

Entre «polvos» y «lodos»: el fin de la ultraactividad abre la «caja de Pandora»

Cristóbal Molina Navarrete

Director

La equidad y la seguridad de las relaciones jurídicas impiden que el obligado pueda rehusar el cumplimiento de la obligación frente al acreedor de buena fe. Tal regla aspira a dar seguridad a las transacciones, a proteger a los acreedores que creen en la existencia de una causa [el fin que se propone con el acto de obligarse, distinto al móvil o motivo determinante] que justifica la obligación del deudor. El derecho nunca protege a los que proceden de mala fe. Ninguna razón abona la derogación de las reglas ordinarias en interés suyo.

H. Capitant. *De la causa de las obligaciones* (2019)

1. Entre las reformas laborales más polémicas de 2012, quizás también más irracionales jurídicamente, incluso para los intereses de las empresas, estuvo la introducción de un modelo temporal de ultraactividad de los convenios colectivos ([art. 86.3 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)). La incertidumbre extrema que genera, tanto para las personas trabajadoras como para las empleadoras, el régimen jurídico aplicable una vez finada la vigencia ultraactiva del convenio sin convenio de ámbito superior que le suceda no solo causa inseguridad jurídica, sino que también es una fuente de gran y peligrosa conflictividad, amenazando la paz social y la propia productividad empresarial. Conscientes de ello, 4 años después, [el propio Gobierno autor de la reforma parece que logró un preacuerdo sindical para volver al modelo de ultraactividad indefinida](#) (prórroga automática de las condiciones de empleo, trabajo y previsión social pactadas en convenio hasta que este sea sustituido por otro).

Ciertamente, nunca fue finalidad de esta reforma legal crear vacíos reguladores, lo que hubiese sido un vicio constitucional [ex artículo 9.3 de la Constitución española](#) (CE) en relación con el [artículo 28 de la CE](#). Más limitadamente pretendía promover la celeridad renegociadora, aun a la baja, so pena de la «devaluación» de las condiciones de trabajo

Nunca fue finalidad de esta reforma legal crear vacíos reguladores; participaba tanto del objetivo de recentralización convencional superior a la empresa cuanto del de devaluación de condiciones pactadas

precedentes, a través de una vía –la sucesión impuesta del convenio de ámbito superior, normalmente estatal– u otra –la rebaja del rango jurídico de la fuente reguladora, quedando al albur del poder novatorio extraordinario ex [art. 41 ET](#), si falta aquel convenio superior–. Naturalmente, siempre en defecto de pacto favorable a la ultraactividad ilimitada (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS](#)– de 7 de julio de 2015, [rec. 193/2014](#)). De este modo, una reforma aparentemente sencilla participaba tanto del objetivo de recentralización convencional superior a la empresa (en línea con los arts. [83.2](#) y [84 ET](#)) cuanto del de devaluación de condiciones pactadas, ambos dirigidos a potenciar un modelo de competitividad basado en las rebajas salariales.

2. Ambas finalidades de reforma han sido plenamente avaladas jurisprudencialmente, sin incluir una mínima crítica a sus efectos nocivos. La posibilidad de recentralización convencional ha sido ampliamente actualizada en la práctica convencional estatal, orientada a minimizar el espacio de los convenios sectoriales provinciales y autonómicos, no así los típicos de empresa, por el blindaje legal ([art. 84.2 ET](#)). Ningún reproche ha recibido tal angostamiento del principio de autonomía territorial convencional. Así, la [STS 332/2019, de 25 de abril](#), confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco de 26 de octubre de 2017 (autos 19/2017), que declara la inaplicación del [I Acuerdo marco autonómico de hostelería del País Vasco](#), concluido al amparo de política de clara reivindicación de un marco convencional autonómico (por ejemplo, [I Acuerdo interprofesional sobre estructura de negociación colectiva del País Vasco](#)). Y ello porque contradiría el clausulado del [V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería](#), previo en el tiempo (prioridad aplicativa ex arts. [83.2](#) y [84.3 y 4 ET](#)). Si bien el razonamiento en suplicación contenía críticas al giro legal dirigido a la recentralización convencional, el fallo fue de inaplicación, confirmado por el Tribunal Supremo (TS).

Llovería sobre mojado. Pese a la proliferación en estos convenios sectoriales estatales posreforma laboral de «cláusulas de reserva convencional indiscriminada» a favor de la unidad estatal y de «cláusulas de congelación de la estructura convencional» (dejan un espacio residual de negociación autonómica, o prohíben *ad futuro* unidades descentralizadas, salvo autorización expresa –autonomía vinculada– de la comisión paritaria del convenio estatal), la [STS 269/2018, de 13 de marzo](#), las avalará (Convenio estatal para restauración colectiva). Aunque el sindicato (ELA) cuestionaba –no sin buenas razones– la adecuación de esta práctica y de la norma legal que la propiciaba al artículo 11 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (derecho de asociación profesional en su dimensión funcional de derecho a la negociación colectiva útil), la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2019, demanda 6601/19, ha inadmitido el recurso.

