

LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES CONVENCIONALES TRAS LA EXTINCIÓN DE LA ULTRAACTIVIDAD

Dr. Alberto Pastor Martínez
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Autònoma de Barcelona

Abstract

En este artículo se analizan las consecuencias que se derivan de la terminación de la ultraactividad respecto a los derechos y obligaciones contenido en el convenio. El artículo, tomando como referente la sentencia de 22 de diciembre, efectúa un estudio crítico y propone elementos interpretativos alternativos.

This article analyze the consequences of the termination of the extended validity in the new article 86.3 of the Workers' Statute regarding the rights and obligations contained in the collective agreement. The article, taking as reference the judgment of the Supreme Court December 22, 2014, performs a critical study and proposes alternative interpretive elements.

Title: Contractualization of collective bargaining conditions after the termination of the extended validity

Palabras clave: negociación colectiva, convenio colectivo, ultraactividad, reforma laboral

Keywords: collective bargaining, collective agreement, extended validity, labour law reform

Sumario

1. La STS de 22 de diciembre de 2014. Una esperada y controvertida sentencia
2. El supuesto de hecho y la fundamentación de la sentencia
3. Una hipérbole y una paradoja. El sobredimensionamiento del contrato de trabajo como instrumento regulador de las condiciones de trabajo
4. Una primera cuestión. Los efectos de la contractualización desde la perspectiva de las fuentes
5. Una segunda cuestión. El alcance material de la contractualización
6. Una tercera cuestión. El alcance personal de la contractualización
7. Una ausencia. La omisión del derecho a la negociación colectiva como argumento y fundamento

1. La STS de 22 de diciembre de 2014. Una esperada y controvertida sentencia

El pasado 23 de enero de 2015 se hizo pública la sentencia de 22 de diciembre de 2014 por la que el Tribunal Supremo abordaba por primera vez la espinosa cuestión de la situación que se genera tras la conclusión del periodo de ultraactividad de un año previsto en la nueva redacción del artículo 86.3 del TRLET. No será ésta la única sentencia en la que la máxima instancia jurisdiccional deberá de pronunciarse sobre cuestiones relativas a la ultraactividad. A los problemas que se derivan directamente de la defectuosa redacción del precepto (entre otros, la determinación del *dies a quo* del plazo de cómputo de un año, la cuestión sobre la admisibilidad como pactos dispositivos del término legal anual de los acuerdos contenidos en convenios previos a la reforma o la determinación del convenio de ámbito superior aplicable), la propia sentencia, mejor dicho, la doctrina que en ella se contiene, abre, como se verá, nuevos interrogantes que, de nuevo, acabarán residenciándose en los Tribunales.

La reforma del 2012 supuso una auténtica transformación del marco normativo legal de la negociación colectiva. Un cambio que, por la intensidad y amplitud de las modificaciones, bien puede ser calificado como una auténtica mutación o revolución normativa. Los aspectos modificados fueron diversos pero, sin duda, uno de los de mayor relevancia fue aquel que consistió en el establecimiento de un término legal dispositivo a la duración de la ultraactividad. Si hasta el RDL 3/2012 la ultraactividad no estaba sometida a término alguno, manteniéndose, como regla general, hasta la obtención de un nuevo acuerdo, el redactado vigente pasa a establecer que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

Son muchas las cuestiones que el nuevo artículo 86.3 del TRLET plantea y sobre las que los Tribunales tendrán que ir pronunciándose. La sentencia de 22 de diciembre constituye la primera oportunidad en que el Tribunal Supremo debe de pronunciarse sobre las consecuencias que respecto al salario tiene el transcurso del término de un año sin acuerdo o laudo en una hipótesis en la que no existe convenio de ámbito superior. Es ésta una cuestión que ha suscitado un importante debate jurídico con dos grandes opciones interpretativas en lo que se refiere a los efectos derivados de la expiración del término de un año de ultraactividad. A nuestro juicio, es preciso destacar, que ese debate/polémica jurídica, y lo que es más preocupante, la inseguridad jurídica subyacente, tiene su origen en una deficiente técnica legislativa que omite pronunciarse de forma clara respecto a las consecuencias de la terminación de la vigencia en los supuestos de ausencia de un convenio de ámbito superior.

