

«CONTRACTUALIZACIÓN» DE LOS CONVENIOS «CADUCADOS»: CRECIENTES INCONSISTENCIAS DE UNA CONFUSA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 20 de diciembre de 2016, rec. núm. 217/2015**

Juan Ignacio Marcos González

Abogado

Coordinador del Observatorio vasco sobre el acoso moral y la discriminación

1. MARCO LEGAL LAGUNOSO, JURISPRUDENCIA SOCIAL CONFUSA, PERO REPETIDA

Tras media década de reforma, conocemos la «letra gruesa» del alcance de uno de los artículos del Estatuto de los Trabajadores considerado, por la mejor doctrina, más lagunosos y contradictorios, todo un festín de ese vicio que tanto nos disgusta a los abogados –aunque a menudo lo aprovechemos–: la inseguridad jurídica¹. Hablo del [artículo 86.3 del ET](#) en general y en especial en su párrafo final (ultraactividad). Apenas se compare su redacción antes y después de la reforma comprobaremos que pone fin a muchas certezas de «infancia jurídico-laboral»: evapora la distinción entre «cláusulas obligacionales» –las que perecían siempre, finada la inicial vigencia– y «cláusulas normativas» –las que, sin embargo, se conservaban, siempre salvo el célebre pacto en contrario–; cede el favor por la vigencia persistente del convenio en tanto no hubiera otro que lo sustituyera para evitar el tan temido vacío de regulación convencional [...] Pero todo «se dice» por la ley –la voluntad del legislador–, pero «sin decirlo el texto». En efecto, por ejemplo, el texto dice que, salvo pacto, la denuncia de un convenio, no obstante la apertura del proceso de negociación, hará decaer las cláusulas de paz, pero ¿qué pasa con las demás cláusulas obligacionales? Asimismo dice que, «salvo pacto en contrario», decaerá el convenio. Pero ¿qué pacto, anterior, posterior [...]? En todo caso, a falta de tal pacto, denunciado y transcurrido el año previsto de ultraactividad, el convenio decaerá y se aplicará, «si lo hubiere», el convenio de ámbito superior; pero ¿y si no lo hubiere, qué aplicamos?

¹ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: *La reforma laboral a juicio de los tribunales*, Madrid: La Ley, 2016. págs. 301, 305 y 334.

A pesar de estas y otras incertidumbres del precepto que no vienen al caso, digo que todos conocemos cómo debería interpretarse tanta imprecisión, al menos a grandes rasgos, pues su conflictividad judicial, lejos de ceder, crece. Si es así es porque ya contaríamos con una reiteradísima doctrina jurisprudencial que da respuesta a los principales «escenarios» de esa inseguridad, aquilatando, con mayor o menor resistencia, tanto científica como de instancias de jurisdicción inferior, las soluciones a los mismos. Tan aquilatada estaría que expresamente esta cuestión se dejó fuera del último balance monográfico realizado por esta Revista (núm. 405)² sobre la pugna, irresuelta, entre la jurisprudencia y el legislador por la decantación del más genuino o auténtico Derecho del Trabajo (económico o social) aplicable, al entender que presentaba una escasa innovación. En ese balance se daba cuenta de la interesante [STS de 6 de julio de 2016, rec. núm. 155/2015 \(caso Siscor Norte, SL\)](#), que procedía, en un caso difícil, a realizar una cumplida síntesis de la solución jurídica cuando media pacto de conservación del convenio hasta que sea sustituido por otro –FJ 6.º, punto 4–: 1) El «pacto en contrario» que el ET pide puede estar en el propio convenio. 2) Son válidas las cláusulas de ultraactividad indefinida contenidas en convenio anterior a la reforma laboral. 3) El convenio previo con tal cláusula mantiene su vigencia hasta que los sujetos legitimados suscriban uno nuevo.

Una síntesis de doctrina jurisprudencial –integradora del claro vacío legal al respecto– análoga, pero ahora en los casos en que no existe red convencional alguna de seguridad, ni específica, anterior o posterior, ni un convenio de ámbito superior, que hacía la también allí citada [STS 850/2016, de 18 de octubre](#) –y la [STS de 18 de mayo de 2016, rec. núm. 100/2015](#)–. En este caso, la llamada doctrina de la conservación de las condiciones de trabajo, pese a decaer en su vigencia temporal, si bien ya no con un valor de cláusulas normativas –convencionales–, sino de mero valor contractual, por tanto afectables por el poder de novación unilateral [ex artículo 41 del ET](#), se resume así:

«[...] cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad [...] no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque [...] las normas del convenio [...] extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque [...] 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 [...]. Por consiguiente, esas condiciones contractuales [...] podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal [...]. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido». (FJ 11.º, punto 2).

