

Ultraactividad, ley y juez: «Tablas rasas», «cambio de alma»

*«Allí donde resuenan múltiples las contradicciones
deambulo yo con preferencia.
Nadie cede a otro –joh placer!– el derecho a errar»*

GOETHE

1. Por azares que son difíciles de escrutar, prácticamente el mismo día –23 de enero de 2015– en que se conoció la decisión del Tribunal Constitucional (TC) –[ya hecha pública el 2 de febrero](#)– de avalar la reforma laboral de forma «íntegra y definitiva», se dice en todos los medios de comunicación, tuvimos acceso al contenido de una decisión del Tribunal Supremo (TS) –[Sentencia de 22 de diciembre de 2014](#)–, cuyo fallo fue adelantado en diciembre de 2014, que pareciera echar por tierra otra de las medidas estrella de esa misma reforma laboral: la regla que limita a un año la vigencia ultra-activa del convenio (art. 86.3, *in fine*, [ET](#)). Se trata de una materia muy importante, específicamente auspiciada por Recomendaciones de la autoridad económica comunitaria. Ambas sentencias mueven a un sinfín de análisis, reflexiones y críticas, por el calado de sus planteamientos y por la gran cantidad de problemas prácticos que generan, en especial la segunda.

Aquí trataré de esbozar solo algunas de las cuestiones teórico-prácticas más relevantes que, la «solución judicial inventada» *ad hoc* para la pérdida de vigencia del convenio, suscita para una comprensión y funcionamiento razonables y coherentes del sistema de relaciones colectivas español. Y trataré de permanecer estrictamente en un plano jurídico –cierto, técnico y político (del Derecho)–. Pero de inicio, y en un marco propicio como es un editorial, es difícil sustraerse a un plano más emocional cuando se comparan ambas noticias jurídicas de impacto social y las reacciones que provoca y, seguro, van a provocar en los próximos meses. Y es que aquel caprichoso azar ha querido regalarnos, en momentos tan inciertos y convulsos, una muestra de «justicia distributiva». En efecto, confirma que las «buenas» y las «malas noticias» van siempre «por barrios», y convendría más dialogar que monologar. La alegría de quienes han considerado lícita esa reforma del mercado de trabajo –que ahora otros empiezan a imitar, como Italia (*«Jobs Act»*)–, resulte más o menos conveniente o justa, se torna disgusto cuando comprueban que la pretendida finalidad legislativa de acabar con los bloqueos de negociación colectiva se habría quedado en agua de borrajas. En cambio, las penas de quienes padecen ese nuevo, y también preanunciado –desde febrero de 2014–, aval constitucional a una inversión del modelo de relaciones laborales, que primaría la «ley del (contratante) fuerte» sobre la «ley del (contratante) débil», se tornan sa-

tisfacción al comprobar que la jurisprudencia ordinaria sigue corrigiendo –como con los despidos colectivos– arbitrariedades del legislador.

2. Paradójicamente, entre las dos decisiones de política judicial del Derecho hay más puntos de conexión de los que se podría creer a primera vista, pues suelen presentarse, por la práctica totalidad de los comentaristas, como enfrentadas en sus lógicas e inspiraciones. En efecto, a mi juicio, sorprendentemente, ambas coinciden en prescindir de lo que podríamos llamar el «*alma jurídico-social*» del Derecho del Trabajo, corporizada en su especial y reforzado estatuto constitucional de garantías de derechos y principios, tales como la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a un trabajo en condiciones de dignidad de la persona. En el caso de la doctrina del TC, porque reforzando, hasta el extremo, el «principio de autoridad» de la Ley en la configuración de las relaciones laborales vacía de sentido práctico la garantía que la Constitución otorgó a la autonomía colectiva como Poder normativo originario. Una garantía que, por cierto, no solo se expresa desde hace décadas en las normas sociales internacionales clásicas, Convenios de la OIT y Carta Social Europea, sino incluso en el reconocimiento como un genuino derecho social fundamental comunitario *ex* artículo 28 de la [Carta Comunitaria](#), cuya fuerza jurídica es hoy asumida por el Derecho de los Tratados. Frente a esto, el TC apuesta por dar mayor relevancia a las exigencias económicas derivadas de la crisis, aún contestadas por otros organismos internacionales –OIT–, laminando su papel de límite al poder legislativo. De ahí que desplace desproporcionadamente el «*alma jurídico-social*» que le es propia por otra «*jurídico-económica y mercantil*» que, sin serle ajena, sí resultaba vinculada o subordinada a aquella, como el artículo 151 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) reconoce (STS, Sala 4.ª, de 27 de enero de 2014, asunto Cortefiel).

En la opción de la doctrina de la mayoría de la Sala Social del TS aparece, con bastante más perplejidad aun, un análogo vaciamiento de esa señal de identidad jurídico-institucional del Derecho Social del Trabajo. A ello nos aboca cuando da un valor descomunal a la función reguladora del contrato de trabajo para «salvar», a toda costa a lo que se ve, el fin de «conservación de las condiciones de trabajo» una vez caducada la vigencia –normativa– del convenio. A diferencia de lo que pone de manifiesto algún voto particular concurrente, e incluso el propio voto discrepante grupal, no hay la menor remisión a tales derechos sociales para justificar la doctrina. El desplazamiento del alma jurídico-social por la recuperación de una vieja «*alma jurídico-civil*», netamente contractual, sería el alto «peaje normativo-cultural», no solo «conceptual», a pagar por la solución de «justicia material». Sorprendentemente, otra vez, hallamos un nuevo paralelismo inesperado entre la doctrina del TC y la doctrina del TS, pese a defender visiones opuestas de «justicia material», pues ambos Altos Tribunales arrasan su jurisprudencia precedente, sin decirlo o advertirlo.