No es de extrañar que la sentencia fuera esperada con gran expectación por todos los operadores jurídicos y económicos, máxime si tienen en cuenta que la diferente solución que se derivaba de una y otra opción, condicionaba en gran medida los procesos y dinámicas negociales. Una expectativa que seguramente explica que, en una actuación muy poco frecuente, el gabinete de prensa del Consejo General del Poder Judicial emitiera en fecha de 19 de diciembre de 2014 una nota de prensa que avanzaba el resultado y contenido de una sentencia que votada el 17, fue fechada el 22 y finalmente publicada el 23 de enero de 2015.

La situación de división doctrinal se evidencia en la propia sentencia, ya no porque en los fundamentos jurídicos se haga eco, sino por la propia división del pleno de la Sala. La sentencia obtuvo el voto favorable de 8 de sus 14 miembros, pero cuenta con dos votos particulares individuales concurrentes con discrepancias en la argumentación y en el alcance material, además de dos votos particulares discrepantes, uno de los cuales está firmado por cinco magistrados. Una división preocupante por la relevancia y sensibilidad del tema abordado y que hace que quepa cuestionarse cuál pueda ser el alcance de la doctrina contenida en la sentencia, si la misma habrá de consolidarse o, finalmente, si incidirá en el resto de cuestiones interpretativas pendientes.

Cabe señalar que la sentencia ha generado lecturas ambivalentes. Así, mientras que desde determinadas posiciones se ha saludado positivamente el mantenimiento de las condiciones de trabajo, desde otras se considera que la misma supone una auténtica subversión del papel de los Tribunales por suponer una negación de los efectos a la reforma. Aunque ello suponga adelantarnos en nuestra valoración, a nuestro juicio, estamos ante una sentencia que debe de ser valorada positivamente en lo que se refiere a la resolución del caso concreto, en lo que se refiere a su resultado final, esto es, garantizar el mantenimiento de los derechos. Más discutible, como se tratará de argumentar en las siguientes líneas, nos parece la fundamentación de aquella solución

2. El supuesto de hecho y la fundamentación de la sentencia

La sentencia es clara en la formulación del interrogante que debe de resolver “*qué ocurre en un caso como el que, precisamente, se plantea por primera vez ante esta Sala IV del Tribunal Supremo, a saber: si no hay convenio de ámbito superior aplicable ¿cómo se regularán a partir de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión los respectivos derechos y obligaciones de las partes?*” y en determinar el origen del problema: la existencia de una auténtica laguna legal “*consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática*”.

En el supuesto enjuiciado, sintéticamente, la empresa tras la extinción de la vigencia del convenio empresarial, denunciado en 2010, y haber transcurrido el plazo de un año de ultraactividad desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012 sin haber alcanzado un nuevo acuerdo, procede a abonar la nomina del mes de julio en una parte (hasta el 7 de julio) conforme al salario convencional y la restante (del 8 al 31 de julio) de conformidad a *“las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores”* al no existir convenio de ámbito superior. El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 2013 (procedimiento 11/2013), en la que estima la demanda de conflicto colectivo y declara *“no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo”*.

El Tribunal Supremo, en la resolución del recurso planteado por la empresa, y por lo que a la cuestión de fondo se refiere, esto es la determinación de qué ocurre tras la extinción de la ultraactividad se refiere, tras destacar que nos hallamos ante una laguna legal *“consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática”*, advierte que la doctrina científica y judicial han colmado dicha laguna legal de dos formas *“radicalmente opuestas”*. Así, conforme a la tesis que denomina *“rupturista”*, los derechos y obligaciones de las partes pasarían a regirse *“exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido”*. Una tesis que el Tribunal descarta fundamentalmente por considerar que su aplicación *“podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el “objeto cierto que sea materia del contrato” y la “causa de la obligación que se establezca” (arts. 1261, 1271 a 1273 y 1274 a 1277 Código Civil)”*. Añadiendo que ello sería aún más manifiesto *“en un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias”*.

El voto mayoritario se inclina por la tesis que denomina *“conservacionista”*, según la cual las condiciones laborales que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de

vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse por formar parte del sinalagma contractual establecido entre las partes. El Tribunal considera en base a la función constitutiva y reguladora que tiene el contrato de trabajo la respuesta a *“la pregunta ¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador?, la respuesta es clara: en su contrato de trabajo. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral”* considerando que *“cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces– las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”*.

