

EL EFECTO *POST MORTEM* DEL CONVENIO COLECTIVO

Roberto Gutiérrez Arranz

Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don FRANCISCO CONDE VIÑUELAS, don FRANCISCO FERNÁNDEZ DÍEZ, don ÁLVARO NÚÑEZ GUTIÉRREZ, don LUIS PÉREZ CAPITÁN, don JOSÉ PRIETO y don EDUARDO ROJO TORRECILLA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

Abordamos en este trabajo una cuestión candente a estas alturas y con indudables repercusiones prácticas (jurídicas y económicas). El legislador del 2012, apoyándose en los consejos de economistas expertos (*lobbys*), y en las recomendaciones/mandatos europeos, quiso evitar las prórrogas tácitas e indefinidas de los convenios colectivos, y para ello, entre otros, reforma el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores. Pero a su altura, y añadiríamos, *de facto* por encima, se ha venido a imponer una doctrina del Tribunal Supremo (todavía sin el valor de jurisprudencia en los términos técnicos que recoge el artículo 1.6 Código Civil) recogida en la ya famosa sentencia de 22 de diciembre de 2014. A glosar esta y otras posteriores dedicamos el trabajo, revisándolas críticamente, y además, y quizás tan importante, porque lo anterior ya a estas alturas se ha hecho abundantemente, aportando soluciones alternativas que creemos más factibles, jurídicamente e incluso para lo que es la práctica diaria.

En efecto, como se verá, con el juego de la buena fe y el apoyo del abuso de derecho, que por influencia europea cada vez juegan un papel más importante en el Derecho laboral, todo se hubiera resuelto de forma más sencilla y lógica, evitando construcciones enrevesadas que son susceptibles de causar importantes daños colaterales.

Palabras clave: convenio colectivo, vigencia, extinción, ultraactividad y cláusulas de remisión.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / *Fecha de aceptación:* 12-07-2016

THE POST MORTEM EFFECT OF THE COLLECTIVE AGREEMENT

Roberto Gutiérrez Arranz

ABSTRACT

This paper deals with a nowadays hot issue which undoubtedly has practical (juridical and economic) repercussions. The 2012 legislators, leaning on counselling from expert economists (lobbys) and European recommendations/mandates, wanted to avoid evergreen clauses featured in collective agreements and, to that purpose, amended, among others, article 86.3 of the Spanish Worker's Statute. But as relevant as that is, and de facto even more, a prevailing new doctrine coming from Tribunal Supremo (still not a precedent, according to the technical terms exposed in article 1.6 of the Spanish Civil Code) has been laid out on its 22nd December 2016 ruling. The critical review of that and other rulings is the main focus of the present work, furthermore and maybe as important, because the previous has been abundantly done, bringing in, what we think, are alternative, more feasible solutions, legally and even for the dairy practice.

In fact, as it will be shown, with the interplay between good faith and abuse of power –both, because of the European influence, playing a more significant role in labor law– everything would have been solved in a more simple and logical way, avoiding twisted constructs that are more likely to cause collateral damage.

Keywords: collective agreement, length, extinction, overlength and remission clause.

Sumario

- I. Introducción y *ratio legis*
- II. Estrategia negociadora en los convenios colectivos
- III. No hay laguna, ni vacío normativo
- IV. La reglamentación del contrato de trabajo y sus fuentes: La integración
- V. La dignidad, la analogía o el enriquecimiento injusto
- VI. El principio de conservación del negocio jurídico
- VII. La buena fe y el abuso de derecho
 - 1. La buena fe: Papel clave y solución de la ecuación
 - 2. El abuso de derecho. Complemento directo
- VIII. Condición más beneficiosa tras pérdida de vigencia del convenio
- IX. Doble escala salarial y modificación de condiciones
- X. Ultraactividad y transmisión de empresa
- XI. Implicaciones de microeconomía

I. INTRODUCCIÓN Y RATIO LEGIS

«Situación verdaderamente problemática» (Rosa M. VIROLÉS); «inaceptable laguna» (Luis F. DE CASTRO); «materia relevante y sensible en la que era deseable una posición unánime», y «suscita graves dudas interpretativas» (Antonio V. SEMPERE); o «la regulación legal plantea un problema de difícil solución» (Milagros CALVO), expresiones todas ellas vertidas por los magistrados que referimos entre paréntesis, la primera de la ponente, el resto votos particulares, en la [STS de 22 de diciembre de 2014](#), que aborda la cuestión relativa a la vigencia de los convenios, que si no prevé otra cosa el propio convenio a extinguir, o lo remedian los llamados a negociar uno nuevo, están abocados en principio a la finitud (no prórroga tácita o falta de ultraactividad); ponen de relieve lo intrincado de la materia. La propia doctrina al abordarla muestra signos de tribulación; como ejemplo, uno de sus mejores exponentes, DESDENTADO, que al final de su conienzudo y original trabajo sobre el particular destila unas palabras teñidas de cierta sensación de desazón cuando afirma que a la fecha no ha conseguido «despejar las principales incógnitas»¹.

II. ESTRATEGIA NEGOCIADORA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Con el estado de cosas que la modificación legislativa pretendía alterar, el trabajador como mínimo tiene el colchón del convenio anterior, que, como decimos, si no hay acuerdo en contrario, se verá prorrogado *ad infinitum*. DESDENTADO lo explica en la introducción de su trabajo: un convenio colectivo que, si no es sustituido por otro, mantiene su vigencia *sine die*, provoca en principio y en propias palabras de ese autor «una espiral de mejoramiento»². O como señala DURÁN, «la falta de una verdadera igualdad en las posiciones negociadoras de las partes, ya que la exigencia de mantener todo lo previamente pactado (añadiendo algo más, si se quiere alcanzar un acuerdo) limita de forma importante la libertad empresarial de negociación»³.

Sin perjuicio de que se desarrollará más por extenso al final del trabajo (epígrafe VIII), aquí a modo de prólogo anticipemos que ese estado de cosas en época de crisis puede compadecerse

¹ DESDENTADO BONETE, A.: «La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2014», *Información Laboral*, 3/2015.

² DESDENTADO BONETE, A.: «La ultraactividad en el Tribunal Supremo...», *op. cit.*

³ DURÁN LÓPEZ, F.: «Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente», *Relaciones Laborales*, 9/2014.

mal con las magras cuentas de las empresas, que si les es vedado ajustar por la vía salarial, puede que lo hagan en efectivos. Además, y aquí está para nosotros lo verdaderamente relevante, no solo en épocas de crisis: un mercado altamente competitivo exige la constante adaptación de la empresa que participa en la carrera por el beneficio, y si por el lado de los salarios encuentra una «pared» infranqueable, buscará otras salidas en forma de despidos, subcontratación externalizante, renuncia al crecimiento orgánico, etc.

Pues bien, ahí es cuando interviene el último legislador que, invocando influencias/exigencias europeas y las opiniones de economistas consagrados, en la exposición de motivos de la [Ley 3/2012](#) que reforma el Estatuto de los Trabajadores explica sus intenciones: mejor adaptación del convenio a los cada vez más rápidos cambios en el mercado, por medio de la que podríamos denominar anticipación o negociación paralela al convenio todavía en vigor, con la posibilidad –alentada en esa Exposición– de que se vayan adoptando acuerdos parciales en materias determinadas, y además, si ello no ha sido posible en todo caso y con expresión transcrita; «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». La licencia lingüística «petrificación» no es quizás muy acertada y puede causar incluso malestar, pues parece que habla de algo fosilizado. Bien es cierto que se entiende lo que quiere decir. Viene a hacer referencia a que con la regulación existente hasta el cambio en la norma, si alguna de las partes negociadoras –y no hay que pensar que siempre va a ser la banca social–, con la premisa de que si no hay nuevo acuerdo, las cosas van a seguir como estaban, puede adoptar una actitud remolona, o al menos que no se lance a nuevas aventuras negociales provocando de esta forma un enquistamiento de la situación. O en otras palabras: tal régimen jurídico se presta a desincentivar las ansias pactistas, ya que el menos proclive a los eventuales cambios puede pensar que con ellos a lo mejor sale peor parado respecto a cómo venía estando.

Y decimos que no necesariamente tiene que ser siempre la parte de los trabajadores la beneficiada de esa parálisis, es cierto que sí en gran medida, de hecho en ella se esté pensando principalmente, pero como apunta GORELLI, «la ultraactividad ha venido jugando a favor y en contra de ambas partes, sin que pueda decirse que hay un neto ganador»⁴; hay que tener en cuenta que, si bien es verdad que cuando se aprueba el nuevo convenio, se acuerda en la inmensa mayoría de los casos la retroactividad de las nuevas tablas salariales, también lo es que un convenio prorrogado significa, sobre todo, congelación de salarios o aumentos tasados, de cantidades establecidas mucho tiempo atrás, incertidumbre... Además que hay que pensar que lleva aparejado la ausencia de revisión de otras cuestiones que le pudiera interesar a la parte social mejorar. Y viceversa, un convenio nuevo aprobado «cuando toca» se puede pensar que es mejor para el empresario, porque va a poder renegociar las condiciones laborales y en su caso rebajarlas, pero eso no es ni mucho menos lo habitual, ni a lo mejor necesita este instrumento para lograrlo.

⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia», *Aranzadi Doctrinal*, 6/2014.

Quizás para esta materia de la prórroga de la vigencia de un convenio no haya sectores más prototípicos que los que se revisan en la nuclear [Sentencia del Supremo de diciembre de 2014](#) y en la de [23 de septiembre de 2015](#). En concreto hacen referencia respectivamente a una empresa de servicios y al sector de limpiezas; se trata en ambos casos de sectores maduros, muy competitivos, con márgenes muy tasados y pequeños, y con una actividad bastante sencilla de planificar, donde los salarios, al menos del personal de producción, no son precisamente altos. Por tanto, las compañías «se juegan mucho» en cada negociación. Una sociedad mercantil con un convenio que se significara por arriba frente al resto del sector pudiera «sufrir las consecuencias», porque bien le impediría ganar mercado o contratos públicos, o incluso también le podría ocasionar, vía no renovación, perder los existentes.

En el polo opuesto está el caso de los pilotos de avión o los controladores aéreos, tan estándar como el anterior, donde las condiciones salariales elevadas del pasado quizás hoy en día han quedado desfasadas, y de las que haremos referencia aquí a la [SAN de 23 de marzo de 2015](#) y la [STS de 17 de marzo de 2015](#). En este caso se «peca» de lo contrario, alto nivel salarial, corporativismo o mantenimiento de estatus, donde más si cabe que en los otros sectores la parte empresarial desde hace tiempo lucha por bajar emolumentos.

Ahora bien, al margen de estos supuestos hay que tener en cuenta que la realidad de los convenios colectivos en nuestro país no se mueve habitualmente por esas coordenadas. Aunque fuera la interpretación correcta del [artículo 86.3 del ET](#) la que piensa que después de perdida la vigencia las condiciones laborales se pasan a regular directamente por el Estatuto de los Trabajadores, pocos empleadores se «van a atrever», ítem más, ni siquiera va a estar en su pensamiento tomar una medida como la que adoptó la empresa recurrente en casación, que revisa la sentencia de diciembre de 2014: pasar a abonar a la plantilla el SMI. SEMPERE lo expresa muy gráficamente: «Tampoco es lógico pensar que las empresas quieran incendiar sus relaciones laborales y descender el nivel de derechos de modo provocativo»⁵. Lo que sí que es cierto es que esa posibilidad pudiera dar cobertura a la congelación de condiciones salariales.

En definitiva la cuestión no es tan dramática. Primero porque la gran mayoría de los convenios publicados bajo la nueva normativa establecen como regla la prórroga de condiciones hasta la publicación de otro nuevo. Pero es que los que no lo hacen, no por ello, decaída definitivamente la vigencia de un convenio, ha significado una bajada masiva de salarios, o una pérdida de derechos laborales típicamente recogidos en la negociación colectiva.

III. NO HAY LAGUNA, NI VACÍO NORMATIVO

Si hay una expresión, o las dos, que aparecen de forma repetida en las sentencias aludidas, y en los trabajos doctrinales, es la que achaca a la reforma del [artículo 86.3 del ET](#) el haber pro-

⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos», *Aranzadi Doctrinal*, 4/2013.

vocado una laguna legal o un vacío normativo. VARELA, por ejemplo, señala que el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo «pone de relieve la existencia de una laguna legal que convendría cubrir con una normativa adecuada»⁶. Bien es verdad que hay otros que utilizan términos menos extremos y, a nuestro entender, como trataremos de justificar a continuación, más certeros: MIRÓ hace uso de una expresión híbrida interesante, en concreto habla de una «laguna jurídica que ha provocado una significativa inseguridad»⁷, o el a nuestro juicio más atinado SALA FRANCO, que obviando la existencia de una laguna (luego tácitamente entendemos que la niega), califica la situación de «anomia convencional y por ello debiendo aplicarse la legislación laboral general»⁸. Y es que efectivamente es eso lo que se produce: una «anomia convencional».

El artículo 6 del [Código Civil](#), antes de la reforma de 1974, indicaba que existe una laguna cuando se produce la inexistencia de una ley aplicable al punto controvertido. Por su parte, señala la exposición de motivos, con ocasión de la introducción del actual título preliminar del Código Civil en ese año, que «la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho». Ciertamente a renglón seguido aclara: «No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, siendo el medio más idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica». Por tanto, cabe en nuestro país la laguna legal, pero no la del ordenamiento jurídico. Aplicado lo anterior a lo que aquí se revisa, hay que convenir que como está redactado el último párrafo del [artículo 86.3 del ET](#), no existe laguna o vacío alguno. Ni siquiera de ley. En efecto, este reza: «Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». Cuestión distinta es que guste más o menos su mandato, y que sea constitucional o no, como insinúa el magistrado LUENGO en su voto particular, pero lo que parece evidente es que la norma aunque no es autosuficiente, es clara, sin que se pueda decir que haya provocado laguna o vacío normativo alguno.

