

“LA ULTRA ACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS”

(Ponencia)

José María Goerlich Peset

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

FORO DE DEBATE

“LA ULTRA ACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS”

**COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL
DE CONVENIOS COLECTIVOS**

**MINISTERIO DE EMPLEO
Y
SEGURIDAD SOCIAL**

Madrid, Mayo de 2013

La ultraactividad de los convenios colectivos

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

SUMARIO:

1. Introducción
 - 1.1. La formación del marco vigente
 - 1.2. Una valoración preliminar
2. Régimen de la ultraactividad: los papeles de la ley y de la autonomía colectiva
 - 2.1. Alcance
 - 2.2. Régimen legal y autonomía colectiva
 - 2.3. Algunos problemas interpretativos
3. Desbloqueo de la negociación y arbitraje obligatorio
4. La duración máxima de la ultraactividad y sus problemas interpretativos
 - 4.1. El plazo máximo y su cómputo
 - 4.2. Los efectos de la finalización de la ultraactividad
5. Ideas para la reflexión

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Introducción

En el terreno de la negociación colectiva, uno de los problemas jurídicos que va a plantear un importante número de cuestiones en las empresas y, previsiblemente, ante los tribunales, va a ser el de la ultraactividad de los convenios colectivos. El art. 86.3 ET ha sufrido, como es sabido, importantes modificaciones como consecuencia de las reformas de 2011 y 2012 (1.1). Y, si bien es cierto que estas modificaciones pueden contribuir a superar deficiencias que aquejaban a nuestro sistema de negociación, no lo es menos que se abren importantes incógnitas respecto a su funcionamiento práctico (1.2).

1.1. La formación del marco vigente

La institución de la ultraactividad fue introducida en España en 1980 cuando se vislumbró el posible problema de los vacíos duraderos que se pueden producir en la disciplina colectiva de las relaciones de trabajo. En la tradición normativa franquista esta cuestión no era relevante o, directamente, existía con un alcance muy limitado. La tradicional intervención administrativa en la generación de normas sectoriales producía lo primero; la regulación de los convenios, lo segundo. En este último terreno, la lectura de la Ley 18/1973, de 19 de diciembre, de convenios colectivos sindicales de trabajo, permite verlo con claridad: o el convenio estaba en vigor, con su vigencia inicialmente establecida o en virtud de prórroga anual por defecto de denuncia (art. 16) o estaba en revisión; y esta última necesariamente culminaba con éxito puesto que, a falta de acuerdo, se preveía una intervención arbitral, voluntaria en primer término y obligatoria en el momento final (art. 15), que lo garantizaba. Sin embargo, cuando estas intervenciones desaparecen, aparece como un riesgo evidente. Y, por ello el art. 86.3 ET-1980 dispuso una solución muy sencilla: “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”.

En la primera etapa de su vigencia, la institución de la ultraactividad fue valorada muy positivamente por entenderse que atendía diferentes funciones bien legítimas: dotar de certeza a la regulación de las condiciones de trabajo y garantizar el correcto desarrollo del proceso negociador (Valdés, 1986, p. 1370). Con posterioridad, aún sin desconocer estas ideas, ha pasado a ser valorada de forma mucho más negativa, considerándola una institución que introduce significativas inercias, estructurales y de contenido, en el proceso contractual. No es por ello de extrañar que ya la reforma de 1994 incidiera sobre ella, procediendo a dispositivizarla. Sin embargo, la inercia/tendencia a la conservación que caracteriza el sistema ha hecho que las facultades de los negociadores no hayan sido utilizadas (Martínez Abascal, 2000, p. 1514). Por eso en los análisis teóricos previos existía cierta unanimidad en el sentido de que resultaría preciso retocarla por sus indicados efectos nocivos (por ejemplo, González Ortega, 2004). Del mismo modo, en anteriores momentos en los que se ha abierto el debate sobre la reforma del marco legal de la negociación colectiva –por

ejemplo, en 2001– éste ha sido uno de los temas que ha sido objeto de consideración (Goerlich, 2008, p. 95).

La reforma de la negociación colectiva de 2011 se hizo eco de estas preocupaciones. La Exposición de Motivos del RDL 7/2011 hacía referencia en este sentido a que “una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo”; como consecuencia, “las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolongan en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas, lo que termina por producir perjuicios tanto a las empresas como a los trabajadores”. Frente a ello, la reforma se proponía conseguir una “rápida y ágil transición temporal de los convenios” sin que “se produzcan situaciones no deseadas de prolongación en el tiempo de los convenios más allá de la vigencia inicialmente pactada”. A estos efectos, se establecieron diferentes normas dirigidas a que se programara en el propio convenio los procedimientos y plazos para su revisión y se dio nueva redacción al art. 86.3 ET con la idea de que los eventuales bloqueos se resolvieran mediante la activación de procedimientos de solución de las discrepancias dentro de los indicados plazos.

El sistema implantado en 2011 no garantizaba, sin embargo, la efectiva y tempestiva revisión del convenio. Eso sí, podría haber llegado a hacerlo si la negociación en general y los acuerdos interconfederales en materia de solución de conflictos en particular hubieran avanzado en la línea impulsada por el RDL 7/2011. Era, sin embargo, una apuesta cuyo resultado sólo hubiera podido conocerse a medio plazo. El nuevo Gobierno ha preferido no esperar. Para la reforma de 2012, lo prioritario era “evitar una *petrificación* de las condiciones de trabajo pactadas en convenio” lo que requería una intervención más decidida. No se ha desmontado enteramente el esquema: se ha eliminado una parte de las previsiones de 2011 –la vinculada a las desaparecidas reglas sobre duración del procedimiento negociador– pero también se ha respetado una parte sustancial de la redacción del art. 86.3 ET –el eventual funcionamiento de los procedimientos de solución de conflictos–. Pero al esquema restante se le ha añadido una norma radicalmente diferente a la anterior. De acuerdo con el último párrafo del art. 86.3 ET establece, como consecuencia de la reforma de 2012, 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”.

1.2. Una valoración preliminar

El legislador de 2012 cierra de este modo un debate que se remonta tiempo atrás, introduciendo una solución que tiene algunos aspectos a favor pero que también suscita importantes dudas en cuanto a su configuración y funcionamiento.

Desde la primera perspectiva, es claro, de entrada, que la limitación de la vigencia de la ultraactividad puede tener efectos positivos desde la perspectiva de la renovación de la negociación, tanto de su estructura como de sus contenidos. El nuevo régimen tiene, de un lado, un efecto profiláctico respecto de unidades de negociación que llevan de hecho largo tiempo paralizadas y en las que, sin embargo, se ha venido conservando un convenio ultraactivo. La aplicación de la regla de la disp. transitoria 4^a

Ley 3/2012 implica su próxima desaparición, con la de la propia unidad, que habrá de seguir la suerte que corresponda conforme a los arts. 83 y 84 ET. Hacia el futuro, el art. 86.3 ET impide que este fenómeno vuelva a repetirse: transcurrido el año al que se refiere el precepto, se producirá este efecto. Por lo que se refiere, de otro lado, a la facilitación de la renovación de los contenidos se relaciona, por supuesto, con el sustancial cambio en el equilibrio hasta ahora existente en el momento de afrontar la renovación del convenio. Si, antes de la reforma de 2012, el art. 86.3 ET favorecía al «banco social», puesto que, de hecho, la regulación previa suponía una irreversibilidad de los niveles de protección alcanzados, desde febrero de 2012 prima la posición del «banco económico», en la medida en que las organizaciones representativas de los trabajadores negocian amenazados por la espada de Damocles que constituye la decadencia definitiva del convenio.