3. Una hipérbole y una paradoja. El sobredimensionamiento del contrato de trabajo como instrumento regulador de las condiciones de trabajo

La sentencia comentada se construye partiendo de la necesidad de responder a una pregunta: ¿para aquellos supuestos en los que no hay convenio de ámbito superior aplicable, cómo se regularán a partir de la pérdida de vigencia del convenio los respectivos derechos y obligaciones de las partes? Para su respuesta, la sentencia acude directamente al contrato prescindiendo de cualquier análisis relativo a la configuración legal y/o constitucional del derecho a la negociación colectiva. Se asume implícitamente y sin discusión, como pone de manifiesto y comparte el voto particular discrepante del magistrado Sempere Navarro, que la terminación de la ultraactividad determina la extinción de cualquier eficacia del convenio y, por ello, la búsqueda de la respuesta a aquel interrogante se sitúa en el contrato. Esta perspectiva metodológica condiciona la fundamentación de la sentencia por cuanto, en una suerte de vasos comunicantes, produce, a nuestro juicio, una lectura sobredimensionada del valor del contrato de trabajo, al tiempo que omite el análisis desde la perspectiva del propio derecho a la negociación colectiva. Se omiten, así, elementos interpretativos fundamentales, vinculados al ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a la propia interpretación sistemática de su regulación legal.

La lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia pone de relieve que el Tribunal construye su argumentación desde una lógica esencialmente contractual y ello tanto respecto a los argumentos empleados para descartar las denominadas tesis rupturistas, como para argumentar su propia tesis continuista. Una lógica contractual que aún resulta más clara cuando el Tribunal, para sostener el mantenimiento de las condiciones de trabajo, afirma que *“para llegar a dicha conclusión, conviene recordar algunos*

elementos básicos de nuestro ordenamiento jurídico en general –y de ese sector del mismo que conocemos como Derecho del Trabajo– en lo que a la ordenación de los contratos se refiere. Como es bien sabido, el precepto clave del Derecho de los Contratos es el art. 1255 del Código Civil, directamente tomado del Código napoleónico, según el cual las relaciones jurídico-contractuales entre las partes se rigen por los pactos y condiciones que ellas mismas establezcan libremente, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público. Desde luego que ese principio general –el principio de la autonomía de la voluntad individual– rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral”.

Ciertamente la aplicación de la tesis rupturista, en casos como el de autos, tendría como efecto una alteración sobrevenida de la base del contrato. La desaparición del convenio colectivo y la modificación del régimen jurídico legal configurador del derecho transitorio provocan una evidente ruptura del equilibrio de las contraprestaciones de las partes. Permitir que, en supuestos como el enjuiciado, en los que se discute la sustitución del salario convencional por el salario mínimo interprofesional establecido, provoca, y en ello coinciden también los magistrados discrepantes, una ruptura sobrevenida del equilibrio en el que reposa el sinalagma contractual base del contrato. Pero la constatación del efecto que provoca la tesis rupturista, además de sólo producirse en las hipótesis en las que se produce una alteración desorbitada de las condiciones de trabajo, discutible en aquellos otros supuestos en los que el empresario mantenga unilateralmente parte de las condiciones de trabajo, no evita que, en cualquier caso, deba de fundamentarse jurídicamente cómo se produce el mantenimiento de las condiciones de trabajo que regula el convenio. Una fundamentación que la sentencia sitúa en el contrato de trabajo.

Que en el ámbito del Derecho del Trabajo rige, aunque con limitaciones, la autonomía de la voluntad es una constatación que a todas luces resulta evidente e indiscutida y, como la propia sentencia indica, reconocida por el propio legislador laboral en el artículo 3.1.c) del TRLET. Pero la sentencia da un paso más allá en la tradicional función reguladora reconocida al contrato de trabajo cuando asevera que las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en el contrato de trabajo desde el momento inicial de la relación jurídica laboral y que el papel “nomofiláctico” de las normas estatales y convencionales “no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 del ET”. Con ello se efectúa una interpretación que, a nuestro juicio, implica desdibujar la posición relativa de las distintas fuentes del sistema de relaciones laborales, difumina la función normativa del convenio y supone un cambio en la doctrina que tradicionalmente se había sostenido por el Tribunal en relación con la

eficacia del convenio estatutario. En este sentido, la jurisprudencia había negado reiteradamente que el convenio generase condiciones más beneficiosas de origen normativo.

