



## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

### CONVENIO COLECTIVO: RETROACTIVIDAD Y ULTRAATIVIDAD

*Sentencia Tribunal Supremo de 2005, de 29 de diciembre*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Tras la entrada en vigor del II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa, los sindicatos CC.OO, USO y UGT plantean demanda de conflicto colectivo al entender que habría de aplicarse el nuevo convenio a la retribución y compensación de las horas extras realizadas por los trabajadores de dicha empresa en el período que media desde el fin de la vigencia del anterior convenio colectivo a la aprobación del nuevo, ya que éste se declara retroactivamente aplicable a dicho período. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha de 26 de mayo de 2003 desestimando las demandas planteadas por los citados sindicatos. Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por parte de la representación de las mismas organizaciones sindicales. En dicho recurso, la parte actora aducía la indebida aplicación del art. 38 del II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa en relación con el art. 37.1 CE, art. 82, 1 y 3 y 86.1 y 4 ET. Asimismo, se afirmaba la infracción del art. 2 Cc en relación con el art. 9.3 CE y 3.3 y 86.4 ET.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo admite a trámite el recurso de casación interpuesto y resuelve el mismo circunscribiendo el hecho litigioso al marco de la sucesión temporal de convenios colectivos, así como a la potencialmente conflictiva relación entre ultraactividad y retroactividad. El problema se plantea, a juicio del Alto Tribunal, en el período comprendido entre el 31 de diciembre de 1999 —momento del fin del período de vigencia del I Convenio colectivo—, y el 29 de abril de 2002 —fecha de la firma del

\* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



II Convenio Colectivo. En dicho espacio temporal es dable mantener la aplicación de ambos convenios, dado que el II Convenio se declaró retroactivo desde el momento en que el I Convenio llegó a la fecha del fin de su vigencia. El Tribunal Supremo entiende que la solución a semejante controversia ha de partir del pleno reconocimiento de la libertad que en nuestro ordenamiento jurídico tienen atribuidas las partes negociadoras para fijar la duración del convenio colectivo. En virtud de esta libertad, el Tribunal acepta la posibilidad de la aplicación retroactiva del convenio también al período en el que el anterior convenio colectivo regía por aplicación de la ultraactividad. Pero para ello es preciso que las partes lo dispongan expresamente. En caso contrario, no habría posibilidad de aplicar retroactivamente el nuevo convenio colectivo.

#### ÍNDICE

1. RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD. REGLAS Y EXCEPCIONES: LA LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN
2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL ACTUAL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. IMPOSIBILIDAD DE FIJAR REGLAS GENERALES. EL ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

### 1. RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD. REGLAS Y EXCEPCIONES: LA LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN

La delimitación de la temporalidad del convenio colectivo viene determinada, en nuestro ordenamiento jurídico, básicamente por la amplia capacidad reconocida a las partes negociadoras para determinar el momento de inicio y finalización de la vigencia del fruto de la negociación. Esta facultad se encuentra fundamentada, por otro lado, en la propia capacidad negociadora de las partes. Esto es, en el marco de la negociación de un convenio, las partes no sólo están capacitadas para determinar los aspectos relacionados con su contenido, sino que también van a poder gobernar la vida del convenio en el tiempo.

Sin embargo, es la atribución de esta facultad la que puede llegar a generar conflictos de aplicabilidad del convenio en un determinado lapso temporal. Esta posibilidad de conflicto se generará sobre todo respecto a aquellas facultades que extienden la aplicación del convenio colectivo más allá incluso del período de vigencia del mismo convenio. Esta posibilidad tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, dos manifestaciones diferentes: la ultraactividad y la retroactividad del convenio.

