivo⁶¹. Non obstante, se non se chega a un acordo, manterase a vixencia do convenio colectivo.

Tamén hai que remarcar que o RDL 32/2021, permite que o convenio colectivo de aplicación para as empresas contratistas e subcontratistas sexa o do sector da actividade da contrata e subcontrata. O novo art. 42.6 do ET clarifica cal é o convenio aplicable para os traballadores das empresas auxiliares, asegurando a aplicación do convenio do sector da actividade desenvolvida na contrata ou subcontrata. Independentemente de que corresponda á actividade propia da principal ou a unha distinta. Porque se pretende equiparar as condicións laborais entre os traballadores da empresa principal e os traballadores da subcontrata. Desta forma garántense uns mínimos nos convenios sectoriais con

⁶⁰ Art. 83 do ET.

⁶¹ Art. 91 do ET.

respecto a un soldo salarial que unicamente pode ser mellorado polo convenio de empresa⁶².

A disposición transitoria sétima do RDL 32/2021 establece que os convenios colectivos denunciados ao 31 de decembro de 2021 manterán a súa vixencia con ultraactividade indefinida en tanto non se adopte un novo convenio. É dicir, ningún convenio poderá decaer na súa vixencia, salvo pacto en contra, porque a regra da ultraactividade segue sendo dispositiva para as partes negociadoras. Non obstante, tendo en conta ese carácter dispositivo das partes, debido a que seguen conservando o dereito a decidir, poderíase chegar a limitar a súa vixencia se se chega a un acordo respecto diso. Aínda que parece pouco probable que ás partes lles interese limitar a vixencia do convenio. De feito, como proba, durante os dez anos que se limitou a súa vixencia, o habitual é que as partes pactasen expresamente períodos superiores de vixencia como demostración da boa fe que caracteriza a negociación colectiva.

Por tanto, reinstáurase a ultraactividade plena dos convenios colectivos transcorrido un ano da súa denuncia sen acordo, como sucedía con anterioridade á aprobación do Real decreto-Lei 3/2012. En definitiva, os convenios colectivos prorrogaranse ata que non se aproben outros que os substitúan, garantindo sempre que haberá un convenio vixente, sen un límite de tempo.

Por todo iso, pódese facer unha valoración positiva do cambio legislativo que se levou a cabo co RDL 32/2021.

5. REFLEXIÓN FINAL

As reformas introducidas polo RDL 32/2021 en relación coa negociación colectiva pódense cualificar, dende o meu punto de vista, como positivas.

Por unha banda, con respecto á prioridade aplicativa do convenio de empresa introducida pola reforma do ano 2012, non supoñía unha preferencia total e incondicionada en relación co establecido nos convenios de ámbito superior, xa que se trataba dunha prevalencia limitada a unha serie de

⁶² Salvo a excepción prevista no art. 42.6 do ET para as contratadas e subcontratadas subscritas cos centros especiais de emprego.

materias concretas. Durante a última década produciuse un uso desviado da regra de prioridade aplicativa do convenio de empresa que contribuíu a fixar salarios máis baixos que os preexistentes. Apreciándose algúns convenios de empresa dificilmente xustificados debido ao tamaño da empresa, chegando mesmo a ser asinados, sospeitosamente, por un só representante dos traballadores, xeralmente non afiliado, en empresas con seis ou sete traballadores⁶³. A actual reforma supuxo a volta ao réxime anterior ao ano 2012⁶⁴, pola que se outorga preferencia ao convenio colectivo sectorial en materia salarial. Con todo, a reforma non anula integramente a prevalencia do convenio de empresa, xa que segue sendo prioritaria a súa aplicación no resto de materias ás que se fan referencia no art. 84.2 do ET. Co cambio preténdese que os convenios colectivos sectoriais establezan un chan mínimo salarial que só poida ser mellorado polo convenio de empresa. Así mesmo, a reforma, tamén de forma acertada, elimina a posibilidade de que se produza unha diminución de dereitos ou condicións máis beneficiosas que viñesen gozando as persoas traballadoras.