Esa suerte de “todo es contrato” que podría derivarse de la sentencia supondría, a nuestro juicio, ignorar que el convenio y la Ley tienen, además de la función nomofiláctica que la sentencia sí les reconoce, una función reguladora. Una función reguladora del convenio colectivo que deriva de eficacia vinculante que le reconoce la propia Constitución Española y no de su incorporación al contrato de trabajo. Sólo distinguiendo entre la eficacia de las distintas fuentes reguladoras es posible explicar su dinámica autónoma, su diverso régimen modificativo y garantizar una efectiva tutela del derecho a la negociación colectiva.

4. Una primera cuestión. Los efectos de la contractualización desde la perspectiva de las fuentes

La contractualización de las condiciones reguladas por el convenio que se sostiene en el voto mayoritario de la sentencia genera importantes efectos e interrogantes que, en algún caso, son planteados por la propia sentencia.

Así, en primer lugar, y de manera coherente con el fundamento jurídico empleado para sostener el mantenimiento de las condiciones reguladas por el convenio vencido, la sentencia sostiene que *“esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido”*. De esta forma, la nueva regulación del artículo 86.3 del TRLET y su interpretación judicial provoca un cambio en el título jurídico de las condiciones que determina, a su vez, un cambio en el régimen modificativo aplicable. Tras la extinción del periodo de ultraactividad, el régimen modificativo aplicable ya no será el previsto en el artículo 82.3 del TRLET, sino el del artículo 41 del TRLET. Obviamente, ello supone un incremento del poder de dirección empresarial y de la unilateralidad por cuanto, además de no ser necesario el acuerdo con la representación de los trabajadores, desde la reforma del 2012 sólo serán colectivas aquellas modificaciones que supongan la superación de los umbrales numéricos establecidos en el artículo 41.2 del TRLET.

Aunque sin duda, ello supone un reforzamiento del poder de dirección, no cabe, a nuestro juicio, ver en ello una admisión genérica del artículo 41 del TRLET. Al respecto conviene tener en consideración que la interpretación jurisprudencial que se ha efectuado del régimen causal establecido en el artículo 41 del TRLET sólo habrá de

permitir que la modificación sea viable si, como ha señalado la STS de 27 enero 2014 (Rec. Casac. 100/2013), se *“ha de rechazar –por contraria a Derecho– la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines –legales– que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable [reproche que en concreto hace la parte recurrente], o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta”*.

Además y a diferencia de lo ocurriría si la “gestión de ese patrimonio” se derivara de la propia dinámica convencional, la modificación sustancial, cuando se canaliza vía artículo 41 TRLET puede suponer el reconocimiento del derecho a la rescisión contractual indemnizada en los supuestos del artículo 41.3 TRLET (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, cuantía salarial y funciones) y del 50.1.a) TRLET (modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador).

La segunda de las cuestiones que plantea la incorporación de los derechos y obligaciones contenidos en el convenio al contrato de trabajo, en términos de la sentencia, *“desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-labora”* se refiere a cuál haya de ser su relación con los derechos y obligaciones contenidos no ya en el convenio vencido sino en el posterior que le pueda suceder o, en relación al convenio de ámbito superior aplicable. Cabe plantearse si la incorporación de aquella regulación al contrato genera una auténtica condición más beneficiosa inmune para la negociación o si, por el contrario, estamos ante una incorporación “transitoria” que sí estaría sometida al convenio aplicable, fuese éste el posterior o uno superior. La respuesta a esta cuestión resulta crucial por cuanto condiciona la posición relativa que *pro futuro* debería mantenerse entre el contenido contractualizado y un posterior convenio. .

Ciertamente la contractualización que postula la sentencia, la inserción “genética” del contenido convencional en el contrato («el primer minuto») y la referencia al artículo 41 como cauce modificativo constituyen tres elementos que pudieran dar a entender que el voto mayoritario supone el reconocimiento de una condición más beneficiosa de origen normativo en las hipótesis en las que finaliza la ultraactividad sin que se hubiese dictado un laudo arbitral o aprobado un nuevo convenio. Una interpretación que es la que realiza el voto discrepante mayoritario cuando le imputa que *“la solución acogida consigue un resultado encomiable desde el punto de vista de la Justicia material, pero comporta una “petrificación” de condiciones laborales selectiva e insegura; sacrifica conceptos y principios axiales; rebaja la relevancia que al convenio colectivo y a la ley corresponde en nuestro sistema de fuentes; paga un fuerte peaje conceptual; en fin,*

abdica del valor normativo de los convenios, fragmenta su contenido y confiere al pacto individual un inusitado valor”.