3. Lo propio habría hecho el TS respecto al impulso de devaluación de condiciones de trabajo que representa la actualización en la práctica de la posibilidad legal de fin de vigencia del convenio, transcurrido el periodo de ultraactividad (legal o convencional). La secuencia de sentencias (5) dictadas en el caso Axpe Consulting, el año 2018, así lo confirma

plenamente ([STS 587/2018, de 5 de junio](#), que establece el precedente luego seguido en las posteriores –por ejemplo, [STS 724/2018, de 10 de julio](#)–). En este sentido, basta recordar el entusiasmo expresado por el TS con la decisión legislativa:

La claridad de la voluntad del legislador resulta palmaria de la propia construcción normativa y de las exposiciones de motivos de las normas reformadoras. Estas, con el fin de procurar [...] adaptación [...] de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, introducen modificaciones respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año. Parece evidente que a tal finalidad [...] de evitar vacíos normativos responde el mandato legal de aplicación, si lo hubiere, del convenio superior que resultase de aplicación. La solución legal implica tener que establecer si existe o no existe un convenio de ámbito superior y, de existir varios, delimitar cuál es, precisamente, el aplicable ([STS 587/2018](#), FJ 4.º, punto 1).

No plantea demasiados problemas la situación si existe –como en el caso– convenio de ámbito superior aplicable (aunque se dan sobre todo si, como en el caso de la [STS de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014](#), el convenio superior aplicable no contiene regulación de las condiciones de trabajo más relevantes individualmente –salarios, jornada...–; a veces no es nada fácil identificar el convenio colectivo superior aplicable, como en la [STS de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014](#)). En estos casos se impondría:

[...] el cumplimiento de la norma legal en su plenitud, sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del derecho del trabajo dispuestas excepcionalmente por esta sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales ([STS 587/2018](#), FJ 4.º, punto 1).

En tal caso, el TS asume que el legislador ha querido hacer desaparecer por completo el convenio fenecido, sin interiorización contractual individual alguna de su contenido, esto es, sin «contractualización» de su contenido.

El TS asume que el legislador ha querido hacer desaparecer por completo el convenio fenecido, sin interiorización contractual individual de su contenido

4. Pero, entonces, ¿en qué quedamos?, ¿no había dicho la –polémica– STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014) que la internalización contractual de las condiciones convencionales se producía desde el inicio de la relación de trabajo, esto es, desde el «minuto uno» de la misma? Así lo ratificó, entre otras, la STS 88/2018, de 1 de febrero. En el asunto se plantea la cuestión de que, al producirse la subrogación, los trabajadores procedentes de Cruz Roja subrogados no tenían convenio aplicable, estando incorporadas las condiciones de trabajo contempladas en el I Convenio de Cruz Roja en sus respectivos contratos. Ahora bien, ocurría, sin embargo, que las relaciones laborales de la empresa cesionaria se regían por el Convenio de transporte sanitario de enfermos y accidentados en ambulancia. Por lo tanto, a pesar de la doctrina de la interiorización contractual *ab origine* (desde el «minuto uno»), así como del carácter peyorativo de las condiciones convencionales en relación con las internalizadas contractualmente, se declaró como convenio colectivo aplicable, a los trabajadores subrogados, el de la empresa cesionaria, por mor del artículo 44.4 del ET (FJ 8.º, punto 4). Afirmada de inicio la contractualización *ab origine* o inicial, en la aplicación práctica resulta negada, como también hizo el Auto del TS 73/2018, de 30 de enero, en otro asunto de subrogación ex artículo 44 del ET (fusión por absorción), al entender que sí hay convenio aplicable (FJ 2.º, punto 5).

Comprobamos, pues, como, ante una auténtica laguna jurídica creada artificialmente (el legislador prevé la pérdida de vigencia del convenio aplicable hasta el momento, pero en absoluto qué sucede después, si no media un convenio colectivo superior), y prohibido todo vacío de regulación, la jurisprudencia social viene integrándola de forma errática. Acepta, sí, la «doctrina de la interiorización contractual originaria» o inicial, como remedio excepcional (más bien pareciera propio de un «justicialismo de ocasión») para evitar un injusto desequilibrio prestacional («que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico, 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" ex arts. 1.261, 1.271 a 1.273 y 1.274 a 1.277 CC»). Con ella se neutralizarían:

Comprobamos como, ante una auténtica laguna jurídica creada artificialmente, la jurisprudencia social viene integrándola de forma errática

[...] indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador [...] pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc.

Pero también asume la «doctrina de la internalización contractual sujeta a condición convencional» (doctrina de la contractualización convencionalmente condicionada), de

modo que, si media convenio colectivo superior aplicable, este dispone libremente de las condiciones, aun ya interiorizadas contractualmente (por ejemplo, [STS 850/2016, de 18 de octubre](#)).