SEMPERE, en su voto particular, aunque es cierto que antes ha hablado de vacío («que exista laguna o vacío como consecuencia de la desaparición de una norma»), sin embargo posteriormente utiliza una expresión muy buena y creemos que más acertada, cuando después de concluir que en su opinión el convenio no está vigente, y que su contenido no se contractualiza, añade que si no hay uno de ámbito superior, a su juicio lo que sucede es que «el legislador calla al respecto».

Es decir, el legislador de 2012 introduce una reforma: frente a la prórroga tácita del convenio hasta que no se publique uno nuevo, que venía rigiendo en nuestro sistema de relaciones labora-

⁶ VARELA AUTRÁN, B.: «Conflicto colectivo promovido por un sindicato en relación con la ultraactividad», *Diario La Ley*, 26 de febrero de 2015.

⁷ MIRÓ MORROS, D.: «El Tribunal Supremo resuelve la controversia de la ultraactividad de los convenios colectivos estatutarios», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 901/2015.

⁸ SALA FRANCO, T.: «La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos», *Actualidad Laboral*, 10/2013.

les, la nueva ordenación señala que no hay prórroga, que si no se prevé lo contrario en el propio convenio, este se extingue indefectiblemente tras un año de su denuncia. Esta es la regla jurídica, la apostilla final que habla del convenio de ámbito superior no deja de tener un tono aclaratorio. Pues en principio, si se piensa detenidamente, con los artículos 3 y 84 del ET ya tendríamos la solución, no hubiera hecho falta que se dijera nada al respecto, como no fuera, claro está, para salirse de la regla. El ordenamiento no tiene lagunas en esta materia: un convenio durante su vigencia no puede ser afectado por otro (salvo que el «afectante» sea de empresa), por tanto *a contrario sensu*, perdida esa vigencia, ya sí puede sufrir la invasión. Y ¿cuál será el aplicable? Efectivamente, primero el que advierte el propio artículo 86.3 del ET, esto es, el de, o los de, ámbito superior. Pero si no los hay, o son insuficientes, tampoco hay laguna legal, el artículo 3 da la respuesta: habrá que acudir al Estatuto de los Trabajadores y de ahí descender a los reglamentos, como lo es significativamente el que regula anualmente el salario mínimo interprofesional, y en su caso incluso por qué no, a la costumbre y usos habituales. Ya decimos, con esto se cierra el círculo y queda desterrado cualquier género de laguna o vacío. A partir de ahí, toda dificultad aplicativa relativa a cuestiones altamente delegadas por la norma estatal en los convenios no será el resultado de una laguna legal, sino de un negligente proceso negociador. Sobre el particular GONZÁLEZ se pronuncia de modo rotundo al recordar que «son las propias partes negociadoras las que tienen en sus manos los mecanismos legales para evitar la aplicación de los mínimos de derecho necesario»⁹.

El legislador reformador participa del *horror vacui* que, como vimos en la introducción, manifiestan los magistrados del Tribunal Supremo. Pero entendemos que puso de su parte para evitar esa vacuidad: primero establece que los convenios prevean su régimen de vigencia; «la vigencia de un convenio colectivo [...] se producirá en los términos que se hubiese establecido en el propio convenio». Esos términos pueden perfectamente reproducir la regla que regía antes de la reforma –y de hecho, como ya hemos dicho más arriba, un gran número de ellos lo viene haciendo–, sin que cupiera catalogar a la cláusula que lo haga de *contra legem*. Aunque es cierto que autores como SEMPERE no piensan así. Para este autor un convenio no puede reproducir la regulación legal anterior a la reforma. Admite que produciéndose la modificación de ciertos aspectos del convenio, se prorroguen otros, pero entiende, basándose en lo que se desprende de los debates parlamentarios y en lo que España mandó a la Unión Europea como compromisos adquiridos ante ella, que en ningún caso, ni siquiera por vía convencional, se puede mantener la regulación anterior¹⁰. Por el contrario resoluciones como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2013 valida tales pactos aunque sean anteriores a la reforma de 2012¹¹. En con-

⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Pérdida de la ultraactividad del convenio y aplicación del convenio de ámbito superior tras la reforma laboral de 2012», *Aranzadi Doctrinal*, 2/2014. El trabajo se publica para glosar la primera sentencia que se dictó sobre el particular (la STSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 2013), sobre la que el autor (magistrado en ejercicio) expresa su discrepancia, entre otras, con un argumento tan sencillo como perfecto: ¿entonces para qué la reforma si con la interpretación que hizo el tribunal vasco estaríamos en el mismo sitio que antes?).

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos», *op. cit.*

¹¹ Sentencia a la que, por cierto, SEMPERE le hace una recesión en *Aranzadi Social*, 3/2013, criticando las tesis mantenidas en la resolución.

creto, señala la sentencia: «La regla contenida en el artículo 86.3 sobre decadencia del convenio es dispositiva, de modo que cabe el mantenimiento de la vigencia del convenio hasta que otra norma sea adoptada. El legislador no ha limitado en modo alguno el contenido del pacto que permite evitar la decadencia del convenio, por lo que dicho pacto puede concluirse en cualquier momento». Se da la circunstancia de que ese autor ha pasado después a ser magistrado del Tribunal Supremo y en su [STS de 17 de marzo de 2015](#), que va en la línea de la anterior de la Audiencia Nacional, emite un voto particular en que sigue manteniendo esa postura, en concreto señala que el [artículo 86.3 del ET](#) en su nueva redacción introduce la exigencia de un pacto expreso y «en contrario» para evitar la finalización de la vigencia ultraactiva después de transcurrido el año de negociación sin alcanzar un nuevo convenio o dictarse un laudo, pacto que debe alcanzarse una vez vencido el convenio, ya que es en ese momento cuando se constata la ineficacia del proceso negociador. Porque, sigue razonando, de no seguirse esa interpretación, todos los convenios anteriores a la reforma que contuvieran pactos sobre ultraactividad quedarían excluidos ahora y siempre de la necesidad de pactar¹².

Segundo, «manda» en el párrafo siguiente de ese [86.3](#) a las organizaciones más representativas el que establezcan, por medio de los acuerdos marco previstos en el [artículo 83 del ET](#), sistemas de solución al eventual estancamiento en la negociación, incluido en su caso el arbitraje. Que además, precisamente para superar la posible inconcreción, para el legislador sería mejor que fuera vinculante: «En defecto de pacto [...] se entenderá que tiene carácter obligatorio».

Y tercero, en el último párrafo le da una última oportunidad a las partes, declarándose la regla de la caducidad definitiva del convenio al año de la denuncia, pero no olvidemos esto: como supletoria de un posible pacto diferente.

Podría haber hecho más, sin lugar a dudas, pero como dejó confeccionado el precepto a más de ambiguo, que lo es, sin embargo no se puede decir que provoca lagunas de ley o vacío normativo.

IV. LA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS FUENTES: LA INTEGRACIÓN

La posición mayoritaria del Tribunal Supremo basa su decisión centrándose en lo que podríamos llamar el papel estelar (monopolio regulador) del contrato de trabajo. En su opinión, disciplina toda –y subrayamos lo de toda– la relación jurídica que en su otro papel, el creador, constituyó en su momento. En palabras textuales de la ponente y valiéndose para ello de la denominada tesis conservacionista: las «condiciones laborales [...] que venían rigiendo con anteriori-

¹² Voto que, por cierto, al no ser dictada la sentencia en Sala General, lo secundaron posteriormente otros magistrados en otras sentencias en las que tomaron parte, remitiéndose casi totalmente a los argumentos de SEMPERE. En concreto: GILOLMO en la STS de 5 de julio de 2015 y DE CASTRO FERNÁNDEZ y SOUTO PRIETO en la de 7 de julio de 2015.

dad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual». O como señala en la instancia en su demanda el sindicato accionante (USO), cuando fundamenta su pretensión afirmando que «se condene a la empresa demandada a que respete las condiciones de los trabajadores que venían disfrutando, al considerar que son las que se pactaron en sus contratos de trabajo, y han pasado a formar parte de su acervo patrimonial mientras dure su relación laboral».

En efecto, el sentir mayoritario de los magistrados del Supremo, puesto por escrito por la ponente VIROLÉS, es que las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en su contrato de trabajo. «Y es así» continúa diciendo «desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo –como cualquier otro contrato– tiene una doble función: constitutiva de la relación y reguladora de la misma»; para más adelante, y después de conceder a las normas imperativas externas –ley y convenio– un mero papel depurador (nomofilático), terminar diciendo: «Ello no nos debe llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo. No es así: se regulan por el contrato, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el artículo 9.1 Estatuto de los Trabajadores».

Vamos a hacer un repaso breve y muy centrado por la doctrina más significativa, para finalmente ensayar una opinión a modo de conclusión.

Dentro de los laboristas destacamos a dos: MARTÍN VALVERDE¹³, quien al hablar del doble papel del contrato de trabajo explica que «por contraste con la función constitutiva, la función reguladora no es insustituible, puesto que puede soportar la reducción e incluso en algún caso la desaparición completa de la misma. De este modo, celebrado el contrato mediante el acuerdo entre las partes, automáticamente les resultan aplicables determinadas normas legales y convencionales, sin que los contratantes tengan que hacer ninguna declaración expresa, es más, sin que lo puedan impedir. De ahí la catalogación del contrato dentro del grupo de los normados, siendo además una de las expresiones más acabadas». Y más adelante¹⁴, al explicar lo que es el derecho dispositivo laboral o pactos típicos, *a contrario sensu* viene a afianzar su postura de que la norma imperativa no forma parte del contrato. En concreto explica que «la coexistencia de la voluntad de los sujetos y la normativa laboral se manifiesta también en los que se denominan pactos típicos en el contrato de trabajo, así llamados porque constituyen un tipo característico de pacto o cláusula contractual que es objeto de regulación legal específica. Responden a una exigencia o conveniencia que se repite con frecuencia en las relaciones de trabajo, lo que explica su acceso a la norma. El pacto nace y produce sus efectos solo si los sujetos quieren pero una vez nacido se le aplica la regulación legal, en la que se tienen en cuenta los intereses en juego y se protegen los que se consideran prioritarios. Esto es: los sujetos pueden añadir o no el pacto al contrato pero si lo hacen quedan sometidos a lo que la ley ha dispuesto para él». Como decimos, en este caso por contraste, el autor sí reconoce que estos pactos tienen una naturaleza radicalmente contractual,

¹³ MARTÍN VALVERDE, A., en AA. VV.: *Derecho del Trabajo*, 23.ª ed., Tecnos, pág. 529.

¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A., en AA. VV., *op. cit.*, pág. 536.

sin perjuicio que para conocer su regulación completa haya que acudir a la norma de donde lo sacaron los contratantes para incorporarlo a su clausulado. Pero para las otras reglas, las imperativas no, para MARTÍN VALVERDE estas regulan desde fuera la relación, condicionándola hasta el extremo, añade, de dejar a veces casi sin papel al contrato.

MONTOYA por su parte¹⁵ razona lo siguiente: «Mientras que el Código Civil eleva a la categoría de contrato arquetipo aquel en el que la relación jurídica se configura de acuerdo con los dictados de la autonomía de la voluntad de las partes (1.255 Código Civil), la relación jurídica de trabajo recibe una vasta ordenación imperativa desde fuera del dominio de la autonomía de la voluntad. Esta ordenación impuesta por los poderes estatal y colectivo deja un escaso margen de actuación a la voluntad de las partes. En definitiva, la función normal del contrato comprende estas dos manifestaciones: crear una relación obligatoria y dar ocasión a la aplicación automática a dicha relación de las normas estatales y convencionales. El contrato tendrá una función reguladora solo a título complementario y fundamentalmente para establecer condiciones que mejoren». Se ve clara su postura, cuando a la norma estatal mínima indisponible y al convenio colectivo les da el calificativo de «ordenación imperativa desde fuera» o cuando habla de que la función del contrato es, más que regular, dar pie a que otras fuentes regulen. Es decir, también niega la incorporación al contrato de esas reglas.

SEMPERE, en su voto particular, señala que «en nuestros días el contrato de trabajo es una institución normada que desempeña un escaso papel regulador. Posee una funcionalidad generadora de derechos y obligaciones solo a título complementario [...]. La fuerza de obligar de un convenio no puede venir del contrato. Haya remisiones o no del segundo al primero».

Dentro de los civilistas destacamos a los siguientes: Díez-PICAZO y GULLÓN¹⁶, que al hablar de la reglamentación contractual y sus fuentes señalan que «con el contrato se instaura un precepto de autonomía privada que puede llamarse *lex privata*, como señala el artículo 1.091 cuando dice que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes». Para a renglón seguido preguntarse por el contenido de esa *lex privata*, indicando que «según el 1.258 Código Civil, obligan no solo a lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la costumbre a la buena fe y a la ley». Añadiendo sobre el particular finalmente dos afirmaciones claves para ver que su postura es de heteronomía externa y no de contractualización. Primero dicen: «Como se ve, no posee el precepto —se refiere al 1.258— una función interpretativa del contrato sino integradora de su contenido», es decir, al contrato, lo que son la ley, los usos y la buena fe vienen a complementar su contenido desde fuera. Por consiguiente, estos autores vienen a señalar que es cierto que está la autonomía, pero, a renglón seguido, esta debe «respetar obviamente las normas imperativas establecidas al efecto». Para finalmente, en la línea apuntada por MARTÍN VALVERDE al hablar de los pactos típicos, deslizar una expresión definitivamente revela-

¹⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 34.ª ed., Tecnos, pág 269.