Sin embargo, no resulta menos cierto que, en primer lugar, la sentencia en ningún momento afirma en modo expreso tal circunstancia; que, en segundo lugar, el objeto de la litis se ciñe al específico supuesto en que no hay convenio de ámbito superior aplicable con lo que el Tribunal no se plantea, en ningún momento, cual haya de ser la suerte de las condiciones contractualizadas si existe ese convenio o se aprueba uno ulterior y, por último, que en la sentencia se afirma que *“lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre –tanto si es indefinido como temporal- un contrato de tracto sucesivo, esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales”* y de nuevo que *“esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”* (los subrayados son nuestros). Una adaptación que podría ser leída no sólo en el sentido de ajustarse a la normativa *ius cogens* del convenio sino a la regulación que éste estableciese en relación a las condiciones previamente contractualizadas.

En todo caso, le corresponderá al Tribunal, en posteriores sentencias, aclarar si estamos ante una auténtica condición más beneficiosa, en el sentido clásico del término, o si la contractualización de las condiciones “ex convenio” no resulta intangible para la negociación colectiva. Desde nuestro punto de vista, la interpretación más coherente y sistemática de nuestro sistema de fuentes pasaría por la segunda de las opciones. Entender que las condiciones contractualizadas “ex convenio vencido” devienen incorporadas definitivamente al contrato, con independencia del convenio que resulte de aplicación, resultaría una interpretación, a nuestro juicio, inconsistente desde una perspectiva sistemática con algunos de los preceptos que regulan la sucesión de convenios en el tiempo y contraria con el propio derecho a la negociación colectiva. Así, desde la perspectiva legal, dicha interpretación resultaría contradictoria, en primer lugar, con el propio artículo 86.3 del TRLET cuando prescribe la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior que fuera aplicable sin distinción alguna y, sin someterlo a juicio de favorabilidad alguno. Asimismo y en relación al convenio que pudiera aprobarse en la misma unidad de negociación, resultaría fuera de toda lógica que el artículo 82.4 del TRLET le reconociese capacidad al convenio colectivo que sucede a uno anterior para «disponer sobre los derechos reconocidos en aquél» pero que ello no ocurriese cuando precisamente ha decaído su vigencia. Como se pone de manifiesto en uno de los votos particulares concurrentes (Magistrado Fernando de Castro Fernández), en contra de la lógica de la dinámica negociadora prescrita por el

TRLET, superando modelos previos al Estatuto, llevaría a imposibilitar, concluida la vigencia del convenio, toda negociación que no llevase a mejorar –cuando menos a equiparar– la regulación colectiva anterior, incluso aunque las circunstancias económicas o de mercado aconsejasen lo contrario.

En un efecto incoherente, la negociación colectiva no podría hacer lo que sí podría hacer el propio empresario vía artículo 41 del TRLET. De esta suerte y paradójicamente con la lógica garantista de la sentencia, la voluntad de garantizar los derechos reconocidos en el convenio vencido llevaría a debilitar el papel del convenio colectivo como instrumento regulador del derecho transitorio de la negociación colectiva.

5. Una segunda cuestión. El alcance material de la contractualización

A propósito del alcance material que deba de dársele a la contractualización de las condiciones reguladas en convenio, destacar que, aunque el Tribunal únicamente se pronuncia con valor de cosa juzgada sobre la cuestión salarial, única que se le había planteado, parece mostrarse partidario de una concepción amplia no limitada, desde luego, al salario por cuanto señala que *“es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia”*.

Debe destacarse que es esta una cuestión en la que, sin embargo, los votos particulares concurrentes, discrepan para inclinarse por una contractualización materialmente limitada a las cuestiones salariales. Lo sitúa a la Sala, en términos numéricos, en un equilibrio absolutamente inestable por cuanto la mayoría perdería tal condición de haberse planteado como *ratio decidendi* dicha cuestión.

Debe destacarse que esta división en torno al alcance material también se da en el ámbito de la doctrina científica. Así, nos encontramos desde posiciones “minimalistas” conforme a las cuales la contractualización operaría exclusivamente a los elementos esenciales del intercambio contractual, identificados con la jornada en su dimensión puramente cuantitativa y al salario (DURÁN LÓPEZ), junto a otras más amplias. En esta posición “minimalista”, coherente con una contractualización construida desde la lógica del contrato y de la necesidad de garantizar su pervivencia y preeminencia, no ha de extrañar que el mantenimiento se limite *“a los elementos esenciales del intercambio contractual”*.