Entonces, ¿seguro que no hay novedad relevante que merezca la pena contar en esta *Sección*? Como ya apuntaba también ese citado balance de la Revista, sí, y, antes o después, debía

² Titulado «Un quinquenio de reforma laboral: Último balance jurisprudencial antes de la anunciada reforma 2017», [RTSS.CEF, núm. 405](#), págs. 159-201.

traerse aquí. Lo que de inmediato procedo a contar, brevemente, a partir de la doctrina inquietante sugerida por la sentencia del Alto Tribunal que aquí nos atrevemos a glosar.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Tras diversas vicisitudes, a partir del 1 de enero de 2012, el III Convenio Colectivo de Air Europa entró en situación legal de ultraactividad. Abierto el proceso de renegociación, y tras numerosas reuniones y aún más conflictos –que incluye el descuelgue de algunas de las condiciones de trabajo, finalmente asumido parcialmente por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos–, no fue posible el Acuerdo. En un contexto de intensas idas y venidas, de gran conflictividad, de mediaciones y actuaciones, la empresa comunicó, perdida toda vigencia del III Convenio y aplazada la negociación del IV Convenio –que años después se logró–, una conservación selectiva de sus condiciones de trabajo. Disconforme con la tesis empresarial tanto de pérdida de vigencia del convenio como de aplicación parcial, la representación sindical presentará demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional. La pretensión de la demanda era que se reconociera la aplicación íntegra del convenio colectivo, hasta que se sustituyera por el nuevo, y se reparara los perjuicios causados por esa inaplicación parcial.

La [SAN de 23 de marzo de 2015, procedimiento 283/2014](#) estimaría parcialmente esta demanda, de modo que, amén de ciertas cuestiones procesales que tampoco hacen al caso, se condena a la empresa a una aplicación no selectiva sino total del III Convenio Colectivo. Por la representación letrada de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, se interpuso un prolijo recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en diez motivos, tanto procesales de revisión de hechos como de Derecho –y jurisprudencia infringida–.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: LOS RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PARA EL FALLO

La [STS de 20 de diciembre de 2016, rec. núm. 217/2015](#), estimará parcialmente el recurso, pero, en lo que aquí interesa –la doctrina sobre ultraactividad de los convenios colectivos–, confirmará el resultado práctico de la sentencia de instancia: la aplicación íntegra. No obstante, expresará su disconformidad con los razonamientos jurídico-conceptuales que la sustentan.

En efecto, para la sala de instancia social, la conservación de las condiciones de trabajo una vez perdida la vigencia normativa del convenio no podría venir, coherentemente, a través de la incorporación «a cada contrato de trabajo directamente [d]el articulado del III Convenio Colectivo con valor de cláusulas contractuales (lo que sería imposible para todas aquellas materias comprendidas en el III Convenio Colectivo que solo podrían traer causa en una fuente de origen colectivo, convenios o acuerdos de empresa), sino [...] de aplicar a cada trabajador el pacto de aplicación en bloque del contenido material del III Convenio Colectivo». Como sostuvo crítica-

mente la doctrina científica, la Audiencia Nacional no se encuentra a gusto con la doctrina jurisprudencial de la «contractualización desde el primer minuto» u originaria, y busca mayor fuste científico, para lo que no le importará inventar una nueva categoría de contratos normativos colectivos –que no nomina, pero sí refiere como un contrato sobrevenido «singular» o «atípico» y de carácter colectivo o grupal– y formalizarla a través de una formulación «cuasi matemática»³: «Utilizando una expresión matemática: el contrato de trabajo no vendría nutrido por los distintos sumandos (las diversas cláusulas que lo eran del III Convenio Colectivo), sino por su sumatorio: el contenido material y en bloque del III Convenio Colectivo».