¹⁶ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, Tecnos, V2/I, pág 82.

dora de su postura: «La última remisión que hace el artículo para integrar la relación contractual es a la ley, que aquí es la dispositiva, pues la norma imperativa no integra el contenido del contrato, es este el que ha de respetarlo en todo caso». Ahí lo tenemos: para dos de los máximos exponentes del panorama civilista español «la norma imperativa no integra la relación contractual».

LASARTE¹⁷ le da un valor verdaderamente relevante al artículo 1.258 del [Código Civil](#). Explica que para la determinación exacta del contenido de un contrato, y por tanto para su real y efectiva ejecución, será necesario «extraer consecuencias complementarias acordes con el conjunto del sistema normativo. A dicha operación se le conoce técnicamente con el nombre de integración del contrato en cuanto su resultado puede suponer la agregación de derechos y obligaciones no contemplados por las partes ni por las normas de carácter dispositivo [...] la sustitución de determinadas estipulaciones convencionales por otras impuestas por el ordenamiento o, finalmente, la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales». En definitiva este autor también reniega de una supuesta adhesión indeleble al contrato de las reglas que le vienen de fuera, posicionándose más bien al contrario, por una reglamentación expuertas al contrato y, por tanto, con vida propia.

Por último citamos a LACRUZ¹⁸, que es el que más se aproxima –que no quiere decir que coincida– a las tesis de los magistrados que formaron la mayoría en la sentencia del Tribunal Supremo. Empieza abordando la cuestión con un título muy sintomático: «carácter mixto de la norma contractual», y del que se puede decir que mantiene la postura más heterodoxa o al menos más original de los civilistas consultados. Transcribimos algún párrafo por su especial interés. Empieza con una afirmación en cierto sentido rompedora: «La aplicación de las normas legales como parte del reglamento contractual no es integración [...] no se limitan a rellenar sus espacios en blanco [...]. La normativa legal no está pensada como mero complemento de las omisiones cometidas en la regulación voluntaria, sino como una parte del contrato aportada por la ley –está última seguramente es una expresión que suscribirían los magistrados que conformaron la mayoría– [...]. El contrato no es en cuanto a los efectos, el mero acuerdo de voluntades que describe el artículo 1.254, sino el complejo de normas de diversas procedencias que van a regular la conducta de las partes vinculadas por aquel acuerdo». Y a renglón seguido añade, dejando claro que se trata de algo posterior: «La integración trata de completar, no las palabras de los contratantes, sino el conjunto mixto de *lex privata* y *lex publica* por el que se gobierna cada contrato». Es decir, para este insigne civilista la integración va por otros derroteros, entra después de la aplicación, diríamos natural, de las cláusulas del contrato (*lex privata*) y de lo que recoge la ley (*lex publica*) que forman la combinación de mandatos diversos. El contrato nace por una confluencia de voluntades, y luego lo conforman «el complejo de normas de diversas procedencias».

Y aquí viene lo más importante para este trabajo de la tesis de LACRUZ: añade que esa suma de *lex privata* y *publica* que es el contrato está sometida a los avatares del tiempo (que es en

¹⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C.: «Principios de Derecho Civil III. Contratos», 16.ª ed., Marcial Pons, pág. 121.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. (actualización de Rivero Hernández, F.): *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, v. I, 5.ª ed., Dykinson, pág. 499.

esencia el caso que se examina en este trabajo: que una norma jurídica –el convenio colectivo estatutario– decae en su vigencia); y así dice: «Los artículos 1.255 y 1.258 consideran como ley, junto con las normas vigentes en el momento de su promulgación, todas las que en el futuro se establezcan sustituyendo a cláusulas de la regulación contractual o supliendo las que faltan». Es decir, como explica posteriormente: si se produce la promulgación de una norma imperativa externa posterior al nacimiento del contrato, entrará en aplicación directamente sin que quepan valoraciones interpretativas o estratégicas. Así es en nuestro caso: el Estatuto de los Trabajadores, en concreto sus artículos 27 y 86.3, son normas imperativas de las que no cabe valorar si integran o no el contrato, lo harán necesariamente.

Cierto es que añade que, en cambio, en el caso de que se promulgue una nueva norma dispositiva, y aunque debe primar lo expresamente pactado (el clausulado originario), a lo mejor con arreglo a criterios interpretativos también cabe su inclusión, y sí, en este caso sí, eso supondría su incorporación al contrato.

En definitiva, como se ha podido deducir, todos los autores referidos, tanto laboristas como los catedráticos de Derecho privado, coinciden en la línea doctrinal mantenida. Cada regla ejerce su función, y cada una tiene su vida propia. Y por tanto, si desaparece una norma imperativa (*lex publica*, heterónoma), lo hace automáticamente para todo negocio jurídico del tráfico que había regulado, con lo que su mandato no queda aprehendido o cosido al contrato. Para nada, según estos autores tiene un papel nomofiláctico, como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo.

Los redactores de los contratos de trabajo (los departamentos internos de las grandes compañías, los asesores laborales en el resto) en la inmensa mayoría de las ocasiones ponen «poco empeño» en el detalle del clausulado, más allá de lo que sea la clase de contrato, la duración, la causa en su caso de la temporalidad y algunas veces –las menos– el horario. El resto de apartados los dejan prácticamente vacíos o añaden la coletilla «según convenio» (s/c). Saben que lo demás va a venirle dado a la relación jurídica desde fuera. Bien es cierto que tratándose de un contrato de alta dirección, de un deportista profesional o, sin ir tan lejos, de un trabajador de cierta cualificación, sí se entra en el detalle, el contrato regula la relación más ampliamente: el salario en particular, pero otros muchos aspectos en general. Y con ello desplaza a la norma dispositiva, que en otro caso, y con ello coincidiríamos con las tesis del Tribunal Supremo, sí se adhiere al contrato.

Esto se deja ver en buena parte de los trabajos científicos surgidos a partir de la [Ley 3/2012](#), y en concreto en los que abordan la exégesis de la redacción actual del [artículo 86.3 del ET](#). Dentro de ellos, sobre los que recogen las tesis consolidadas y tradicionales (contractualista, mixta y rupturista), como quiera que ya han sido suficientemente glosados en anteriores relatos académicos, lo que aquí haríamos no sería otra cosa que reproducirlos sin ningún aporte relevante¹⁹. Referimos pues solo dos artículos doctrinales, que por supuesto respetando y dando valor al resto,

¹⁹ Al lector que todavía no ha enfrentado tal tarea, lo invitamos a que lea el exquisito resumen recogido en las notas 2 y 3 del trabajo de DESDENTADO «*La ultraactividad en el Tribunal Supremo...*», *op. cit.*

presentan cierta originalidad, cada uno de especial relevancia, uno de antes de la sentencia del Tribunal Supremo y otro posterior. Nos referimos a los de DURÁN y DESDENTADO²⁰.

DURÁN denomina a su tesis «la contractualización limitada de las condiciones de trabajo». Y sostiene que «aunque desaparezca totalmente el precedente convenio colectivo y no se mantengan sus previsiones, el contrato de trabajo sigue siendo fuente de obligaciones entre las partes (art. 3.1 c ET), por lo que su papel regulador de condiciones de trabajo no puede ser ignorado, creo que puede defenderse una contractualización limitada del convenio, que se contrae a los elementos esenciales del intercambio contractual. Siendo el contrato de trabajo, estructuralmente, un contrato de compraventa, sus elementos esenciales (precio del trabajo y cantidad de trabajo contratada) forman parte ineludible del vínculo contractual individual, aunque no estén explicitados en el contrato de trabajo y se determinen por referencia al convenio colectivo de aplicación. El intercambio contractual entre trabajo (tiempo de trabajo) y salario forma parte necesariamente del vínculo contractual individual». Para añadir rematando que «por tanto, el trabajo "comprado" y su precio sí son elementos que están contractualizados. No cabe, pues, modificarlos, una vez desaparecido el convenio colectivo que los cuantificaba, más que por los procedimientos legalmente previstos: la novación contractual individual o la modificación sustancial de condiciones de trabajo (que puede ya afectar, tras la reforma del artículo 41 ET, a la cuantía salarial)». Es una tesis ciertamente perspicaz, pero endeble. Perspicaz porque el razonamiento técnico-jurídico es valioso, pero carece de cualquier base en el derecho positivo. Que tiempo y salario formen parte «necesariamente» del vínculo contractual no lo discutimos, pero eso no implica que pasen a formar parte del contrato. No hay que extenderse mucho más, lo hemos visto atrás cuando hemos recogido lo que piensan los colegas de DURÁN del mundo académico tanto laboral como civil; el contrato (la relación laboral, el negocio jurídico, etc.) desaparecido un convenio, sigue teniendo sujetos, objeto y causa, no es necesario llevar cosas del fenecido convenio al contrato formal constitutivo de esa relación, ya se integrará con otros elementos externos aún vivos, igualmente de imperativos que el convenio extinto.

Por su parte DESDENTADO lo titula «Una defensa de la contractualización». Empieza poniendo en cuestión el que se entienda por algún autor que ley, convenio y contrato no se comuniquen entre sí. Apelando a criterios léxicos señala que el artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores habla de que en caso de nulidad de alguna cláusula el «contrato se completa», es decir, dice este profesor «se añade a él la regulación legal o convencional», y de ello deduce concluyente que «hay pues contractualización». Añade un ejemplo: si un trabajador cobra 2.000 euros y el convenio para su categoría recoge 1.500 euros, «lo que sucede es que hay contractualización y algo más: el contrato añade 500 euros a los 1.500 del convenio [...] si bien una parte tiene origen convencional y la otra contractual, pero el contenido del contrato ha incorporado la regulación convencional». Finalmente reconoce los obstáculos de esta opinión. Empezando porque con su

²⁰ DURÁN LÓPEZ, F.: «Ultraactividad: sentido y alcance...», *op. cit.* DESDENTADO BONETE, A.: «La ultraactividad en el Tribunal Supremo...», *op. cit.*

postura (la suya y la de todos los contractualistas) la condición que era convencional al convertirse en contractual en principio pasa a ser una condición más beneficiosa, con lo que las reglas de facultad de disposición de un convenio posterior sobre el anterior, o la posibilidad de convenios regresivos, decaería. Reconoce DESDENTADO la consistencia de tal revés a su postura, pero la rebate señalando que «la contractualización no elimina el origen convencional de la condición que se incorpora al contrato». Finalmente aborda la que llama la «objeción decisiva», y así, después de declarar que su tesis respeta «la letra de la ley», se pregunta si también lo hace con su finalidad, y afirma: «Si la finalidad de la norma es acabar con las resistencias a la renovación de los convenios [...] ese resultado puede lograrse de forma menos costosa a través de una contractualización de las condiciones de trabajo que opere dentro de los límites a los que nos hemos venido refiriendo: 1.º que solo afecte a las condiciones susceptibles de entrar en el contrato; 2.º que esas condiciones puedan ser objeto de modificación por la vía del art. 41 ET; 3.º que queden "congeladas", como consecuencia de la no subsistencia de las cláusulas de revisión salarial y 4.º que no se conviertan en condiciones más beneficiosas que un nuevo convenio tenga forzosamente que respetar. Esta solución permite lograr los objetivos de la nueva regulación, sin el coste que acompaña al vacío [...]. La contractualización de los convenios garantiza un mayor equilibrio en el poder de negociación de empresas y trabajadores». Sus juicios son loables, y como se verá al hablar de la condición más beneficiosa, en cierto sentido los secundamos. Pero solo en cuanto al resultado. Sin embargo, para llegar a ello, creemos que no hay que «coger el atajo» de la contractualización. Volviéndonos a remitir a los catedráticos de Derecho civil citados, y dándole la vuelta al ejemplo de este sabio profesor exmagistrado del Tribunal Supremo: si un empresario le paga 2.000 euros a un trabajador y el convenio fija 1.500, desde el primer céntimo de euro se trata de un pacto contractual; ahí la norma imperativa (convenio colectivo) nada tiene que añadir, nada tiene que integrar, desagregar entre 1.500 y 500, o entre 707 (SMI) y el resto hasta 2.000 es, dicho con todo respeto, verdaderamente retorcer las cosas. Y cuando, como pasa en la inmensa mayoría de los contratos en nuestro país, este calla sobre la retribución, la integración imperativa del convenio entrará con toda su fuerza, pero siempre desde fuera²¹. Imaginemos que la empresa no le hace aumentos a ese trabajador en sucesivos años, cuando el convenio vaya subiendo hasta rebasar esos 2.000 euros; el convenio no se contractualizará, se impondrá desde fuera.