Por outra banda, o impacto negativo que supuxo a limitación da ultraactividade dos convenios colectivos imposto pola reforma do ano 2012, viuse suavizado ou paralizado pola STS do 22 de decembro do 2014, incorporando as condicións laborais recoñecidas nos convenios colectivos ao contrato de traballo. Aínda que a dita teoría contractualista foi controvertida, considero que a finalidade xustifica os medios, para conseguir solucionar un problema concreto de forma

⁶³ A reforma laboral do ano 2012 non conseguiu dinamizar a negociación colectiva, senón que favoreceu a competencia mediante salarios máis baixos, é dicir, en niveis inferiores ao que viña facéndose. MERCADER UGUINA, J.R., "El fin de la prevalencia del convenio de empresa...", *op. cit.*, pp. 113-114.

⁶⁴ Coa reforma laboral retómase a prevalencia da negociación colectiva sectorial, que é a "auténtica negociación colectiva, pois nela dáse cita quen ostenta a máxima representatividade dos intereses empresariais e sindicais e dispón dunha robusta lexitimación para negociar". RAMOS QUINTANA, M., "Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021", *NET21*, núm. 8, xaneiro 2022. Versión dixital (<https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/12/SALARIOS-E-NEGOCIACION-COLECTIVA-SECTORIAL.-O-IMPACTO-DE-A-REFORMA-LABORAL-DE-2021.pdf>).

xusta, mantendo e estabilizando as condicións do contrato, sen esquecer o carácter tuitivo do Dereito laboral. Na miña opinión, a reforma do ano 2012 foi un desacerto, que creou un problema onde non o había. Se o propósito do legislador naquel entón era evitar a petrificación das condicións laborais e estimular a negociación colectiva, case consegue todo o contrario, que é que os empresarios se negasen a negociar para que o convenio colectivo perdesse vixencia e poder rebaixar desa forma os dereitos dos traballadores. Todo iso colocou ao TS nunha incómoda e complicada situación na que de maneira razoable tiña que conseguir manter os dereitos dos traballadores, é dicir, manter a vixencia do convenio anterior, pero recoñecendo que perdía a súa vixencia. Para iso realiza unha interpretación da norma, de encomiable inspiración social, que pode cualificarse de controvertida, porque non pode sustentarse na substitución da vontade da lei pola do propio intérprete. Considero que esa interpretación atende ao problema do baleiro regulatorio, pero faino de costas á regulación legal do suposto e á natureza mesma do sistema de fontes do Dereito do Traballo. Nese intento de salvar as condicións dun convenio extinguido, contractualízao, rebaixándolle o rango e a categoría no sistema de fontes. O resultado da contractualización é xusto o contrario ao pretendido pola reforma do ano 2012, porque se prolonga indefinidamente a efectividade das condicións laborais, petrificándose.

Ademais, a tese contractualista presenta outros inconvenientes como a desigualdade de trato que se podería producir entre os traballadores contratados antes e despois de perder a súa vixencia o convenio, xa que estes últimos non se beneficiarían das condicións normativas contractualizadas. Ademais de problemas de dobre escala salarial, produciríanse discriminacións entre os traballadores con dereitos adquiridos e os traballadores de novo ingreso, e mesmo podíanse ver prexudicados colectivos que, non estando vinculados á empresa, por exemplo, por xubilación, gozaban de beneficios sociais que derivaban do convenio. Ao perder vixencia os convenios podían desaparecer eses

beneficios⁶⁵. Tamén hai que ter en conta que hai condicións laborais que non se poden incorporar ao contrato de traballo polo seu carácter esencialmente colectivo, como os sistemas de promoción profesional⁶⁶.

