

LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL REAL DECRETO LEY 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

THE REFORM OF COLLECTIVE BARGAINING IN RDL 32/2021, OF DECEMBER 28

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

Fecha de recepción: 4/7/2022

Fecha de aceptación: 17/10/2022

SUMARIO: 1. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE DE LA REFORMA ACOMETIDA EN EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 2. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS. 2.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012. 2.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la concurrencia de convenios colectivos. 2.2.1. La reducción del ámbito de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial. 2.2.2. Corresponsabilidad y conciliación. 2.2.3. Situaciones de transitoriedad. 3. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS. 3.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012. 3.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la ultraactividad de convenios colectivos. 3.2.1. El mantenimiento de la dispositividad y cómo sobre ello inciden las reformas. 3.2.2. El fomento de mecanismos de solución autónoma. 3.2.3. La ultraactividad indefinida. 3.2.4. Situaciones de transitoriedad. 4. PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA: ¿SE HA CAMBIADO ALGO O SE MANTIENE TODO IGUAL? 5. UNA CONCLUSIÓN: MÁS AUTONOMÍA COLECTIVA, MENOS DIRIGISMO.

RESUMEN: La Reforma laboral de 2021 ha modificado el sistema de negociación colectiva laboral en apenas dos aspectos, pero dos aspectos muy relevantes dentro de la arquitectura del sistema: la reducción del ámbito de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial para evitar la degradación de las condiciones salariales en convenios de empresa; y la reforma de la ultraactividad indefinida para potenciar los mecanismos de solución autónoma y la vuelta al régimen de retroactividad indefinida. Más allá de esa lectura literal, una interpretación más completa atendiendo a los antecedentes de las normas, sus finalidades, su concordancia con otras de su mismo grupo normativo, y la realidad del tiempo en que han de ser aplicada, permite desentrañar un elemento menos evidente pero trascendental para el entendimiento de la reforma de la negociación colectiva: la potenciación de la autonomía colectiva y un menor dirigismo.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva laboral, reforma laboral en España 2021.

ABSTRACT: The 2021 Labor Spanish Reform has modified the collective labor bargaining system in just two concrete aspects, but two very relevant aspects within the architecture of the system: the reduction of the scope of the application priority of the company agreements with respect to the sectoral agreement to avoid degradation of salary conditions in company agreements; and the reform of the indefinite ultraactivity to enhance the mechanisms of alternative solution and the return to the regime of indefinite retroactivity. Beyond that literal reading, a more complete interpretation considering the background of the norms, their purposes, their concordances with others of its same normative group, and the reality of the time in which they has to be applied, allows unraveling a less obvious element, but transcendental for the understanding of the reform of collective bargaining: the empowerment of collective autonomy and less control.

KEY WORDS: Collective labor bargaining, labor spanish reform 2021.

1. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE DE LA REFORMA ACOMETIDA EN EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En materia de negociación colectiva, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, el RDL 32/2021), ha reformado dos apartados de dos artículos del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, el ET: el apartado 2 del artículo 84 del ET y el apartado 3 del artículo 86 del ET (cuyo contenido, tras la reforma acometida, se ha desdoblado en dos apartados, el 3 y el 4).

Con estas dos reformas, afectantes a tan escaso número de normas, se pretende dar solución a las tres “debilidades y distorsiones” de las que, según la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, adolece nuestro sistema de negociación colectiva, a saber:

- a) “Una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna” pues las empresas, en lugar de utilizar mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue.
- b) “Falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables”, lo que se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y asimismo sobre los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo.
- c) “Unas reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa que deben ser matizadas a efectos de reforzar el convenio sectorial” pues los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada.

Una comparativa superficial entre el tan escaso número de normas afectadas y la profundidad de las finalidades que con ellas se pretenden podría hacer pensar que el Poder legislativo ha incurrido en el vicio (que a veces se aprecia en las Exposiciones de Motivos) de la ampulosidad vacía de la parte expositiva si comparada con el impacto sustantivo del articulado de la parte dispositiva. Sin embargo, “(la) brevedad (de la reforma) no oculta su verdadera dimensión material, que descende a los problemas reales y aporta las soluciones necesarias ... consecuencia de un detallado análisis previo acerca de cuáles son los verdaderos defectos del sistema de negociación, más allá de apriorismos y de soluciones generalizadas poco adecuadas a la realidad española”¹.

Y es que si entramos en más profundidades, podemos comprobar cómo el RDL 32/2021 acomete dos reformas aparentemente puntuales pero que afectan a dos aspectos sustanciales del régimen estatutario de negociación colectiva: una de las reformas (la del artículo 84.2) se refiere (dentro de la regulación de la prohibición de concurrencia de convenios colectivos) al régimen de prioridad aplicativa de los convenios de empresa frente a los del sector con la finalidad de reducir el ámbito de dicha prioridad (especialmente vinculada esa reforma con las justificaciones a y c invocadas en la Exposición de Motivos); la otra (las del artículo 86.3 y 4) se refiere (dentro de la regulación de la vigencia de los convenios colectivos) al régimen de ultraactividad del convenio colectivo con la doble finalidad de imponer una mediación obligatoria en el supuesto de ausencia de acuerdo en orden a la renovación del convenio colectivo y de restablecer, en defecto de pacto, la ultraactividad indefinida (especialmente vinculada esa reforma con la justificación b invocada en la Exposición de Motivos). Aparte de estos cambios sustanciales de fondo, se aprecian algunos otros cambios de redacción.

Más en concreto, las dos reformas acometidas por el RDL 32/2022 afectan a dos aspectos sustanciales del régimen estatutario de negociación colectiva que habían sido reformados en profundidad en la Reforma de 2011 (Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio y 2012) y, muy especialmente, en la Reforma de 2012 (Real Decreto-ley 3/2021, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio). La comparación entre lo introducido en esas dos reformas y la nueva regulación es un aspecto básico para entender su alcance, y verificar en

.....

1 María Amparo BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2022), pp. 154–155. Se trata de una opinión doctrinal generalizada. Para Carlos Luis ALFONSO MELLADO, “los cambios que se han introducido son notables, pese a su sencillez”, “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: Orígenes y contenido”, en *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico jurídico de su régimen jurídico*, José Luis MONEREO PÉREZ / Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO / Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.) y Francisco ORTIZ CASTILLO (coord.), Ediciones Laborum (Murcia, 2022), p. 474. Para José Manuel MORALES ORTEGA, las reformas en la materia “han sido, en términos cuantitativos, escasas (y) sin embargo, en términos cualitativos, han sido profundas”, “Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021”, *Trabajo, persona, derecho, mercado*, Monográfico 2022, p. 223. O Alexandre PAZOS PÉREZ, quien califica los ajustes hechos como “parciales, eso sí, sustanciales”, “El retroceso del criterio de prioridad aplicativa del convenio de empresa y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Revista Galega de Dereito Social – 2ª Etapa*, núm. 14, 2022, p. 43.

qué medida estas dos reformas suponen una marcha atrás sin mayores apreciaciones, o esa marcha atrás es solo relativa pues aparece conjugada con el mantenimiento de aspectos introducidos en las Reformas de 2011 y de 2012 que se consideran deben ser conservados y en su caso con el añadido de aspectos novedosos.

Analizaremos, en consecuencia, las dos reformas acometidas por el RDL 32/2022 con un somero análisis, previo al análisis de cada una, de la evolución de la regulación desde el ET de 1980, y en particular tras las Reformas de 2011 y de 2012, incidiendo en particular en el alcance que las mismas tuvieron en la realidad negocial; y ello (aunque supone revisar lugares comunes sobradamente conocidos) nos permitirá conocer la situación previa a cada una de las reformas existentes en la materia afectada.

2. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

2.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012

En su redacción originaria (Ley 8/1980, de 10 de marzo), el ET, en su artículo 84 (bajo el sucinto título de “conurrencia” y en un único y breve párrafo que, en la redacción actualmente vigente aparece en el apartado 1 del artículo 84), establecía que “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto”. Aunque no es momento de analizar la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, sí es oportuno retener (pues ello será de interés a los efectos de la exposición) las siguientes precisiones surgidas de la jurisprudencia:

- Que la afectación prohibida es la denominada afectación conflictiva, es decir que los convenios con vigencias simultáneas en el tiempo y parcialmente coincidentes, se opongan en sus contenidos normativos, no si se complementan (STS de 29 de enero de 1992, Rec. 886/1991) o si un convenio se remite al contenido del otro convenio.
- Que no rige la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad pues esta no es una situación de vigencia en el sentido expresado en el artículo 84 (STS de 29 de enero de 1992, Rec. 886/1991; STS de 23 de octubre de 1995, Rec. 2054/94; STS de 2 de febrero de 2004, Rec. 3069/2002; STS de 17 de mayo de 2004, Rec. 101/2003; STS de 21 de diciembre de 2005, Rec. 45/2005; STS de 20 de junio de 2012, Rec. 31/2011).
- Que la entrada de un convenio colectivo de ámbito superior en el ámbito de aplica-

ción de un convenio colectivo de inferior en ultraactividad no supone la absorción de la unidad de negociación de ámbito inferior en la del convenio colectivo de ámbito superior (impermeabilización de la unidad de negociación) salvo en el caso de que esa unidad fuese objeto de abandono por la suspensión de las negociaciones (STS de 6 de noviembre de 1998, Rec. 1688/1998; STS de 11 de octubre de 2005, Rec. 24/2005).