Por otro lado, la solución resultante de las reformas de 2011 y 2012 es, en cierto sentido, moderada. Aunque el efecto más vistoso del precepto es abrir la posibilidad de una desaparición definitiva del convenio, es preciso resaltar que este efecto únicamente se produce de forma subsidiaria. No sólo se ha mantenido el carácter dispositivo del régimen de la ultraactividad, existente desde 1994, sino que se han ampliado las posibilidades en este terreno. Además de que el nuevo precepto insiste hasta en tres ocasiones en el carácter dispositivo de las soluciones que establece, hay que llamar la atención respecto del mantenimiento de una parte de las soluciones introducidas en 2011 y, en concreto, de la llamada a la negociación interconfederal, estatal o autonómica, para resolver los problemas vinculados a la renovación de los convenios colectivos.

No puede negarse, sin embargo, que la nueva regulación presenta aristas sumamente problemáticas. Desde esta segunda perspectiva, lo primero que se advierte es que la solución en exceso radical. Tras un plazo que, a resultas de su modificación por la Ley 3/2012, puede resultar en exceso breve (entre otros, Mercader, 2012, p. 455) –máxime si consideramos su *dies a quo*–, el convenio colectivo desaparecerá aplicándose el convenio superior –que normalmente tendrá un tratamiento incompleto, si es estatal, o menos favorable, si de ámbito territorial limitado– o directamente los mínimos estatales. Ya he indicado que tan drástico efecto presiona desde luego a los representantes de los trabajadores a la firma del acuerdo como mal menor frente a los drásticos efectos del transcurso del tiempo. Conviene ahora considerar que puede también hacerlo en sentido contrario. La parte empresarial puede eventualmente ser atraída por la opción de la no renovación en la búsqueda de nuevos espacios para la «individualización». Al margen esta eventual influencia en las estrategias negociadoras, lo cierto es que el carácter absoluto de los efectos puede ser negativo sobre ambas partes: la definitiva y total decadencia del convenio, además de implicar la desaparición de los estándares protectores de los trabajadores, puede plantear importantes problemas organizativos a la empresa puesto que el convenio colectivo cumple funciones también en su interés: Aquellos pueden ver desaparecer sus mejoras salariales y en relación con el tiempo de trabajo; pero éstos pueden perder instrumentos de organización del trabajo o de garantía del poder directivo. Todo ello sin contar con las repercusiones que la aplicación directa de las previsiones del art. 86.3 ET puede tener sobre el clima laboral en el interior de la empresa (por todos, Llano, 2012, pp. 361 ss.) así como en el incremento de la tasa de

conflictividad relacionada con la renovación de los convenios colectivos (Valdés, 2012, p. 246).

En otro orden de cosas, es preciso resaltar que la solución establecida en 2012 no está exenta de polémicas en cuanto a su concreción práctica. En parte porque la reforma de 2012 ha suscitado una fuerte reacción interpretativa, en parte porque la regulación que se ha establecido sobre este punto es en exceso simplista, la cuestión de la ultraactividad aparece en este momento como un «campo de minas»: son muchas las incógnitas que suscita su efectiva aplicación a partir del 8 de julio, fecha en que, como es sabido, se producirá el definitivo decaimiento de todos los convenios que fueron denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012.

2. Régimen de la ultraactividad: los papeles de la ley y de la autonomía colectiva

Como es sabido, la situación de ultraactividad se caracteriza por la continuidad de la aplicación del convenio a pesar de haber expirado el plazo de duración previsto en él y haber formulado una de las partes la oportuna denuncia, si ésta, conforme a sus previsiones, resulta necesaria. La continuidad presenta rasgos diferenciales con la vigencia ordinaria del convenio (2.1) y, además, queda en el ámbito de disposición de la autonomía colectiva. El art. 86.3 ET parte, en efecto, de un amplísimo margen de libertad en la configuración del alcance y duración de la situación de ultraactividad (2.2). Por supuesto, se trata de un planteamiento sumamente razonable, como se acaba de indicar. No puede dejar de advertirse, sin embargo, que la interpretación del precepto en este terreno presenta algunos problemas interpretativos de suma importancia: las primeras «minas» de ese campo al que me he referido (2.3).

2.1. Alcance

Históricamente, la continuidad del convenio denunciado era limitada puesto que se refería sólo al contenido normativo. Como consecuencia del RDL 7/2011, desapareció la contraposición entre contenido obligacional y contenido normativo. En la redacción actualmente vigente, la continuidad de la vigencia del convenio es total, con la única salvedad de “las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio” que “decaerán a partir de su denuncia”. Se trata de una mejora de carácter técnico que debe ser valorada positivamente, aunque en rigor su alcance innovador sea escaso. Es muy probable, en efecto, que la alusión a las “cláusulas obligacionales” que ha contenido el Estatuto desde 1980 mirara única y directamente a excluir la aplicación de eventuales pactos de renuncia al ejercicio de la huelga después de la denuncia del convenio. Ahora bien, al referirse al todo y no a la parte, se corría el peligro de que la pérdida de efectos afectara también a cláusulas obligacionales cuyos efectos se proyectan de forma mediata en las relaciones individuales de trabajo y que, por tanto, deberían haber quedado amparadas en la ultraactividad del contenido normativo, puesto que una de las finalidades perseguidas por ella es precisamente evitar la pérdida de tutela de los trabajadores individuales. Sin embargo, la jurisprudencia había evolucionado precisamente en la línea que ahora incorpora el precepto, interpretando

restrictivamente la noción de contenido obligacional. En fecha reciente, aunque recogiendo una consolidada línea jurisprudencial, el TS ha puesto de manifiesto que “la mención genérica a las cláusulas obligacionales apunta, claramente, a los deberes de paz laboral a cargo de quienes han negociado el convenio”; y, por tanto, “el contenido normativo comprende tanto las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, como la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, y también las reglas que definen los propios ámbitos del convenio” (STS de 2 de julio de 2009, rec. 44/2008).

El hecho de que la configuración actual de la ultraactividad haya perdido su peculiaridad tradicional podría plantear algún problema desde la perspectiva de la estructura de la negociación. A diferencia de la redacción previa del art. 86.3 ET, que relacionaba la vigencia con el “contenido normativo” y no con el convenio en su conjunto, se utilizan ahora expresiones como “vigencia de un convenio colectivo” (párrafo 1º) o “vigencia del convenio colectivo” (párrafo 3º) que se mueven en un terreno más amplio. El riesgo es que con esta nueva configuración se produzca una variación de los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales respecto de las relaciones de este precepto con el art. 84 ET y que tradicionalmente se han movido en la línea de que, para evitar la petrificación de las unidades de negociación, durante la ultraactividad no juega la prohibición de concurrencia (cfr. SSTs de 2 de febrero de 2004, rec. 3069/2002, y 30 de junio de 2009, rec. 91/2007). No existe, por supuesto, ninguna razón para que se varíe esta interpretación. Antes al contrario, sobre la base de un discutible indicio formal, iría frontalmente en contra de las finalidades declaradas por la reforma de 2011 a la que se debe la vigente redacción. De hecho, este es el criterio que vienen manteniendo los comentaristas (por todos, Fernández López, 2012, pp. 409 ss., y Sala, 2013, pp. 25 y 26).