En cuanto a la primera de dichas posibilidades, la ultraactividad, ésta supone que un convenio colectivo extenderá, como regla general, la aplica-

ción de sus cláusulas normativas más allá de la fecha prevista para la vigencia del convenio. Con anterioridad a la aprobación de las significativas reformas de 1994, la ultraactividad trascendía la autonomía colectiva, por cuanto que se había de considerar necesariamente presente en todos los casos. Sin embargo, esa reforma, embarcada en la labor de aumentar algunas de las posibilidades de la negociación colectiva, configuró el art. 86.3 ET como dispositivo para las partes negociadoras al permitir la eliminación de la ultraactividad antaño obligatoria de las cláusulas normativas. De este modo, a los efectos que aquí interesan, por expresa voluntad del legislador la vigencia del convenio colectivo se puede extender más allá de la fecha prevista en el mismo para finalizar su vigencia, salvo que las partes negociadores manifiesten lo contrario.

El objetivo de esta previsión estatutaria no es otro que evitar el vacío normativo en el período que media desde la fecha de extinción del anterior convenio hasta la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo. Es decir, se pretende evitar que las partes se vean sometidas, durante el proceso negociador, a la presión adicional que supone saber que mientras que dicha negociación dure no existe un instrumento convencional aplicable. Un problema que se vio agravado como consecuencia de la retirada de la ley en buena parte de los ámbitos tradicionalmente regulados por el legislador. Por otro lado, cabe decir que este carácter protector a la ultraactividad se ve confirmado por el deseo de la patronal de suprimir la ultraactividad en un futuro modelo de negociación colectiva.

El convenio colectivo denunciado no es el único instrumento aplicable al período entreconvenios, sino que el nuevo convenio colectivo se puede declarar retroactivo y aplicable a dicho período. Efectivamente, en la generosa fórmula contenida en el art. 86.1 ET tendría cabida dicha posibilidad. De esta manera, como ya avanzamos anteriormente, se produciría la paradoja de que un período temporal desprovisto formalmente de convenio aplicable se encontraría hiperregulado convencionalmente, con los problemas que ello acarrearía.

No obstante, la finalidad de ambas instituciones no se configura como igual. Mientras que la ultraactividad se presenta como un instrumento de garantía del necesario clima de distensión que toda negociación exige, básicamente en beneficio del banco social, la retroactividad no ha de responder, a priori, a ningún objetivo de favorecimiento de una u otra parte negociadora.

Como consecuencia de todo lo descrito, nos encontramos ante un supuesto que incrementa considerablemente los problemas de sucesión convencional y que trasciende los márgenes previstos en los arts. 82.4 y 86.4 ET. Cuando estos artículos establecen que el nuevo convenio colectivo sustituirá íntegramente el convenio colectivo anterior lo hace previendo una

sucesión normativa continua en el tiempo. Sin embargo, el supuesto se complica cuando se trata de determinar hasta dónde puede llegar la aplicación retroactiva del convenio y su influencia sobre las situaciones que fueron reguladas en su momento por el convenio colectivo en situación de ultraactividad.

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL ACTUAL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El problema resuelto por la sentencia ahora comentada surge del hecho de que mientras el Convenio Colectivo anterior había dispuesto en su art. 3 que se mantendría en vigor hasta el 31 de diciembre de 1999, viendo prorrogada su vigencia durante la negociación del II Convenio, en este último se estableció, en su art. 5, que él mismo estaría en vigor desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005. En concreto, el tema litigioso se centra en la necesidad de determinar cómo habrán de calcularse las retribuciones de las horas extraordinarias nocturnas o trabajadas en días de descanso durante el período de 1 de enero de 2000 al mes de marzo del mismo año, período en el que tuvo vigencia prorrogada el primer convenio y al que también extendió su vigencia retroactiva el nuevo convenio. La pretensión de la parte actora no es otra que conseguir la aplicación de la nueva regulación introducida en el II Convenio colectivo en lo que respecta al régimen de retribución de las horas extraordinarias, al entender que este último resultaba más ventajoso para los trabajadores que el contenido en el convenio colectivo cuyas cláusulas normativas se habían prorrogado merced a la ultraactividad. Esta pretensión se basaba primordialmente en el hecho de que en este último convenio se contiene una cláusula genérica de retroactividad, aplicable, por tanto, al supuesto en cuestión.