Aunque la sala de casación no acepta la conclusión crítica de la parte recurrente, que descalifica tanta fantasía creativa de la instancia social por considerarla no solo contradictoria sino generadora de indefensión, sí que expresa claramente su perplejidad, dejando entrever su incompreensión –más que precisión matemática adolecería de construcción jeroglífica: «algunos pasajes de la sentencia» se muestran «de difícil comprensión»–. Pero no estima el recurso en este punto, porque:

«Si bien la Sala no comparte la fundamentación [...] de la sentencia, especialmente la contenida en el apartado 5 del fundamento de derecho octavo –"[...] cualquiera de las partes [...] podrá someter su relación contractual laboral con la otra parte a la nuda legislación, pasando a ser la ley la única fuente que desde entonces la regulará, siempre que se cumplan una serie de requisitos [...]"– y en el apartado 9 –"[...] estaríamos en presencia de un contrato ofertado por el empresario desde el momento en que decide seguir aplicando el contenido material del III Convenio Colectivo a sus relaciones laborales con el colectivo de trabajadores afectados y estos dan su consentimiento a que así sea, resolviéndose en sede judicial que la aplicación material del contenido del III Convenio Colectivo lo sea en su integridad"–, ello no supone la estimación del motivo del recurso. En efecto [...] *no cabe inaplicar [...] parte de las cláusulas del Convenio Colectivo ya que las condiciones de trabajo, en los términos señalados con anterioridad, se han contractualizado desde que se crea la relación*». (FJ 12.º, punto 2).

Hasta aquí nada nuevo bajo el sol. Pero incorpora la siguiente novedosa afirmación: no es función de esta sala, «en el marco del extraordinario recurso de casación, decidir qué concretas materias de las inaplicadas por la empresa han de seguir aplicándose y cuáles no se han de aplicar» (FJ 11.º, punto 3). Pero ¿la doctrina jurisprudencial que acaba de advenir no es la de que se aplica íntegro el convenio, sin mutilaciones? Entonces ¿cómo que hay materias que sí pueden dejarse inaplicadas por parte del empresario? Y si no es su competencia decidir las en el marco del recurso de casación, ¿por qué nos da unas pautas generales para confirmar que sí, que sí es posible dejar de aplicar ciertas condiciones de trabajo? La sala ofrece las siguientes pautas generales –más que de orientación de confusión–:

³ Vid. la irónica crítica del profesor MOLINA NAVARRETE en *La reforma laboral...*, op. cit., pág. 341.

- a) La primera es fácil de entender y de todo punto correcta. El concepto de condiciones laborales no puede restringirse en modo alguno, «como pretende el recurrente, a los elementos esenciales del contrato de trabajo [...], sino que abarca la totalidad de las condiciones laborales [...] y no solo el "núcleo duro"».
- b) La segunda, coherente con la primera, pero ya más discutible, confirma que la reforma del ET firmó el acta de defunción de la histórica distinción conceptual, con manifiestos efectos prácticos, entre «cláusulas obligacionales» y «cláusulas normativas», siendo las primeras las que perdían vigencia una vez denunciado el convenio y hasta tanto no se lograra un acuerdo expreso, conservándose hasta entonces las normativas.
- c) La tercera pauta pierde lo ganado, desandando el camino seguido y dejándonos en la mayor de las intemperies interpretativas: donde dijo que «no» era posible una aplicación selectiva del convenio colectivo caducado, ahora dice que «sí», porque la doctrina actual «no conduce necesariamente a que la totalidad del Convenio fenecido» deba «entenderse "contractualizado" íntegramente». Al contrario, sucedería que «en casos concretos, pueda ser ajustada [...] la inaplicación de [...] preceptos de un Convenio Colectivo fenecido, *siempre que tales preceptos no sean "contractualizables" y se comuniquen en forma que preceptos del texto pactado entienden incorporados al contrato de trabajo y cuáles no*, de manera concreta, sin realizar una inaceptable mezcla genérica de contenidos» (FJ 11.º, punto 3, *in fine*).

4. TRASCENDENCIA MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO: PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA DOMINANTE

Fuera del caso, no reviste esta sentencia especial trascendencia práctica, pues asume el típico efecto conservacionista. En cambio, sí presenta una gran relevancia «doctrinal», por las innovaciones de futuro que apunta y las inquietudes que crea su imprecisión.