- Que la sanción de la prohibición de concurrencia no es la nulidad total o parcial del convenio posterior en el tiempo (como en un primer momento entendió la jurisprudencia de la Sala 4^a), sino su inaplicación total o parcial hasta que el convenio anterior en el tiempo pierda su vigencia y entre en ultraactividad (STS de 5 de junio de 2001, Rec. 2160/2000; STS de 17 de julio de 2002, Rec. 171/2001; STS de 31 de octubre de 2003, Rec. 17/2002; STS de 8 de junio de 2005, Rec. 100/2004; STS de 24 de abril de 2006, Rec. 3443/2004; STS de 13 de noviembre de 2007, Rec. 8/2007).

La regla general de prohibición de concurrencia admite pacto en contrario, aunque ese pacto solo cabe “mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos (de) las organizaciones sindicales y las asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad autónoma”, pues solo a ese nivel negocial en la cumbre se podrá regular “la estructura de la negociación colectiva ... las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores” (artículo 83.2 al que remite el actual 84, apartado 1).

Desde 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo), se ha añadido otra salvedad, que es la institución del descuelgue autonómico que se introdujo debido a la iniciativa del Grupo Parlamentario Vasco. Según la redacción actualmente vigente (artículo 84, apartado 3), “salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación”. Ahora bien, se considerarán materias no negociables en ámbito de comunidad autónoma (artículo 84, apartado 4) el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica, salvo régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según artículo 83.2.

Pues bien, la Reforma de 2011 introdujo una tercera excepción o salvedad a la prohibición general de concurrencia de convenios colectivos en el apartado 2 del artículo 84, y es la prioridad del convenio de empresa (o del convenio de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas) respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Además, los acuerdos y convenios colectivos del artículo 83.2 podían contemplar más materias con prioridad.

La Reforma de 2012 mantuvo el alcance material de esta prioridad aplicativa, pero mientras la Reforma de 2011 admitía pacto en contrario cuando en acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 se establecieran reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, la Reforma de 2012 estableció la imperatividad de la norma, o sea “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”, aunque sí se admite (como ya en la Reforma de 2011) que en dichos acuerdos o convenios colectivos se amplíen a mayores las materias objeto de prioridad aplicativa.

¿Qué alcance ha tenido estas reformas en la realidad negocial? Si con esta reforma se pretendía erosionar la prevalencia del convenio sectorial en nuestro sistema de negociación colectiva, ello no se consiguió, o a lo menos no se consiguió plenamente pues la tasa de cobertura de los convenios sectoriales sigue siendo mucho más elevada (unos 10.000.000 en 2019 y unos 9.000.000 en 2020, efecto pandemia) que la de los convenios de empresa (unos 550.000 en 2019 y unos 250.000 en 2020, efecto pandemia)². El problema no ha sido tanto de cantidad como de calidad pues el incremento de los convenios de empresa ha pivotado sobre la aparición de convenios de empresas con baja afiliación sindical, y sobre todo de empresas multiservicios, en ambos casos con la finalidad de introducir condiciones salariales a la baja respecto a los convenios colectivos de sector. Lo que ha motivado

.....

2 He manejado los datos ofrecidos en el panorama de la negociación colectiva contenido en la *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2020* (última publicada), del Consejo Económico y Social, estando todas las memorias accesibles en <http://www.ces.es/memorias> (consultado el 17/05/2022).

un malestar sindical así como denuncias de *dumping* social de los empresarios anclados en los salarios sectoriales³.

2.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la concurrencia de convenios colectivos

El RDL 32/2021 ha modificado el régimen de prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, pero solo en dos aspectos muy puntuales: se ha eliminado la letra a (referida a la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa), y en la letra referida a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal (actual letra e debido el corrimiento de letras derivado de la supresión de la a), se añade la corresponsabilidad.

La redacción originaria del RDL 32/2021 incluía otro cambio en la redacción de una de las letras (la actual d), pues se refería a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente ley a los convenios colectivos”, y no “a los convenios de empresa” como se decía en la redacción anterior a la Reforma de 2021, y que es lo que, tras corrección legal de calado⁴, se sigue diciendo.

2.2.1. La reducción del ámbito de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial

La principal novedad en la regulación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o grupo de empresas sobre los convenios de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito se encuentra en la eliminación de la letra a referida a la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. De este modo, se corrige el “efecto de devaluación salarial que provocó la posibilidad de que el convenio de empresa pudiera derogar el convenio sectorial en este ámbito, pero no afectó al resto de materias que pueden alterarse por el convenio de empresa

.....
3 Jesús LAHERA FORTEZA, quien explica el escaso impacto de la reforma en la amplia implantación de pequeñas y medianas empresas y en la arraigada cultura empresarial de aplicación del convenio sectorial porque un convenio de empresa supondría trasladar el conflicto sindical al seno de la empresa, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2022), p. 32.

4 Obviamente, la referencia a “los convenios colectivos” y no a “los convenios de empresa” era un *lapsus calami*, aunque de tal calado que fue necesario corregirlo, no con una corrección de erratas, sino con una nueva norma modificativa de la redacción original, y que se encuentra camuflada en el artículo 4 del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos de la Reestructuración Bancaria.

sobrevenido”⁵. Se trata de un cambio “de por sí bastante simple” pero “tan importante que evita en gran medida la aparición de convenios que presentaban claros rasgos de abusividad y que había aparecido al amparo de esta posibilidad, frente a los que era difícil reaccionar judicialmente por la no exigencia de causalidad de lo pactado”⁶. Tan es así que es “una de las medidas estrella del RDL ... no solo en el contexto de la negociación colectiva, sino en el conjunto de esta norma”⁷.

Pero el efecto buscado por la Reforma de 2021 de evitar la devaluación salarial del personal en empresas de baja afiliación sindical, y sobre todo en empresas multiservicios, no se obtiene sin más con la eliminación de la letra a del artículo 84.2 del ET. No estamos ante una medida autoejecutiva y, en el caso de empresas multiservicios, ni siquiera es una medida autocompleta en orden a la finalidad buscada.

No estamos ante una medida autoejecutiva porque lo que la medida posibilita es que los agentes sociales, al nivel sectorial que estimen oportuno, sean quienes establezcan la cuantía del salario base y de los complementos salariales en el ámbito sectorial que consideren más oportuno: estatal, autonómico o de otro ámbito. O sea, de lo que finalmente hagan dependerá de que en efecto se corrija la deriva salarial en una mayor o menor medida. Y aunque serán ellos quienes decidan en cada caso (y en este sentido sería poco realista negar el mayor poder de los sindicatos y de las asociaciones empresariales a nivel estatal, a salvo de mayorías alternativas en algunas partes del territorio del Estado), muy probablemente los convenios de sector estatal, si algo hacen, sea limitarse a establecer la ordenación general del sistema de negociación colectiva en materia de cuantía salarial pues “no es de esperar de la prudencia de (las entidades sindicales y patronales a nivel estatal) que nos veamos abocados a una ola de centralización y uniformización de las cuantías salariales”⁸, dejando así la cuestión de la cuantía concreta a convenios sectoriales intermedios (sector autonómico o provincial).

Tampoco es una medida autocompleta en orden a la finalidad buscada de mejorar los salarios de las personas trabajadoras en el caso de empresas multiservicios, porque no basta con que se despriorice la cuantía del salario base y de los complementos salariales en relación con los convenios colectivos de empresa o de grupo de empresas (primer vértice del triángulo), y con que los convenios colectivos de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito regulen esas cuantías (segundo vértice del triángulo), para que las empresas multiservicios se vean compelidas a mejorar los salarios de su personal: es necesario un tercer vértice del triángulo donde se establezca la vinculación de las empresas multiservi-



5 María Amparo BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral ...*, obra citada, p. 159.

6 Carlos Luis ALFONSO MELLADO, “La reforma ...”, obra citada, p. 477.

7 José Manuel MORALES ORTEGA, “Negociación colectiva ...”, obra citada, p. 229.

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

cios a las cuantías salariales del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad de la empresa que en cada contrata sea la principal. Y ese tercer vértice del triángulo el RDL 32/2021 se encarga de introducirlo en el artículo 42.6 del ET (es otra de las grandes novedades de la Reforma 2021, aunque su análisis ya se nos queda fuera del estudio sobre negociación colectiva). Para evitar cualquier elusión, el artículo 46.2.II aclara que, si la empresa contratista o subcontratista cuenta con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84” (esto es, sin prioridad aplicativa en relación a las cuantías salariales con respecto al convenio sectorial de la actividad de la empresa principal).