Ante la sentencia desestimatoria de sus pretensiones dictada por la Audiencia Nacional, las tres organizaciones sindicales firmantes de ambos convenios colectivos interponen recurso de casación al que da respuesta el Tribunal Supremo en una línea semejante a la mantenida, en última instancia, por la Audiencia, pero aportando un amplio e interesante aparato justificativo de dicha ratificación.

En primer lugar, respondiendo a los actores, la sentencia circunscribe el litigio a la posibilidad de que la aplicación del convenio colectivo anteriormente vigente y cuyas cláusulas se prorrogaron chocara con la voluntad genéricamente manifestada por los negociadores del nuevo convenio de que éste fuera de aplicación desde el momento fijado por el primer convenio como fecha límite de su vigencia. La sentencia entiende que ha de partirse de dos argumentos básicos y enfrentados entre sí: por un lado, la aplicación



del nuevo convenio colectivo encontraría su justificación en el propio reconocimiento constitucional a la negociación colectiva en el art. 37 CE y en lo expresamente establecido en los arts. 85, 86.1 y 90.4 ET, que atribuye amplias facultades a los negociadores, como manifestación de su genérico derecho a la negociación colectiva, para determinar la duración del convenio colectivo. Sin embargo, también la posición contraria encuentra su aval normativo, este caso en el art. 2.3 Cc, según el cual los hechos se rigen por la norma que se hallaba en vigor en el momento de aquéllos producirse, esto es, el primer convenio colectivo, salvo que expresamente se dispusiera lo contrario.

En relación al primero de los argumentos, que avalaría la aplicación del convenio requerido por los representantes de los trabajadores, ha sido reiteradamente traído a colación por nuestra jurisprudencia con el ánimo de aumentar las posibilidades de regulación convencional, y en algunas ocasiones, como es el caso de los ejemplos utilizados por la sentencia ahora comentada, para alcanzar conclusiones claramente perjudiciales para los trabajadores afectados.

El problema de la retroactividad de los convenios colectivos no se circunscribe a la posibilidad de aplicarse únicamente al período entre convenios regido por el convenio colectivo en situación de ultraactividad. Apoyándose, igualmente, en el mismo precepto estatutario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente generosa a la hora de permitir esta capacidad derogatoria del nuevo convenio colectivo cuando la nueva regulación alcanzada tras el período negociador supone un retroceso en los derechos de los trabajadores consagrados en las anteriores convenios. En este sentido, el Tribunal Supremo entra a valorar en diversas sentencias la posibilidad de que por un convenio colectivo posterior se modifiquen retroactivamente determinados extremos regulados en convenios colectivos anteriores.

Respecto a estas posibilidades, y con una finalidad sistematizadora, pueden distinguirse dos hipotéticas situaciones. Por una parte, la situación de los derechos que se pretenden derogar y, por otra, la condición de trabajador respecto a la empresa en el momento en que se lleva a cabo la disposición. Pasaremos brevemente a describir cuál ha sido la posición jurisprudencial predominante partiendo de esta clasificación. Sin embargo, puede adelantarse el hecho de que en la mayor parte de los casos nos encontramos ante resoluciones judiciales que dan respuesta a la pretensión de los trabajadores afectados por la retroactividad para que no se les aplique el nuevo convenio. Es decir, la jurisprudencia se ha centrado en delimitar cuál es la capacidad dispositiva de derechos reconocidos en los convenios colectivos anteriores merced a la retroactividad del nuevo convenio. Como se puede comprobar fácilmente, el caso que nos ocupa es justamente el contrario, pues son los tra-

bajadores los que solicitan que se les aplique el nuevo convenio retroactivamente. Quizás sea ésta la razón que justifique la nueva línea doctrinal.