Por todo iso, comparto do mesmo xeito que o facían os votos particulares da STS a protección que se outorgaba aos traballadores manténdolles os seus dereitos, pero non comparto o razoamento e a fundamentación que se seguiu para conseguilo, polos problemas aplicativos da contractualización. Así mesmo, considero que existirían outras vías mellores para chegar igualmente a ese resultado protector, como, por exemplo, con base na vulneración da dignidade dos traballadores por rebaixar subitamente as remuneracións que se lle viñan satisfacendo, en virtude do art. 10 da Constitución Española e o art. 4.2 do ET. O enriquecemento inxusto ou o abuso de dereito contrarios á boa fe, como sinala o art. 7.2 do Código civil. A analoxía ou as costumes profesionais, buscando a translación do previsto noutras empresas ou convenios. A irregresividade retributiva, con base en normas comunitarias ou internacionais. Mesmo, segundo as circunstancias, poderíase entender que un descenso importante do nivel retributivo podería colocar nunha situación desesperada aos traballadores e incitaría a unha negociación colectiva sen as premisas de liberdade e serenidade.

Por todo iso, a mellor solución para resolver a inexistencia dun convenio aplicable é reinstaurar a súa aplicación ultraactiva, porque desta forma si se protexe aos novos traballadores contratados ata a aprobación dun novo convenio. Neste sentido, a aprobación do RDL 32/2021, supuxo a recuperación plena da ultraactividade dos convenios transcorrido un ano dende a súa denuncia sen

⁶⁵ Como sinala a STS do 7 de xullo de 2021 (RJ 2021/3752) a teoría da contractualización só alcanza aos traballadores contratados en vixencia do convenio fenecido e non se pode aplicar aos traballadores de novo ingreso por non atoparse o convenio colectivo en vixencia. Todo iso motivaba que os traballadores de novo ingreso percibisen o salario mínimo interprofesional, mentres que os seus compañeiros que empezaron a traballar antes tiñan salarios superiores que lles marcaba o convenio. O TS considera que non se trata dunha dobre escala salarial, pero a desigualdade é evidente.

⁶⁶ STS do 28 de novembro de 2019 (RJ 2019/5364).

acordo, sempre que non se pactase outra cousa. En consecuencia, todos os convenios colectivos denunciados dende o 31 de decembro de 2021 manterán a súa vixencia con ultraactividade indefinida ata a aprobación dun novo convenio colectivo. Polo que se pode afirmar, que neste punto si que se cumpre plenamente a derogación da reforma laboral do ano 2012.

Tanto o retroceso do criterio de prioridade aplicativa do convenio de empresa como a reinstauración da ultraactividade dos convenios colectivos reforzan o carácter protector da negociación colectiva e supoñen unha proporción de traballadores con salarios máis elevados e menos desigualdades salariais. Ademais, é necesario destacar que, foron froito da "negociación na Mesa de Diálogo Social", na que se permitiu o debate, participación e consenso das partes, para facer unha reforma con vocación de permanencia, asentada na vontade colectiva⁶⁷.

Esta última reforma non se trata dunha reforma que derogue a anterior integramente, aínda que si nos aspectos mencionados relacionados coa negociación colectiva; por tanto, pódese afirmar que non é unha reforma íntegra xa que contén axustes parciais, iso si, substanciais⁶⁸. Unha reforma que se pode cualificar de positiva⁶⁹, resultado da concertación social, aínda que co inconveniente da súa técnica lexislativa, porque sería mellor levar a cabo a súa tramitación mediante unha Lei e non un Real decreto-Lei. Porque o Real decreto-

⁶⁷ Exposición de Motivos III do RDL 32/2021.

⁶⁸ FABREGAT MONFORT, G., "Una primera y sintética...", *op.cit* .

⁶⁹ Dende o meu punto de vista, recuperar a ultraactividade ten efectos positivos na garantía das condicións laborais dos traballadores, fronte a outras teses que consideran que supón un cambio regresivo en materia de negociación colectiva, porque equivalerá unha volta ao bloqueo. DE LA VIÑA, R., "La mal llamada "reforma" laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 981/2022. Versión dixital (BIB 2022/324). Discrepo deses efectos negativos sobre o bloqueo, porque o art. 86.4 do ET establece que "transcorrido un ano dende a denuncia do convenio colectivo sen que se acordase un novo convenio, as partes deberán someterse aos procedementos de mediación regulados nos acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico previstos no artigo 83, para liquidar de maneira efectiva as discrepancias existentes". Non obstante, o realmente importante e positivo é que, agora, sempre haberá un convenio colectivo vixente de aplicación grazas á restauración da ultraactividade.