2.2. Régimen legal y autonomía colectiva

Desde la reforma de 1994 se aceptó la posibilidad de que los propios convenios colectivos establecieran reglas sobre la ultraactividad diferentes a las previstas en el art. 86.3 ET puesto que la vigencia del contenido normativo se había de producir “en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio”. El carácter dispositivo de la ultraactividad se ha acentuado después de las reformas de 2011 y 2012. En la redacción actualmente vigente se ha mantenido la expresión que se ha transcrito. Pero además se insiste en dos ocasiones más en la capacidad de los negociadores de incidir en su alcance. El régimen jurídico que establece el precepto viene configurado como supletorio tanto en su párrafo 2º (“en defecto de pacto”) como en el 4º (“salvo pacto en contrario”).

Las posibilidades de actuación de los convenios colectivos sobre la ultraactividad son suficientemente conocidas (cfr. Pedrajas/Sala, 2010, pp. 494 y 495). De hecho, con base en la doctrina jurisprudencial anterior y el tenor literal de las nuevas normas, cabe afirmar que el alcance de la disponibilidad incluye la existencia o inexistencia de la situación de ultraactividad, la forma en que se activa –si es necesaria o no la denuncia–, su alcance por razón de la materia –si es total o parcial y, en este último caso, a qué materias se extiende– y, en fin, a su duración. Hasta la reforma de 2012, se admitía en este último terreno que cabía sujetar a plazo, sustituyendo la vigencia *sine die* que se preveía en la ley. Ahora que existe plazo legal es claro que

cabrá eliminarlo y modificarlo, todo ello con independencia de que sea más o menos favorable a los intereses de los trabajadores. Es claro, por lo demás, que varias de estas diferentes posibilidades de actuación autónoma pueden combinarse entre sí.

En otro orden de consideraciones, la actual redacción del art. 86.3 ET posibilita la adaptabilidad inmediata del convenio ultraactivo a las necesidades del sector o de la empresa. En su párrafo 2º se prevé que “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”. Obsérvese que los eventuales acuerdos parciales “tendrán la vigencia que las partes determinen”. Este último inciso permite pensar en diferentes posibilidades. Cabe concebir acuerdos alcanzados a título provisional, asociados a la propia situación de ultraactividad, cuya eficacia desaparecerá en el momento en que ésta desaparezca. Pero también otros cuya vigencia no termine con la ultraactividad e incluso que tengan un plazo inferior al aplicable a ella. Esto último puede parecer poco razonable pero tiene alguna utilidad que no es despreciable: abre posibilidades a la experimentación de nuevas soluciones.

2.3. Algunos problemas interpretativos

La razonable opción del art. 86.3 ET se enturbia por el hecho de que no parece haber contemplado la totalidad de los escenarios lo que hace surgir una serie de problemas de interés.

a) La primera de estas cuestiones se relaciona con los sujetos que pueden ejercer las facultades autónomas a las que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. Algunos indicios literales parecen indicar que el art. 86.3 ET adopta una posición restrictiva al respecto y que la negociación sobre el funcionamiento de la ultraactividad se desarrolla en la propia unidad de negociación cuyo convenio ha visto expirar su duración inicial o prorrogada. El párrafo 1º lo dice expresamente cuando se refiere a que “se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”. Y cabe traer también a colación que quienes protagonizan los eventuales acuerdos de adaptación del convenio son precisamente “las partes” de la negociación para su revisión (párrafo 2º). Esta lectura tendría como efecto colateral la exclusión de decisiones externas a la unidad que modalicen la ultraactividad del convenio y, en definitiva, la imposibilidad de que la negociación interconfederal o de ámbito estatal, en los términos del art. 83 ET, pudieran incidir en la materia.

La verdad es que descartar esta hipótesis de actuación sobre la ultraactividad es echar a perder una interesante posibilidad de solucionar las cuestiones sobre el funcionamiento de la institución. De hecho, ya a propósito del texto aprobado por el RDL 7/2011 se había auspiciado la apertura a los acuerdos del máximo nivel de la regulación de los diferentes aspectos relacionados con aquella (Goerlich, 2011, p. 127). Esta misma idea puede ser postulada del precepto después de la reforma de 2012 (Sala, 2013, pp. 7 y 8). Los indicios literales no son lo suficientemente contundentes como para excluir que un acuerdo interconfederal –y acaso también los convenios sectoriales estatales o autonómicos en ejercicio de sus competencias ordenadoras de la estructura de la negociación– puedan ocuparse de este tema. Obsérvese en esta

línea que el “pacto” del párrafo IV del art. 86.3 ET no tiene específicamente a las partes negociadoras como sujetos, lo que posibilitaría entender que también es válido a estos efectos el eventualmente alcanzado en los niveles superiores que estamos considerando. La interpretación sistemática también avala esta postura: si a la negociación interconfederal compete establecer los mecanismos de solución de los bloqueos (cfr. art. 86.3.III ET), no parece irrazonable entender que también pueda asumir funciones en el terreno que nos ocupa. En fin, la experiencia histórica del Acuerdo de Cobertura de Vacíos (BOE de 9 de junio de 1997) avalaría esta misma interpretación.

b) Una segunda cuestión problemática se relaciona con el momento en que puede producirse la efectiva modificación del régimen legal subsidiario por la autonomía colectiva. Obsérvese que el art. 86.3 ET se refiere al carácter disponible de las soluciones legales en tres momentos diferentes. De entrada, su párrafo primero reenvía plenamente al convenio colectivo el tratamiento de la ultraactividad: la vigencia posterior a la expiración de la duración pactada del convenio, “se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”. Después, en su párrafo segundo, se alude a que, “en defecto de pacto”, se mantiene su vigencia con la excepción de las cláusulas de paz contenidas en el convenio que decaen desde la denuncia. En fin, el último párrafo vuelve a exceptuar en caso de “pacto en contrario” la pérdida de vigencia del convenio por el transcurso del plazo de un año.