Desde el máximo respeto a aquellos que abogan por una concepción más liberal de las relaciones laborales, creemos que, sin embargo, esta interpretación simplifica en exceso

la riqueza que ha adquirido la relación laboral y el propio derecho del trabajo. Reconducir la causa del contrato de trabajo al salario y a la jornada, además en su expresión puramente cuantitativa, resulta más propio de las leyes de fábrica que de una legislación laboral, la actual, que incorpora, por imperativo constitucional, a la relación laboral otros valores y derechos. Y ello no sólo desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores, sino desde la propia tutela de la actividad productiva de la empresa, en la que la regulación de aspectos como la organización colectiva del tiempo de trabajo y descansos resulta vital.

Debe destacarse, no obstante, que, como indicábamos, las tesis contractualizadoras no son unánimes en lo que se refiere a su alcance material. Así, en una posición más amplia se ha sostenido que el mantenimiento de la eficacia debe de producirse respecto a todas aquellas materias a las que el Estatuto de los Trabajadores efectúa una remisión expresa a su regulación por la negociación colectiva (FALGUERA BARÓ). Es ésta, a nuestro juicio, una posición más coherente y sistemática con la ordenación de fuentes que efectúa el propio legislador y que por ello debe valorarse como más completa que la más restrictiva en orden a determinar el alcance que haya de darse a la finalización de la vigencia prescrita por el artículo 86.3 del TRLET.

En cualquier caso, debe destacarse que el mantenimiento segregado de las condiciones de trabajo puede provocar una fragmentación de las condiciones de trabajo que podría alterar de los equilibrios alcanzados en su momento constitutivo (pensemos, por ejemplo, en mecanismos de flexibilización que resulten fruto de una contraprestación en materia de mantenimiento del empleo).

Una última cuestión que plantea la sentencia es si la contractualización integral que postula se mantendrá también en relación con aquellos derechos y obligaciones que regulados en el convenio no tienen, sin embargo, como titulares a los trabajadores sino a otros sujetos como pudieran ser los órganos de representación unitaria y sindical u otros órganos de carácter colectivo (comisiones paritarias de estudio, de aplicación del convenio, de gestión de la acción social de la empresa...). Parecería, al menos a priori, que respecto a este tipo de derechos la tesis de la contractualización carecería de un soporte tan claro por cuanto ni cabría argüir la función reguladora del contrato de trabajo ni sostener su patrimonialización por carecer de esa dimensión individual.

6. Una tercera cuestión. El alcance personal de la contractualización

La tesis de la contractualización en que reposa el voto mayoritario de la sentencia plantea una tercera cuestión, que la propia sentencia pone de manifiesto al señalar que como consecuencia de la pérdida de vigencia del convenio, “*de ese sostén normativo*

del mínimo convencional”, “los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento”.

Ciertamente cuando el fundamento se sitúa en el contrato de trabajo, y no en el propio convenio, el mantenimiento sólo puede operar en relación con los trabajadores que tuviesen un contrato vigente durante el periodo de vigencia o ultraactividad del convenio. Sólo los trabajadores que estuviesen contratados durante la vigencia o la fase de ultraactividad del convenio conservarían el acervo de derechos convencionales en tanto que derechos incorporados desde “el momento inicial” a su relación jurídica. Se genera, de esta forma, una situación que cabe asimilar, al menos en lo que se refiere a sus efectos a la que se produce en el caso de las dobles escalas salariales por cuanto se genera una dualidad de regímenes jurídicos. Aquí la diferencia en el régimen jurídico viene determinada, no por la aplicación de un convenio, que está vencido, sino por el diferente patrimonio contractual que tendrían unos y otros trabajadores a resultas de la contractualización que beneficiaría a los contratados durante la vigencia del convenio.

Es precisamente la diferencia en el origen de la dualidad la que determina que se haya considerado que no quepa asimilar esta situación con la de las dobles escalas salariales contenidas en convenio colectivo. Ciertamente, no resulta equiparable, una y otra hipótesis por razón de la diferencia de trato, sin embargo ello no supone, a nuestro juicio, que en ambos casos nos situemos ante un problema en el que se pudiera apreciar una situación contraria al principio de igualdad.