Asimismo, y para que no falte mayor confusión, la doctrina jurisprudencial admite de igual modo que esa interiorización contractual de las condiciones pactadas, fenecidas tras el fin de la ultraactividad del convenio, puede ser «selectiva», incluyendo unas y excluyendo las otras (por ejemplo, [STS de 23 de septiembre de 2015](#), citada):

[...] salvo en las materias reguladas en el convenio [...] estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el convenio provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto, aquellos que prestaban servicios en empresas guipuzcoanas del sector cuando este perdió su vigencia, en los términos arriba expuestos, de conformidad con la STS 22-12-2014 (FJ 4.º, punto 6).

Esta doctrina de la interiorización contractual selectiva o discriminada parece también ser asumida, sin renunciar a las dos precedentes (originaria y condicionada), por la doctrina más reciente del TS. Y, en última instancia, pese a negarlo expresamente, sus razonamientos obedecerían más bien a la «doctrina de la interiorización sobrevenida en la relación individual» de las condiciones pactadas fenecidas, pues solo actuaría bajo la doble condición de inexistencia de norma convencional aplicable (por sustitución imputada legalmente), total o parcialmente, así como de pertenencia de tal condición precedentemente pactada, y ahora fenecida, a los elementos esenciales del contrato (carácter selectivo). En última instancia, así se desprende de la Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN\) 46/2019, de 26 de marzo](#), dictada en aplicación de aquella jurisprudencia social, como luego comentaremos con más detalle a propósito de uno de los males de la caja de Pandora liberados por el fin de la ultraactividad convencional –efecto excluyente de cobertura de norma contractual de las relaciones (poscontractuales) de sujetos pasivos–. Así, afirma que:

La interiorización contractual selectiva o discriminada parece también ser asumida, sin renunciar a las dos precedentes (originaria y condicionada), por la doctrina más reciente del TS

[...] no todos los preceptos de un convenio [...], una vez expirada la vigencia ultraactiva de este, a falta de nuevo [...] resultan aplicables como «norma contractualizada», sino únicamente aquellos concretos preceptos cuyo objeto sea dotar de contenido a los elementos esenciales a [...] los contratos [...] respecto de los cuales el convenio cuya vigencia ha expirado resultaba su centro de imputación normativa (FJ 7.º).

5. Ante un escenario tan lagunoso, legalmente, así como confuso, jurisprudencialmente, bien podría decirse que de aquellos «polvos» (deficiente técnica legal, errática interpretación), los actuales «lodos». Ciertamente, para la jurisprudencia no hay contradicción en su razonar, porque refleja la clásica belleza, corrección y justeza de la diferencia de la norma jurisprudencial del caso concreto, exaltando su practicidad (la capacidad de resolver problemas) y su plasticidad (la capacidad de adaptación o modulación de la regla legal a la realidad). Ni sería la primera ni la última construcción variable al caso de este tipo y si no piénsese en el engendro de los «indefinidos no fijos». Bien pensado, mejor no hacemos esta comparación, pues desnudaría cuánto de imprevisibilidad tiene la facultad de crear soberanamente las normas del caso.

Veamos dos ejemplos recientes de este lodazal jurídico-laboral al que nos abocaría tal conjunción de improvisación legislativa y hermenéutica errática jurisprudencial. De un lado, el fallo, a mi juicio cuestionable, pese a dictarse, de forma sorprendente, sin voto particular, que adopta la [STS 360/2019, de 13 de mayo](#). Esta sentencia desestima el recurso de casación contra la sentencia de suplicación social catalana que, a su vez, desestima la demanda de conflicto colectivo en la que se pretendía reconocimiento explícito, para las relaciones profesionales de doblaje (artistas de doblaje) en Cataluña (actores, adaptadores-ajustadores, directores y ayudantes de dirección), contratados o que se contratasen en el futuro, de las condiciones laborales previstas en el Convenio colectivo de trabajo del sector para los años 2005-2007, en su totalidad y en todos sus términos, hasta que un nuevo convenio sea de aplicación a dicho colectivo de profesionales de doblaje en sustitución del anterior. A su entender, apelando a un criterio de hermenéutica jurídica extremadamente simplista: «[...] donde no hay contrato paralelo a la vigencia de un convenio no cabe la contractualización de las normas colectivas, refiriendo [...] a la vida pretérita [...]» (FJ 3.º).

[Veamos dos ejemplos recientes de este lodazal jurídico-laboral al que nos abocaría tal conjunción de improvisación legislativa y hermenéutica errática jurisprudencial](#)

De este modo, siendo «la extensión aplicativa en el caso de la ultraactividad [...] una creación jurisprudencial» (FJ 3.º), solo a la jurisprudencia correspondería la decisión de su alcance, por lo que ninguna otra razón jurídico-normativa podría alterar esa conclusión. Ni los preceptos constitucionales (arts. 9 –seguridad jurídica en las relaciones contraídas por los ciudadanos–, 10.1 –prohibición de tratar al trabajador como si de un puro recurso productivo se tratara, y no como una persona–, 14 –derecho a igual salario para trabajo de igual valor–, 35 –el derecho a la estabilidad de una relación de trabajo con condiciones de trabajo suficientes para una vida digna, personal y familiar, en su caso–, 37 y 28.1 –derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional de derecho a la negociación colectiva útil–, 24 –derecho a la efectividad de la tutela judicial, vinculada a la ley y al derecho, no libre–) ni los internacionales (arts. 28 [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), 11.1 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), 4 [Convenio 98 OIT](#) y