Dependiendo como se interpreten estas tres alusiones y las relaciones que establecen entre sí, la respuesta a la cuestión que nos ocupa será diferente. Una primera interpretación pone en relación el “pacto en contrario” al que alude el último párrafo del precepto con el convenio al que se refiere el primero. De este modo, el único pacto que desplaza el efecto legal es el acordado previamente en el “propio convenio” que ha sido objeto de denuncia; por el contrario, acuerdos *ad hoc* alcanzados durante el propio período de ultraactividad no serían hábiles para excluirlo (Mercader, 2012, p. 454). La segunda interpretación llega a conclusiones radicalmente distintas: el “propio convenio” limitaría sus posibilidades de afectación de la ultraactividad a la modulación de la vigencia del convenio denunciado, de modo que el “pacto en contrario” del último párrafo sería precisamente el alcanzado después de haber sido denunciado el convenio (Sempere/Martín, 2012, p. 141). Por último, cabe pensar en que cualquiera de estos dos pactos, el previo y el alcanzado con posterioridad a la denuncia, pueden ser adecuados para prolongar la situación más allá del año (Guamán/Illueca, 2012, p. 123, Llompart, 2012, pp. 446 y 447, Sala, 2013, p. 9).

Desde mi punto de vista esta última es la interpretación que mejor se adecúa a la literalidad legal. Siendo cierto que el art. 86.3, primer párrafo, ET posibilita alterar la duración máxima de la ultraactividad, no lo es menos que está pensando en una específica previsión en el convenio colectivo. Al reiterar en el último párrafo la posibilidad de que el efecto sea eliminado por un pacto en contrario, probablemente se está abriendo la puerta a que, durante la propia negociación, las partes puedan alcanzar un pacto *ad hoc* que posibilite la continuidad de la vigencia del convenio en los términos que se acuerden. Dicho de otro modo, el pacto en contrario al que se refieren los párrafos II y IV del precepto no sólo el que se previó al firmar el convenio que adquiere ahora la condición de ultraactivo. Es perfectamente posible además que

a lo largo de las negociaciones los negociadores puedan modalizar las previsiones sobre ultraactividad preestablecidas. El hecho de que se les conceda la facultad de adaptación parcial a la que se ha hecho referencia ha de permitir llegar a esta conclusión.

c) Una última cuestión en este terreno la plantea la praxis habitual existente en nuestra negociación de incorporar al texto del convenio las normas estatutarias. No cabe descartar, en consecuencia, que existan convenios vigentes a la entrada en vigor de la reforma de 2012 que hayan incorporado a su texto el carácter indefinido de la ultraactividad. En un análisis de la negociación colectiva desarrollado hace unos años (Albiol, 2005, pp. 83 ss.) se detectó en este sentido un buen número de convenios colectivos que pactaban acerca de la ultraactividad. En algunos casos, estos pactos se limitan a reproducir, literal o sustancialmente, las previsiones del entonces vigente art. 86.3 ET; en otros, se presupone su vigencia para concretar algún efecto derivado de ella; en fin, existe un tercer grupo de preceptos que mejora las previsiones legales, extendiendo la ultraactividad al conjunto de las cláusulas, obligacionales o normativas, del convenio. La cuestión que plantea este panorama es la determinar la incidencia de un eventual pacto en materia de ultraactividad previo a la reforma de 2012 sobre la aplicación del régimen establecido por ésta. Se trata de saber, en otras palabras, si estas cláusulas suponen un impedimento para la aplicación del período máximo de ultraactividad de un año.

Sobre este particular, existe división doctrinal. En atención, de un lado, al carácter dispositivo que tiene el art. 86.3 ET y, de otro, al propio tenor literal de la disp. trans. 4^a Ley 3/2012 –que se limita a establecer una regla especial sobre el cómputo del plazo para los convenios denunciados con anterioridad a su entrada en vigor, se ha sostenido que las estipulaciones anteriores a la reforma son válidas después (Cruz, 2012, pp. 39 y 40; Lahera, 2013, pp. 56 y 57). De este modo, continuarían siendo de aplicación con la única excepción de los casos en los que las partes se hubieran limitado a remitirse al art. 86.3 ET, en cuyo caso resultaría de aplicación la redacción actualmente vigente (Alfonso, 2012, p. 57, Lahera, 2013, p. 57, Sala, 2013, p. 9).

Sin embargo, de aceptarse que reglas pactadas en un contexto legislativo radicalmente diferente puedan condicionar la efectividad de la reforma, podría frustrarse su finalidad. Cabría asimismo argumentar en términos de voluntad presunta de las partes: en muchos casos estas cláusulas, como otras que se encuentran en los primeros artículos de muchos convenios, no son sino resultados de un acarreo histórico. Considerar, en este contexto, que su presencia equivale, sin más, a la voluntad de perpetuar la vigencia normativa del convenio es sumamente forzado. Por ello, una parte de los comentaristas que han analizado esta cuestión se han inclinado por entender que la nueva redacción legal prevalece sobre las cláusulas convencionales anteriores que puedan establecer soluciones diferentes a la desaparición del convenio (Sempere/Martín, 2012, p. 140, Llompарт, 2012, p. 268, Goerlich, 2013, p. 31).

3. Desbloqueo de la negociación y arbitraje obligatorio

Como se ha indicado más arriba, la lógica de la reforma de 2011 en el punto que ahora interesa fue garantizar la renovación del convenio en un plazo razonable. Para ello, se invitaba a establecer reglas procedimentales y temporales para la revisión y se impulsaba la superación de eventuales situaciones de desbloqueo mediante el recurso a procedimientos extrajudiciales de solución de las controversias y, muy señaladamente, impulsando su sumisión a arbitraje. La reforma de 2012, aunque ha eliminado las normas sobre procedimiento negociado, ha optado por mantener prácticamente inalterada la disciplina que se estableciera en 2011 sobre la aplicación de los procedimientos extrajudiciales establecidos a nivel interconfederal.

La aportación de la reforma de 2011 al problema que nos ocupa ha sido, desde luego, el intento de cerrar la ultraactividad, en los casos de falta de acuerdo, mediante una decisión arbitral. Son varios a estos efectos las ideas relevantes. De un lado, el art. 86.3.III ET establece la obligatoriedad de que los indicados acuerdos prevean procedimientos sobre este particular, que tengan las características de ser “de aplicación general y directa” y que solventen las discrepancias “de manera efectiva”. Dadas estas características, el procedimiento en el que se piensa es de naturaleza arbitral, como demuestra que la segunda parte del párrafo se refiera reiteradamente al arbitraje. De otro, el precepto les obliga a pronunciarse respecto a si los indicados procedimientos son voluntarios u obligatorios; puesto que contiene una regla en cuya virtud “en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”. A ello hay que añadir la disp. adic. 1^a.2 RDL 7/2011 –que no consta derogada por las normas de 2012– que prevé que, mientras los acuerdos interprofesionales no asuman las indicadas competencias, “en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje”.

La valoración doctrinal que se hizo en su momento presenta posiciones dispares. Se ha sostenido, por una parte, la radical inconstitucionalidad de las reglas que estamos analizando. Y ello tanto para la regla contenida en la disp. adic. 1^a.2 RDL 7/2011 como para los eventuales arbitrajes obligatorios derivados de la aplicación del art. 86.3 ET. A aquella le resultaría directamente de aplicación la doctrina de la STC 11/1981, de 8 de abril, que declaró inconstitucional el laudo de obligado cumplimiento del RDLRT; en cuanto a estos, la imposición a los legitimados en una unidad de negociación de un arbitraje obligatorio por un acuerdo del art. 83.2 ET, bien de forma directa bien indirectamente, al no haberse previsto expresamente su voluntariedad y entrar en funcionamiento el criterio legal supletorio, se ha considerado contraria a sus derechos constitucionales, huelga y negociación colectiva (Cruz, 2011, pp. 39 ss. o Escudero, 2011, p. 67).