Ciertamente, la diferencia de trato no deriva, en este caso, de la aplicación de un convenio, ya vencido, y ello nos impide equiparar plenamente esta situación a la de las dobles escalas, sin embargo, ello no supone, a nuestro juicio, que ambos supuestos no deban de analizarse desde la perspectiva del principio de igualdad. La situación analizada no es equiparable a las hipótesis en las que la desigualdad deriva de la autonomía individual y en las que como el Tribunal Constitucional ha indicado la limitación derivaría del principio de no discriminación que no del principio de igualdad. En esta situación, la diferencia de trato, deriva, no de la libre autonomía de la voluntad individual sino de la ley, del artículo 86.3 del TRLET, que además de respetar el principio de no discriminación sí debe de sujetarse a las exigencias del principio de igualdad. Un principio de igualdad que exigiría acreditar que nos hallamos ante un supuesto de trato desigual ante situaciones diversas o bien que la desigualdad esta justificada en razones objetivas y supera el juicio de proporcionalidad. Unas circunstancias que, en cualquier caso, no creemos que quepa inferir automáticamente de la mera cesación de la vigencia de la norma convencional.

En todo caso, la generación de esta dualidad de condiciones de trabajo a la que aboca la tesis contractualizadora, debería haber determinado que el Tribunal se plantease su eventual inconstitucionalidad y por ello la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Y en cualquier caso, supone, a nuestro juicio, una segunda paradoja, por cuanto la voluntad de garantizar el mantenimiento de los derechos y obligaciones contenidos en el convenio colectivo, puede acabar reforzando la dualidad del mercado de trabajo. Ello no significa, y téngase clara esta advertencia, que ello suponga avalar las tesis rupturistas por cuanto éstas, a nuestro juicio, ciertamente podrían evitar la dualidad pero a costa de pauperizar las condiciones de trabajo.

7. Una ausencia. La omisión del derecho a la negociación colectiva como argumento y fundamento

En líneas anteriores se ha puesto de manifiesto que la sentencia comentada parte de dos presupuestos metodológicos. En primer lugar, y como causa última, la existencia de una laguna legal respecto a los efectos que tiene la expiración de la vigencia del convenio cuando no existe otro de ámbito superior y, en segundo lugar, que la terminación de la ultraactividad determina la extinción de cualquier eficacia del convenio.

La tesis sostenida para “integrar” esa laguna pasa, consecuentemente con la negación de eficacia al convenio vencido, por considerar que el contenido de ese convenio se halla integrado en el vínculo contractual individual. La perspectiva metodológica adoptada, además de los problemas e interrogantes que plantea, condiciona, a nuestro juicio, la fundamentación de la sentencia despojándola de elementos interpretativos fundamentales al orillar en su análisis cualquier referencia a la negociación colectiva y al convenio colectivo, tanto desde una perspectiva legal como constitucional. De esta forma, y un tanto paradójicamente, la sentencia garantiza el mantenimiento de los derechos regulados en el convenio vencido a través del contrato y al margen de cualquier referencia a la negociación colectiva. La única referencia que se hace al derecho a la negociación colectiva se produce para recordar que constituye un límite a la autonomía de la voluntad individual *“habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la “fuerza vinculante de los Convenios” a que se refiere el art. 37.1 CE”* pero sin que de esa «fuerza vinculante» o del propio derecho a la negociación colectiva se extraiga conclusión alguna en orden a la determinar los efectos jurídicos que tiene la cesación de la vigencia del convenio.

Creemos, y en ello coincidimos con el voto particular concurrente del Magistrado Fernández de Castro, que las cuestiones que plantea la nueva regulación del artículo

86.3 del TRLET deberían de valorarse desde la perspectiva del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante del convenio y ello tanto desde un plano constitucional como legal. No en vano, como se recuerda en el voto particular, como consecuencia del mandato del artículo 5.1 de la LOPJ se impone que “entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse *«aquél que sea más conforme con las normas constitucionales»* (SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4; y 192/2003, de 27/Octubre. SSTs –entre las recientes– de 26/03/14 –rc 61/13–, FJ 7.2; y SG 17/07/14 –rc 32/14–)”.