En definitiva, sin necesidad de acudir a los civilistas transcritos, en nuestro propio campo hemos visto que lo dicen claramente MARTÍN VALVERDE y MONTOYA, su papel (el de la norma imperativa estatal o el del convenio colectivo) es regulador, y no solo eso, sino que incluso, vienen a decir, muy regulador, preponderantemente regulador, muy por encima de la función reguladora que tenga el acuerdo de voluntades, y para nada depurador, nomofiláctico o vigía. Añadamos aquí como perfecto resumen lo que señala SEMPERE en su voto particular: «No compartimos que las condiciones laborales se regulan en el contrato y por el contrato. Que los de-

²¹ En apoyo –tan solo tangencial y casi anecdótico– de lo dicho: imaginemos que el contrato pone algo así como «*salario: según convenio de oficinas y despachos de Ciudad Real*». Y luego resulta que se publica un convenio de empresa, o uno autonómico de Castilla-La Mancha. Si seguimos la tesis de incorporación al sinalagma contractual, el trabajador debe seguir cobrando lo que fije el de Ciudad Real.

rechos y obligaciones se integran en el negocio jurídico de referencia en modo alguno significa que el mismo sea su instrumento regulador [...]. Los derechos y obligaciones están regulados por el cuadro de fuentes que contempla el artículo 3 Estatuto de los Trabajadores, mezclando, es verdad, fuentes normativas y fuentes obligacionales, fuentes de Derecho y fuentes de derechos, pero en modo alguno dando a entender que el contrato se erige en regulador único de los derechos y obligaciones». Y añadimos nosotros, como tal función principal de esa *lex publica* (ley y convenio) tienen vida propia, no se adhieren al contrato, se le imponen. Si un trabajador tenía que hacer 45 horas semanales porque el artículo 34 del ET en pretéritas regulaciones así lo permitía, y el convenio o su contrato callaban, esa condición no se había unido al sinalagma contractual. Cuando el nuevo legislador baja la jornada máxima legal a 40 horas, el trabajador hará como máximo 40 horas, porque la regulación de su negocio jurídico, suma del acuerdo de voluntades y la norma imperativa que ha cambiado, dice que tiene que hacer como máximo ese número de horas semanales. Referirse a que con eso lo que ha hecho la ley es una labor de depuración del contrato, a nuestro entender los magistrados de la mayoría lo que hicieron con tal tesis es un ejercicio voluntarista de ingeniería jurídica.

V. LA DIGNIDAD, LA ANALOGÍA O EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

El sentir de los magistrados del Tribunal Supremo que emiten votos particulares es ambivalente, no puede coincidir con los razonamientos de los magistrados de la mayoría, pero tampoco ven justo que un trabajador pase a cobrar el SMI. SEMPERE en el voto particular señala muy gráficamente: «Este voto particular comparte con la sentencia una importante coincidencia en el punto de partida (el convenio ha perdido su vigencia) y contempla con agrado el resultado (no rebajar retribuciones) pero discrepa radicalmente de los argumentos acogidos por los Fundamentos Jurídicos, y entiende que ni la demanda, ni la sentencia de instancia han dado argumentos válidos para llegar al resultado en cuestión». Luis Fernando DE CASTRO viene a decir que el cobrar «el SMI se compecece mal [...] con la suficiencia económica [...] entendiendo que su garantía viene exigida por el principio de respeto a la dignidad humana [...] en segundo término [...] tampoco se muestra respetuosa con el derecho del trabajador –ex artículo 35.1. CE– a una remuneración suficiente [...] derecho al que el mismo TC ocasionalmente ha ligado a la idea de vivir dignamente». Se trata de un aserto en cierta manera injusto y ajeno a la realidad española, y además, y lo que es más importante, a la jurídica. Empecemos por esta última: el [Real Decreto-Ley 3/2004](#), para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, lo señala en su introducción: «La incidencia del SMI es limitada, dado que se aplica a un número reducido de trabajadores, los que no estén cubiertos por la negociación colectiva; ahora bien, para estos trabajadores, el SMI constituye su retribución efectiva y la única garantía de derecho que reconoce nuestra Constitución a una retribución suficiente».

Desde el punto de vista metajurídico tampoco podemos compartir el sentir de DE CASTRO y de SEMPERE: la dignidad va por otros derroteros más profundos, y habría que añadir que afortunadamente es así. La persona que tiene un sueldo por debajo del SMI puede ser tratada muy

dignamente, y viceversa. Señalar que el que percibe el SMI ve cercenada su dignidad, es señalar con el dedo a colectivos amplísimos: empleadas de hogar, aprendices [...] personas a las que, queramos o no, el mercado dicta ese nivel salarial. Es cierto, pasar a cobrar el SMI después de cobrar unas sumas superiores es doloroso, aberrante, y lo que se quiera añadir, pero deja a la dignidad incólume. DESDENTADO lo explica muy certeramente: después de apuntar algo con lo que coincidimos plenamente de que la dignidad, la equidad [...] se suelen utilizar para «obviar una solución legal que se considera incorrecta» añade algo muy interesante cuando nos informa de que de los preceptos que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que tratan de la dignidad (del 1 al 5), ninguno «puede relacionarse con una garantía patrimonial»²².

Miguel Ángel LUELMO hace referencia a la seguridad jurídica, a la equidad y a la justicia distributiva como argumentos para que se declare nula la decisión empresarial. Son ciertamente vaguedades que encierran altas dosis de voluntarismo. La seguridad jurídica nada tiene que ver con la decisión que adoptó la empresa de poner los salarios a la altura del SMI; seguridad no equivale a mantenimiento de derechos. Hace referencia a que dentro de unos parámetros de cierta y razonable holgura, el sujeto pasivo de la norma –el ciudadano– sepa a qué atenerse. Y en este caso, la regulación por [Ley 3/2012](#), y la explicación de la misma, cubrieron esa finalidad. Al sujeto pasivo o afectado por la norma, en este caso el [artículo 86.3 del ET](#), no se le dejó sometido a ningún tipo de incertidumbre o inseguridad. El estado de cosas se cambió, pero conforme a procedimientos regulares, y con arreglo a los conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados (BOE de 7 de julio de 2012), y además con un decalaje para la materia de un año. En definitiva, como tiene declarado el Tribunal Constitucional ([STC 210/1990](#) entre otras), las innovaciones del ordenamiento no vulneran el principio de seguridad jurídica si se llevan a cabo de forma precisa, cierta, formalmente publicada y mediante norma de rango adecuado, aunque la nueva norma incida en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes. Y en cuanto a la equidad y la justicia distributiva, son conceptos pre o ajurídicos –loables por supuesto–, pero que pueden adoptar el sentido que se quiera en cada momento, y que precisamente su utilización indiscriminada lo que puede ocasionar paradójicamente es inseguridad jurídica.

SEMPERE y Milagros CALVO apuntan entre las posibles soluciones al enriquecimiento injusto. El enriquecimiento injusto, como señalaban las Partidas, hace referencia a que «ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otro». Y como señala muy visualmente LASARTE con el enriquecimiento injusto, se trata de «ofrecer una solución a supuestos repugnantes para la idea de justicia atendiendo a datos puramente objetivos»²³, es decir, sin que sea necesario indagar en la vertiente subjetiva del ánimo del «enriquecido». Sin recepción expresa en nuestro ordenamiento, hoy está plenamente asentado como principio general de origen jurisprudencial con ascendentes en la equidad. Jurisprudencia que exige la concurrencia de tres requisitos: la existencia de un lucro, que carezca de toda razón jurídica, y que paralelamente a ese lucro haya un empo-

²² DESDENTADO BONETE, A.: «La ultraactividad en el Tribunal Supremo...», *op. cit.*

²³ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil I*, 20.^a ed., Marcial Pons, pág., 109, *op. cit.* pág. 256

brecimiento a resarcir. Enriquecimiento y paralelo empobrecimiento es evidente que se va a dar en toda variación de política salarial, pero no en los términos a que se refiere esta institución o principio general. Por lo mismo, todo aumento salarial habría que considerarlo enriquecimiento y respectivo empobrecimiento, y coincidiremos que no van por ahí los tiros. Lo verdaderamente relevante para entender lo existente es la ausencia de causa. Y aquí nos topamos con algo de tal dificultad, que honestamente creemos haría conveniente no abordar la cuestión por este lado. En efecto, si la causa de un contrato emparenta con su función económico-social, y el empleador invocó en el acto del juicio que el SMI era el pertinente, y que además su aplicación «no va a aportar beneficio competitivo especial porque eso es lo usual en las empresas del sector», salvo un ejercicio libre de equidad judicial, nada deseable, la cuestión se le iba a poner «cuesta arriba» al juzgador, porque el enriquecimiento injusto exige una desproporción torticera, y aquí el empleador, compartibles o no, aportó asideros suficientes para descartar el añadir a su conducta el término de injusto o *sine causa*.

Por último, y basándose precisamente en la posible existencia de una laguna legal, SEMPERE habla de la aplicación analógica «buscando», dice, «la traslación de lo previsto en otros convenios» y las costumbres profesionales, en cuyo caso se trataría de la traslación de lo previsto en otras empresas. Entendida como integración a través de los principios generales del Derecho, es decir, la denominada *analogía iuris*, es factible y de hecho es lo que defendemos con la buena fe: el principio de conservación del negocio jurídico y en menor medida el abuso de derecho. Pero si lo que quiere destacar ese magistrado, como parece ser así porque hace referencia al artículo 4.1 del [Código Civil](#), es la aplicación de la *analogía legis* («traslación de lo previsto en otros convenios»), es decir, el acudir a otra norma concreta y determinada, no lo vemos viable en este caso. Lo que se produce aquí es la derogación de una norma (un convenio colectivo) y la existencia de una expresa previsión normativa ([art. 86.3 ET](#)), con lo que no es necesario hacer un ejercicio de analogía. Además de que la analogía convencional tiene dos mecanismos reglados y específicos como son la extensión o adhesión de convenios colectivos ([art. 91.1 y 2 ET](#) y [RD 718/2005](#)).

En cuanto a la adhesión en teoría hubiera sido un vehículo ideal, más si tenemos en cuenta que la jurisprudencia ha validado acuerdos parciales de adhesión (STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2014, rec. núm. 2073/2014). Pero como es necesario que la hubieran impulsado las propias partes negociadoras (ambas a la vez), pocas posibilidades de éxito le vemos, pues demostraron a lo largo del tiempo una larga y parece que enconada situación conflictiva. En lo que se refiere a la extensión, si bien no cabría en el supuesto en concreto examinado en la sentencia del Tribunal Supremo, pues se trata de una empresa, y la extensión siempre tiene que ser a un sector o conjunto de empresas, para el caso revisado en la del País Vasco, limpiezas de edificios y locales de la provincia de Guipúzcoa, y en general de darse en cualquier otro conflicto, no es un mal mecanismo, al contrario, es factible, para evitar tentaciones empresariales de provocar deliberadamente la ausencia de convenio a futuro, anclándose en situaciones enrocadas y abusivas, en definitiva, como veremos después, en manifiesto abuso de derecho o ausencia frontal de buena fe.

Por último, en cuanto a la costumbre profesional del [artículo 3.1 d\) del ET](#), no puede integrar la ausencia de convenio, y menos en el concreto campo de los salarios. Otra cosa sería la de-

nominada costumbre llamada (incorporada por un convenio colectivo o un contrato de trabajo), pero para eso se necesita una recepción expresa y querida, que no vemos en situaciones como las que se analizan aquí, donde se parte de que un convenio colectivo se ha extinguido y las partes no han llegado a un acuerdo para establecer uno nuevo. Ciertamente que el empresario en una compañía en particular que se ha quedado sin convenio se podría acoger vía costumbre a un convenio sectorial, es decir, que aplique el salario «al uso o acostumbrado» que rige en la práctica para el sector al que pertenece mientras no haya nuevo convenio, en vez de ampararse en la aplicación directa de la ley (ET). Pero insistimos que se trata de una recepción querida, asumida o voluntaria del empresario. Por el contrario, no cabría invocar su aplicación si se opone el empleador, pues iría frente a ley, por cuanto la costumbre no llamada es subsidiaria de ley. Y repetimos una vez más, ley para el caso analizado existe.

VI. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

La muy versátil expresión «favorecer el tráfico jurídico», cajón de sastre para múltiples situaciones, viene aquí a cuento de un modo protagonista. Para defender la vigencia de lo recogido en un convenio en principio extinguido, la Audiencia Nacional ha hecho uso entre otras de la aplicación del principio general del derecho que está por la conservación del negocio jurídico.

En concreto la [SAN de 23 de marzo de 2015](#), y por tanto con la Sentencia del Tribunal Supremo ya sobre la mesa, en el fundamento jurídico 8.º hace su propio ejercicio dialéctico, entre otras razones al entender que es diferente el caso que examina en el que la empresa, extinguido el convenio, decide mantener ciertas condiciones, pero otras no, del revisado por el Tribunal Supremo en la [sentencia de diciembre de 2014](#) en que el empresario decide aplicar la estricta legalidad. La aplicación selectiva que pretende la empresa (aunque no siendo del todo rigurosos podríamos denominarla del espiguelo, de la que hablan doctrina y jurisprudencia cuando se decide aplicar cláusulas de diferentes convenios susceptibles de entrar dentro de su ámbito de aplicación) consistió en tener en cuenta la mayor parte de las condiciones, entre ellas, salvo las primas de productividad y el plus de destacamento, la nuclear que es el salario, pero desechar otras, destacando entre estas los derechos y garantías sindicales²⁴. La sala y la ponente en particular (Emilia RUIZ-JARABO) inician su razonamiento con una aplicación literal del nuevo [86.3 del ET](#) (distante por tanto de la sostenida por el Tribunal Supremo): «Si tras ello [se refiere al proceso negociador] no

²⁴ Es aquí donde radica en buena medida el conflicto (la sección sindical del SEPLA tenía seis miembros a los que se aplicaban garantías en materia de crédito horario y programación de servicios, la empresa a partir de entonces se lo niega a cinco de ellos, al reconocer la subsistencia de un único delegado sindical, dejando de aplicarles el complemento compensatorio e incluyéndoles en las programaciones de vuelos). El sindicato planteó demanda por violación del derecho de libertad sindical que es desestimada por [SAN de 11 de febrero de 2014](#) en la que se señala que «la empresa no se ha limitado a dejar de aplicar las normas relativas a derechos sindicales, sino todo el convenio colectivo con excepción de lo que ha denominado "bases del contrato de trabajo", que es lo relativo a jornada y salario».

se alcanza un resultado satisfactorio para las partes [...] el convenio caducado pierde toda vigencia, lo que significa que deja desde ese momento y por decisión legal de constituir título o fuente de derechos y obligaciones para las partes. En este caso [...] pasa a ser la ley la única fuente que desde entonces la regulará». Pero como a su entender en este caso no estamos ante esa eventualidad, aporta toda una doctrina sobre el negocio jurídico muy interesante²⁵.