¿Supone ello la imposibilidad de que los convenios colectivos de empresa o grupo de empresa regulen al alza la cuantía del salario base y de los complementos salariales? A nuestro entender, no. Lo que supone la pérdida de prioridad aplicativa es que la regulación en esta materia del convenio colectivo de empresa o de grupo de empresas queda sometido a la aplicación de la prohibición de concurrencia en los términos establecidos en el artículo 84.1 (y sin perjuicio del artículo 83.2). De esta manera, si la regulación supone cuantías a la baja, se producirá una concurrencia conflictiva, y como tal prohibida e inaplicable. Pero si la regulación supone cuantías al alza, no hay una concurrencia conflictiva, sino complementaria, que no está prohibida pues nada impide aplicar al mismo tiempo las dos normas colectivas (una, la sectorial, con la cuantía salarial mínima; y la otra, la empresarial, con la cuantía salarial superior).

El comentario de esta reforma debe hacer hincapié en lo que se mantiene, y es así es que se ha llegado a afirmar que “es más lo que se conserva que lo que se pierde”⁹.

- Se mantiene la prioridad aplicativa del convenio de empresa o grupo de empresas en todas las demás materias enumeradas en el artículo 84.2 del ET porque o bien estamos ante materias más propias de una gestión a nivel empresarial (el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal), o bien se trata de una prioridad admitida en la negociación colectiva en la cumbre (de ahí el mantenimiento de la prioridad en

9 Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3 – número extraordinario sobre la Reforma laboral de 2021, enero 2022, p. 119 ss.

relación con aquellas otras materias que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2).

Con esta última cláusula (que ya existía en la regulación anterior y que, como hemos dicho, se mantiene en la actual), “se abre la puerta a que los niveles centralizados de negociación amplíen el listado de materias para los que se conserva la preferencia de los convenios de empresa ... una puerta que, aunque presumimos no será abierta con regularidad, sí posibilita el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada o, si se prefiere, una descentralización organizada que permita, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada desde los niveles superiores a través de reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras”¹⁰.

Incluso sería posible que se volviera a dar prioridad aplicativa a los convenios de empresa en relación con la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, a que se refería la desaparecida letra a. Pero en este caso “la prioridad es concedida por los propios interlocutores sociales; y en la medida en que lo hacen, la estructura y contenidos negociadores quedan en sus manos, por lo que se supone que respetarán y atenderán a los oportunos equilibrios de poder y a los derechos de las personas trabajadoras”¹¹.

- Se mantiene el carácter imperativo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa o grupo de empresas sobre los convenios de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito. No se trata de una vuelta a la Reforma de 2011, donde la prioridad aplicativa era disponible en virtud de los acuerdos o convenios colectivos negociados y aprobados de acuerdo con el artículo 83.2 del ET, sino una confirmación de la Reforma de 2012, que introdujo esa imperatividad, lo que, “de manera intervencionista, asegura la imposible neutralización de la descentralización de la negociación colectiva en la empresa en estas materias a través de acuerdos sectoriales estatales o autonómicos”¹².
- Se mantiene en general la estructura y contenido del artículo 84.2 del ET, de manera que sigue siendo aplicable la jurisprudencia que, con relación a los supuestos enumerados de materias en que el convenio colectivo de empresa o de grupo de empresas es prioritario frente a los convenios de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito, viene manteniendo su interpretación en términos literales. Según la SAN de 1 de diciembre de 2014 (Sentencia 90/2014), confirmada en la STS 1 de abril de

10 Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 120.

11 José Manuel MORALES ORTEGA, “Negociación colectiva ...”, obra citada, p. 230.

12 En este sentido, Jesús LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva ...*, p. 34.

2016 (Rec. 147/2015), la tarea fundamental que resulta del artículo 84.2 del ET es la de precisar qué preceptos convencionales de un concreto convenio de empresa encajan en los conceptos que sucesivamente utiliza el propio apartado en las letras a a f, de manera que se puede afirmar la prioridad aplicativa de los que encajen y rechazarla respecto de los que no encajen¹³, que quedarán sometidos a la prohibición general de concurrencia.

- Se mantiene, finalmente, la posibilidad de inaplicación del convenio colectivo en materia de “sistema de remuneración y cuantía salarial” (artículo 82.3.II.d) a través de la cual se puede conseguir la reducción de la cuantía salarial en el ámbito de una empresa o grupo de empresas, como también antes se podía conseguir a través de un convenio colectivo de empresa o grupo de empresas gracias a la prioridad aplicativa que ahora ha desaparecido en esta materia, pero con la importante diferencia de que estamos ante una medida solo justificada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o sea es causal, con lo cual es “más fácil de controlar judicialmente”¹⁴. Precisamente entre las finalidades del RDL 32/2021, está, según se afirma en su Exposición de Motivos, corregir “una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna” que, con la eliminación de la vieja letra a) del artículo 84.2, se corrige pues tras la Reforma de 2021 lo único que puede afectar a la cuantía salarial es un mecanismo de flexibilidad interna (el que se mantiene en el artículo 82.3.II.d), sin que esa flexibilidad interna se pueda ya alcanzar a través de la negociación de un convenio colectivo empresarial, impropia figura para tal finalidad.

En conclusión, nos encontramos con una puntual corrección del sistema normativo de concurrencia de convenios preexistente. Bajo un análisis político tanto se puede considerar esta reforma puntual como la punta de lanza de una reforma más profunda, como se puede considerar como la consolidación del sistema normativo de concurrencia de convenios preexistente y, en particular, el surgido de las Reformas de 2011 y 2012. Lo que está claro es que, no obstante su carácter puntual, su trascendencia práctica es importante, aunque, eso sí, la misma se deja a la acción de los agentes sociales con poder negociador a nivel sectorial, que son quienes podrán rectificar, en los términos que acuerden y que estimen oportunos, la devaluación salarial posibilitada por las Reformas de 2011 y 2012. En este sentido, la Reforma de 2021 “tiene un innegable trasfondo político, pero es, de largo, menos dirigista que las de 1994, 2011 y 2012”¹⁵.



13 Véase ampliamente sobre la doctrina contenida en la SAN, Francisco Javier GÓMEZ ABELLEIRA, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015.

14 Carlos Luis ALFONSO MELLADO, “La reforma ...”, obra citada, p. 478.

15 Jaime CABEZA PEREIRO, “Prioridad aplicativa ...”, obra citada.

2.2.2. Corresponsabilidad y conciliación

Con anterioridad a la Reforma de 2021, una de las materias incluidas en la prioridad aplicativa del convenio de empresa o de grupo de empresa frente a los de sector eran “las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. Tras la Reforma de 2021, tal materia se define de manera más comprensiva como “las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. O sea, a la referencia antes solo a las medidas de conciliación, se une ahora la referencia a la corresponsabilidad (actual artículo 84.2.e).

Se trata de un cambio loable desde las perspectivas simbólica y de pedagogía normativa, “una anexión que no está huérfana de significado”¹⁶, pues con este cambio o anexión se nos recuerda la necesidad, a los efectos de alcanzar la igualdad de los sexos, de que los hombres asuman sus responsabilidades familiares como las mujeres, y en particular les recuerda esa necesidad a los agentes negociadores de los convenios colectivos de empresa o grupos de empresa (empresas y representación del personal), que son quienes deben plasmar en el convenio correspondiente las medidas para favorecer la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral.

Pero el cambio no tiene tanta trascendencia jurídica si consideramos que, según el artículo 44.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. Dicho de otra manera, la conciliación a que se alude en el actual artículo 84.2.e del ET se debería interpretar sin necesidad de más añadido como declinada en clave de corresponsabilidad pues la LO Igualdad no admite otra conciliación que no sea aquella que fomente una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares.