5 [Convenio 154 OIT](#)) tendrían virtualidad alguna para corregir tan fatal desenlace hermenéutico. Tampoco mejor fortuna hallaría el recurso a preceptos civiles, pese a ser civil la técnica de la interiorización de las condiciones convencionales fenecidas como normas contractuales (arts. [1.255](#), [1.256](#) y [1.261](#) Código Civil –CC–): ni la eventual diferencia de regulación contractual por la sola fecha de ingreso en la empresa sería contraria a la moral y al orden público, ni dejaría las condiciones de trabajo a la arbitrariedad del empleador, pues a la fecha de la contratación se conoce cuál es la situación –de falta de vigencia– del convenio (previsibilidad y transparencia), ni viciaría en modo alguno el consentimiento, ni el objeto cierto ni la causa de obligar (FJ 3.º).

Sin poder entrar ahora mínimamente en las deficiencias hermenéuticas de tan pocos argumentos jurídicos, más apodícticos o tautológicos que racionales, pues parece claro que la previsibilidad de unas condiciones de trabajo no las convierten automáticamente en legítimas, máxime si pueden suponer una diferencia notable de valoración de una actividad idéntica de trabajo solo por el dato fáctico de la diferente fecha de ingreso en la empresa, me detendré en la pequeña mayor consideración que dedica a este último argumento, a mi juicio crucial. En efecto, en relación con el principio jurídico de igual retribución (en general iguales condiciones de trabajo) a trabajo de igual valor, más si es un mismo lugar de prestación de servicios, el TS concluye que este principio, «ampliamente desarrollado en el ámbito jurisprudencial en la dirección de distinguir entre supuestos iguales y los distintos», no se vería afectado, pese a lo que pudiera parecer «de evidencia». Y ello porque, a su juicio «[...] en este caso se concreta en que no se trata de comparar distintas fechas de ingreso en la empresa rigiendo el mismo convenio, sino distintas fechas de ingreso cuando el convenio ya no es de aplicación».

En relación con el principio jurídico de igual retribución a trabajo de igual valor, el TS concluye que no se vería afectado porque no se trata de comparar distintas fechas de ingreso rigiendo el mismo convenio, sino distintas fechas de ingreso cuando el convenio ya no es de aplicación

Consecuentemente, no estaríamos en este caso ante la preocupación, ya expresada por la [STS, Pleno, de 22 de diciembre de 2014](#), relativa a los trabajadores de nuevo ingreso, por cuanto «carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido», pudiendo dar lugar «a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento». En aquel precedente –fuente primigenia y principal de los males de interpretación que ahora nos aquejan– se recordaba, más como planteamiento ético-social que propiamente técnico-jurídico (la potestad convencional no está en sus manos, sino en la propia de las partes), la utilidad de la persistente «obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el artículo 89.1 ET». Pero, como sucede en el caso aquí analizado, tal vía depende solo de la voluntad de los negociadores y esta puede fallar, como así ha sucedido (la denuncia del convenio dio lugar a un largo proceso negociador que fracasó, de ahí el litigio en sede judicial, que de mediar pacto no se daría, claro). Estos fracasos convencionales no son, en modo alguno, aislados, como prueba,

entre otros asuntos, el que resolvió la [STSJ del País Vasco 365/2016, de 23 de febrero](#), que, en aplicación de la citada [STS de 22 de diciembre de 2014](#), igualmente dejó sin la red de protección contractual a los trabajadores de nuevo ingreso.

6. A mi juicio, sin embargo, si no de derecho, sí *de facto*, el TS reabre una ventana para la legitimación de una suerte de «doble escala retributiva» (en general de condiciones de empleo, trabajo y previsión social), por razón de la fecha de ingreso en la empresa, que parecía haber cerrado. Así se desprendería, con carácter general, de la [STS 484/2019, de 24 de junio](#).

Que la sola fecha de ingreso en la empresa, al margen de cualquier otra razón objetiva de índole laboral, no puede justificar tratos jurídico-laborales diferenciados, provenientes del convenio colectivo, sí, pero también de cualquier otra fuente obligacional, aun privada, resulta una cuestión zanjada desde hace década y media por el Tribunal Constitucional (TC). La más reciente [Sentencia del TC 112/2017, de 16 de octubre](#), lo recuerda. Justamente, a tal fin, anula la STS de 11 de julio de 2016 (rec. 193/2015), a la que reprochó no respetar el principio de igualdad retributiva convencional por aceptar una «doble escala retributiva» (convencional) por la fecha de ingreso:

A mi juicio, sin embargo, si no de derecho, sí *de facto*, el TS reabre una ventana para la legitimación de una suerte de «doble escala retributiva» por razón de la fecha de ingreso en la empresa, que parecía haber cerrado

[...] la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación (FJ 5.º).