Comienza diciendo: «Ahora bien, tal decisión [seguir aplicando solo algunas condiciones y otras no] para compaginarse con el ordenamiento precisará [...], y despliega varios razonamientos, entre los que apela a la buena fe o al abuso de derecho, aspectos que abordaremos en un epígrafe posterior. Además en lo que se refiere a la naturaleza y vigencia del negocio jurídico, dice que para su validez la decisión debería abarcar todo el contenido del convenio fenecido. Y en su búsqueda de dar una solución razonable a la situación, a renglón seguido explica que como la norma estatal aun en su ambigüedad dice lo que dice, «coincidiendo ambas partes en que algo más que la ley debe regular sus relaciones contractuales, y siendo la única posibilidad compatible con el ordenamiento la aplicación plena del contenido material del convenio caducado, el principio de conservación del negocio invita a que esta, de las posibles, sea la solución que el Tribunal estima adecuada al ordenamiento jurídico y a la voluntad de las partes».

El convenio colectivo estatutario es una norma jurídica y es una norma convencional. Como por definición es finito, tiende a perder su vigencia, lo que puede aprovechar a las dos partes (cuando celebran un nuevo convenio), a una (era muy oneroso el anterior para ella) o a ninguna (no les vale el anterior pero es que tampoco encuentran el consenso para uno nuevo). La conservación del convenio/norma jurídica no la defiende ni siquiera el Tribunal Supremo, pero es que con su doctrina de la contractualización, tampoco entendería vigente el convenio/negocio jurídico. Sin embargo, la tesis de la Audiencia Nacional sostiene que esa relación de cláusulas que es el convenio no se debe «desaprovechar», pues refleja un acuerdo de voluntades, que a falta de otro que lo sustituya hay que entender que sigue desplegando efectos. Y añade: «No parece aventurado calificar a ese producto de contrato», aunque matiza lo sea de «naturaleza singular», manifestando su alejamiento expreso de la doctrina del Tribunal Supremo, a esas alturas ya vigente²⁶, cuando señala que no es que se incorpore el contenido del convenio a los contratos, pues entre otras cosas dice que «sería imposible para todas aquellas materias que solo podrían traer causa en una fuente de origen colectivo», sino aplicar a todos los trabajadores el pacto que ahora reviste las notas de contrato.

²⁵ Ciertamente que en lo que se refiere al principio de conservación del negocio jurídico no es original, pues ya lo había planteado en la [SAN de 23 de julio de 2013](#).

²⁶ E incluso de su propia doctrina, pues una SAN de marzo de 2014 también hablaba de la posibilidad de la contractualización individual del convenio fenecido. La pretensión a favor del mantenimiento de las condiciones laborales más favorables que se venían disfrutando en virtud del convenio colectivo expirado se desestima en el caso que revisa esa sentencia en particular, por motivos aparentemente formales, si bien la sala se detiene a considerar la tesis de la contractualización de las condiciones laborales fijadas por convenio colectivo, abriendo la puerta a su admisión y dejando entrever los requisitos que debería contener una demanda en tal sentido.

Es una postura muy audaz, que produce un resultado en nuestra opinión satisfactorio. Tal criterio hermenéutico se basa en la consideración de que si las partes confluyen en un contrato, es porque buscan un resultado útil que debe ser garantizado siempre que fuere posible, aunque por cualquier razón de índole técnico-jurídica no pudiera en rigor lograrse tal resultado²⁷. El ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes contratantes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que *utilitatis causa*, debe evitar en la medida de lo posible su resolución. En definitiva, está guiado en la defensa de la función social que el contrato cumple, y es que el Derecho da por sentado que los contratantes han querido declarar su voluntad con la idea de lograr un efecto práctico y jurídico, y por tanto entre varias interpretaciones lógicas, el intérprete debe elegir la que produzca efectos según la naturaleza y objeto del contrato. Esto es lo que hace la Audiencia Nacional, que además añade el argumento de que el artículo 1.256 del [Código Civil](#) veda la posibilidad de que una de las partes –el empresario en este caso– elija por su cuenta y riesgo la continuidad o no del negocio jurídico que supone el convenio fenecido. Aquí se está ante una «máquina en marcha» (con un salario, una jornada, unos beneficios sociales que están rigiendo, etc.) que ante la falta de relevo es dable que, pues nada le para, mantenga su movimiento inercial. Ahora bien, se puede argumentar en contra, y siguiendo con el símil, que si hay algo que obstaculiza ese movimiento, en concreto una norma jurídica (el [art. 86.3 ET](#)), y aunque es cierto que el principio de conservación es muy generoso en sus planteamientos, también lo es que en el caso de la expiración de un convenio colectivo no estamos ante actos ambiguos, nulos, ineficaces, rescindibles o como se quieran denominar, sino ante reglas sobre vigencia de normas jurídicas. Aparte de que en este caso parece claro que una de ellas no está por esa conservación del negocio.

VII. LA BUENA FE Y EL ABUSO DE DERECHO

1. LA BUENA FE: PAPEL CLAVE Y SOLUCIÓN DE LA ECUACIÓN

Como segundo argumento para defender el mantenimiento del salario que venían percibiendo los trabajadores hasta la extinción del convenio, habla el magistrado CASTRO en su voto particular del «deseable equilibrio de las prestaciones», añadiendo que tal balance «descansa muy primordialmente en la buena fe».

Como señala DE CASTRO, la buena fe integra el contrato pues es regla que lo regula indefectiblemente (art. 1.258 CC), y a la vez constituye un principio general (art. 7 CC). Ahora bien, eso no significa que tenga que ver con el equilibrio de las prestaciones. Buena fe y equilibrio salarial corren vidas distintas. Al nuevo equilibrio salarial (confluencia de oferta y demanda) se puede llegar con buena fe o mala fe, y el desequilibrio se puede alcanzar con toda la buena fe del mundo.

²⁷ RODRÍGUEZ RUSSO, J.: «El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico», disponible en www.revistafacultadderecho.edu.uy

Como todo derecho subjetivo, el concedido por una norma para aplicar un determinado régimen salarial a sus trabajadores y no uno superior, que es lo que se está analizando aquí, es, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, un «cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de tutela jurídica», que concede el ordenamiento al empleador, si bien es cierto que, a renglón seguido, como aclaran estos reputados civilistas, «resulta evidente que este poder tiene que estar de algún modo limitado»²⁸, pues el ejercicio de un derecho, como señala LASARTE, «debe llevarse a cabo de forma razonable y adecuada a la propia función desempeñada [...] sin extralimitaciones privadas de sentido o presididas por la idea de ruptura de una convivencia razonable». En definitiva, ha de ajustarse a las convicciones éticas imperantes, evitando por tanto la arbitrariedad o, como señala este autor, ha de regirse por un «canon de lealtad»²⁹. Lo afirma la exposición de motivos que introdujo la reforma de 1974 del **Código Civil**: la buena fe «representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico».

Consiguientemente, el ejercicio de ese derecho subjetivo, de esa situación de poder que el **artículo 27 del ET** en relación con el **86.3** le confiere al empleador, debe ejercitarse conforme a la buena fe, más allá, como bien señalan esos autores, el ejercicio es antijurídico y por tanto cabe la legítima oposición, que en palabras de COSSÍO es la denominada *exceptio doli*³⁰, para la que, entre otras, señala este autor que «habrá que considerar si aquel resultado que se reputa injusto en el caso concreto ha sido querido por el legislador, es decir, si es consecuencia natural de la norma establecida». Esta expresión de ese autor clásico nos aporta un puntal en la solución a la cuestión: como hemos visto en la introducción y al hablar de las lagunas, el legislador, con la reforma introducida, en absoluto quiso que el resultado fuera ese. Su voluntad es la adaptación de las condiciones laborales a la realidad cambiante, versatilidad, reacción rápida a la nueva situación, evitar el anquilosamiento de situaciones entorpecedoras (SEMPERE informa de que teniendo en cuenta la tramitación parlamentaria se desprende que la intención de la norma es impedir estrategias de bloqueo de la negociación para mantener derechos consolidados)³¹, pero para nada quiso amparar a una empresa que aplicara el SMI tras el decaimiento de una norma convencional.

Donde hay que analizar si hubo buena fe, y es perfectamente impugnabile por eventual anti-juridicidad, es en el proceso negociador que terminó en fracaso y por eso se desencadenó lo que ya conocemos. Tesis que baraja en su voto disidente SEMPERE, que en concreto alude a indagar en «las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa» que en su opinión «puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicos abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla». El **artículo 89.1 del ET** exige que las deliberaciones en el seno de la comisión negociadora se desarrollen con arreglo al principio de la buena fe. De los he-

²⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil I*, 12.ª ed., Tecnos, pág. 415.

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil I*, 20.ª ed., Marcial Pons, págs., 109 y 111.

³⁰ Referencia sacada del libro de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: «El dolo en el Derecho Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1955.

³¹ SEMPERE NAVARRO, A.: «La duración de los convenios tras la reforma», *Revista Aranzadi Social*, 1/2012.

chos probados recogidos en la STSJ de las Islas Baleares (la que se revisa en casación), no tenemos datos suficientes sobre el proceso negociador. Simplemente que el 5 de noviembre de 2012, la empresa denuncia el convenio y que a partir del 8 de julio de 2013 paga los salarios conforme al ET. En todo caso, se pueden sonsacar dos datos reveladores de la voluntad empresarial de modificar los salarios, y de la poca voluntad de llegar a acuerdos: ella es la que denuncia el convenio y, por otra parte, no se persona en sede judicial, donde como sabemos el primer acto procesal es el intento de conciliación (no sabemos si lo hizo o no en el trámite de conciliación extrajudicial, pues no lo relata la sentencia).

Pongámoslo en comparación con lo que hizo la patronal de la limpieza de Guipúzcoa (Asociación de Empresas de Limpieza), en relación con el convenio colectivo en esa provincia y que da lugar a la STSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 2013, que es, recordemos, en la que se basa la de Baleares en los fundamentos de derecho. Finalizado el plazo de vigencia ordinario del convenio colectivo en diciembre de 2009, en abril de 2010 se constituye la mesa negociadora, y no es hasta el 17 de julio de 2013 cuando les manda una carta en la que viene a decir que va a aplicar lo que le permite el [artículo 86.3 del ET](#), pero que a pesar de eso no cierra por su parte el proceso negociador, sino que estima buena fecha retomararlo en septiembre de ese año «con el fin de llegar a una acuerdo con la parte sindical», y que en todo caso respecto de los trabajadores ya contratados se van a mantener sus condiciones *ad cautelam*. En efecto, hubo nuevas negociaciones, la última de 9 de octubre de 2013, hubo conciliación previa con asistencia de ambas partes, y al juicio asistieron también ambas partes. Las diferencias, como vemos, son sustanciales. Parece como si a una «no le quedara más remedio» que aplicar la reforma laboral, y que la otra «hizo todo lo posible» por acogerse a ella. Paradójicamente la STSJ del País Vasco para defender la continuación de la vigencia del convenio apela a la falta de buena fe de la asociación de empresarios, pero, con mejor criterio a nuestro entender, el voto particular con el que cuenta tal resolución critica precisamente que se tache de contrario a la buena fe el comportamiento de la asociación que, para no ahondar en el conflicto social, decide mantener temporalmente una parte de las condiciones que ya no le eran exigibles. En definitiva, la empresa mallorquina parece que no «negoció bajo el principio de la buena fe», algo que en última instancia, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (hay bastantes más pero sirva por todas la muy interesante [107/2000](#)) y también la justicia ordinaria, si viene de la parte empresarial, puede interpretarse no solo como una práctica vulneradora de la negociación colectiva, sino incluso del derecho de libertad sindical (art. 28.1 [CE](#)); y lo que a nosotros nos parece más importante, toda vez que ese mismo Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que los comités de empresa no son poseedores de ese derecho fundamental, del papel institucional decisivo que les reconoce el artículo 7 de la [CE](#).

Los negociadores, y en este caso la empresa, y más que nunca cuando se trata de los salarios (el TC en esa sentencia [107/2000](#) lo dice muy gráficamente: «La trascendencia y carácter primordial que el salario tiene en toda negociación colectiva, en la que constituye mayoritariamente objetivo principal en las posiciones de ambas partes»), debe poner de su parte todo el esfuerzo negociador, y además demostrarlo. Lo contrario supondrá vulnerar la buena fe negocial. El Tribunal Supremo, en doctrina que resume por todas la [Sentencia de 9 de febrero de 2010](#), después de decir que en todo caso el deber de negociar de buena fe tiene unos límites racionales, es decir,

que no debe confundirse con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente la negociación que no produce acuerdos, señala que, simplemente y a la vez así de concluyente, la buena fe implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, y también impone el deber de coherencia, exigiendo a las partes ser consecuentes con sus propias posiciones y no alterarlas sustancialmente de un día para otro (STS de 3 de febrero de 1998)³². Con lo que el tribunal en el fallo que resuelva el conflicto colectivo puede declarar que no lo ha hecho y exigirle que lo haga, es decir, que negocie. Y por qué no, como hemos dicho, como negociar de buena fe no obliga a llegar a acuerdos, que el empleador pueda demostrar finalmente, en su caso, que «no le quedó otro remedio» que abonar el SMI.