En relación a dichos pronunciamientos jurisprudenciales, como la propia sentencia ahora comentada se encarga de recordar, éstos han sido bastantes proclives a aceptar la extensión de la capacidad del convenio colectivo para la disposición de los derechos de los trabajadores anteriores a la aprobación del nuevo convenio. A este respecto, la jurisprudencia suele distinguir entre aquellos derechos que ya se habían incorporado al patrimonio del trabajador respecto de aquellos otros en los que aún no se ha producido dicha incorporación. En lo que cabe a los primeros, no podría predicarse la mencionada retroactividad, mientras que respecto de los segundos nada obstaría para que así fuera. Es decir, se trataría de aplicar al ámbito de la sucesión de convenios la teoría general de las fuentes. El problema se plantea, sin embargo, respecto de todos aquellos derechos cuyo período de disfrute se prolonga considerablemente en el tiempo. Éstos ya se habían incorporado al patrimonio del trabajador, pero su disfrute se prolongará más allá de la vida del convenio bajo cuya vigencia se perfeccionaron e incorporaron a dicho patrimonio. En relación a estos derechos, puede detectarse una línea jurisprudencial favorecedora a que el nuevo convenio colectivo pueda hacer *tabula rasa* de todos ellos. Respecto a los derechos adquiridos conforme a la norma anterior y en trance de disfrute, la doctrina parece más unánime al admitir que la norma colectiva debería poder afectar a tales situaciones de ejercicio de derechos adquiridos, desde luego sin efectos retroactivos, sino a partir de un determinado momento hacia el futuro<sup>1</sup>. La solución contraria supondría en la práctica una excesiva rigidez, ya que el convenio posterior se encontraría vinculado por el anterior, viéndose mermada su capacidad normativa.

La problemática fundamental surgida en este punto consiste en precisar qué ocurriría en aquellos supuestos en los que la sucesión normativa afectara negativamente a situaciones de disfrute continuado cuyo titular fuera un trabajador que, en el momento de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo, ya no se encontrara vinculado con la empresa en la que con anterioridad venía desempeñando sus funciones<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En este sentido, la STCo 277/88 (Fundamento Jurídico Noveno) consideró que no existe retroactividad cuando una norma regula de manera diferente y *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos afectos no se han consumado. En el mismo sentido, la STCo 210/90, de 20 de diciembre.

<sup>2</sup> En el supuesto de que la cláusula fuera más beneficiosa que la anterior, la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de la aplicación retroactiva del convenio colectivo a los trabajadores que cesaron en su actividad laboral con anterioridad a la fecha de publicación y suscripción del nuevo convenio. Llegando a considerar, incluso, que no se precisa de una men-



Una respuesta afirmativa en torno a la vinculación de estos antiguos trabajadores pudiera justificarse en base a dos criterios fundamentales: entender que el jubilado sigue vinculado al convenio colectivo como consecuencia de que con anterioridad estuvo sometido al mismo y que los negociadores de un convenio colectivo ostentan una representación institucional extensible a todos aquellos que han prestado servicios con anterioridad a la fecha de suscripción del nuevo convenio<sup>3</sup>; o bien entender que es el empresario el que está vinculado al convenio colectivo, por lo que también estará sometido al cumplimiento de éste respecto a las mejoras post-contrato que tuviera asumidas.

El Tribunal Supremo entra a valorar en las sentencias citadas la posibilidad de que por un convenio colectivo posterior se modifiquen determinados extremos de las pensiones de jubilación cuyo resarcimiento depende de la propia empresa. En concreto, la sentencia de 1992<sup>4</sup>, partiendo del origen convencional de la mejora que ahora se trata de suprimir, entiende que ésta debe seguir el destino de las demás disposiciones convencionales, considerando en su Fundamento de Derecho Primero que «los convenios colectivos limitan su vigencia al ámbito temporal pactado, sin que, vencido éste y sustituido el convenio por otro posterior, puedan mantener eficacia cláusulas de aquél que fueran contrarias a las contenidas en éste, incluso cuando la nueva cláusula, comparada con la precedente, puede ser considerada menos favorable». Manteniendo los mismos principios de esta última sentencia, otra de 1996<sup>5</sup>, en su Fundamento Jurídico Tercero, equipara plenamente a todos los destinatarios del convenio colectivo, independientemente de su situación laboral, a la hora de aplicar el principio de modernidad que ha de presidir la sucesión temporal de las normas convencionales.