Ya antes, pero sin duda después de esa sentencia constitucional, el TS tomó buena nota de la reprobación constitucional, y procedió a endurecer su posición respecto de la licitud de una doble escala retributiva, procediese o no de un convenio colectivo estatutario. Desde esta perspectiva más rigurosa de control de legitimidad constitucional de las dobles escalas, la [STS de 28 de noviembre de 2018 \(rec. 193/2015\)](#) no solo exigía una justificación objetiva para la razonabilidad de la diferencia, más allá del solo dato del ingreso en fechas distintas, sino que requería igualmente tanto el carácter transitorio de la medida (eficacia temporal limitada) como la constatación de «contrapartidas o beneficios» para los trabajadores perjudicados. Una línea que ha mantenido inalterada posteriormente, como prueba la [STS 224/2019, de 18 de marzo](#) (también respecto de complementos de antigüedad –empresa Ence Energía y Celulosa, SA–; para la misma empresa y diferente

trabajador *vid.* [STS 169/2019, de 5 de marzo](#)), en la que ya emerge con especial fuerza el «principio general [...] de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el artículo 28 ET». Este principio desautorizaría toda diferencia salarial en atención únicamente a la fecha de la contratación. Que la fuente de la diferencia sea la autonomía colectiva de eficacia no normativa, sino obligacional, por tanto sujeta al derecho privado, no cambiaría la conclusión, pues si en tales casos la fuerza vinculante del principio de igualdad de trato no tiene la misma intensidad que en relación con el convenio colectivo normativo, no por ello deja de aplicarse, aunque sea de una forma más matizada, limitando la autonomía de la voluntad. Así lo recuerda, remontándose a una clásica doctrina constitucional, la citada [STS 484/2019, de 24 de junio](#), dictada pocos meses después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 14 de febrero de 2019, C-154/18](#), cuya aplicación descarta por considerar la doctrina nacional más favorable).

7. Como es sabido, la apenas referida sentencia comunitaria (donde el TJUE vuelve a hacer un papel de «villano social», desde la abogacía de trabajadores, o de «héroe económico», desde la abogacía de empresa, según se mire) legitima una decisión administrativa –en el caso, irlandesa– basada en leyes de austeridad del gasto público. En su «virtud», los funcionarios –en el caso, jóvenes profesores– de nuevo ingreso reciben una retribución menor respecto de los que ya son veteranos, sin que constituya ni una discriminación directa por razón del tiempo de ingreso en la Administración empleadora ni indirecta por razón de edad (en línea con la [STJUE de 22 de diciembre de 2008, C-443/07](#)). ¿Supone esta sentencia comunitaria una contradicción abierta con la doctrina jurisprudencial nacional, como algún analista advierte, alentando que los sujetos negociadores se aventuren a abrazar este eventual nuevo planteamiento de favor hacia las [nuevas dobles escalas por razón de la fecha de ingreso en la empresa](#), cambiando de tejado la «pelota jurídica», ahora «en manos de las empresas y sus trabajadores»?

Harían bien las empresas en no dejarse seducir por estos cantos de sirena. Ni hay una contradicción de raíz (en ambos casos se asume la legitimidad de la diferencia si media alguna razón distinta a la mera fecha de ingreso, aunque el TJUE se muestre mucho más laxo en su aceptación) ni el TS, por lo que se ha indicado, está ahora dispuesto a reabrir la puerta, pues, en todo caso, considera que la doctrina constitucional nacional es más favorable. De nuevo se invoca la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, en virtud del principio de igualdad de trato, que prohíbe la «doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa [...]» ([STS 484/2019](#), FJ 10.º, punto 5).

De ahí que ilegítimamente el acuerdo extraestatutario relativo a la participación en primas entre la mesa negociadora –integrada por las secciones sindicales– y la representación de la dirección de la empresa aseguradora –Sanitas–, que suprimió la aplicación del artículo 39 del convenio colectivo aplicable, sustituyéndose por un sistema propio alternativo al convenio. En virtud del mismo, a partir del ejercicio 1997, los trabajadores en alta

en la sociedad a final de 1996 percibirían como concepto salarial un «complemento de participación en primas» mayor (cantidad resultante de multiplicar 7 pagas por el salario base mensual más antigüedad) que el de los trabajadores ingresados en la sociedad a partir del primer día del año 1997 (la que especifica una tabla anexa, que viene a representar un número de 3,5 pagas). Aunque la AN sí dio validez a la diferencia, por tratarse técnicamente de condiciones gozadas *ad personam* y por no incurrir ni en discriminación ni en desigualdad –el pacto era contractual, no normativo–, el TS considerará que se trata de una doble escala carente de justificación (STS 484/2019, FJ 9.º, punto 2).

Si bien, es obligado evidenciar con honestidad científica, la sentencia pone énfasis en que existe una directa conexión entre la norma convencional estatutaria y el acuerdo colectivo de eficacia obligacional, de modo que aquella no contemplaría prácticas alternativas para la remuneración lesivas de la equidad, por lo que el pacto obligacional quebraría la norma de referencia colectiva, no menos cierto es que la razón fundamental de decidir está en la fuerza directa del principio jurídico-constitucional de igual retribución a trabajo de igual valor (STS 484/2019, FJ 9.º, punto 5). En consecuencia, al menos desde un plano de doctrina general, ni el TC ni el TS parecerían dejar resquicio alguno para las diferencias de condiciones de empleo y trabajo tan solo por la fecha de ingreso en la empresa. De ahí que, a mi juicio, carezca de razón de ser jurídica asumible la decisión tomada por la referida STS 360/2019, que sí reabre un boquete para que, de hecho o de derecho, se filtren regulaciones peyorativas para los trabajadores de nuevo ingreso que, como bien recuerda el TC, ocupan un eslabón más débil de la cadena.