La Audiencia Nacional, en la sentencia examinada en el epígrafe del *favor contractus* de 23 de marzo de 2015, también hace referencia a la buena fe, más bien a la ausencia de la misma que demostró la empresa con su aplicación selectiva. En concreto habla de la falta de lealtad que pone de manifiesto la empresa si extinguido el contrato, quiere seguir aplicando solo unas cláusulas y otras no. Añadiendo además que, en su caso, para haber validado tal espiguelo se debería haber comunicado de modo expreso y que no se impusieran contrapartidas. O que se trate de una decisión inmediata tras la pérdida de vigencia del convenio, porque en caso contrario tácitamente por los propios actos hay que entender que la empresa se quiere seguir obligando con él, ya que a la vez, como dice la ponente, también se quiere seguir beneficiando de sus condiciones.

2. EL ABUSO DE DERECHO. COMPLEMENTO DIRECTO

En cuanto al abuso de derecho, el único que lo mienta en su voto particular es SEMPERE. Hay que empezar asumiendo la premisa de la dificultad de diferenciarlo de la buena fe. Con lo que sirva en gran medida lo dicho en los anteriores párrafos. En todo caso merece la pena analizar si trasladando la norma (art. 7.2 CC) al caso concreto, que recordemos es la decisión empresarial de no seguir aplicando el extinto convenio o al menos las cláusulas que no le convienen, cabe calificarla como abusiva y si además produce una consecuencia dañosa.

Respecto a lo primero sería ver en expresión propia del Código Civil si el empleador sobrepasó «manifestamente los límites normales del ejercicio». La respuesta debe ser claramente afirmativa. El tema analizado, primero en Baleares y luego en el Tribunal Supremo, produjo alarma y especial atención de la magistratura, lo que se traduce, entre otras cosas, en un dato tan significativo como el hecho de que al llegar al Supremo exige Sala General. Y, después, leyendo la sentencia y los votos particulares se advierte que el inconsciente colectivo se impregnó con carácter generali-

³² Aunque dictada para un proceso de despido colectivo, son muy interesantes las palabras utilizadas por la STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012, en concreto habla de que «no basta con una actuación de las partes tendente a la simple observancia formal del trámite, sino que es precisa la adopción de una conducta activa y positiva en aras de procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido».

zado de la convicción de que esa empresa se extralimitaba tomando la decisión que tomó. Más si cabe, si como el propio artículo 7.2 del CC apunta, no es necesario para estimar la extralimitación que sea fruto de una actitud deliberada de mala fe, sino que se aprecia por la simple concurrencia de razones objetivas, en cuanto a que se requiere la materialización de un daño efectivo y cuantificable. Estamos en presencia de un caso paradigmático, fácil de responder, pues el salario es el elemento fungible por antonomasia. En definitiva, el abuso a que se refiere el Código Civil existió, y la solución de hasta dónde estaba el uso legítimo del derecho subjetivo del empleador y a partir de dónde era práctica abusiva, se podía –se debía– haber debatido perfectamente en sede judicial.

También la Audiencia Nacional, en la [Sentencia de 23 de marzo de 2015](#), apela al abuso de derecho, en concreto señala: tal actitud incurre en abuso de derecho «por cuanto encontrándose el empresario en posición dominante [...] no puede imponer por su cuenta las condiciones de trabajo eludiendo las reglas propias de la negociación colectiva y por tanto sobrepasando los límites normales de su ejercicio».

VIII. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA TRAS PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONVENIO

La idea de la condición más beneficiosa planea por la sentencia del Tribunal Supremo, mejor dicho, sobre todo por los votos particulares. Es francamente una cuestión determinante, y no solo por el planteamiento técnico de fondo, que propicia lógicamente el debate doctrinal, sino también en el terreno estrictamente práctico, porque es una realidad que pende como espada de Damocles sobre las partes, y lógicamente más en particular sobre la empresarial, lo que puede provocar que, decaído un convenio, se mueva con pies de plomo en cada decisión que adopte ante el riesgo cierto –su riesgo claro está– de no retorno o vuelta atrás.

En concreto, los magistrados discrepantes de la postura mayoritaria abordan el asunto en el siguiente sentido.

DE CASTRO hace referencia a ello en varias ocasiones. La saca a relucir para señalar que si «triumfa» la idea contractualista por la que las condiciones laborales vengan de donde vengan se incorporan al contrato, «salta por los aires» la tesis consolidada por el propio Tribunal Supremo de que la única fuente de derechos adquiridos puede ser la libre voluntad del propio empresario. Y además, como efecto adicional, al pasar al contrato esas condiciones por su propia naturaleza deberían ser respetadas por el eventual nuevo convenio, lo que va en contra de la posibilidad de convenios regresivos o, en general, de que un convenio pueda disponer sobre las condiciones del anterior.

LUELMO, que defiende el mantenimiento de las condiciones salariales de que venían gozando los trabajadores con el convenio extinto, habla de una condición más beneficiosa «sobrevvenida y excepcional». Después de referirse a la según él intemporalidad de las normas en virtud de la disposición transitoria segunda del [Código Civil](#), que entiende trasladable al caso examinado en la sentencia, añade que, «con toda probabilidad, entronca con la cuestión de la condición más

beneficiosa y la sostenida jurisprudencia que niega que un convenio colectivo sea un instrumento apto para establecerla, pero, en estas condiciones, sería una condición sobrevenida y excepcional, ya que mientras el convenio rigió, no era tal. De otro modo se incurriría en una suerte, aunque sea atípica, de expropiación de derechos». Sobre lo primero hay que señalar que lo que indica esa disposición transitoria segunda es que los efectos que ya hayan nacido, y no completados cuando entra en vigor la nueva norma, surtirán todos sus efectos, pero los nuevos, los que nacen de cero tras la reforma, salvo disposición en contrario, ya se rigen por la nueva. En absoluto seguirán haciéndolo por la normativa pretérita. Y en cuanto a la segunda afirmación, expresiones como «con toda probabilidad», «condición [...] excepcional» o «atípica expropiación de derechos» son más bien reflejo de una declaración de intenciones, pero que ciertamente tienen mal encaje en un pronunciamiento del rango y transcendencia del que analizamos. Siendo, creemos, su entorno natural, y con el respeto que merece la dignidad del cargo, un trabajo doctrinal.

SEMPERE, después de apuntar que la tesis de la contractualización de las condiciones carece de base legal (dice que no existe «recepción expresa o tácita en precepto alguno»), hace referencia a que aunque sea de elaboración jurisprudencial, sí la tiene la de la condición más beneficiosa (art. 3.1 c) ET). Aunque simultáneamente niega que la pretendida contractualización de la que reniega sea catalogable como condición más beneficiosa. Por el contrario, para este magistrado, para poder mantener derechos nacidos de una norma carente de vigencia hay que acudir «a las disposiciones transitorias de las nuevas leyes». Impecable razonamiento que secundamos en todos sus extremos. Al final del voto, en lo que denomina «resolución del caso», señala que si la empresa hubiera seguido abonando el salario que regía antes de que la vigencia decayera, tal práctica se hubiera convertido en una condición más beneficiosa. Volveremos sobre este extremo tras revisar lo que señala la doctrina científica.

La magistrada Milagros CALVO, en su voto, habla de la condición más beneficiosa para negar su existencia en este caso, pues señala que carente la norma, en concreto dice: «falta la imposición normativa», se necesitaría un acto expreso de voluntad, y este según CALVO no existe en el supuesto analizado. Impecable razonar.

Del lado de la doctrina destacamos los siguientes: SALA FRANCO señala que «en todo caso, cabrá que la empresa, unilateralmente, decida mantener las anteriores condiciones convencionales con carácter temporal (por ejemplo, durante un determinado periodo de tiempo o en tanto no sea de aplicación un nuevo convenio colectivo en la empresa, en el caso de no existir), comunicando por escrito a los trabajadores que este mantenimiento está limitado en el tiempo, en cuyo caso estaremos ante una condición más beneficiosa de origen contractual si bien limitada en el tiempo y deducible tal limitación temporal del escrito de comunicación al/os trabajador/es de la voluntad empresarial»³³. Se entiende lo que quiere decir y ciertamente es una buena solución transitoria, ahora bien, en cierto sentido este autor incurre en antinomia. Pues una condición más beneficiosa por definición no puede ser temporal, por lo que sería más bien una concesión graciosa retirable

³³ SALA FRANCO, T.: «La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos», *Actualidad Laboral*, 10/2013.

a voluntad del que la concede. Valga por todas (hay bastantes más) la definición que da la STS de 4 de marzo de 2005: condición unilateral y voluntaria que por la *habitualidad, regularidad y persistencia* en el tiempo se incorpora al nexo contractual, de tal forma que no puede ser suprimida o reducida por el empresario. La condición más beneficiosa opera, pues, como mínimo infranqueable, a no ser que se recurra a la vía procedimental de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, es decir, no la puede retirar pasado un tiempo a su voluntad el empleador.

GOERLICH y BLASCO, al glosar la sentencia del Tribunal Supremo³⁴, y en su opinión «poner en evidencia» sus debilidades, se preguntan muy agudamente si esas condiciones del convenio que son contractualizadas pueden ser objeto de negociación individual sin entrar en juego las restricciones del [artículo 3.5 del ET](#) (indisponibilidad por parte del trabajador de norma imperativa, tanto legal como convencional).

La cuestión es peliaguda. Recordemos que la elaboración jurisprudencial de la condición más beneficiosa habla de una incorporación tácita al contrato, que es lo que sirve para fundamentar su inalterabilidad natural. Si las condiciones reguladas en el convenio colectivo desde el principio se contractualizan, gozarían por tanto de esa capacidad de intangible. Pero eso que, como muy bien dice SEMPERE, va en contra del Derecho positivo (art. 82.4 ET): «El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquel. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio»; la sentencia lo resuelve, como hemos visto, recurriendo al papel nomofiláctico del convenio. Pero insistimos, no valen nomofilaxis³⁵ con las condiciones más beneficiosas. La respuesta (a lo mejor sin querer) la da la asociación de empresarios de limpieza de Guipúzcoa: no quiere rebajar a sus trabajadores a las profundidades del ET, pero también deja claro que el mantenimiento de las condiciones en propia expresión de su representante jurídico es *ad cautelam*. No hay otra, no hay que dar rodeos o elaborar sofisticadas tesis. Al empresario o grupo de ellos, como en ese caso, que decaído un convenio o anulado, como decíamos más arriba, aun así, mantiene *de facto* las condiciones que regían en el mismo, no se le puede «amenazar» con considerar luego que tal proceder genera un derecho adquirido. No es justo, y diríamos más, por mor de ese [82.4 del ET](#), ni legal. Pero es que tampoco cabe atajar el problema diciendo que el seguir aplicando el salario del convenio extinguido no es una condición más beneficiosa sino una mera liberalidad, no consolidable. No se trata de cuestiones menores, como dejar almorzar gratis en el comedor de la empresa si se prolonga la jornada, o de no exigir uniforme si hace mucho calor [...] (los típicos casos que leemos en las sentencias que no gozan del carácter de derecho adquirido sino de mera liberalidad), sino de algo tan importante como el mantener el salario, la jornada, etc. Ciertamente que gran parte de la situación de indeterminación es achacable al legislador pero, ¿qué ocurre? Pues que la tesis mayoritaria del Tribunal Su-

³⁴ GOERLICH PRESET, J. M. y BLASCO PELLICER, A.: «La nueva situación de post-ultraactividad del convenio colectivo: una visión rupturista. A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine Estatuto de los Trabajadores sobre ultraactividad de los convenios», *Información Laboral*, 2/2015.

³⁵ La expresión desde luego no es de nuestro gusto, pero es la que utiliza el Tribunal Supremo. Véase la RAE al respecto de lo qué es «nomofilaxis».

premo hace aguas por muchos lados y este, para mí, es el mayor (como hemos visto más arriba, DESDENTADO, que aunque se alinea con la contractualización, lo reconoce).

Se nos ocurren dos soluciones: tratar lo nuevo con nuevos parámetros. Es decir, admitamos (como no podía ser de otro modo) la tesis del Tribunal Supremo y lamentémonos de que nada haya previsto el legislador. Y el hecho de que en el interin entre convenios se mantengan las condiciones o incluso, aunque raro, por qué no, se mejoren, no se considere condición más beneficiosa no susceptible de cambio a peor, sino un *tertium genus* que ha originado la nueva normativa. Y que por tanto tampoco se considere como mera liberalidad (no es algo dado «graciosamente» pagar el salario que se venía abonando antes de que decayera la vigencia del convenio, suena peyorativo), sino como un derecho subjetivo del empleado a exigir a la otra parte del negocio –el empleador–, pero con el importante matiz de que se trataría de un derecho sometido a término o condición. O, como segunda opción, que tenga plena validez liberatoria lo que hizo esa asociación de empresarios donostiarra. Es decir, en la línea apuntada por SALA FRANCO, si la empresa directamente uno por uno mediante carta personalizada, o a través de sus representantes, hace ver a los trabajadores que el mantenimiento de condiciones se hace solo mientras tanto se publique o venga en aplicación otro convenio, no se le pueda luego oponer la institución de la condición más beneficiosa consolidada, sino darle plena validez jurídica liberatoria.