En resumen, nuestros Tribunales se han esforzado en ampliar las posibilidades derogatorias de los convenios colectivos en relación a situaciones nacidas en anteriores convenios colectivos, con un objetivo, a nuestro entender, claro: potenciar el poder dispositivo del convenio colectivo y su nuevo papel de flexibilización de las condiciones de trabajo. Esto es, en el marco

---

ción expresa por parte del convenio colectivo para considerarlo de aplicación a dichos trabajadores. En este sentido, pueden verse las siguientes sentencias: STS de 20 de septiembre de 1992 (Ar. 6830); 23 de noviembre de 1992 (Ar. 8828); 14 de julio de 1995 (Ar. 6255); 26 de julio de 1995 (Ar. 6722); 20 de diciembre de 1996 (Ar. 9812); STCT de 25 de septiembre de 1986; y la STSJ de La Rioja de 29 de febrero 1997 (AS 204).

<sup>3</sup> Una posición favorable a este planteamiento puede verse en las SSTS 17 de enero de 1996 (Ar. 4121) y de 26 de febrero de 1996 (Ar. 1507) y SAN de 18 de mayo de 1996 (Ar. 1788).

<sup>4</sup> 11 de mayo (Ar. 3542).

<sup>5</sup> 26 de mayo (Ar. 1507).



de un aumento general de la utilización del convenio colectivo como instrumento de gestión empresarial, la retroactividad es un mecanismo más en manos de los negociadores para adaptar los niveles de derechos de los trabajadores de la empresa a las condiciones económicas de la misma.

En el marco de esta misma concepción de la negociación colectiva y, por ende, del convenio colectivo, la otra institución que afecta a la vida del convenio fuera de los márgenes establecidos en su período de vigencia, la ultraactividad, también ha visto alteradas sus tradicionales notas distintivas. Como mantuvimos con anterioridad, la ultraactividad se configura como un instrumento destinado a asegurar un marco negociador adecuado fuera de la presión que un dilatado período de vacío normativo podría acarrear. La necesidad alegada de flexibilizar los procesos negociadores llevó a que en la gran reforma de la década de los noventa se convirtiera en dispositiva para los propios negociadores, al menos parcialmente, la obligatoriedad de dicha ultraactividad.

En definitiva, el marco del que se ha de partir para comprender en toda su extensión la sentencia ahora comentada es el siguiente: por una parte, se aprecia una tendencia hacia el aumento de las facultades retroactivas de los convenios colectivos con el objetivo de aumentar su incidencia en la disposición de los derechos de los trabajadores afectados; por otra parte, se alega la necesidad de disminuir el excesivo rigor de la ultraactividad, que puede ser eliminada, en relación a las cláusulas normativas, por los negociadores del convenio.

### 3. IMPOSIBILIDAD DE FIJAR REGLAS GENERALES. EL ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

Partiendo del contexto descrito, la interpretación de la STS de 29 de diciembre de 2004 (Ar. 2309/05) cobra una especial significación. Efectivamente, al contrario de lo que viene siendo la doctrina habitual de este tribunal en relación a la ampliación de las facultades retroactivas del convenio y retroceso de los espacios de la ultraactividad, el Tribunal Supremo en el caso presente tiene a bien llevar a cabo una interpretación justamente contraria. Por un lado, declara que, pese a la literalidad del nuevo convenio colectivo, éste no se ha de extender al período en cuestión respecto a la regulación de las horas extraordinarias, considerando que es de aplicación prioritaria el anterior convenio colectivo que, en el marco de la genérica extensión de las cláusulas normativas, también reguló para el mismo lapso temporal la retribución de dichas horas extraordinarias.

Nos encontramos ante un supuesto opuesto a lo que suele ser la tónica general. El nuevo convenio colectivo introduce una regulación más favora-





ble que la hasta ese momento existente en relación a dicha retribución. Paradójicamente, pues, se contradice la doctrina claramente mayoritaria en relación a la retroactividad cuando cambia el tenor de la sucesión respecto de los trabajadores.