8. Pero, lamentablemente, no es la única ventana abierta por la jurisprudencia reciente para que afloren estas «dobles escalas retributivas». A mi juicio, también la STS 335/2019, de 6 de mayo (deliberada y firmada con tres más, creando doctrina jurisprudencial), tendría ese efecto. Dejamos de lado la cuestión relativa al convenio colectivo aplicable (cuestión muy relevante, pero que será abordada en la sección de «diálogos con la jurisprudencia» de este número, con un preciso y sugerente análisis crítico de la profesora Margarita Miñarro Yanini, al que remitimos). Aquí nos interesa porque la doctrina mayoritaria (cuenta con dos fundados votos particulares, uno muy crítico y otro concurrente, pero con matices de gran calado) conduce a una situación de diferencia retributiva entre el «personal de plantilla» o «personal habitual» y el «personal de fomento de empleo (joven)» de las entidades municipales, de modo que, realizando análogas funciones en un caso y otro, tienen salarios peores los últimos.

Lamentablemente, no es la única ventana abierta por la jurisprudencia reciente para que afloren estas «dobles escalas retributivas». También la STS 335/2019, de 6 de mayo, tendría ese efecto

Podría razonablemente pensarse que también aquí rige la rica y bella regla de la norma diferente para el caso distinto, cuyo arte corresponde ejercer solo a la jurisprudencia.

Primero, no sería permanente la diferencia, sino transitoria, en la medida en que estamos ante una relación de fomento de empleo temporal. Segundo, el contrato trae causa de un programa de subvención pública, por lo que la diferencia salarial con el convenio sectorial provincial de la construcción tendría una causa de política de empleo y se compensaría con el beneficio de acceso al empleo que supone. ¿El acceso al mercado mediante vías subvencionadas es un claro beneficio de contratación que justifica la distinción del régimen jurídico-laboral? Aunque el TS no lo expresa así, para la sala de suplicación social sevillana estamos ante un «privilegio» –se trata de una relación especial, ajena a las políticas presupuestarias de restricción del gasto público–. Emerge la tensión derecho –devaluado– laboral versus garantía –fuerte– de empleo.

Precisamente, tanto el voto particular crítico, como el concurrente, apelan de forma significativa a la necesidad de resolver estas cuestiones, además de otros argumentos, sobre la razón de «equiparación de derechos y obligaciones». Este «debiera ser el norte interpretativo con el que orientarnos, salvando solo las peculiaridades que la propia Constitución o normas con rango de ley incorporan». Claramente queda en evidencia que sin la existencia de normas administrativas sobre regulación de las subvenciones y la fijación de las cuantías asignadas a cada corporación, y los criterios de subvención para cada contrato, «se aplicaría el salario mínimo interprofesional», por lo que se devaluarían los derechos laborales afectados «con clara preeminencia del interés empresarial». De ahí que incida:

[...] directamente en la precariedad en el empleo y en la desigualdad respecto a los trabajadores que efectúen la misma actividad para una empresa que no tenga la condición de Ayuntamiento (arts. 14 CE y 17 ET), e incluso al no «pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución» (art. 28 ET) si los afectados coinciden con otros trabajadores que a través de contratos o concesiones prestaran servicios para el Ayuntamiento realizando análogos trabajos de albañilería.

Desnuda, pues, la infravaloración jurisprudencial que se hace del trabajo de estos «jóvenes fomentados de empleo». Subyace la convicción del menor valor que los trabajos que se hacen para el mercado en sentido estricto, por lo que bastante tendrían ya con lograr ese empleo, que de otro modo no encontrarían, como para solicitar la plena equiparación. No nos parece la solución más ajustada tampoco en ese escenario evolutivo hacia el nuevo principio de igual salario a trabajo de igual valor en el mismo lugar de prestación de servicios.

9. Junto a la dualidad de relaciones de trabajo en una misma empresa por la sola razón de la fecha de ingreso (a mi juicio expresiva de una auténtica discriminación prohibida, además de promotora de un desequilibrio en sus contraprestaciones –se exigirá a los ingresados de nuevo cuño el mismo «valor» de trabajo que para los ya contratados, pero con un «precio» más bajo–, contrario a la buena fe, viciando incluso la causa), el mal entendimiento interpretativo de la doctrina de la interiorización contractual de las condiciones de trabajo, fenecidas por el fin de la ultraactividad de la norma convencional que las fundamentaba

como obligaciones del empleador, tiene otros efectos nocivos, genera otros lodazales jurídico-laborales. Sería el caso, ya anunciado anteriormente, de los efectos excluyentes de ciertos beneficios sociales pactados para las personas que dejaron de ser sujetos activos en la empresa, para ser sujetos pasivos, si bien incluidos, para ciertas cláusulas convencionales, dentro del ámbito del convenio. Así se declara en la citada [SAN 46/2019, de 26 de marzo](#), decidida por mayoría (cuenta con un voto particular).