Lei se reserva para situación de urxencia e algúns aspectos da reforma tardarán tres meses en entrar en vigor dende a súa aprobación, o que dificilmente xustifica a súa urxencia, supoñendo un risco innecesario con respecto á súa constitucionalidade. Porque nunha Lei pódese establecer unha *vacatio legis* establecendo un período de tempo dende a publicación da norma ata a súa entrada en vigor, pero nun Real decreto-Lei non se debería xa que se caracteriza polo seu carácter urxente.

De todos os xeitos, conclúo valorando a reforma como positiva e como se indica na súa propia Exposición de Motivos non se trata dun punto e final, porque o proceso de modernización da negociación colectiva “deberá incorporar cambios na propia estrutura de negociación, reforzando a representatividade das partes negociadoras, enriquecendo os seus contidos e reforzando a seguridade xurídica na súa aplicación e nos seus efectos”.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ARANA, M., “La reforma laboral del 2021 (Análisis normativo del RDL 32/2021, de 28 de diciembre)”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021. Versión digital (BIB 2021/6087).

CABEZA PEREIRO, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, núm. 8, 2022.

DE LA VIÑA, R., “La mal llamada “reforma” laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 981/2022. Versión dixital (BIB 2022/324).

DESDENTADO BONETE, A., “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2015.

FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021, de reforma laboral”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2022. Versión dixital (BIB 2022/2).

GODINO DE FRUTOS, A., “Impacto real de la nueva reforma laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa”, *Tribuna FORELAB*, 18 de xaneiro de 2022.

GOERLICH PESET, J. M e BLASCO PELLICER, A., “La nueva situación de “post-ultraactividad” del convenio colectivo: una visión “rupturista”. A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET

sobre ultraactividad de los convenios”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2015.

GOERLICH PESET, J.M., “La ultraactividad de los convenios colectivos”, *Justicia Laboral*, núm. 54, 2013.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2014.

LÓPEZ BALAGUER, M., “La regulación de las condiciones de trabajo superado el periodo de ultraactividad del convenio sin posibilidad de aplicación de convenio de ámbito superior: a propósito de la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2014”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014.

MERCADER UGUINA, J.R., “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. Versión dixital (<http://www.uc3m.es/labos>).

MERCADER UGUINA, J.R., “La arquitectura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021”, en AAVV., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

MIRÓ MORROS, D., “El Tribunal Supremo resuelve la controversia de la ultraactividad de los convenios colectivos estatutarios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 901, 2015.

MOLINA NAVARRETE, C., “Caducidad” de la “garantía de ultraactividad” normativa de los convenios: ¿en serio es una “cuenta atrás” hacia el “abismo laboral” español?, *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, p. 196.

MONTOYA MELGAR, A., “Las condiciones de trabajo tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo (En torno a la STS de 22 de diciembre de 2014 (JUR 2015,17371) y sus Votos Particulares)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173/2015, Aranzadi (Pamplona, 2015).

RAMOS QUINTANA, M., “Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021”, NET21, núm. 8, enero 2022. Versión dixital (<https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/12/SALARIOS-Y-NEGOCIACION-COLECTIVA-SECTORIAL.-EL-IMPACTO-DE-LA-REFORMA-LABORAL-DE-2021.pdf>).

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J., "La reforma laboral y la ultraactividad de los convenios. ¿Punto final a una polémica?", *Diario La Ley*, núm. 10013, sección tribuna. Versión dixital (La Ley 1285/2022).

SALA FRANCO, T., "La ultraactividad de los convenios colectivos", en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva*, Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeada Avilés, CARL (Sevilla, 2014).

VILA TIERNO, F., "La dudosa legalidad de algunas reformas introducidas por los convenios colectivos posteriores al RDL 3/2012", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 35, 2013.