Esta sentencia suscita dos cuestiones teóricas que obedecen, sin reflejarlo de manera expresa, a sendas matizaciones o modulaciones de su doctrina jurisprudencial, que dice, en cambio, seguir a pie juntillas. A saber:

1. La primera matización vendría del reconocimiento de que la asumida degradación de la fuerza jurídica de las condiciones pactadas convencionalmente, nacidas con un valor normativo pero devenidas con mero valor contractual en los supuestos de caducidad *ex artículo 86.3 del ET*, quedaría enervada si media convenio colectivo superior. Consecuentemente, aunque sigue insistiendo en la doctrina de la incorporación *ab origine* u originaria al contrato —«desde el primer minuto» de la relación—,

termina reconociendo lo obvio: el presupuesto legal (condición legal) para que sea posible la solución contractual es que no medie convenio de ámbito superior.

2. La segunda matización, y a mi juicio todavía más relevante, siendo novedad de esta sentencia, sería la legitimidad de limitar el alcance de esa vía de conservación tan solo a las condiciones de trabajo que, por su propia naturaleza y siempre que se comuniquen en debida forma, no sean susceptibles de contractualización.

Si la primera matización no es novedad, pues había aparecido en varias precedentes, sí lo es la segunda. Para comprobarlo bastará con recodar la [STS de 18 de mayo de 2016, rec. núm. 100/2015](#), estimatoria del recurso de casación de la empresa contra la STSJ del País Vasco de 7 de enero de 2015, Autos núm. 40/2014 (esta había declarado que el Convenio Colectivo de Delta Control y Servicios, SL, «ha de *seguirse aplicando a toda su plantilla actual y futura en tanto [...] no se suscriba otro nuevo que lo sustituya*»). La sala asumió plenamente la doctrina de la [STS de 22 de diciembre de 2014 \(rec. núm. 264/2014\)](#), pero matizó que «la doctrina [...] "conservacionista" [...] resulta de aplicación cuando no existe un superior aplicable como aquí acontece» (FJ 4.º, punto 2, letra B). No obstante, contiene algunas afirmaciones que pueden plantear más dudas, como la distinción que parece querer hacer entre cláusulas obligaciones y normativas, al reconocer el «derecho de los trabajadores [...] a mantener las anteriores condiciones de trabajo *como cláusulas obligacionales* derivadas del contrato de trabajo». Precisamente, el voto particular realizará algunas precisiones al respecto. La primera, que «*han de mantenerse las condiciones fijadas en el convenio [...] sin distinción alguna*, y en concreto, sin necesidad de referencia expresa a las cláusulas normativas pues tal distinción no resulta de la STS 22/12/2014». La segunda que se conservarían «todas las que las partes [...] pactaron [...], *a partir del momento en que pierde su vigencia el convenio colectivo [...]*». La tercera, que «*afectará a los trabajadores que en tal momento se encontraban en la empresa; sin que la Sala se pronuncie sobre las contrataciones [...] futuras por no [...]* ser un tema resuelto en la STS de 22/12/2014 [...]».

Sin embargo, en los niveles inferiores de la jurisdicción social, esta modulación o matiz, que condiciona –con toda corrección legislativa– la tesis conservacionista a que no esté vigente un convenio de ámbito superior aplicable *ex artículo 84 del ET* (no cualquiera), o que este resulte lagunoso (STS de 23 de septiembre de 2015, confirmatoria de una polémica decisión de instancia social vasca) presenta bastantes más dudas. Unas decisiones lo asumen plenamente, con más o menos resignación, pero con claros efectos prácticos. Es el caso de la [STSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2016, rec. núm. 1888/2016](#), FJ 3.º, letra C), que aplica el convenio colectivo de ámbito superior, sin aceptar la prórroga tácita que pedían los sindicatos y que sí aceptaba el voto particular que contiene la sentencia; o de la [SAN de 10 de octubre de 2016, procedimiento 218/2016](#), que, en un supuesto de sucesión de empresas, y frente a la petición sindical de contractualizar el convenio propio decaído, la rechaza, porque sí hay convenio aplicable.