En ella se falla que ciertos beneficios sociales (suministro eléctrico, seguro médico) reconocidos por convenio al «personal pasivo» de la empresa (personas jubiladas) pueden desaparecer si, a raíz de la pérdida de vigencia del convenio, por finalizar su ultraactividad, quedan huérfanos de una fuente específica en la que fundamentar la obligación empresarial (este tipo de beneficios es frecuente en las empresas del sector de la energía –por ejemplo, art. 3 II Convenio colectivo del Grupo Gas Natural Fenosa–). La sentencia resuelve una demanda de conflicto colectivo por la que se impugna la decisión empresarial, trasladada en el seno de la Comisión negociadora del IV Convenio marco del Grupo Endesa, conforme a la cual [la empresa dejaría de reconocer tales beneficios sociales](#) que venía disfrutando el personal pasivo, así como las personas viudas y huérfanas de trabajadores (activos y pasivos), una vez finalizada la vigencia del convenio aplicable. Esta decisión implica, asimismo, para el resto del personal una futura pérdida de tales beneficios a medida que se vayan extinguiendo los vínculos contractuales (contrato de trabajo, acuerdo de extinción o suspensión de contrato de trabajo, acuerdo de prejubilación o de jubilación anticipada) que mantienen con las empresas del grupo. Este personal solo recuperaría tales beneficios sociales si así se acuerda en el próximo convenio, con efectos futuros, descartando efectos retroactivos. El impacto económico de esta decisión es relativamente significativo, en la medida en que representaría más de la mitad del coste total de tales beneficios sociales (unos 500 millones de euros de los 900 totales).

[El mal entendimiento interpretativo de la doctrina de la interiorización contractual de las condiciones de trabajo tiene otros efectos nocivos. Sería el caso de los efectos excluyentes de ciertos beneficios sociales para sujetos pasivos \(SAN 46/2019, de 26 de marzo\)](#)

Las razones esgrimidas en la demanda son análogas al conflicto del personal de doble catalán, anteriormente analizado (interiorización contractual de todos los beneficios sociales; aplicabilidad de normas civiles –relativas a la protección de las condiciones contractuales en favor de terceros ex [art. 1.257 CC–](#); primacía del derecho a una negociación colectiva útil; principio de igualdad de trato). Como el TS, la AN también vaciará de toda practicidad las razones jurídicas esgrimidas. En primer lugar, para la AN la fuente de los beneficios sociales es convencional, por lo que ni nos hallamos ante «beneficios sociales que deriven de condición más beneficiosa» (FJ 6.º, consideración 1.ª; sigue la doctrina de la [STS de 24 de enero de 2018, rec. 72/2017](#)) ni «son estipulaciones en favor de tercero, pues [...] las organizaciones sindicales pueden [...] representar en su actuación colectiva

los intereses de [...] quienes han dejado de ser trabajadores en activo [...] cuando el interés controvertido deriva [...] de una relación laboral previa [...]» (FJ 6.º, consideración 4.ª; aplica la [STS de 21 de octubre de 1998, rec. 1527/1998](#)). En relación con los beneficios sociales del Grupo Endesa, la doctrina jurisprudencial ya se había pronunciado a favor de la cohabitación de dos tipos de beneficios distintos en razón de la naturaleza jurídica de su fuente de obligar ([STS de 16 de noviembre de 2016, rec. 27/2016](#)).

En suma, tratándose a lo más de garantías permanentes *ad personam* solo en relación con los procesos de subrogación contractual, serían «derechos disponibles [...] en los [...] convenios que resulten de aplicación, de conformidad con el principio de modernidad [...]» ex [artículo 86.4 del ET](#) (FJ 6.º, consideración 3.ª). Consecuentemente, y en segundo lugar, la AN entiende plenamente aplicable la que se asume –también por el TS– como «polémica» técnica civilista de la interiorización contractual de las condiciones convencionales de vigencia vencida («contractualización»). Y al igual que la citada –críticamente– [STS 360/2019](#) se apoya sobre un criterio extremadamente simple, por obvio: la norma convencional devenida –por degradación legal– contractual solo se podría aplicar si media relación contractual viva, actual, no si está extinguida:

La norma convencional devenida –por degradación legal– contractual solo se podría aplicar si media relación contractual viva, actual, no si está extinguida

[...] las disposiciones de un determinado convenio colectivo que establecen cualquier tipo de beneficio, o derecho en favor de personas que no son titulares de un contrato de trabajo en vigor al que resultase de aplicación el convenio expirado –como sucede en el caso de los denominados pasivos y viudas/os y huérfanos de activos y pasivos– dejan de generar cualquier tipo de derecho o beneficio una vez [que] concluye la vigencia ultraactiva del mismo, sin que sean susceptibles de ser contractualizadas pues no existe un contrato previo al que hayan dotado de contenido» (FJ 7.º, último párrafo).