Es ilustrativo y demostrativo de la omisión de este planteamiento en el razonamiento de la sentencia de cualquier referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de noviembre de 2013 (Rec. 2065/2013). Una sentencia que había sido utilizada argumentalmente por el Tribunal de instancia y que en el recurso se alega que no resulta de aplicación. El voto mayoritario omite cualquier referencia a una sentencia que precisamente se caracteriza por sostener la aplicación transitoria del convenio colectivo desde argumentos diversos pero con una clara dimensión constitucional. La simplificación a la que aboca el enfoque metodológico adoptado se advierte en la propia sistematización que propone de las diversas posiciones doctrinales existentes. Se efectúa un análisis desde la perspectiva de los efectos sobre el mantenimiento de los derechos y obligaciones contenidos en el convenio vencido, pero obvia que la tesis “conservacionista” admite diversas construcciones o fundamentos. Así, además de la opción contractualizadora empleada en la sentencia cabe postular el mantenimiento transitorio de la eficacia del convenio colectivo despojado de eficacia normativa pero no de la contractual propia de su origen contractual. Es esta una opción que, a nuestro juicio, evita las dudas y paradojas reseñadas en relación a la opción contractualizadora y que deviene una interpretación más sistemática con la garantía institucional que según el TC (SSTC 73/1984 de 27 de junio y 80/2000 de 27 de marzo) se contiene en el artículo 37.1 de la CE y el propio régimen legal de este derecho.

El propio marco normativo legal ofrece argumentos desde los que postular el mantenimiento de cierta eficacia del convenio más allá del periodo de ultraactividad prescrito por el legislador. En este sentido, la ausencia de referencia expresa a las consecuencias que se derivan de la extinción de la ultraactividad, la laguna normativa reconocida tanto en la sentencia como en los votos particulares, contrasta con la específica y expresa previsión por el legislador de que se aplique el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. Una previsión innecesaria por cuanto sería la consecuencia forzosa de la eficacia vinculante de aquel convenio al no estar vigente ya el convenio de ámbito inferior. Podría pensarse que si el legislador prescribe tal efecto es porque presupone el mantenimiento de una eficacia del convenio vencido que

quiere que no impida la aplicación del convenio de ámbito superior. De esta suerte, podría sostenerse que el legislador implícitamente reconoce el mantenimiento de una eficacia en el convenio vencido si bien que claudicante por cuanto carecerá de los atributos propios del convenio durante su vigencia. La eficacia del convenio en ese estadio derivaría puramente de su valor contractual y su régimen jurídico sería el propio de este tipo de acuerdos.

Al respecto debe recordarse que el mantenimiento de la eficacia de una norma más allá de su periodo de vigencia es una consecuencia que no resulta extraña en la Teoría General del Derecho. La eficacia residual de una norma más allá de su vigencia es el efecto propio de la derogación normativa cuando la norma derogante carece de eficacia retroactiva. Que la extinción de la eficacia del convenio derive de la aprobación de un nuevo convenio es el efecto que más se ajusta, con el esquema legal y la propia configuración del derecho a la negociación colectiva. Al respecto, no cabe obviar que siendo cierto que el convenio es una norma esencialmente temporal, no es menos cierto que actúa sobre una realidad permanente que no se extingue con el convenio. Es la sucesión de convenios en el tiempo, el mecanismo que el legislador instituye en forma expresa para lograr la renovación convencional y por ello el artículo 86.4 del TRLET continúa estableciendo que «el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último». La «adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos» (exposición de motivos de la Ley 3/2012) encuentra en el reforzamiento del deber de negociar y en la sucesión de convenios el mecanismo más coherente con el derecho a la negociación colectiva. El objetivo de «evitar una “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio» (de nuevo Exposición de motivos de la Ley 3/2012) hallaría en los mecanismos modificativos o novatorios su encaje natural (ya fuese durante la vigencia del convenio vía artículo 82.3 del TRLET o acuerdo novatorio o finalizada aquélla a través del artículo 41 del TRLET).

En cualquier caso, y recordando que como decíamos al iniciar este comentario, nos encontramos ante una sentencia muy esperada. Esas expectativas no deberían conducirnos a lecturas maximalistas y exageradas de la misma. La defectuosa técnica legislativa determina que el operador jurídico deba de buscar cada vez con mayor frecuencia el sentido de las normas en la doctrina judicial. A pesar de ello, no debiéramos olvidar que la actividad jurisdiccional se dirige *prima facie* a la resolución del caso concreto, no a la creación de normas con carácter general, actividad que debería ser propia del legislativo. Ello ocurre también con esta sentencia y por ello no debiéramos incurrir en el error de considerar que su fundamentación jurídica agota la totalidad de argumentaciones que cabe sostener en relación al concreto tema que se resuelve. Seguramente, en posteriores sentencias el Tribunal tenga la oportunidad de

incorporar con mayor peso cuestiones vinculadas a la dinámica de la negociación y en definitiva al propio ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

Fecha recepción: 27.3.2015
Fecha aceptación: 30.3.2015