La STS contrapone dos argumentos a favor de las dos posibilidades que plantea el caso. Por una parte, considerar que la libertad de contratación que las partes tienen reconocida en el art. 37 CE y que después encuentra acomodo en el propio Estatuto de los Trabajadores implica aceptar la posibilidad de que el convenio colectivo sea de aplicación retroactiva, al menos durante el período entre convenios. Por el contrario, la posición contraria a este argumento habría de justificarse en el art. 2.3 Cc, según el cual los hechos se rigen por la norma que se hallaba en vigor en el momento de éstos producirse; esto es, en principio el primer convenio, aunque éste en realidad ni siquiera se encontraba *strictu sensu* en vigor.

Ante la imposibilidad declarada por el Tribunal de establecer un criterio generalmente válido respecto a los límites susceptibles de imponer a la retroactividad convencional, aquél se decanta por la necesidad de acudir al caso particular. Es decir, será la clara mención, en el convenio colectivo, de sus propios límites temporales, la que determinará el alcance de la fuerza retroactiva del convenio. Sin embargo, este planteamiento jurisprudencial choca, en este caso en cuestión, con que el convenio colectivo —cuyos efectos retroactivos pretenden defender los trabajadores afectados— expresamente pretendió la retroactividad convencional. El tribunal acepta que en el convenio se contiene una mención genérica, pero que ésta no es suficiente, pues, a su juicio, hay otras materias «más concretadas», lo cual viene a invalidar aquella mención genérica en lo que respecta a aquellas cuestiones que no llegan a concretarse. Es decir, ni siquiera en el supuesto en cuestión existe una exclusión, ni tampoco el convenio colectivo diferenció entre distintas materias a la hora de extender la retroactividad para excluir la retribución de las horas extraordinarias. Sin embargo, dado que hay otras materias más concretadas, mantiene el Tribunal, no es posible extender la retroactividad a semejante cuestión.

Evidentemente, la posición mantenida por el Tribunal Supremo adolece de importantes defectos. El propio ponente así lo entiende y ha de terminar su razonamiento con la cita de autoridad de un importante aparato de sentencias con las que pretende justificar su posicionamiento. Sin embargo, por paradójico que parezca, la mayor parte de las sentencias citadas mantiene justo una posición contraria. Esto es, la de extender la retroactividad convencional a materias de carácter prácticamente idéntico a la enjuiciada en esta ocasión, sin, al mismo tiempo, aseverar la necesidad de esa mención expresa que el Tribunal mantuvo como imprescindible. Es más, los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, siempre enjuiciando supuestos

claramente perjudiciales para los trabajadores afectados por la retroactividad, llegan a mantener la posibilidad de la aplicación retroactiva del convenio a aquellos trabajadores que ni tan siquiera pertenecen ya a la empresa<sup>6</sup>.

Dado que el convenio colectivo no mencionó expresamente la materia en cuestión, puede considerarse que la retroactividad no se encontraba, para este caso, en la voluntad de los negociadores. Esa voluntad de los negociadores, y sólo ella, es la que posibilita excepcionar la regla contenida en el art. 6.3 Cc. Por tanto, dado que la retribución de las horas extras no se encuentra entre las materias privilegiadas con la retroactividad por los negociadores, habrá que, aplicando la regla general del Código Civil, excluir la misma. Este posicionamiento es justificado por el Tribunal Supremo en base al argumento de que el régimen de retribución de las horas extraordinarias es una obligación de hacer cuyo régimen jurídico ha de ser el del momento en el que aquéllas se prestaron. Sin embargo, en realidad, lo que está juzgándose no es el régimen de realización de dichas horas extraordinarias, sino que lo que los trabajadores pretenden que se les aplique es el régimen de retribución del nuevo convenio colectivo. Es decir, nada tiene que ver con el supuesto traído a colación por el Tribunal Supremo como antecedente de su pronunciamiento. En concreto, la STS 26 de junio de 1995 (Ar. 2985) se refiere al cómputo de dichas horas, relacionado, pues, directamente con su realización y no con su posterior retribución. Este argumento se ve reafirmado si comprobamos que el propio Tribunal sí que extiende la retroactividad al resto del sistema de retribución. Es por ello que el Supremo trate por todos los medios de afirmar, mediante dudosos argumentos, que el régimen de retribución de las horas extraordinarias posee una naturaleza distinta al del resto del sistema de remuneración, al que sí se aplica retroactivamente el convenio. En concreto, considera que la retribución de las horas extraordinarias lo era «fundamentalmente» en especie, o sea — continúa el fundamento de derecho segundo— que «no era una retribución de naturaleza esencialmente económica y, además se trata de una retribución específica». Basándose en estos dos argumentos, considera que «existen motivos para pensar que la voluntad de la norma paccionada era la de que a ella no alcanzara la retroactividad genérica del art. 5».