Una última precisión merece ser destacada. Y es que el ámbito empresarial o de grupo de empresas es el ámbito más idóneo para negociar esta clase de medidas de conciliación / corresponsabilidad dada la cercanía de quienes negocian en este ámbito con la realidad productiva de la propia empresa o grupo de empresas y de las necesidades conciliatorias de su personal. Ciertamente, el ámbito empresarial o de grupo de empresas presenta debilidades sindicales que pudieran conducir a una escasa plasmación de esta clase de cláusulas en el convenio colectivo¹⁷. Pero esta escasa plasmación a lo que obedece es a una cultura negocial necesitada de superación pues las cláusulas de favorecimiento de conciliación / corresponsabilidad no debieran ser solamente de interés sindical, sino que deberían ser

.....

16 Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 120.

17 José Manuel MORALES ORTEGA, “Negociación colectiva ...”, obra citada, p. 229.

también de interés empresarial en la medida en que, comprometiéndose la empresa con las necesidades de las personas trabajadoras, estas se comprometerían con las necesidades productivas de la empresa¹⁸.

2.2.3. Situaciones de transitoriedad

El RDL 32/2021 regula en su disposición transitoria sexta la “aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma”. Tal disposición transitoria ha sido muy bien recibida en la doctrina científica que la contrasta con la ausencia de disposiciones transitorias en las anteriores reformas afectantes del artículo 84 del ET (Reformas de 1994, de 2011 y de 2012), y en especial con los problemas debidos a la brusquedad aplicativa de la Reforma de 2012¹⁹.

La disposición transitoria parte de la base de la ausencia de una norma especial de entrada en vigor de la reforma acometida en el artículo 84.2 del ET, de manera que su entrada en vigor es la de la entrada en vigor de la Reforma de 2021: al día siguiente de la publicación del RDL 32/2021 en el BOE, lo que acaeció el 30 de diciembre de 2021: en consecuencia, la reforma acometida en el artículo 84.2 entró en vigor el 31.

Partiendo de esa base, la disposición transitoria sexta contiene tres apartados referidos a convenios colectivos sin mayores precisiones. Ahora bien, si consideramos que la reforma del artículo 84.2 se refiere a la pérdida de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o grupo de empresas, debemos presuponer que, en principio, solo son estos los convenios colectivos a los que se refiere la disposición transitoria sexta.

- (1) En su apartado primero, la disposición transitoria sexta establece que, “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley”. Con lo cual, el tránsito de lo anterior a lo nuevo no es brusco pues los convenios colectivos suscritos y presentados a registro con anterioridad a

18 Sobre la idoneidad del nivel empresarial para negociar medidas de igualdad y en particular de conciliación / corresponsabilidad, así como la necesidad de superación de la cultura negocial imperante para implicar a las personas trabajadoras en las necesidades empresariales y a la empresa en las necesidades de conciliación de su personal, más ampliamente me remito a José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El impacto de género de la reforma de la negociación colectiva”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 33, 2013, págs. 12–17.

19 Jaime CABEZA PEREIRO, “Prioridad aplicativa ...”, obra citada; Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 123.

la entrada en vigor del RDL 32/2021 (recordémoslo: el 31 de diciembre de 2021) no aplicarán la nueva norma hasta que pierdan su vigencia expresa (entendiendo por tal la que se deriva de la vigencia pactada, artículo 86.1; entendemos que no la prorrogada por tácita reconducción del 86.2, y mucho menos la vigencia ultraactiva del 86.3²⁰), o como máximo un año desde la entrada en vigor de la Reforma de 2021 (lo que nos sitúa en la fecha de 31 de diciembre de 2022). Y a partir de la fecha que resulte de uno u otro modo (pérdida de vigencia o plazo de un año), las tablas salariales de los convenios de empresa o grupos de empresas dejan de estar amparadas por una preferencia aplicativa y pasarán a regirse por las reglas ordinarias de concurrencia de los convenios colectivos.

A *contrario sensu*, sí se aplicará la nueva norma a los convenios colectivos suscritos y presentados a registro con posterioridad al 31 de diciembre de 2021.

¿Qué se quiere decir con el “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1” que encabeza el apartado primero de la disposición transitoria sexta? Que los convenios colectivos a quienes en principio se aplicaría la disposición transitoria sexta (los de empresa o grupo de empresas suscritos y presentados a registro con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 32/2021) conservarían, sin embargo, la regulación de las cuantías del salario base y de los complementos salariales cuando fueran anteriores en el tiempo al convenio sectorial concurrente en aplicación del artículo 84.1, con el resultado de que no estarían sujetos a los plazos de transitoriedad a que se ha hecho referencia y, en suma, de que, mientras mantuvieran su vigencia temporal, podrían mantener sus tablas salariales más allá del 31 de diciembre de 2022²¹.

- (2) En su apartado segundo, la disposición transitoria sexta establece que “las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras”. Lo que es lógico pues la mayor cuantía salarial establecida en un convenio colectivo de empresa o grupo de empresas no entra en concurrencia conflictiva con la menor cuantía contenida en un convenio de sector estatal, autonómico o de otro ámbito, y en consecuencia no es una concurrencia prohibida *ex* artículo 84.1.



20 Parecidamente, Jesús Rafael MERCADER UGUINA concluye que “el concepto «vigencia expresa» puede ser razonablemente identificado con la vigencia del convenio colectivo anudada a su duración inicial pactada (art. 86.1 ET) o con aquella que se establece por acuerdo expreso de prórroga antes del vencimiento del plazo inicial de vigencia y que operan como fecha límite de duración del convenio. Más dudoso puede resultar que la misma se proyecte sobre la situación de «tácita reconducción» del art. 86.2 ET ... Tampoco alcanzaría al período posterior a dicho momento, una vez el convenio ha sido denunciado, esto es, durante la vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el art. 86.3 ET” (Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 126).

21 En este sentido, Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, pp. 124–125.

Puede plantear problemas esta norma en su aplicación en orden a discernir si al comparativa de salarios debe hacerse en términos similares a aquellos en que se hace la absorción y compensación ordinaria (artículo 26.5 del ET: sobre conceptos homogéneos y en cómputo anual), o si frente a este sistema (que se denomina de acumulación) debe regir otro diferente atendiendo a un cómputo global (sistema de conglobamiento), o atendiendo separadamente a los distintos conceptos salariales (sistema de espiguelo). Resulta lo más acorde con la seguridad jurídica atender a un criterio ya establecido legalmente y aplicado judicialmente como es el contenido en el artículo 26.5 del ET²².

- (3) En su apartado tercero, la disposición transitoria sexta establece que “los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”. O sea, cuando los convenios de empresa o grupo de empresas pierdan la preferencia aplicativa frente a los convenios de sector que se les brindaba en materia de cuantía salarial antes de la Reforma de 2021 y que en esta se les mantiene bien por aplicación de la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 del ET bien transitoriamente por aplicación de la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021 (según el apartado primero de la disposición transitoria sexta), el enganche al convenio del sector habrá de producirse en ese plazo de seis meses. No quiere esto decir que la empresa o grupo de empresas dispone de seis meses más de transitoriedad, pues (según el apartado primero de la disposición transitoria sexta) las tablas salariales del convenio de sector ya habrán inundado el convenio de empresa o grupo de empresas, y serán directamente aplicables y consiguientemente exigibles, desde el mismo momento en que comienza a computar este plazo de seis meses, que estará más bien dirigido a ajustar la estructura salarial a la propia del convenio sectorial.

¿Es el convenio de empresa o grupo de empresas el único que puede enganchar con el sectorial, o es posible que el procedimiento se haga desde otro ámbito negocial superior? La disposición transitoria sexta se presupone aplicable a los convenios de empresa o grupos de empresa y, en consecuencia, cuando se refiere a los convenios colectivos debemos

.....

22 También se inclina por aplicar la técnica de la absorción y compensación Jesús Rafael MERCADER UGUINA (“El fin ...”, obra citada, pp. 127 y 128). Por el contrario, Jaime CABEZA PEREIRO considera que las condiciones establecidas en el convenio colectivo inundado se podrían mantener como condiciones más beneficiosas adquiridas, lo que sería tanto como admitir el espiguelo (“Prioridad aplicativa ...”, obra citada). Otra opinión diferente es la de Jesús LAHERA FORTEZA, quien atiende a una “cuantía global de la masa salarial”, sería un conglobamiento (*La negociación colectiva ...*, p. 44).

entender se refiere a los de empresa o grupos de empresa. Pero no vemos inconveniente alguno en que el enganche se acuerde en cualquier ámbito de negociación apropiado que según el artículo 84.1 sea de aplicación, ya sea por prioridad temporal o por mandato de acuerdo o convenio regulado al amparo del artículo 83.2²³.