La postura de la Audiencia Nacional en la sentencia que venimos comentando de [23 de marzo de 2015](#) es muy hábil y eficiente. Ciertamente sus esquemas son diferentes a los de la sentencia del Tribunal Supremo, porque señala que en su caso no hay que plantearse la tesis de la contractualización, sino que conforme al principio de la conservación del contrato y la buena fe, si la empresa quiere continuar con determinadas condiciones que regían en el convenio extinto, tiene que pasar por sus propios actos y que se apliquen todas. Pues bien, recordemos que a tal proceder, aunque lo denomina contrato, le reconoce una naturaleza singular, y eso entre otras cosas «ofrece la virtud adicional de prescindir de la figura de la condición más beneficiosa como título constitutivo del mantenimiento de dicho contenido material. Este, se reitera, traería como causa una conjunción de voluntades: la inicial decisión empresarial y la de los trabajadores al haber optado ambas partes por seguir desarrollando sus relaciones mediante la aplicación global y en bloque del contenido material del IIICC», y continúa razonando: «Esta situación así se mantendría hasta la negociación de un nuevo convenio colectivo que restituyera su eficacia de fuente de la relación laboral, art. 3.1 b) ET, sustituyendo en su totalidad el contenido material del IIICC».

IX. DOBLE ESCALA SALARIAL Y MODIFICACIÓN DE CONDICIONES

Termina la sentencia en su fundamento jurídico 3.º señalando que su argumento, entre otros, «podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial y de discriminación». Añadiendo a renglón seguido que no obstante «aun habiendo terminado la ultraactividad [...] ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo». Es ciertamente un ponerse la venda antes de la herida o, dicho de otra forma, un asumir lo endeble

de sus tesis. Efectivamente, si el salario se contractualiza, se personaliza, se nominaliza, el trabajador incorporado a la empresa con posterioridad, como ya no hay convenio, tendrá el salario que su poca fuerza negocial le permita alcanzar en las conversaciones con su futuro empleador. No hay discriminación, pues ser novel no es ser mujer –o no necesariamente, entiéndase–, de una determinada raza, etc. Y no vale lo de «a igual trabajo igual salario», o al menos no como principio absoluto, y menos diríamos en una circunstancia como la presente, precisamente por las razones que le exigen al empresario mantener los salarios antiguos. En efecto, el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones ha reconocido la validez bajo determinados parámetros de las diferencias retributivas ([STS de 3 de noviembre de 2008](#))³⁶, e igualmente lo han hecho el Tribunal Constitucional, [Sentencia 27/2004](#), y el TJUE, [asunto C-17/05](#). Y esta sería una de ellas. Pensemos además que tangencialmente lo que podría provocar esa conclusión del Tribunal Supremo, en determinadas empresas con salarios bajos o poca antigüedad de la plantilla, son despidos (por muy improcedentes que se califiquen) y paralelas nuevas incorporaciones sustitutorias.

En definitiva lo de «para vestir a un santo...». Sin embargo, como hemos visto que señala al final la ponente VIROLÉS, y sobre todo con la postura de los votos de DE CASTRO, y de SEMPERE, aunque este solo lo deja apuntado, y la que hemos defendido nosotros en el epígrafe referido a la buena fe y el abuso de derecho, con estas instituciones esa desigualdad material no se daría. Si el conflicto se reconduce por los cauces normales, se exprime a toda costa, y en su caso se fuerza el que se llegue a acuerdos, estos se van a extender a todo el mundo y por lo tanto a las personas de nueva incorporación. E instrumentos legales y jurisprudenciales hay suficientes, cada vez más de estos segundos³⁷, para ello. Ya en las directivas europeas se impone una verdadera obligación de negociar, también lo prevé la CE (arts. 7 y 28.1) y por supuesto lo imponen el ET (89.1) y su paralela [Ley de Jurisdicción de lo Social](#) al conceder acción por este motivo a través del proceso de conflicto colectivo. Además, recordemos que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, «no basta con la apertura formal del periodo de consultas y con la celebración de reuniones carentes de contenido real, lo que supondría una burla a la finalidad para la que se establece este trámite—se refiere al despido colectivo pero vale plenamente aquí— sino que es preciso que se desarrolle un verdadero proceso negociador con el objetivo de conseguir un acuerdo».

Y por otro lado, en lo que se refiere a la rendija que deja la sentencia a la empresa para que en su caso acuda a la modificación sustancial de condiciones señala al final de su razonar la ponente: «Esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso por la vía del artículo 41 Estatuto de los Trabajadores, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del con-

³⁶ Véanse también STSS de [12 de noviembre de 2002](#), [13 de octubre de 2004](#), [14 de marzo de 2006](#) –muy recomendable esta porque toca el tema de la crisis y el respeto a las condiciones más beneficiosas– o [16 de enero de 2012](#). Y del Tribunal Constitucional, la [119/2002](#).

³⁷ Empezando por el TJUE, la sentencia de 27 de enero de 2005, pasando por el Tribunal Supremo con la sentencia de 16 de noviembre de 2011, siguiendo con la Audiencia Nacional en su pronunciamiento de 13 de mayo de 2013 o los de los TSJ, por ejemplo la del País Vasco de 11 de diciembre de 2012.

venio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido». Vamos a ver, siquiera levemente, lo aparentemente lógico del razonar de la ponente y lo difícil o incluso absurdo de su plasmación práctica. En efecto, en primer lugar hay que dilucidar si se trata de una modificación individual o colectiva. Estaría en función de a las personas que afectara, pero habría que entender que se extenderá a toda la plantilla. Y por tanto, para adoptarlas, deberá acudir al procedimiento de consultas que recoge ese artículo, precisamente con quien antes no ha llegado a un acuerdo para firmar un nuevo convenio de empresa. Consultas en las que se le exige el mismo deber de buena fe, que, como hemos concluido en este trabajo, como clave de la solución al embrollo, no se dio en su momento. Pues bien si llegan ahora a un acuerdo: fenomenal. Pero si no (harto probable por los antecedentes, pues, entre otras, han demostrado que han sido capaces para dirimir las disputas de llegar al Tribunal Supremo), la decisión sería ejecutiva, pero la representación de los trabajadores podría plantear conflicto colectivo ([art. 41.5 ET](#)). ¡Otro nuevo!, y sobre lo mismo. ¿No es absurdo?

Insistimos, a revisar la medida de la empresa (su relajación en el proceso de negociación) se podría llegar mucho antes y de modo más sencillo si dentro del primer proceso de conflicto se le hace ver por el tribunal «sus pocas ganas negociadoras», condenándole a que respete las condiciones y, a la vez, retrotraiga las cosas al momento que dejó de mostrar interés por alcanzar un acuerdo. Es en buena medida lo que sostiene con su doctrina la Audiencia Nacional, que invita a las partes a que sigan negociando, aunque es cierto que peca del mismo voluntarismo cuando dice que esas condiciones materiales del convenio derogado podrían modificarse por el cauce el [artículo 41 del ET](#), en concreto dice: «Y sin perjuicio de que, eventualmente, el citado contenido material del III CC pudiera ser objeto de alteraciones por la vía del art. 41 ET cuando concurrieran motivos para ello».

X. ULTRA ACTIVIDAD Y TRANSMISIÓN DE EMPRESA

Como es sabido, cuando con ocasión del cambio de empleador la unidad económica mantiene su identidad, los trabajadores pasan sin solución de continuidad al nuevo, y además en las mismas condiciones en que lo venían haciendo en la empresa de origen ([art. 44 ET](#)). Tal subrogación afecta a todos los ámbitos y, por tanto, como no podía ser menos, a la regulación de sus condiciones laborales por convenio colectivo, que en principio también se mantiene incólume. En estas circunstancias se pueden originar serios problemas en la cuestión de la vigencia, ultraactividad y concurrencia de convenios. La regla del apartado 4.º de ese [artículo 44 del ET](#), con una finalidad al mismo tiempo de evitar vacíos y respetar situaciones reinantes, establece en principio una etapa transitoria, por la que aunque con motivo del cambio y por funcionamiento de las reglas del ámbito funcional, geográfico o de concurrencia (en este último caso se daría con un convenio de empresa que rija en la nueva empresa o viceversa que hubiera convenio de empresa en la transmitente), ya no le sería aplicable el convenio por el que se venían rigiendo, se sigue haciendo hasta que no haya un acuerdo expreso en otro sentido entre dirección y representantes de los trabajadores, que cortarían en seco esa etapa transitoria, o «hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida» (44.4 *in fine*). En un contexto de elementos concurrentes nítidos (claros ámbitos de aplicación de los

convenios de cedente y cesionaria, correcta articulación entre convenios de distinta extensión geográfica, y adecuadas normas sobre vigencia y ultraactividad) y aunque aun así se pueden dar consecuencias desagradables en cuanto a empeoramiento del trabajador transmitido, la cuestión se resolverá sin más problemas. En caso contrario, pueden aparecer múltiples y variadas situaciones verdaderamente peliagudas.

El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado ya sobre el particular. Y además ante dos situaciones diferentes entre sí: la cuestión ligada a las cláusulas de remisión, y en lo que se refiere a la ultraactividad en sentido estricto. La primera de ellas quizás no afecta frontalmente a nuestro ordenamiento interno. Las dos sentencias vertebrales sobre el particular son la *Werhof*, [Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2006, proceso C-499/04](#), y la *Alemo-Henro*, [Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2013, proceso C-426/11](#). Las cláusulas de remisión, en esencia, son aquellas estipulaciones que se recogen en los contratos de trabajo por las que se señala que además de lo establecido expresamente, el contrato se regulará por los acuerdos colectivos a los que lleguen las organizaciones empresariales y sindicales. Dentro de estas hay dos tipos: las estáticas por las que en el contrato de trabajo se hace una remisión a un convenio colectivo concreto y vigente en el momento de la transmisión, y las dinámicas, que lo que hacen es una remisión a las presentes y futuras negociaciones que de modo continuo se adoptan en el seno de un determinado organismo de negociación laboral. En particular, el Reino Unido no establece *ex lege* los efectos jurídicos de los convenios colectivos, son los contratos de trabajo, como consecuencia de una remisión expresa o tácita al convenio, los que atribuyen efectos a aquellos. Dicho sea de paso, en relación con la tesis contractualista que finalmente salió victoriosa en la votación del Tribunal Supremo sobre la ultraactividad, hablando de las cláusulas de remisión sí que hay desde el principio una verdadera contractualización de condiciones laborales recogidas en el acuerdo colectivo; la sujeción a los acuerdos negociados no se deriva de la ley, sino de una cláusula contractual prevista en cada contrato de trabajo. Pues bien, producida una sucesión de empresa, la cuestión que se plantea es cómo el contrato se transfiere: ¿van con él dichas cláusulas de remisión?, o dicho de otra manera utilizando las acertadas palabras de GOMES: «¿Debe considerarse que se trata de cláusulas del contrato laboral individual que deben ser respetadas por el cesionario exactamente tal y como el cedente tendría que respetarlas? ¿O por el contrario, y porque el efecto de tales cláusulas consiste en la aplicación de un convenio colectivo, las mismas no pueden acabar por vincular al cesionario indefinidamente o por duración indeterminada a un convenio colectivo que no fue negociado por el cesionario?»³⁸.

En la primera sentencia el señor WERHOF, y a pesar de que en su contrato la cláusula de remisión no era dinámica sino estática, reivindicaba, con fundamento en el artículo 3 de la [Directiva 2001/23/CE](#), un pronunciamiento que le permitiera acogerse al convenio colectivo aplicable en la empresa a la que originariamente pertenecía, que entra en vigor después de su salida (que es fácil inferir presentaba históricamente mejores condiciones salariales), y no al del nuevo empleador.

³⁸ GOMES, J.: «Lo individual y lo colectivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre transmisión de unidad económica», *Trabajo y Derecho*, núm. 13, enero 2016.

El TJUE rechaza tal posibilidad, al señalar que como la cláusula de su contrato de trabajo era estática, «no puede tener un alcance mayor que el convenio al que se remite». Añadiendo que está en juego además la libertad de asociación en su vertiente negativa y la posibilidad de determinar las condiciones de trabajo por el cesionario. Es decir, el tribunal niega que la directiva imponga una protección dinámica cuando el contrato de trabajo vigente en el momento de la transmisión contenga cláusulas de remisión a un convenio colectivo específico; la directiva no transforma en dinámicas las cláusulas estáticas vigentes en el momento de la transmisión. Su finalidad, dice el TJUE, «no es proteger simples expectativas y, por tanto, beneficios hipotéticos dimanantes de futuros convenios colectivos». Para finalizar señalando que es contrario a la directiva pretender que el cesionario quede vinculado por convenios posteriores al vigente en la fecha de transmisión del centro de actividad. La cuestión es muy compleja y espinosa. En el excelente trabajo de GOMES (véase nota 38) leemos que parte de la doctrina alemana, e incluso de la jurisprudencia del país bávaro, no estaban para nada de acuerdo con el parecer del TJUE («Una decisión polémica» denomina el autor luso el epígrafe dedicado al particular). Los comentaristas germanos vienen a decir que de lo que se trata es de una cláusula contractual, no de un convenio colectivo (¿suena esto, verdad, a las tesis de nuestro Tribunal Supremo?), luego no puede estar en juego la libertad de asociación, incluso en su faceta negativa. Únicamente estaría en duda cuando el convenio colectivo negociado por una asociación de empleadores tuviese una eficacia normativa directa, y no si se aplica por remisión del contrato laboral individual, que en Alemania solo se da en el caso del obrero afiliado al sindicato firmante. Además, argumentan los autores teutones, la subrogación trae su fundamento precisamente en que el nuevo empleador se coloca en idéntica situación que el anterior, luego tiene que pasar por el convenio que regía, aunque entre en vigor posteriormente a su salida de la empresa. Para finalizar el razonamiento señalando que, en todo caso, el adquirente sabe qué condiciones asume cuando recibe la unidad productiva. El tema es apasionante pero lo dejamos solo apuntado, pues se escapa del tema central de este epígrafe.