El Tribunal Supremo, como queda evidenciado por lo dicho hasta ahora, esgrime muy diversos argumentos para impedir la aplicación retroactiva del sistema de retribución de las horas extraordinarias. En primer lugar, acepta que es la voluntad de los negociadores la que determina la extensión de la retroactividad convencional. Por ello, ha de conseguirse extraer del texto del convenio colectivo algún indicio de que la voluntad de los negociadores

<sup>6</sup> Véase la STS 6 de octubre de 2003; 10 de mayo 2004 (Ar. 4714).



es contraria a lo que claramente expresa la letra del mismo, que incluye claramente el periodo entre convenios al afirmar que la norma «estará en vigor desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005». Curiosamente, de esta parca expresión deduce que se excepciona de esta aplicación general el sistema de remuneración de las horas extraordinarias, pues no se menciona expresamente, a pesar de que expresamente no se menciona tampoco ninguna otra partida salarial. Consciente de ello, diferencia la retribución de las horas extras del resto de las retribuciones que obtienen los trabajadores por entender que, en parte, estas horas extras se compensan por descanso, por lo que en realidad no son partidas económicas. Este argumento, lógicamente, no sirve para explicar porqué no se aplica la retroactividad, al menos a la parte que sí resulta ser una compensación económica. Por otra parte, esta argumentación, basada en la deducción de una hipotética voluntad de los negociadores, chocaría con el hecho de que es el banco social en su totalidad el que solicita que se interprete la cláusula convencional en sentido contrario al mantenido por el Tribunal en última instancia.

Conforme a esta posición jurisprudencial, un importante período de la vida de las relaciones de trabajo —la que queda entre la finalización de la vigencia de un convenio y la aprobación del siguiente— se sujeta a una significativa incertidumbre. Como regla general, el contenido normativo de un convenio colectivo queda en situación ultraactividad, pero, como ya adelantamos, esta regla general puede ser excepcionada por la voluntad de los negociadores del mismo. De esta manera, una vez finalizado su período de vigencia, la totalidad del convenio dejaría de producir efecto alguno. Nos encontramos ante un período de vacío normativo evidente que sólo se puede suplir, con todas las deficiencias que ello implica, por la autonomía de la voluntad individual. Esta situación, no obstante, puede ser paliada tras la negociación del nuevo convenio colectivo, que, en el marco de la capacidad de los negociadores para determinar el período de vigencia del convenio, lo pueden declarar retroactivo en todo o parte de su contenido. Sin embargo, a tenor de la doctrina jurisprudencial emanada de nuestra sentencia, sólo será posible admitir dicha aplicación retroactiva si la materia en cuestión ha sido expresamente mencionada entre las que poseen esa privilegiada aplicación, pues, según el Tribunal Supremo, no basta una mención genérica en este sentido. De este modo, como es evidente, aumenta significativamente la inseguridad de los trabajadores y puede afirmarse que incluso se condiciona la negociación de las partes.

Para concluir, hemos de destacar que el Tribunal Supremo no acudió en ningún momento a argumentos tradicionales de nuestro Derecho del Trabajo tales como el principio *pro operario* o el de norma más favorable. Respecto a este último, el Tribunal no menciona en ningún momento la posibilidad de que aplicando dicho principio, dada la incertidumbre sobre la voluntad de los negociadores, hubiera podido aplicarse el II Convenio



retroactivamente. Se trataría, por otro lado, de uno de los escasos supuestos en que tendría cabida dicho principio, aún presente formalmente en nuestro Derecho.