Una conclusión final surge en relación con la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021, y esta va en la línea de destacar que el escaso dirigismo demostrado por el RDL 32/2021 en la reforma del artículo 84.2 del ET, se aprecia igual en aquella a la vista de que se deja a salvo la aplicación del artículo 84.1 y de que se establece una suave aplicación temporal de la reforma con plazos largos y uno adicional de enganche.

3. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

3.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012

En su redacción originaria (Ley 8/1980, de 10 de marzo), el ET, en su artículo 86 (bajo el sucinto título de “vigencia”), distinguía (de hecho, los sigue distinguiendo en su redacción actualmente vigente) hasta tres periodos temporales diferentes en la vida jurídica de un convenio colectivo: la vigencia pactada (apartado 1: “corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio”); la vigencia prorrogada (apartado 2: “salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes”); y la vigencia ultraactiva (apartado 3: “denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo”.

La Reforma de 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo) dio una nueva redacción del artículo 86.3 del ET según la cual “la vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio”. O sea, la regulación de la ultraactividad se dispositiviza posibilitando que cualquier convenio colectivo pueda regular su propia ultraactividad, excluyéndola, limitándola temporalmente o manteniéndola indefinidamente; solamente en el supuesto

.....

23 En este sentido, Jaime CABEZA PEREIRO, “Prioridad aplicativa ...”, obra citada.

de no regulación, la ultraactividad indefinida legalmente prevista se aplicaría supletoriamente. Se trata de una reforma de gran calado.

La Reforma de 2011 supuso un engrosamiento del contenido del artículo 86.3 del ET, modificándolo enteramente pero sin alterar sustancialmente su sentido:

- (1) Se reconfigura el alcance de la ultraactividad con una finalidad meramente clarificadora al eludir la distinción entre contenido normativo y contenido obligacional del convenio colectivo, pero sin que ello suponga cambios sustantivos pues, mientras que en la redacción anterior se distinguía entre ambos contenidos para establecer que el normativo mantendría su vigencia pero no el obligacional con la finalidad de expresar que las eventuales huelgas durante la ultraactividad eran huelgas lícitas aunque en el convenio colectivo se hubiese pactado renunciar a ellas durante su vigencia, la reforma dice lo mismo pero de modo menos elíptico al establecer que “durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia”.
- (2) Se admite la posibilidad de adoptar acuerdos parciales que se dirigen a “la modificación de alguno o algunos de los contenidos prorrogados para 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”. Tales acuerdos “tendrán la vigencia que las partes determinen”, lo que supone admitir tanto una posible vigencia definitiva como simplemente interina mientras se negocia la redacción definitiva del convenio colectivo.
- (3) Se impone a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83.2 del ET la obligación de regular “procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje”. Si bien no lo expresa con tanta claridad, la norma manifestaba una preferencia por el arbitraje, y más en concreto por el arbitraje obligatorio dado que dicha regulación debía contemplar “los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes”, y “en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”. Finalmente, el artículo 86.3 del ET aclaraba que “el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”.

Como la de 1994, la Reforma de 2012 fue menos extensa, pero de muchísimo más calado. Y es que, aunque se mantiene el carácter dispositivo de la ultraactividad, la solución en defecto de pacto no es que “se mantendrá la vigencia del convenio colectivo” (como era desde el ET/1980), sino que este perderá su vigencia “y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”; además se fija un plazo legal para la negociación, que inicialmente se fijó en dos años (Real Decreto–ley 3/2021), y finalmente se redujo a un año (Ley 3/2012).

¿Qué alcance ha tenido estas reformas en la realidad negocial? Mucho menos de la esperada dada la respuesta de la negociación colectiva, así como la interpretación que a la ultraactividad con plazo de caducidad dio la Sala Social del Tribunal Supremo.

En cuanto a la respuesta de la negociación colectiva: en relación con la imposición de arbitrajes obligatorios, y a pesar del notable esfuerzo de convicción desplegado por el Poder legislativo, esa opción no se ha contemplado en los Acuerdos sobre solución autónoma de conflictos –sistema extrajudicial– adoptados con posterioridad a la Reforma de 2011 (el ASAC V de 2012 y el ASAC VI de 2020); en relación con la aceptación de la ultraactividad con plazo de caducidad, la negociación colectiva ha optado mayormente por excluirla haciendo uso del régimen dispositivo²⁴.

En cuanto a la interpretación que a la ultraactividad con plazo de caducidad dio el Tribunal Supremo, supuso una reducción importante de su eficacia: en primer lugar, porque aquellos pactos anteriores a la Reforma de 2012 que acogían la ultraactividad indefinida que era entonces la regla supletoria legal, se consideraron como pactos en contrario tras la Reforma de 2012 (STS de 17 de marzo de 2015, Rec. 233/2015); y, en segundo lugar, porque, no habiendo un pacto en contrario ni tampoco convenio de ámbito superior que pudiese ser aplicado, se consideró que lo procedente no era aplicar las condiciones legales mínimas en el ámbito del convenio colectivo fenecido, sino que lo procedente era aplicar las condiciones del convenio anterior al considerar que las mismas quedaban contractualizadas (STS de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/2014).

3.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la ultraactividad de convenios colectivos

El RDL 32/2021 ha modificado el régimen de ultraactividad del convenio colectivo con la doble finalidad de imponer una mediación obligatoria en el supuesto de ausencia de

.....

24 Boletines de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el último (s.e.u.o.) con datos sobre la ultraactividad es el de Noviembre/2021, donde se detecta una pérdida de presencia de los convenios colectivos que acuerdan una ultraactividad de un año, a la par que un paulatino incremento de la presencia de la cláusula que prolonga la ultraactividad del convenio hasta la firma de uno nuevo (accesible en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/cncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf, consultado a 17/05/2022).

acuerdo en orden a la renovación del convenio colectivo y de reestablecer, en defecto de pacto, la ultraactividad indefinida. También se ha dado nueva redacción al apartado 3 del artículo 86 del ET, reordenando su contenido en dos apartados 3 y 4, aunque esto no implica más cambios sustantivos que los dos a que nos hemos referido. Dicho en positivo y más concretamente, la dispositividad de la normativa se mantiene, si bien esa dispositividad se encuentra afectada por las otras dos reformas acometidas.

3.2.1. El mantenimiento de la dispositividad y cómo sobre ello inciden las reformas

Según el párrafo primero del nuevo apartado 3 del artículo 86 del ET, “la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”. En el párrafo segundo se contiene la regulación supletoria al establecer lo siguiente: “Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen”.

En consecuencia, no hay cambios sustantivos en cuanto al régimen de dispositividad de la regulación de la ultraactividad, salvo la reordenación sistemática de las disposiciones legales previamente existentes determinante de que los dos primeros párrafos del anterior apartado 3 sean ahora los dos únicos párrafos del actual apartado 3.

Con no haber cambios sustantivos en la dispositividad de la regulación de la ultraactividad, ello no quiere decir que no puedan surgir nuevos problemas colaterales dada la modificación del régimen legal supletorio, que con la Reforma de 2012 era la ultraactividad a plazo, y con la Reforma de 2021 para ser la ultraactividad indefinida.

En primer lugar, porque, a los efectos de su validez y de su eficacia, un pacto de ultraactividad a plazo exige un mayor esfuerzo de concreción negociadora que un pacto de ultraactividad indefinida, lo que determina una mayor dificultad para separarse del régimen legal supletorio bajo la vigencia de la Reforma de 2021 que bajo la vigencia de la Reforma de 2012. Y es que en el pacto de ultraactividad a plazo no solo debe establecerse el plazo de caducidad (lo que ya de por sí abre múltiples posibilidades, desde plazos de corta duración a otros de más larga duración; incluso ningún plazo, es decir exclusión de la ultraactividad), también deben establecerse las consecuencias de su superación (aplicación del convenio superior o el que se designe por las partes negociadoras; contractualización

de las condiciones normativas del convenio colectivo ultraactivo; una cláusula compromisaria de sumisión a arbitraje; o cualquiera otras consecuencias que puedan establecer libremente las partes negociadoras). De esta manera, si se establece un plazo de caducidad pero no las consecuencias de su incumplimiento, o estas consecuencias son de imposible cumplimiento (por ejemplo: se remite al convenio superior, pero ese convenio superior no es posible identificarlo de manera precisa; la cláusula compromisaria adolece de vicios de nulidad ...), encontramos un campo abonado para el conflicto, que, en aproximación muy general (y sin perjuicio de otras posibles soluciones), se podría resolver declarando la nulidad de la defectuosa cláusula de ultraactividad a plazo y aplicando el régimen legal supletorio implementado por la Reforma de 2021, o se podría resolver volviendo a la vida, con todas sus incertidumbres, la jurisprudencia acerca de la contractualización fraguada bajo la Reforma de 2012. Aquí la interpretación de la voluntad real de las partes es decisiva.