En sentido contrario, se ha sostenido que en la regulación de los arbitrajes contenida en los preceptos que nos ocupan no se halla motivo para sostener la inconstitucionalidad. Se destacan a estos efectos las diferencias existentes entre el supuesto resuelto por la citada sentencia constitucional y el que ahora nos ocupa puesto que el arbitraje del art. 86.3 ET se desarrolla “en el marco de gestión privada de

los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos”, tiene origen pactado y es posible soslayar su obligatoriedad. Todo ello permite descartar lesión alguna del art. 37.1 CE. Conclusión que puede extenderse al arbitraje de la disp. adic. 1^a.2 RDL 7/2011 que sólo actúa en defecto de previsiones en los acuerdos ex art. 83.2 ET (Fernández López, 2011, pp. 208 ss.).

En mi opinión, se hace necesario distinguir entre el tratamiento de las reglas sobre arbitraje establecidas en el art. 86.3 ET y el arbitraje obligatorio subsidiario al que se refiere la disp. adic. 1^a.2 RDL 7/2011. Este último es, sin duda, inconstitucional puesto que, vista la literalidad de la disposición que lo prevé, no es sólo una norma de significación subsidiaria respecto de las reglas establecidas en los acuerdos ex art. 86.3 ET sino que también debería operar de forma directa si estos no fueran objeto de la renovación a la que se refería la regla primera de la misma disposición adicional (Goerlich, 2011, pp. 123 ss.). Cierto que esta afirmación no tiene mayor trascendencia práctica por la evidente imposibilidad de ponerlo en marcha, que se ha incrementado después del 12 de febrero de 2012, al haber desaparecido de los arts. 85.3 y 89.3 ET los plazos máximos para la renovación del convenio. Con todo, creo que la reforma debería haber eliminado expresamente el precepto y el problema que plantea.

Por el contrario, las reglas sobre arbitraje previstas en el art. 86.3 ET superan a mi juicio el control de constitucionalidad. En primer lugar, no parece que las orientaciones que el tercer párrafo del art. 86.3 ET establece para los acuerdos interconfederales puedan ser consideradas contrarias a la Constitución. El fundamento es obvio: no resultan obligatorias para los negociadores lo que supone que se respete el principio de autonomía negocial protegido por el art. 37.1 CE. Ni siquiera la norma supletoria que considera obligatorio el arbitraje a falta de acuerdo puede reputarse inconstitucional –pues este efecto puede excluirse fácilmente por los negociadores del acuerdo interconfederal (como de hecho han venido haciendo: art. 8.1.b) V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales de 7 de febrero de 2012, BOE de 23 de febrero)–. Es verdad que parece casar mal con la doctrina establecida en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró inconstitucional el arbitraje obligatorio para controversias de transporte de escaso valor, salvo que las dos partes del contrato estuvieran de acuerdo en lo contrario. Pero creo que es relevante el contexto en el que se hace valer el indicado pacto que en aquél caso era la privación completa del derecho a la tutela judicial efectiva si la otra parte no estaba dispuesta a aceptar la vía judicial.

Por otro lado, y en fin, la privación de los derechos de acción colectiva de quienes actúan en unidades ordinarias que resultaría de la previsión de la obligatoriedad del arbitraje en los acuerdos interconfederales o de la eventual aplicación del criterio supletorio establecido en el art. 86.3 ET no parece desconocer el principio de proporcionalidad, en atención a su origen –otro convenio colectivo negociado por quienes ostentan mayor representatividad– y características procedimentales –desarrollo mediante trámites de carácter autónomo–. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que imponer sistemas de resolución de conflicto a las unidades de negociación inferiores ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (cfr. STC 217/1991, de 4 de noviembre).

4. La duración máxima de la ultraactividad y sus problemas interpretativos

La principal novedad de la reforma de 2012 es, por supuesto, la previsión de un plazo máximo para la finalización de la situación de ultraactividad. El último párrafo del art. 86.3 ET supone que el transcurso de un año desde la denuncia implica la definitiva desaparición del convenio. Lo pretendido es claro. Pero ello no impide que existe una relativamente amplia serie de cuestiones interpretativas de suma importancia.

4.1. El plazo máximo y su cómputo

Por lo que se refiere, en primer lugar, a su operativa, hay que hacer ante todo algunas reflexiones sobre el plazo máximo. Fijado en un año, es llamativo que se cuenta desde la denuncia del convenio y no desde la finalización de la vigencia inicialmente pactada –o prorrogada conforme al art. 86.2 ET– (Llano, 2012, p. 360; Goerlich, 2013, p. 30). Cabe pensar que la sola referencia a la denuncia debe ser integrada por la que se hace en el primer párrafo, que configura el inicio de la ultraactividad por la doble circunstancia temporal de que el convenio haya sido denunciado y haya concluido la duración prevista, lo que permitiría entender que sólo a partir de este momento cuenta el plazo máximo (en este sentido, Sala, 2013, p. 5). Sin embargo, la significativa diferencia entre uno y otro precepto avala igualmente la solución contraria que, además, resulta acorde con la configuración que tiene la ultraactividad desde la reforma de 2011 –ya no es una vigencia distinta sino la misma del convenio, con exclusión de las eventuales cláusulas de paz laboral– y, sobre todo, con la finalidad perseguida de imponer celeridad a las renovaciones convencionales. Creo, por tanto, que es importante destacar la literalidad del precepto puesto que supone que una parte relativamente importante de la duración de la ultraactividad transcurrirá mientras el convenio se encuentra aún en la duración inicialmente prevista.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la regla sobre duración máxima es aplicable tanto a los convenios que se denuncien en el futuro como a los que lo hayan sido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012. Para estos últimos, sin embargo, el período de un año cuenta, no desde la denuncia, sino desde el 7 de julio de 2012, fecha de su entrada en vigor (cfr. disp. trans. 4^a).

En otro orden de consideraciones, la literalidad legal obliga a pensar en un funcionamiento automático del plazo. Basta con su transcurso “sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral” para que deba entenderse que expira la vigencia del convenio colectivo. Puede pensarse que la relativa brevedad del plazo máximo, sobre todo después de su sustancial reducción en la tramitación parlamentaria, junto con la desaparición de los criterios orientativos sobre duración del procedimiento de negociación, puede conducir a situaciones en las que, al vencimiento del período, las conversaciones siguen abiertas o se ha iniciado un procedimiento arbitral para solventar las eventuales discrepancias. No creo que estas circunstancias puedan por sí mismas impedir el juego del efecto previsto en el art. 86.3.IV ET, sin perjuicio de que los negociadores puedan expresamente excluirlo en los términos que ya se han analizado. Otra cosa es que, incluso a falta de pacto que permita la pervivencia más allá del plazo máximo del convenio denunciado, la

negociación pueda continuar: esto siempre será posible sin perjuicio, claro, del juego de la regla que estamos considerando y de otras –arts. 84 y 89.1 ET– que la harán mucho más difícil (Fernández López, 2013, pp. 395 ss.).