Otras, en cambio, parecen resistirse a esa modulación (teoría de la incorporación al vínculo contractual sujeta a la condición legal suspensiva, como sostiene el profesor MOLINA, de inexistencia de un convenio colectivo superior aplicable), y prefieren mantenerse aferradas a la letra –a

mi juicio poco reflexiva y a todas luces incoherente en nuestro sistema de fuentes— de la doctrina originaria, sin asumir condicionamiento suspensivo a esa eventualidad jurídica. Es el caso de las SSTSJ de Andalucía/Sevilla (de 17 de noviembre de 2016, recs. núms. 2873, 2874, 2885 y 2886/2016), que, en un supuesto de segregación de una unidad productiva que pasa a dedicarse a actividad completamente distinta de la originaria, sí reconoce la conservación con valor contractual de las condiciones de trabajo pactadas en su convenio precedente, porque «carece de sentido [...] esperar a ver si se cumple una condición —no existencia de convenio superior aplicable— *incertus an*, dejando en estado latente la contractualización del convenio colectivo. El argumento contrario debilita al convenio estatutario».

Esta doctrina de instancia social andaluza asume, en términos literales, no solo lo dicho por la [STS de 22 de diciembre de 2014](#), sino lo escrito por un sector de la doctrina científica⁴. Con el debido respeto a las razones de la sala de instancia y de la doctrina científica, no puedo compartir ese criterio, por la elemental razón —como defiende el profesor MOLINA— de que no es una condición doctrinal, sino directamente impuesta por la ley: si hay convenio superior de aplicación la ley ha querido que no nazcan los efectos de la incorporación contractual, que solo se activaría o se actualizaría si no existe o es lagunoso. Esta tesis es, además, la que mejor respeta, dentro de la incertidumbre legal, la posición preferente del convenio en el sistema de fuentes, como reconoce la mejor doctrina científica, contradiciendo la posición judicial citada.

Sea como fuere, parece claro que va calando en la jurisprudencia social esta parcial revisión de los efectos prácticos de la tesis de la incorporación contractual *ab origine*, a fin de dar mayor coherencia a la —equivoca, y errada— doctrina jurisprudencial, aunque se mantenga inalterada en sus términos doctrinales o literales. Con lo que bien puede decirse que, con ella, se está ganando en seguridad jurídica y certeza práctica, pese a lo que se pierde en coherencia conceptual o doctrinal. Que sea recomendable una reconciliación de la doctrina también en sus presupuestos teóricos, muy débiles, no obsta para afirmar que esta precisión cuenta con el aval legislativo y con mayores razones. Ahora bien, lo ganado en este aspecto lo volveríamos a perder con relación a la determinación del alcance objetivo de la teoría conservacionista, pues en lo que no contamos con ninguna pauta cierta, más bien lo contrario, como se ha expuesto, es en determinar cuáles son esas condiciones de trabajo que, por su naturaleza —entendemos que sea obligacional colectiva sea estrictamente normativa—, no son susceptibles de conservar vigencia contractual. Sabemos que no basta con inaplicaciones generales, como ha hecho en este caso la empresa, sobre exclusiones por grupos categorizados de forma general o abstracta atendiendo a su contenido (cláusulas obligacionales, meras expectativas de derechos, buena parte de derechos de representación colectiva; materias que el ET exige sean acordadas [...]), sino «concreta». Pero ¿cuáles y cómo se hace?

En fin, una vez más, quien debería, por vocación y función, darnos seguridad, poniendo orden en la improvisación y deficiencias legislativas, nos abre más inquietudes en la solución,

⁴ Vid. Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA: «Contractualización del convenio colectivo: ¿"ab initio" o latente?», en www.ignasi-beltran.com (1 de febrero de 2017).

que sin duda exigirá que sigamos practicando con ahínco el oficio de abogado y tornemos, una y otra vez, a demandar al Alto Tribunal que resuelva las contradicciones e incoherencias que se están fraguando en la experiencia forense. Aunque él tiene responsabilidad significativa en tal situación brumosa o vaporosa, incómoda de gestionar para los profesionales, aunque haga el caldo de cultivo más favorable para los debates doctrinales, siempre respetables y útiles para nosotros, también le incumbe, como máxima autoridad judicial nacional, corregirla, aclararla. Y confiemos en que las próximas oportunidades no respondan a la insufrible condena de Sísifo, de modo que a cada decisión del tribunal volvamos a la casilla de salida, porque sean más las dudas que las certezas. El Tribunal Supremo debe contribuir a redibujar mejor el papel –prioritario– de la negociación colectiva en el sistema de fuentes –ahora ya también atendiendo al art. 28 de la [Carta comunitaria](#), que hace de la negociación colectiva un derecho fundamental europeo–, no a desdibujarlo por completo, como supuso –y supone– la Sentencia de [22 de diciembre de 2014](#).