En segundo lugar, porque el cambio de la regla legal supletoria convertirá en más factibles los litigios donde se cuestiona si ha existido un abandono tácito de la negociación derivado de la suspensión de la negociación durante largo tiempo (STS de 6 de noviembre de 1998, Rec. 1688/1998; STS de 11 de octubre de 2005, Rec. 24/2005). Con la supletoriedad de la ultraactividad a plazo, se había estrechado el campo de actuación de esa jurisprudencia pues no era tan factible considerar un abandono tácito de la negociación con una suspensión que no alcanzase un año. Pero con la supletoriedad de la ultraactividad indefinida, el campo de actuación de esa jurisprudencia vuelve a ensancharse. Quizás una consideración a realizar en orden a su aplicación sea la de atender a la existencia de *facta concludentia*, siendo uno de esos hechos concluyentes (pero no solo) el largo tiempo sin intentos de negociación. En todo caso, el llamamiento a la *prudentia iuris* es recomendación especialmente trascendente pues a veces una larga suspensión de la negociación no siempre resulta concluyente.

3.3.2. El fomento de mecanismos de solución autónoma

Dentro de los mecanismos de solución autónoma de los bloqueos negociales durante la ultraactividad, la Reforma de 2021 ha desplazado el protagonismo del arbitraje (del que ya había rehuído la negociación colectiva) por la mediación (de mayor tradición en nuestras relaciones laborales y que ha cosechado unos mejores resultados). Y esto permite implantarla obligatoriamente pues las dudas de constitucionalidad que genera el arbitraje forzoso (recordemos que es una solución heterocompositiva) se disipan cuando se trata de implementar una mediación obligatoria (que, por el contrario, es una solución autónoma). Así, el nuevo apartado 4 del artículo 86 del ET dice que “transcurrido un año desde

la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes”.

Merece esta norma detenernos en varias consideraciones. Primera: Que los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal ya admiten la obligatoriedad de la mediación en determinados supuestos (artículos 12 del ASAC V y del ASAC VI), pero esto no es así en todos los acuerdos interprofesionales autonómicos, aunque parece lo lógico pensar que se deben entender corregidos por el texto legal. Segunda: Que las partes “deberán someterse” se debe interpretar en el sentido de que si una de las partes solicita la mediación, la otra no puede oponerse; pero nos parece más dudoso que se pueda interpretar en el sentido de que los órganos instaurados en dichos acuerdos deben actuar de oficio si conocen el desacuerdo existente en alguna unidad negocial. Tercera: Que el cómputo del año debería iniciarse desde el momento en que, a la vez, se haya denunciado el convenio y este haya perdido su vigencia pactada, con la finalidad de evitar situaciones absurdas en que la mediación antecede al fin de la vigencia pactada²⁵.

Aún prefiriendo la mediación, la Reforma de 2021 no se olvida de la posibilidad del arbitraje, y al respecto establece que “siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”. Destacable es la habilitación del pacto compromisario, siempre expreso, tanto con carácter previo (una cláusula compromisaria en el propio convenio colectivo), como coetáneo a la ultraactividad.

Lo que sí se olvida la norma es de obligar a quienes negocian los acuerdos interprofesionales del artículo 83 del ET a regular tanto el procedimiento de mediación como el de arbitraje (como si se hacía en las redacciones provenientes de la Reforma de 2011 y de la Reforma de 2021). Aunque esa ausencia la podemos considerar un mero *lapsus calami* susceptible de corrección sin necesidad de asumir ningún especial esfuerzo interpretativo bajo la consideración de que, en aras a posibilitar la solución autónoma de los conflictos laborales, la norma implícitamente impone tal deber de negociación a quienes negocian los acuerdos interprofesionales del artículo 83.2 del ET.

En todo caso, el ASAC V (2012) y el ASAC VI (2020) regulan la mediación y el arbitraje (como ya anteriormente hicieron todos y cada uno de los ASEC desde 1996), e incluso el ASAC VI (2020) afirma expresamente (en su artículo 1) que “las organizaciones firmantes

.....

25 Amparo MERINO SEGOVIA, “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”, *Brief de la Asociación Española del Derecho del Trabajo*, 2022.

estiman que la mediación y el arbitraje previstos en este Acuerdo son suficientes para considerar cumplido el deber de establecer procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de convenios colectivos, recogido en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores”.

3.3.3. La ultraactividad indefinida

El cambio más relevante introducido en la Reforma de 2021 en la regulación de la ultraactividad contenida en el artículo 86 del ET, y seguramente también uno de los cambios más relevantes de todos los introducidos en la Reforma de 2021²⁶, ha sido el retorno de la ultraactividad indefinida, lo que acaece en el último párrafo de su nuevo apartado 4: “Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”.

Sin dejar de reconocer la relevancia del cambio, sin embargo se debe situar en el contexto de las reacciones a la ultraactividad a plazo de la Reforma de 2012 desde la negociación colectiva (con un incremento importante de las cláusulas convencionales de ultraactividad indefinida, así como decremento de las cláusulas convencionales de ultraactividad a plazo de un año) y desde la jurisprudencia social (que desactivó en gran medida los efectos de la ultraactividad a plazo a través de la contractualización del contenido normativo del convenio colectivo en el supuesto de ausencia de pacto y de convenio colectivo de ámbito; en la misma línea, se situaría la admisión de la validez de las cláusulas convencionales anteriores a la Reforma de 2012 que recogían el criterio de la ultraactividad indefinida como cláusulas en contrario de la ultraactividad a plazo).

Haciendo hincapié, en particular, en la reacción de la negociación colectiva a la ultraactividad a plazo de la Reforma de 2012, la Reforma de 2021, al haber retornado a la ultraactividad indefinida, no hace sino dar fuerza legal a lo que se mostraba como una tendencia clara en la negociación colectiva. Y es lo más respetuoso con la autonomía de las partes que una regla legal supletoria en defecto de pacto en contrario sea la que se corresponde con el sentido mayoritario de la realidad en la que dicha regla se aplica.

Adicionalmente, la complejidad regulatoria de la ultraactividad a plazo (como lo de-

.....

26 Luis GORDO GONZÁLEZ va más aún allá cuando apunta que “este es quizás el único aspecto en el que se cumple de forma plena la derogación de la reforma laboral del año 2012 propuesta reiteradamente por los partidos que conforman la coalición de gobierno”, “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, *Labos, Revista del Derecho del Trabajo y Protección Social*, enero 2022, volumen 3, número extraordinario, p. 130. Más matizada acerca del impacto favorable a las posiciones negociadoras sindicales del retorno es la opinión e Jesús LAHERA FORTEZA, para quien “existe ... desde posiciones sindicales un exceso de expectativas respecto a la recuperación de legal de la ultraactividad indefinida (pues) la negociación colectiva ha cambiado mucho desde 2012 y no se debe asegurar, ahora, que la prolongación indefinida de lo acordado favorezca siempre la posición negociadora sindical”, *La negociación colectiva ...*, obra citada, pp. 68 y siguientes.

mostró la importante litigiosidad causada por la aplicación de la Reforma de 2012) es un elemento de inseguridad jurídica que se restringe con la ultraactividad indefinida.

Queda ahora saber cuáles son los efectos del retorno a la ultraactividad indefinida, en particular en materia salarial, pues la situación actual no es la misma que la del año 2012: frente a quienes alertan de que está por ver que la vigencia ultraactiva del convenio colectivo mejore los salarios en un entorno de creciente inflación²⁷, para otros, por el contrario, el retorno a la ultraactividad indefinida coadyuva, junto con la reforma acometida en el artículo 84.2 del ET, a romper la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva²⁸. Pero que sea de una u otra manera dependerá, en mayor medida, no de lo que diga la ley, sino de lo que, lidiando con las circunstancias existentes en cada momento, decidan las partes negociadoras, sujetándose a la ultraactividad indefinida o pactando en sentido diferente en todas las materias o en algunas en concreto, señaladamente en la materia salarial. Y la ley, dejándoles que lidien, no está haciendo más que respetar su propia autonomía colectiva, siendo esto lo realmente positivo de la reforma de la ultraactividad, esto es, no tanto el que beneficie a la parte más débil (puede que no lo haga), como el que atribuye a la autonomía de la voluntad la decisión de lo que en cada momento sea lo conveniente.

3.3.4. Situaciones de transitoriedad

Según la disposición transitoria 7ª del RDL 32/2021, rubricada “régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-ley”, “los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley”. Obviamente, lo establecido en esta disposición es disponible por las propias partes negociadoras pues el artículo 86 del ET, tanto bajo la vigencia de la Reforma de 2012 como bajo la vigencia de la Reforma de 2021, admite la disponibilidad de la cuestión de la ultraactividad cualquiera que sea el régimen legal supletorio previsto, y ello aquellas pueden acordarlo en cualquier momento temporal, también después de denunciar el convenio colectivo.