4.2. Los efectos de la finalización de la ultraactividad

En cuanto al efecto, el art. 86.3.IV ET nos indica que, vencido el plazo máximo, el convenio “perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”. Obsérvese que el efecto es doble: en todo caso se produce la pérdida de vigencia del convenio denunciado; eventualmente, se aplica el convenio superior que resulte de aplicación.

Desde la perspectiva colectiva, la consecuencia jurídica del transcurso del plazo máximo es la desaparición de la unidad de negociación, con las consiguientes consecuencias sobre el deber de negociar (Merino, 2012, p. 260). Por tanto, y salvo que antes de llegar a la finalización de la situación de ultraactividad se llegue a un pacto para prorrogarla, la reapertura de la unidad desaparecida requerirá el mutuo acuerdo entre los sujetos legitimados, que no podrá ser forzado ex art. 89.2 ET, y la efectiva aplicación del convenio eventualmente negociado dependerá de las reglas del art. 84 ET.

Por otro lado, desde la perspectiva individual, los efectos de la desaparición del convenio pueden ser dos, en función de que exista o no un convenio de ámbito superior.

a) En el primer caso, se aplicará éste. Cabe pensar, incluso, en la posible existencia de más de un convenio potencialmente aplicable. Resultarán de aplicación, por supuesto, las reglas del art. 84 ET. Se ha afirmado igualmente que cabría pensar también en un acuerdo de adhesión que supusiera el tránsito a otra unidad de negociación seleccionada por las partes (Merino, 2012, p. 260). Creo, sin embargo, que en este último caso no estamos técnicamente ante una aplicación del art. 86.3.IV ET sino ante una forma de revisión del convenio denunciado mediante la adhesión ex art. 92.1 ET.

La aplicación de esta regla requiere algunas precisiones adicionales. El art. 86.3.IV ET se refiere al “convenio colectivo de ámbito superior”. La mayor parte de los comentaristas, sobre la base de la primera acepción de este comparativo, hemos tendido a identificarlo con el existente en un ámbito geográfico más amplio que incluya al convenio que decae –por tanto, en el mismo ámbito funcional–. Es probable, sin embargo, que también lo sea aquel que, aún en el mismo ámbito geográfico, tenga un ámbito funcional más amplio (Valdés, 2012, pp. 243 y 244). De este convenio también se puede predicar su condición de “superior” por su carácter inclusivo. Por supuesto con esta comprensión más amplia de este término se incrementan las herramientas para afrontar las situaciones de ultraactividad no sólo porque el precepto sería aplicable a las relaciones sector/subsector sino también porque determinados convenios podrán actuar como coches «escoba».

En otro orden de cosas, existen algunas tomas de posición favorables al mantenimiento de las condiciones existentes en el convenio decaído. Así se ha sostenido, con alcance general, la contractualización de las mismas (Toscani, 2012, p.

95) o, de forma más limitada; para resolver el problema de las condiciones que, por su naturaleza, desbordan la temporalidad del convenio (Fernández López, 2013, pp. 397 ss.). Lo bien cierto es, sin embargo, que el mecanismo resultante del art. 86.3.IV es una sucesión normativa y, en consecuencia, no existe título que posibilite el mantenimiento de las condiciones anteriores, aunque fueran más favorables o tuvieran la indicada vocación de permanencia.

Otra cosa será que tal resultado se alcance por un acto autónomo bilateral o unilateral en el ámbito de la empresa o que resulte de la presencia en el convenio colectivo que pase a ser de aplicación de una cláusula de garantía *ad personam* que expresamente prevea su mantenimiento. Este tipo de cláusulas, a las que no se les ha prestado suficiente atención, adquieren ahora una relevancia insospechada. Sin embargo, resulta difícil pronosticar cuál será en concreto dada la variedad de formulación que se encuentra en la práctica. No existe, por supuesto, ningún inconveniente en que se utilicen para preservar los tratamientos normativos existentes en un convenio previo (por ejemplo, STS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011). Lo que ocurre es que las existentes no han considerado expresamente el supuesto que nos ocupa y no está claro que siempre resulten aplicables a él. En algunos casos, por ejemplo cuando se utiliza la expresión “situaciones personales”, no parece existir problema en considerar aplicable la cláusulas en los procesos de sustitución del convenio del art. 86.3.IV ET. Pero debe tenerse en cuenta que esta referencia en ocasiones viene expresamente referida al momento de entrada en vigor del convenio (“condiciones actualmente existentes”, “condiciones superiores implantadas con anterioridad”, etc.), lo que podría permitir poner en cuestión su aplicabilidad. Es todavía mucho más dudoso que puedan mantenerse los estándares del convenio sustituido en los casos en los que hacen las cláusulas de garantía *ad personam* hacen referencia “condiciones más beneficiosas” –o expresiones análogas– que, de acuerdo con los criterios técnicos que han de presidir la interpretación, han de referirse a las de carácter contractual. De este modo, la frecuente existencia de cláusulas genéricas de garantía *ad personam* abre un nuevo frente de interrogantes en el proceso de sustitución del convenio denunciado por el de ámbito superior.

b) Con todo, el problema principal que se plantea aparece en los casos en los que no éste no exista. El designio legal es claro: el denunciado deja de ser aplicado, lo que no puede sino suponer la aplicación directa de las normas legales y reglamentarias de carácter general.

Una parte de los comentaristas de la reforma ha buscado fundamentar la continuidad de la aplicación de las condiciones del convenio, aunque tras la expiración del plazo máximo éste haya perdido vigencia. Las posibilidades que se han utilizado son varias: desde entender que “para la decadencia del convenio colectivo... es imprescindible que la autonomía colectiva aporte soluciones alternativas, que den cobertura a los trabajadores afectados”, manteniéndose la ultraactividad en caso contrario (Merino, 2012, p. 261), hasta considerar que, al menos para los trabajadores contratados con anterioridad, se conservan las condiciones convencionales transformadas en contenido contractual [Cruz, 2012.b), p. 414], Guamán/Illueca, 2012, p. 123, Molina, 2012, p. 157, o Toscani, 2012, pp. 95 y 98], pasando por la posibilidad que el convenio denunciado continúa vigente como acuerdo extraestatutario

(Escudero, 2012, p. 52). En fin, aunque para rechazarla, se ha apuntado la posibilidad de «importar» a nuestro ordenamiento alguna reconstrucción interpretativa de ordenamientos próximos que posibilita la continuidad de ciertas condiciones del convenio decaído con base en los principios constitucionales –y, en concreto, el de suficiencia de la retribución– (Fernández López, 2012, p. 402).