En el caso de las cláusulas dinámicas la cuestión es todavía más sutil porque la asunción de las condiciones que se pacten en un futuro es incondicional; ha sido expresamente pactado en el contrato de trabajo y así lo permite el ordenamiento nacional del Reino Unido que es de donde se plantea la cuestión prejudicial que da lugar a la *sentencia Alemo-Henro*. En su virtud, como no deja de ser un acuerdo individual susceptible de ser modificado por empleador y empleado, no hay problemas o conflictos ligados a la libertad de empresa negativa o al derecho de negociación colectiva. Es decir, las cláusulas dinámicas quedarían comprendidas en el apartado 1.º del artículo 3 de la directiva que trata de la subsistencia del contrato laboral individual a pesar de la transmisión, mientras que el 3.º regula la materia de las relaciones colectivas. Al igual que el cesionario es obligado a respetar las restantes cláusulas del contrato individual de trabajo, libremente negociado entre cedente y trabajador, el cesionario debería también quedar vinculado por la cláusula de remisión. Pues, aun así, el Tribunal de Luxemburgo establece que teniendo en cuenta que la directiva no se decanta por proteger más al trabajador sino que busca un justo equilibrio, el sometimiento *sine die* a una cláusula dinámica podría «limitar considerablemente el margen de maniobra que un cesionario privado necesita para adoptar esas medidas de ajuste y de adaptación». Es decir, en vez de apelar a la libertad negativa negocial, invoca a la libertad empresarial reconocida en la [Carta Social Europea](#) en su artículo 16.

En lo que es el aspecto propiamente de ultraactividad, la sentencia donde el TJUE ha entrado de lleno sobre el asunto es la de [11 de septiembre de 2014, proceso C-328/13](#). Ahí, además, las similitudes y proyecciones a nuestro país son mayores que en los anteriores supuestos, entre otras cosas teniendo en cuenta que en el Derecho austriaco, que es el derecho interno afectado en esa resolución, el convenio colectivo no forma parte, en principio, del contrato de trabajo, sino que produce efectos desde fuera.

Los hechos examinados eran los siguientes: dos empresas del mismo *holding* aéreo austriaco tienen dos convenios diferentes. Con el fin de poner remedio a las pérdidas de explotación, la sociedad matriz acordó trasladar su actividad aérea a una filial con convenio propio y con condiciones de trabajo menos favorables. Sindicatos y patronal, cada uno denuncia un convenio (lógicamente cada uno el más gravoso/menos favorable a sus intereses). A raíz de estas denuncias la filial aplicó normas internas adoptadas unilateralmente que supusieron una reducción significativa de los salarios. El tribunal remitente austriaco se plantea, por un lado, si cuando un convenio denunciado está en ultraactividad, constituye en efecto un convenio colectivo a los efectos del artículo 3.3. de la directiva, y como segunda cuestión lo mismo pero del lado del convenio aplicable a la adquirente, es decir, si el convenio aplicable en la empresa que reciben por transmisión los trabajadores y que también está en ultraactividad, se puede considerar que es el nuevo convenio aplicable del que habla ese mismo artículo 3. Con GOMES sabemos del intenso debate en la doctrina austriaca, de hecho se refiere a él como «un debate sumamente vivo y con posiciones muy extremadas»³⁹. Una parte sostiene que los efectos del convenio que se mantienen después de la extinción ya no son, en rigor, efectos del convenio en tanto que manifestación de autonomía, sino efectos que son mantenidos *ex lege*. En cambio, para otros, de sostener esa tesis la transmisión significaría una pérdida de derechos existentes en la esfera jurídica de los trabajadores. Es esta segunda visión la que sustenta el TJUE. Antes, en sus conclusiones, el Abogado General había señalado que la ultraactividad no sucede por mor de las partes sino «porque el legislador ha previsto expresamente [...] con el fin de mantener la seguridad jurídica [...] el mantenimiento debilitado e interino del convenio». Con lo que para él lo más importante no es saber si el convenio colectivo que cesó es o no formalmente un convenio colectivo, sino «la existencia de un derecho o de una obligación». El TJUE prácticamente hace suyas esas reflexiones y señala que independientemente de la técnica utilizada para hacer estas condiciones de trabajo aplicables a los interesados (cláusulas de remisión, ultraactividad, etc.), en su día han sido pactadas por un convenio colectivo, y por tanto son vinculantes. Pero sobre la segunda cuestión el Tribunal de Luxemburgo omite su respuesta, basándose en que con arreglo a lo actuado no se desprende que las reglas de ultraactividad del convenio de la filial deban aplicarse a los trabajadores cedidos.

Trasladando lo anterior a nuestro país, entendemos que no es necesario plantearse tal disquisición o en todo caso tiene fácil solución. Aquí es claro que un convenio en ultraactividad es un convenio a todos los efectos, con lo que claramente la solución hubiera sido la misma que el caso austriaco: ante dos convenios denunciados y en ultraactividad (tanto el de la cedente como la

³⁹ GOMES, J.: «Lo individual y lo colectivo en la jurisprudencia reciente...», *op. cit.*

cesionaria), se seguiría aplicando el de la empresa de origen, puesto que con la regla del [artículo 44.4 del ET](#), el de la cesionaria en prórroga no es un acuerdo entre dirección y representantes de los trabajadores, y menos un nuevo convenio colectivo. Una sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de noviembre de 2015 toca el tema aunque el caso no es del todo idéntico. Los trabajadores de limpieza de Mercasevilla, entidad con convenio propio, son traspasados por efectos de la descentralización de esta actividad a una contratista que venía aplicando el convenio de limpiezas de la provincia de Sevilla. Antes de la subrogación, el convenio de Mercasevilla se había extinguido sin que las negociaciones de uno nuevo hubieran llegado a buen puerto. La parte social recurre invocando la sentencia del TJUE anteriormente indicada, la [STS de 22 de diciembre de 2014](#), el artículo 3 de la [directiva](#) y el [artículo 44.4 del ET](#), invocando que perdida la vigencia, un convenio pasa a contractualizarse, de modo que la nueva empresa no puede aplicar el convenio sectorial y los trabajadores subrogados tienen derecho a mantener las condiciones de trabajo que establecía el convenio colectivo de Mercasevilla. El tribunal le contesta a la recurrente que en este caso el convenio no está en ultraactividad, luego no es aplicable la doctrina emanada del TJUE, concluyendo que «si no hay convenio colectivo aplicable en el momento de la transmisión, no entra en juego la cláusula garantista ex artículo 44.4 Estatuto de los Trabajadores al haber expirado el convenio colectivo de origen, que es el límite temporal de aplicación de la garantía». Y en cuanto al argumento de la contractualización de las condiciones recogidas en el convenio extinto de la empresa de la que salen, señala que sostenerla supondría el vaciamiento del contenido del [artículo 44.4 del ET](#) y la jurisprudencia comunitaria.

XI. IMPLICACIONES DE MICROECONOMÍA

Empieza su trabajo DESDENTADO sobre la ultraactividad tratando aspectos de *«la política y economía en la negociación colectiva»*⁴⁰, haciendo referencia a que los economistas que han estudiado la materia, y para ello se sirve del libro *Nada es gratis* del colectivo Jorge Juan, y del documento de Fedea *«Nueve propuestas para la reforma de la negociación colectiva en España»*⁴¹, señalan que las condiciones reguladas por convenio colectivo y su prórroga automática provocaba

⁴⁰ *Op. cit.*

⁴¹ JORGE JUAN: *Nada es gratis: Cómo evitar la década perdida tras la década prodigiosa*, Destino, 2011. En concreto el documento Fedea de marzo de 2011 (www.fedea.net), bajo el título «Reducir la inercia en la negociación colectiva», apunta que «al reducir los incentivos a la renegociación, la ultraactividad del contenido normativo de los convenios colectivos genera una gran inercia en las condiciones de trabajo. El resultado es que las empresas no están en condiciones de reaccionar con prontitud a los cambios externos que de forma continua afectan a la demanda de sus productos y a sus costes de producción, con el consiguiente perjuicio para su rentabilidad y el riesgo para su viabilidad. En consecuencia, las empresas recurren de forma persistente al ajuste de plantillas en lugar de explotar elementos de flexibilidad interna». Ante lo que presenta la denominada «Propuesta 5. Limitación de la ultraactividad» que reza del siguiente tenor (obsérvese el grado de identidad con el después reformado artículo 86.3 último párrafo): «Establecer que, cuando haya sido denunciado un convenio y haya transcurrido un año desde su vencimiento sin que haya sido posible un nuevo acuerdo o un arbitraje vinculante, decaerán las cláusulas normativas del convenio colectivo».

el «ajuste vía paro», de tal forma que se había comprobado que en recesión subían los salarios y en la expansión bajaban, y como medidas para evitarlo se proponía limitar la ultraactividad. En el [Boletín Mensual del Banco de España correspondiente a abril de 2015](#), Ernesto VILLANUEVA⁴², en un estudio de campo detallado, y por tanto con datos empíricos, llega a iguales o al menos parecidas conclusiones. Empieza advirtiendo y citando para ello a MURTI, DE SERRES y HIJZEN⁴³, que precisamente en países como Francia o España, donde la extensión de los convenios colectivos era automática, las tasas de salida del empleo han sido relativamente mayores y las tasas de creación de empleo menores que en otros países. Para llegar a la conclusión que durante la recesión que se inició en 2008, las empresas que tuvieron incrementos salariales más elevados experimentaron pérdidas de empleo mayores que empresas semejantes cuyo convenio sectorial, al haberse firmado posteriormente, estableció incrementos salariales más reducidos. Aachacando al escaso grado de ajuste de los salarios en España durante los primeros años de la recesión la intensa destrucción de empleo que tuvo lugar entre 2009 y 2010. La evidencia presentada en ese artículo muestra que se produjeron pérdidas de empleo especialmente intensas entre los trabajadores sujetos a convenios colectivos que, firmados en momentos alcistas, fijaban incrementos salariales relativamente elevados. En concreto, este investigador del Banco de España se ha percatado de que, al inicio de las recesiones de 1993 y 2008, había una alta dispersión de condiciones salariales ocasionada por la existencia de convenios colectivos plurianuales que, fijados durante momentos expansivos del ciclo, pactaban altos incrementos salariales para una parte importante de los trabajadores. Por el contrario, otros grupos de trabajadores, que estaban sujetos a convenios colectivos firmados en periodos de recesión, experimentaron crecimientos salariales más ajustados al cambio en las condiciones macroeconómicas. También ha detectado una mayor probabilidad de pérdida de empleo entre los trabajadores sujetos a convenios firmados en momentos alcistas, efecto que se debe exclusivamente a aquellos cuyos salarios estaban más próximos al suelo fijado en el convenio. Llegando a una conclusión que de ser cierta (no lo ponemos en duda, lo decimos porque habla de estimaciones) es desasosegante: «Las estimaciones presentadas sugieren que para este grupo de trabajadores una renegociación del convenio provincial hubiera reducido la probabilidad de estar desempleado hasta en un 50%». Concluyendo con una expectativa a futuro alentadora «cabe esperar que en el futuro el ajuste ante eventuales disminuciones inesperadas de la demanda de trabajo se realice en mayor medida mediante cambios en los salarios, en lugar de a través de fuertes pérdidas de empleo». Los economistas del colectivo Jorge Juan y los de Fedea, sin perjuicio de su independencia técnica y la libertad de pensamiento individual de cada uno en lo económico, es cierto que comulgan de una ideología liberal. Por su parte el Banco de España es un organismo autónomo pero dependiente del Gobierno, que es el que dirige ideológicamente la política económica del país. Pero volvemos a resaltar que las conclusiones del investigador del Banco de España se basan en datos empíricos. Con esto lo que queremos señalar es que la reforma (luego como señala VILLANUEVA los resultados se verán al respecto de si hay o no traducción

⁴² www.bde.es

⁴³ MURTI, F.; DE SERRES, A. y HIJZEN, A.: «Unemployment and the coverage extension of collective wage agreements», *European Economic Review*, 71 (2014), págs. 52-66.

práctica) ha tenido una intención bidireccional, de potenciar el dinamismo y adaptar el mercado de trabajo a las cifras macroeconómicas que en cada momento rijan en nuestro país. Evidentemente, insistimos, es una medida política, con lo que legítimamente cabe su puesta en cuarentena o directamente la negación de su validez. Pero lo que está fuera de toda duda es que el legislador de 2012 (como hemos visto en la nota correspondiente, muy influenciado por ese *lobby* de Fedea) no pretendía que hubiera «fundidos a negro» entre convenios, y mucho menos que tal apagón de la pantalla sirviera para que el empresario se acogiera al SMI. Cierto es que a la vez en su envés, tampoco esperaba que la pérdida de vigencia de un convenio sin sucesor, sin otro de ámbito superior o sin laudo arbitral, implicara que todo iba a seguir igual.

Concluamos señalando lo que es el sentir de muchos autores (GOERLICH y BLASCO en particular) e incluso de los votos de DE CASTRO y SEMPERE. Con esa sentencia del Tribunal Supremo, una vez más se demuestra que el poder judicial ejerce reales funciones normativas vía equidad *extra legem*, que a diferencia de los sistemas anglosajones, y de acuerdo con el artículo 3.2 del [Código Civil](#), no es posible en nuestro país. Es decir, con palabras de MIRÓ: «Resulta necesario reflexionar sobre el protagonismo que están cobrando los pronunciamientos judiciales en el alcance e interpretación de las normas nacidas a raíz de la Reforma Laboral de 2012 [...] en que las distintas sentencias han ido modulando y esculpiendo una aplicación de la norma que a bien seguro el legislador no esperaba»⁴⁴.

⁴⁴ MIRÓ MORROS, D.: «El Tribunal Supremo resuelve la controversia...», *op. cit.*