En relación con los pactos de ultraactividad anteriores a la entrada en vigor de la Reforma de 2021 (su entrada en vigor se produjo al día siguiente de la publicación en el BOE, lo que acaeció el 30 de diciembre de 2021: en consecuencia, entró en vigor el 31), cabe apuntar la existencia de dos situaciones en los que la aplicación de la disposición transi-

27 En este sentido, Jesús LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva ...*, p. 70.

28 En este sentido, Alexandre PAZOS PÉREZ, “El retroceso ...”, obra citada, p. 27.

toria resulta clara: si se ha pactado una ultraactividad indefinida conforme a la Reforma de 2012, la misma se mantiene, ahora ya coincidiendo con el régimen legal supletorio implementado en la Reforma de 2021, de manera que un pacto inicialmente *contra legem* pasa a ser *secundum legem*; si se ha pactado una ultraactividad a plazo de un año, o estableciendo otro superior, la misma también se mantiene, aunque tras la Reforma de 2021 su mantenimiento supone diferir del régimen legal supletorio, de manera que un pacto inicialmente *secundum legem* para pasar a ser *contra legem*. Por lo tanto, la disposición transitoria respeta los pactos anteriores, aunque seguramente su mutación de *contra legem* a *secundum legem*, o de *secundum legem* a *contra legem*, es un elemento nada desdeñable a tomar en consideración a la hora de su interpretación.

Los problemas de transitoriedad en relación con los pactos de ultraactividad anteriores a la Reforma de 2021 se agudizan cuando no esté claro el alcance de la cláusula de ultraactividad pactada en el convenio colectivo. Pensemos, por ejemplo, en que el convenio colectivo simplemente se remite a lo establecido en el artículo 86.3 del ET, donde surge la duda de si realmente se quiso implementar una ultraactividad diferente a la que en cada momento estuviera vigente, con lo cual, aún acordada bajo la vigencia de la Reforma de 2012, se podría considerar que no es una cláusula en contrario de la ultraactividad indefinida de la Reforma de 2021. Más claro parece si se transcribe el texto de la norma en el convenio colectivo, pues su transcripción exterioriza un compromiso manifiesto de las partes con el contenido del propio texto de la norma²⁹. En todo caso, la labor de interpretación debe tomar en consideración todas las circunstancias de la cláusula de que se trate, lo que impide dar soluciones generales.

Cuando no haya pacto de ultraactividad en el convenio colectivo, no parece tan problemática la aplicación de la disposición transitoria en relación con la nueva regla supletoria de ultraactividad indefinida, según si han sido denunciados antes o después de la entrada en vigor de la Reforma de 2021 (recordemos: el 31 de diciembre de 2021).

- Si ya han sido denunciados antes de la Reforma de 2021, no les resulta aplicable la nueva regla supletoria de ultraactividad indefinida y (como no distingue al respecto) tanto si ha concluido la vigencia pactada como si no ha concluido la vigencia pactada. En todo caso (pues como ya se ha apuntado en los párrafos anteriores la disposición transitoria insta una regulación dispositiva), sin perjuicio de que las partes acuerden, durante la vigencia ultraactiva o lo que reste de la vigencia pactada, la ultraactividad indefinida o, atendiendo a la conducta de las partes, se pueda llegar a esa conclusión (por ejemplo, las partes negociadoras acuerdan seguir



29 En este sentido, Luis GORDO GONZÁLEZ, “El retorno ...”, obra citada, p. 140.

negociando, la empresa sigue aplicando el convenio denunciado y la parte sindical no se ha opuesto).

- Si se denuncia después de la Reforma de 2021, es aplicable la nueva regla de ultraactividad indefinida y (como no distingue al respecto) tanto si ha concluido la vigencia pactada como (aquí con mayor razón) si no ha concluido la vigencia pactada.

Más allá de estos y otros problemas aplicativos posibles, la Reforma de 2021 se manifiesta de nuevo respetuosa con la autonomía colectiva, en este caso con lo pactado bajo la vigencia de la ley anterior aunque sea contrario a la ultraactividad indefinida.

4. PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAACTIVA: ¿SE HA CAMBIADO ALGO O SE MANTIENE TODO IGUAL?

Un problema teórico y práctico vinculado a la regulación de la ultraactividad y a la prohibición de concurrencia en la redacción originaria de los artículos 84 y 86 del ET (Ley 9/1980, de 10 de marzo) fue si la ultraactividad indefinida e indisponible (entonces vigente) que imponía imperativamente el mantenimiento *ad aeternum* del contenido normativo del convenio colectivo, también, y por derivación, petrificaba las unidades negociales si se entendiese que durante la vigencia ultraactiva regía dicha prohibición de concurrencia. Además, ese riesgo de petrificación de las unidades negociales devendría, dada la realidad en el cual se iba a aplicar el sistema edificado por el Título III del ET, en un seguidismo de las unidades negociales construidas bajo la vigencia del sistema autoritario previo, haciendo menos perceptible la transición a un sistema democrático (más aún si a ello añadimos la vigencia transitoria como derecho supletorio de las ordenanzas laborales franquistas contemplada en la disposición transitoria 2ª del ET).

Justamente para evitar esa petrificación, la jurisprudencia, con claridad desde la década de los noventa, sentó una doctrina según la cual la ultraactividad del artículo 86.3 no era la vigencia de la que se hablaba en el artículo 84. Una solución que chocaba con que ese artículo 84 habla de vigencia sin más distinguos y con que el artículo 86 se rubrica “vigencia” y su apartado 3 hasta en dos ocasiones habla de vigencia respecto a la ultraactividad. Pero no se puede negar que la interpretación jurisprudencial, con no responder a la literalidad (incluso se podría decir que era una interpretación *contra legem*), era la solución más respetuosa con la autonomía colectiva pues possibilitaba que, bajo un régimen de

ultraactividad indefinida *ex lege*, las representaciones empresariales y sindicales abriesen unidades de negociación superando los ámbitos de negociación provenientes del sistema de negociación franquista, potenciando una estructura del sistema adecuada a la realidad democrática y a los legítimos intereses de ambas partes.

Tal apertura de nuevas unidades de negociación, acorde con la interpretación dada en la jurisprudencia, actúa de una manera diferente según si las mismas son de ámbito superior o inferior al del convenio colectivo ultraactivo. Si son de ámbito superior, se potencia la centralización de la negociación colectiva, mientras que si son de ámbito inferior, se potencia la descentralización de la negociación colectiva. Ciertamente, los acuerdos interprofesionales a que se refiere el artículo 83.2 del ET (los llamados acuerdos en la cumbre) podían establecer “cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito”; pero la indisponibilidad de la ultraactividad indefinida no facilitaba la labor de la autonomía negocial a ese nivel.

En todo caso, la invasión de otro convenio colectivo sobre el ámbito del convenio colectivo ultraactivo no supone un abandono de la unidad de negociación ultraactiva. Lo cual está claro cuando el convenio invasor es de ámbito inferior al convenio ultraactivo pues el mayor ámbito de aplicación de este posibilitaba siempre la existencia de ámbitos no regulados en los que se debía negociar de buena fe. Pero no está tan claro cuando el convenio invasor es de ámbito superior al convenio ultraactivo, pues todo su ámbito de aplicación quedaba integrado en el del superior. De ahí la necesidad de insistir en que, en estos casos, también se debe continuar negociando de buena fe y sin sumisión a cláusulas obligacionales (esto es, cabría ejercer legítimamente el derecho de huelga u otras medidas de conflicto colectivo) al objeto de alcanzar un nuevo convenio colectivo de sustitución del denunciado (impermeabilización de la unidad de negociación). Y de acordarse un nuevo convenio, su entrada en vigor, para soslayar la prohibición de concurrencia del artículo 84 del ET, se debería vincular a la pérdida de vigencia pactada o prorrogada del más amplio convenio colectivo invasor.

Queda traer a colación que, más allá de esa época inicial bajo la vigencia de la redacción originaria de los artículos 84 y 86 del ET, esta jurisprudencia se mantuvo tras la Reforma de 1994, aunque, tras las Reformas de 2011 y 2012, aparecieron algunos vaivenes jurisprudenciales. Al respecto, la STS de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 255/2014) aparentaba ser un cambio copernicano al considerar que durante la ultraactividad seguía vigente la prohibición de concurrencia de convenios colectivos. Pero la reciente STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018) insiste de una manera muy razonada en la doctrina judicial anterior. Con lo cual, la STS de 2015 no es lo que aparentaba ser, y ha pasado de entenderse como un cambio copernicano a entenderse como una matización a la norma

general cuando las partes negociadoras aplican en convenio colectivo ultraactivo sin cuestionárselo en ningún momento: en estos casos (vendría a decir la STS de 2015) el convenio colectivo superior no invadiría al inferior.