Desde mi punto de vista, estas interpretaciones deben ser rechazadas por cuanto que se armonizan mal con el dictado legal. El último párrafo del art. 86.3 ET define el efecto que se produce tras la expiración del plazo como pérdida de vigencia, lo que implica la desaparición de su eficacia y, en concreto, de su carácter obligatorio para empresarios y trabajadores. Ello sólo puede interpretarse en el sentido de que las relaciones laborales pasan a regularse por las normas legales y reglamentarias que resulten de aplicación (López Aniorte, 2012, p. 175; Navarro Nieto, 2012, p. 67; Roqueta, 2012.b), p. 44; Llano, 2012, p. 363; Purcalla/Preciado, 2012, p. 333; Mercader, 2012, p. 454, Llompert, 2012, p. 267; Goerlich, 2013, pp. 34 y 35; Sala, 2013, pp. 19 y 20). Obsérvese la estrecha relación entre vigencia y eficacia que establece el primer párrafo del art. 82.3 ET. En consecuencia, con la pérdida de vigencia, desaparece todo fundamento jurídico de una eventual obligatoriedad de su aplicación: después de todo, el convenio es una norma; y, cuando una norma se deroga, deja de ser exigible. Creo, por otro lado, que esta evidencia no puede ser minimizada, como se ha intentado, sobre la base de las amplias posibilidades modificativas prevenidas en el art. 41 ET para las condiciones contractuales o derivadas de pactos o acuerdos colectivos (Molina, 2012, p. 157). Aun siendo cierto que este precepto abriría amplias posibilidades de actuación a la empresa, no lo es menos que debería sujetarse a los requisitos causales y procedimentales que establece y, además, soportar los efectos de las eventuales pretensiones rescisorias.

Creo, en consecuencia, que el efecto legal se concreta en la completa desaparición de las condiciones anteriormente existentes, con algunas excepciones. Por supuesto, podrán continuar siendo aplicadas si se produce un pacto al respecto en el ámbito de la empresa o centro afectados y también en caso de que el empresario continúe aplicándolas; y esto último tanto en caso de que formule expresamente su voluntad como si ésta pueda deducirse de las circunstancias. Téngase en cuenta que la continuidad de la aplicación de las condiciones preexistentes resulta, en cualquiera de estos casos, de la voluntad posterior a la desaparición del convenio y no de éste. Por ello, salvo que en el título del que resulta su aplicación conste su carácter temporal, habrá que entender que, a partir de ese momento, constituyen condiciones más beneficiosas de naturaleza individual que no desaparecerán por la aplicabilidad futura de un convenio diferente (Sala, 2013, p. 20).

No es claro, sin embargo, si el alcance de la eventual continuidad puede ser condicionado por la sola voluntad empresarial, de manera que quepa libremente decidir si que sea total o parcial. Es seguro que si la empresa y los representantes suscriben un acuerdo de empresa, éste puede acordar la continuidad de alguna o algunas partes del contenido del convenio, así como modificaciones de las que se consideren subsistentes (Navarro Nieto, 2012, p. 67). La posibilidad de que estas mismas operaciones sean acometidas directamente por la empresa presenta ciertos riesgos. Es cierto que no existe criterio ni principio alguno que lo impida. Después de todo, cuando nunca ha existido convenio colectivo aplicable a una determinada

empresa, no plantea problema jurídico alguno la actuación unilateral de la empresa con cobertura en el principio general de autonomía. No lo es menos, sin embargo, que, cuando la unidad ha estado previamente ocupada por un convenio, una actuación unilateral de este tipo podría ser discutida con apoyo en las cláusulas generales del derecho (proscripción del abuso de derecho, necesidad de ejercicio de buena fe de los derechos). De hecho, ya se ha apuntado en este sentido, sobre la base del deber de negociar de buena fe del art. 89.1 ET, que en ciertas condiciones las actuaciones empresariales tendentes a la desaparición de la unidad sin apurar las posibilidades de alcanzar un acuerdo antes podría constituir una lesión del derecho fundamental de libertad sindical, con la eventual consecuencia de la obtención de un pronunciamiento judicial de mantenimiento de las condiciones de trabajo hasta que se cumpla efectivamente la indicada obligación (Fernández López, 2012, pp. 401 y 402).

5. Ideas para la reflexión

No cabe acabar este análisis sin sacar algunas conclusiones y formular algunas propuestas que puedan alimentar la reflexión y el debate sobre el nuevo régimen de la ultraactividad y su aplicación práctica.

1. Una conclusión obvia de lo que llevamos expuesto es que el tratamiento legal de la ultraactividad a partir de la reforma de 2012, aunque presenta algunos aspectos positivos, tiene también importantes riesgos. Estos afectan a los trabajadores, considerados individualmente –pérdida de mínimos protectores– o como colectivo –eventual reducción de la tasa de cobertura de la negociación–. Pero también a las empresas. Es cierto que implica la apertura de espacios a la contratación individual y, claro está, a la individualización de las condiciones de trabajo, de modo que puede ser tentador el bloqueo de la unidad a la espera de que se produzcan los efectos que posibilita el precepto. También es cierto, no obstante, que determinadas materias de suma importancia vinculadas a los poderes directivos y sus garantías requieren la existencia de convenio colectivo para su correcto ejercicio, sin que sea claro su tratamiento en defecto del mismo. Y que toda apuesta individualizadora ha de afrontar importantes riesgos: aparte el posible deterioro del desarrollo de las relaciones de trabajo en la empresa, las consideraciones que se han desarrollado demuestran que habrá de afrontar un amplio espacio de inseguridad jurídica.

En este último sentido, creo que es claro que la solución consagrada en el art. 86.3 ET es, en este último sentido, excesivamente simple y, con ello, suscita un extenso número de dudas que afectan a su operativa –*dies a quo* del cómputo del plazo– y, sobre todo, a sus consecuencias –tanto si existe como si no el “convenio colectivo de ámbito superior” al que se refiere el precepto–. No cabe descartar en consecuencia la posibilidad de una igualmente extensa judicialización de la aplicación que en las empresas se haga del precepto, sin que sea previsible con seguridad la respuesta que los tribunales darán a los conflictos que se vayan planteando. De este modo, en tanto la jurisprudencia de casación no vaya aclarando las diferentes cuestiones, cabe pensar en una situación que me atrevo a calificar de tormentosa.

2. Una de las ventajas del régimen legal de la ultraactividad es su carácter subsidiario que permite una intervención de la autonomía colectiva superadora de todos estos problemas. Esta puede desarrollarse en un doble nivel puesto que no parece existir inconveniente en que, junto a las posibles previsiones al respecto de los convenios colectivos, la negociación en la cumbre pueda incidir en este terreno.

Ahora bien, que no exista inconveniente formal para proceder a esta intervención interconfederal no supone que ésta no aparezca como sumamente difícil en sus manifestaciones más extremas. Es verdad, de entrada, que el art. 86.3.III ET favorece la implantación en este ámbito de arbitrajes obligatorios y que su introducción con carácter general haría que las revisiones se produjeran tempestivamente. Sin embargo, a su través sólo podría afrontarse una parte de los problemas que el conjunto del régimen de la ultraactividad pretende afrontar: los vinculados al contenido de los convenios. Resulta mucho más difícil que una generalización del arbitraje obligatorio pueda contribuir a la resolución de los problemas estructurales. Los problemas que se suscitan tras la denuncia no son sólo de renovación de los contenidos sino que incluyen también como cuestión previa la propia existencia de la unidad. En este contexto, antes de la generalización de cualquier solución arbitral sería necesario afrontar un problema distinto y mucho más complejo que permitiera que los eventuales arbitrajes obligatorios contemplaran esta posibilidad. Estos mismos problemas pueden producirse, por lo demás, en el caso de que se opte por un acuerdo sobre materia concreta, al amparo del art. 82.3 ET. Decisiones en exceso simples y de alcance general podrían tener los mismos efectos.