10. No toda la Sala Social de la AN comparte esta conclusión. La sentencia cuenta con un voto particular que denunciaría el punto de partida o premisa errónea de la mayoría, que sería la de considerar que, en el caso de las personas que no son titulares de contratos de trabajo en vigor (los pasivos, y personas viudas y huérfanas de activos y pasivos), se les pueda aplicar una solución jurisprudencial pensada para situaciones que sí quedan dentro del ámbito funcional del convenio fenecido. Pero no sería el caso. A su juicio, estamos ante un tipo de situaciones distintas, propias de pasivos o familiares

La sentencia cuenta con un voto particular que denunciaría el punto de partida o premisa errónea de la mayoría

que generaron los derechos sociales en virtud de lo dispuesto en los diferentes convenios del Grupo Endesa y que, en la fecha en la que el IV Convenio marco de Endesa perdió su vigencia, ya eran titulares de los beneficios sociales y, por tanto, la finalización del mismo no debe tener consecuencias en ellos, «porque no estaban incluidos en el ámbito de aplicación del convenio». Justamente, así lo reconocería la empresa en relación con el personal activo excluido del convenio, al notificarles que la finalización del mismo no tendrá consecuencias ni en sus condiciones de trabajo ni en los beneficios sociales que les sean de aplicación con base en los pactos con la empresa (FJ 4.º, consideración 2.ª). En coherencia con ello, el beneficio social «no puede ser suprimido unilateralmente por la empresa, aunque sí puede ser objeto de compensación en la forma en que las partes implicadas acuerden mediante negociación, tal y como declaró en un asunto análogo la STS de 21 de octubre de 1998, rec. 1527/1998».

Dejo a un lado ahora esta cuestión (compleja por la densa infrahistoria convencional del grupo), relativa a la confusión sobre la fuente de la obligación empresarial, que ha llevado a una polémica incluso interna dentro de la Sala Social de la AN (si la fuente era el convenio, se sucedería el efecto excluyente de los sujetos pasivos; si se descarta, la solución sería civil, una contraprestación equivalente al beneficio que dejan de percibir). También la nueva referencia (más) ético-social a la supremacía de la solución pactada, la recomendable –pero solo eso, sin valor operativo inmediato– compensación negociada por la pérdida del derecho (en la práctica se intentó, pero la parte sindical no aceptó alcanzar un acuerdo que implicara reducción de beneficios, de ahí el conflicto, inexistente de mediar clima de negociación). Tan solo referiré, sucintamente, al error que implica, a mi juicio, la decisión mayoritaria, desajustada tanto al imperativo de corrección jurídica, como al de justicia contractual.

A mi juicio, no solo obvia la dimensión poscontractual de la relación creada por la sucesiva vigencia de las normas convencionales a favor de los sujetos pasivos, de modo que la protección no depende solo de la existencia de una relación laboral viva o activa (el personal jubilado anticipadamente tiene estos beneficios sociales, así como también los prejubilados), sino también los imperativos del principio de confianza legítima –trasunto de la buena fe, que rige todo tipo de relación, no solo la estrictamente contractual–. Ni la prohibición de la arbitrariedad de las partes de un negocio jurídico ni el justo equilibrio de los intereses toleran, a mi entender, que un sujeto obligado (empleador) pueda, por su libérrima decisión, suprimir, para un amplio colectivo de personas acreedoras, especialmente vulnerables (las personas trabajadoras jubiladas ordinariamente), unas obligaciones vigentes durante mucho tiempo, sin esgrimir más causa que el fin de vigencia del convenio que fue su fuente originaria sin

A mi juicio, no solo obvia la dimensión poscontractual de la relación creada por la sucesiva vigencia de las normas convencionales a favor de los sujetos pasivos, sino también los imperativos del principio de confianza legítima

persistir relación contractual de trabajo, excluyendo cualquier tipo de compensación por el más que evidente daño creado (pérdida patrimonial), rayando así en el enriquecimiento injusto. Si bien en este caso el principio de igualdad de trato resulta menos sólido, dada la diferencia notable entre ambas situaciones –activa y pasiva– a tales efectos, no por ello deja de tener una potente fuerza de obligar otros principios y reglas elementales de cualquier derecho social civilizado.

Finalmente, no es ocioso advertir que, en este caso, el efecto nocivo de fragmentación o segmentación de estatutos laborales según la fecha de ingreso en la empresa –Grupo Endesa– no se producirá. La empresa dará el mismo trato a las personas trabajadoras de nuevo ingreso. En suma, para los jóvenes potenciales activos, los «males de la caja de Pandora» fin de la ultraactividad no se actualizarán, «solo para pasivos»: jubilados, viudas y huérfanos. Ni una novela de Dickens podría tener un final tan antisocial. Confiamos en la justicia, no solo poética, del TS para corregir tantos agravios, en espera –cada vez más mesiánica– del Legislador.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). Entre «polvos» y «lodos»: el fin de la ultraactividad abre la «caja de Pandora». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 439, 5-19.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0