Con la Reforma de 2021, ¿se ha cambiado algo o se mantiene todo igual? A nuestro juicio, hay motivos para justificar una evolución en la jurisprudencia a que hacemos mención que casaría con la finalidad de potenciar la autonomía colectiva que se respira en las modificaciones de los artículos 84 y 86 acordadas en el RDL 32/2021.

De entrada, con el paso del tiempo ha ido decayendo la fuerza de convicción de los argumentos utilizados para sustentar la jurisprudencia a que hacemos mención.

En primer lugar, el argumento de prevenir la petrificación de la negociación colectiva podría tener sentido bajo el imperio de una ultraactividad indefinida e imperativa (la establecida en la redacción originaria del ET) que dificultaba la apertura de nuevas unidades negociales en un momento de transición en el cual la negociación colectiva democrática era incipiente, desestructurada y débil; pero (desde la Reforma de 1994) la ultraactividad no es imperativa, sino que es facultativa; y a la altura de 2021 la negociación colectiva es madura y estructurada con unidades negociales consolidadas, sin que nada impida la apertura de nuevas unidades de negociación si se ajustan a las reglas del artículo 84 del ET (por ejemplo, nada impide abrir nuevas unidades de negociación en niveles empresariales donde se podría negociar, en todo caso sobre aquellas materias con prioridad aplicativa según el artículo 84.2, y sobre otras materias siempre que no se incurra en la concurrencia conflictiva prohibida en el artículo 84.1).

En segundo lugar, el argumento de que, cuando el artículo 86.3 se refiere a la ultraactividad, el término vigencia se usa en sentido técnicamente erróneo pues se quiere referir a la eficacia, mientras que, cuando el artículo 84.1 se refiere a la prohibición de concurrencia, el sentido es diferente y técnicamente correcto, tiene recorrido con la redacción originaria de ambas normas, pero pierde fuerza de convicción una vez que en las sucesivas reformas siempre el Poder legislativo ha insistido en usar el término vigencia en el artículo 86.3, sin sustituirlo por eficacia, lo que nos hace razonablemente pensar que estamos ante la misma vigencia a que alude el artículo 84.1.

Precisamente, nuestro actual sistema de negociación colectiva madura y estructurada con unidades negociales consolidadas aconseja que sea cada unidad negocial, en ejercicio de su autonomía colectiva, la que decida lo que hacer con sus propios productos negociales, sin que se le venga a imponer a una unidad negocial, por mucho que el convenio colectivo que la rige esté ya vencido y se encuentre en vigencia ultraactiva, la aplicación de un convenio colectivo de ámbito superior o yuxtapuesto. Cada unidad debe poder decidir si abandona la unidad, o si la mantiene, y mientras lo decide, lo más lógico es concluir que su voluntad presunta es mantener la aplicación del convenio colectivo ultraactivo, y no

que la unidad se vea invadida por otro convenio. Todo ello sin perjuicio de lo negociado en los acuerdos y convenios colectivos del artículo 83.2, lo que, lejos de ser una excepción al respeto de la autonomía negocial de las partes negociadoras, es la ratificación de la autonomía negocial en el más alto nivel.

El resultado final de toda esta revisión jurisprudencial sería menos disruptivo de lo que pudiera parecer. Mantener la jurisprudencia tradicional permitiendo la entrada de convenios de ámbito superior en unidades negociales con convenios colectivos ultraactivos obliga, para evitar resultados excesivos, a admitir por excepción que se mantenga la aplicación del convenio ultraactivo por la voluntad de las partes negociadoras consensuada o simplemente concurrente (vg. la empresa sigue aplicando el convenio ultraactivo, y ni la representación del personal ni las personas trabajadoras individuales lo cuestionan), y siempre obliga a impermeabilizar la unidad negocial para posibilitar la continuidad de la negociación hasta su culminación en un nuevo convenio colectivo (que, además, se encontraría con problemas nada desdeñables para no entrar en concurrencia conflictiva con el convenio colectivo de ámbito superior que ya ha invadido la unidad negocial inferior). Mientras que revisar la jurisprudencia tradicional permitiría mantener la vigencia del convenio ultraactivo salvo en el caso de que las partes abandonasen expresa o tácitamente la unidad negocial, y en el caso de acordar un nuevo convenio, el tránsito entre uno y otro no sería problemático. Lo que supone alterar el juego de la regla general y la excepción (en un caso invasión del convenio superior salvo aplicación consensuada o concurrente; en el otro mantenimiento del convenio inferior salvo abandono expreso o tácito) para llegar a una solución mucho más simple (la doctrina de la impermeabilización resultaría innecesaria y, en caso de alcanzar acuerdo, no habría problemas de sucesión normativa) y, a nuestro entender, más acorde con la autonomía negocial del artículo 37.1 de la Constitución Española.

5. UNA CONCLUSIÓN: MÁS AUTONOMÍA COLECTIVA, MENOS DIRIGISMO

Podríamos resumir las dos modificaciones acometidas en la Reforma de 2021 en una gran idea: más autonomía colectiva, menos dirigismo. En la modificación del artículo 84.2, la reversión de la evolución salarial a la baja que propició la inclusión de la cuantía del salario base y de los complementos salariales entre las materias con prioridad aplicativa de los convenios de empresa y grupos de empresa, no se acomete por la misma norma,

sino que se deja a las partes negociadoras a nivel sectorial, que son quienes tendrán que completar esa reversión en cada sector negocial en los términos que acuerden; la regulación de la transitoriedad también deja amplia libertad negociadora. En la modificación del artículo 86.3, también se demuestra la potenciación de la autonomía colectiva en el mantenimiento de la dispositividad de la regulación de la ultraactividad, incluso en lo que se refiere a situaciones de transitoriedad, en la preferencia por la mediación, que es solución autocompositiva, más que por el arbitraje, que es solución heterocompositiva, y, lo que es más relevante, en el acogimiento de una regla de ultraactividad indefinida que estaba ya siendo asumida en la mayoría de los convenios colectivos anteriores al RDL 32/2021 y que se confirma en el proceso de concertación social que dio lugar al acuerdo que sirvió de base para el RDL 32/2021.

Aquí encontramos, después de una interpretación de la norma utilizando todos los instrumentos que la hermenéutica nos ofrece, el subtexto de la nueva regulación de la negociación colectiva estatutaria, consecuencia de un largo periodo de negociación entre asociaciones empresariales y sindicatos previo a la aprobación del RDL 32/2021, generando así unas reformas medidas al milímetro para posibilitar el consenso social.

Un buscado fortalecimiento de la autonomía colectiva que debería tener su reflejo en la aplicación judicial de toda la normativa legal en materia de negociación colectiva estatutaria y en particular en la interpretación de los dos artículos objeto de modificación: el 84 y el 86. Por ello (y según hemos razonado), acaso debería ser reconsiderada la posibilidad de invasión de la unidad negocial durante la ultraactividad, que es precisamente el punto de intersección aplicativa de esos dos artículos 84 y 86.

Otto Kahn-Freund asimilaba, en una muy conocida cita, el sistema de negociación colectiva inglés con el sistema de *common law* para concluir que ambos son algo misterioso y esotérico³⁰. Si se me permite profundizar en la idea, todo sistema de negociación colectiva (no solo el inglés) tiene algo de misterioso y esotérico siempre que sea auténticamente democrático y respetuoso de la autonomía colectiva (que es decir lo mismo con distintas palabras). Quizás porque si en efecto es auténticamente democrático y respetuoso con la autonomía colectiva, son las partes negociadoras de los convenios colectivos las únicas que llegan a entender el alcance, el contenido y el sentido de lo negociado. Los poderes legislativos deben respetar esa autonomía colectiva cuando la misma se expresa, sin perjuicio de promocionarla en cuanto sea oportuno; y lo mismo le cabe al poder judicial cuando ejerza sus competencias. A ello no solo obliga la lógica de la institución; a ello también obliga el artículo 37.1 de la CE.

.....

30 Citado por Jesús María GALIANA MORENO, *El contrato de trabajo en el derecho inglés*, Editorial Bosch (Barcelona, 1978), p. 115. La cita se toma de la obra *Trabajo y Derecho* de Otto KAHN-FREUND, que ha sido recientemente editado en español por la Editorial Comares (Granada, 2019).