Estos problemas podrían obviarse de diferentes maneras, que tienen en común que permiten diferenciar las unidades que merecen ser mantenidas, a pesar del transcurso del plazo legalmente establecidas de aquellas otras que pueden ser abandonadas. La primera aparece como una misión imposible puesto que requeriría la predeterminación de la estructura convencional hasta extremos poco verosímiles puesto que no sólo habría de concretar las funciones de las distintas unidades sino desarrollar una tarea de racionalización de los ámbitos funcionales. No hay razón para pensar que este proceso pueda ser acometido de forma general y con éxito en el corto ni en el medio plazo. Ni es seguro que existan instrumentos para hacerlo de forma vinculante dadas las excepciones existentes a las facultades estructuradoras de los interlocutores sociales.

Cabe pensar, por ello, en una segunda alternativa algo más viable pero también problemática en relación con su puesta en práctica: la concreción de las condiciones en las que una unidad de negociación debe entenderse abandonada o no. Los aspectos que se podrían valorar a estos efectos podrían ser el tiempo transcurrido desde la denuncia –que sería útil respecto de los convenios denunciados antes de la reforma de 2012, aunque en el futuro lo sería mucho menos dada la relativa brevedad de la ultraactividad–, el efectivo desarrollo de las negociaciones –del que habría de deducirse la efectiva voluntad de ambas partes de mantenerla– así como las alternativas de regulación existentes –mediante el examen de la eventual cobertura de la unidad de negociación por otros convenios existentes con mayor consolidación–.

A falta de actuaciones de este tipo, no veo fácil una intervención en el ámbito interconfederal que no sea estrictamente coyuntural –referida, esto es, a la situación que se producirá el día 8 de julio por acción de la disp. trans. 4^a Ley 3/2012– o que no

tenga carácter subsidiario de la dinámica que se desarrolle en las unidades de negociación inferiores. Una reformulación del extinto Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 1997 podría ser una vía adecuada al respecto en la que se afronten las principales materias cuya desaparición absoluta no está exenta de problemas (tratamiento salarial, tiempo de trabajo, clasificación, poderes directivos y facultad disciplinaria) así como las formas y los tiempos en que se garantizan.

3. Por supuesto, a todo ello cabe añadir la tarea de «animación» de las unidades de negociación inferiores en las que, con pleno conocimiento de causa, podrá concretarse en mucha mayor medida el tratamiento de la ultraactividad: la tarea de elaboración de recomendaciones y criterios para que los negociadores puedan en ellas afrontar los problemas que suscita el art. 86.3 ET no parece, en este sentido, desdeñable. Y es que, a mi juicio, y dadas las dificultades apuntadas, la principal sede de solución concreta de los problemas resulta ser la propia unidad de negociación.

Es de todo punto necesario, en este sentido, que los convenios colectivos afronten la temática de la eficacia temporal del convenio en el momento de su firma. Si esto era un desiderátum de la reforma de 2011, es una imperiosa necesidad después de la de 2012. Prevenir el bloqueo de la revisión convencional interesa tanto a la parte social como a la empresarial, como hemos visto. De este modo, sería preciso hacer un esfuerzo en todos los convenios para determinar la aplicabilidad o no de las reglas legales. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que este esfuerzo puede hacerse igualmente durante la negociación del convenio. Los nuevos márgenes para la autonomía colectiva pueden aprovecharse, como se ha visto, para anticipar las consecuencias del art. 86.3 ET y evitarlas, en todo o en parte, de forma definitiva o temporal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Albiol Montesinos, I. (dir.), (2005) *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 2005.
- Alfonso Mellado, C.L., “La reforma de la negociación colectiva: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad”, ponencia en las *XXV Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva* organizadas por la CCNCC, Madrid, octubre de 2012.
- Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 19 ss.
- Cruz Villalón, J., “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, TL 115(2012), pp. 13 ss.
- Cruz Villalón, J. (2012.b)], “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid (Lex Nova), pp. 385 ss.
- Escudero Rodríguez, R., “Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011”, en García-Perrote, I.

- y Mercader, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 47 ss.
- Escudero Rodríguez, R., (2012) “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en ESCUDERO, R. (coor.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, pp. 11 ss.
- Fernández López, M.F., “Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos”, *Relaciones laborales* 23/24(2011), pp. 199 ss.
- Fernández López, M.F., “Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos”, en Rodríguez-Piñero, M. y Valdés, F. (dirs.), *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, Madrid (La Ley), 2012, pp. 381 ss.
- Goerlich Peset, J.M., “La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios colectivos”, en *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial. XIX y XX Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid (MTIn), 2008, pp. 57 ss.
- Goerlich Peset, J.M., “Contenido y vigencia de los convenios colectivos”, en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 103 ss.
- Goerlich Peset, J.M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia (Tirant), 2013.
- González Ortega, S., “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, *TL* 76(2004), pp. 135 ss.
- Guamán, A. e Illueca, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*, Madrid (Sequitur), 2012
- Lahera Forteza, J., “Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012”, *RL* 3(2013), pp. 43 ss.
- Llano Sánchez, M., “La negociación colectiva” en MONTROYA, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, pp. 345 ss.
- Llompert Bennàssar, M., “Nuevas perspectivas en materia de estructura de la negociación colectiva y de duración del convenio colectivo”, en Thibault, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, Madrid (La Ley), 2012, pp. 419 ss.
- López Anierte, M.C., “La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales”, en CAVAS, F. (coor.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia (Laborum), 2012, pp. 149 ss.
- Martínez Abascal, A.V., “La vigencia del convenio colectivo estatutario”, *REDT* 100(2000), pp. 1497 ss.
- Mercader Uguina, J.R., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pp. 419 ss.
- Merino Segovia, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *RDS* 57(2012), pp. 249 ss.

- Molina Navarrete, C., (2012) “De las «reformas laborales» a un nuevo, e irreconocible, «Estatuto del Trabajo subordinado»”, RTSS (CEF), 348(2012), pp. 7 ss.
- Navarro Nieto, F., (2012) “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, ponencia del XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, mayo de 2012 (versión descargada de www.aedtss.com, el 2 de octubre de 2012).
- Pedrajas, A. y Sala, T., “La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión”, RL 2010-I, pp. 483 ss.
- Purcalla, M.A. y Preciado, C.H., “Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate”, RGTSS 31(2012), pp. 316 ss. Roqueta Buj, R. (2012.b)], *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia (Tirant), 2012.
- Sala Franco, T., “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en prensa, 2013.
- Sempere, A.V. y Martín, R, *Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral*, Cizur Menor (Aranzadi), 2012.
- Toscani Giménez, D., “La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012”, REDT 155(2012), pp. 71 ss
- Valdés Dal-Ré, F., “Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos”, AL 27(1986), pp. 1369 ss.
- Valdés Dal-Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, RL 23/24(2012), pp. 221 ss.