Ciertamente el precio a pagar es elevado, inasumible diría yo, más porque no es ni siquiera necesario. La justa conservación de las condiciones de trabajo convenidas, cuyo final de vigencia decreta la Ley sin justificación ni solución alternativa alguna cierta, no exige hacer tal «tabla rasa» con la más acrisolada comprensión jurídico-laboral del sistema de fuentes de las relaciones de trabajo, reflejada, como recuerdan los votos particulares concurrentes, en una consolidada jurisprudencia precedente. Que este excesivo peaje conceptual y cultural es injustificado se pone

de relieve apenas se traiga a colación el diverso camino seguido a análogo fin por el Comité Europeo de Derechos Sociales y Económicos –CEDSE– en diciembre de 2014¹.

Como es bien conocido, este órgano de garantía jurisdiccional máximo de la Carta Social Europea acaba de desautorizar algunos de los aspectos más relevantes de la reforma laboral, entre ellos, los que tienen que ver con el desplazamiento del principio jurídico de autonomía colectiva por el principio de autoridad legal. Para ello, ha establecido, no sin merecimiento de alguna reflexión adicional y crítica en un plano estrictamente jurídico, un rígido principio de no regresividad de los derechos sociales en épocas de crisis, pues serían nada menos que un núcleo duro inherente al modelo democrático y, por tanto, exigencia del principio del Estado Social de Derecho. Este ha de ponderarse siempre, proporcionadamente, con el nuevo principio de primacía del principio productivista. No me cabe duda alguna de que a medida que se difunda esta posición, reflejo, a su vez, de lo que llamo un contemporáneo principio de civilización jurídico-social, de «justicia social universal» si se quiere, se producirá un profundo seísmo en la aplicación judicial de buena parte de los mismos, incluso obviando, cuando no neutralizando, la doctrina constitucional acrítica con ellos y que los ha avalado sin modulación o ponderación alguna.

3. Se podrá argüir, a modo de excusa –«*non petita*»–, que no era nada fácil acertar por la extrema complejidad de la situación generada por un legislador que, a su vez, había hecho «tabla rasa» con el modelo precedente de ultra-actividad indefinida sin aportar una respuesta razonablemente segura cuando se producía el peor de los escenarios: el fin de la vigencia del convenio colectivo y la inexistencia de otro de ámbito superior que lo «sucediera-sustituyera», ya fuese total o parcialmente. Desde luego no seré yo quien niegue esa dificultad extrema que reconocen todos los/as Magistrados/as de la Sala. Ahora bien, que esa complejidad creada por el silencio legislativo, deliberadamente introducida, aunque con extremada deficiencia técnica, pueda explicar los problemas para alcanzar una solución razonablemente cierta, no justifica, en modo alguno, el camino de recontractualización –y «re-civilización»– general y extremo seguido para proveer una respuesta materialmente justa, no solo para el caso concreto a resolver, sino para todos los casos análogos que se pudieran producir.

El grave interrogante generado por el legislador de reforma abre múltiples soluciones jurídicas, sean de política del Derecho sean técnicas, como expresa la diversidad de votos particulares que incorpora la [STS, Sala 4.ª, de 22 de diciembre de 2014](#), tanto entre quienes se muestran partidarios de la mayoría, con lo que la debilita, cuanto entre los que la critican. Los que comparten el sentido de «justicia material» de la solución ponen de manifiesto las debilidades técnicas del razonamiento jurídico que la sustenta y por eso buscan reforzarla acudiendo a enfoques más propios del jurista del trabajo –principios jurídicos, reglas internacionales, derechos constitucionales–. Pero incluso quienes no comparten ese sentido, y reprochan a la mayoría su deficiente argumentación, tampoco pueden permanecer ajenos a la extremada injusticia que supondría convalidar la decisión irracional del empleador. Por eso, el voto particular discrepante grupal aporta una retahíla extrema de argumentos a favor de la solución dada por la mayoría –lo que es inusi-

¹ Informe de Conclusiones XX-3 (2014). Está disponible, pero de momento solo en versión inglesa, en el sitio http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX3_en.pdf

tado, y en todo caso expresa la extrema tensión que ha vivido la Sala en este proceso–, aunque termina primando las razones formales, y por eso propone la estimación del recurso, al tiempo que el voto particular individual llega incluso, con muy buen criterio de fondo, por cierto, a plantear que estaríamos ante un enriquecimiento injusto; pero también le puede más la comprensión formalista, y asume la estimación.

En mi opinión, y sin remontarnos ahora a lo que constituye un conflicto típico y eterno de la Ciencia y la Cultura jurídicas, la dialéctica entre «forma» y «fondo» de la norma jurídica, entre el valor de la «seguridad jurídica» y el de la «justicia social», entendida de forma radical y urgida del sacrificio total de un polo de la tensión –un platillo de la balanza– en beneficio del otro, se plantea inadecuadamente, falsamente incluso, con exceso de unilateralidad. Y, a mi entender, se produce así en la solución mayoritaria, que sacrifica la técnica jurídica –seguridad jurídica– por la justicia material –continuidad pos-ultra-activa de todas y cada una de las condiciones de trabajo contenidas en el convenio decaído en su vigencia normativa–, pero también en la solución minoritaria, que ofrece el sacrificio contrario. A mi juicio, flaco servicio haríamos los juristas «científicos» a la racionalidad –incluso económica–, coherencia –institucional– y justicia del Derecho del Trabajo, así como a los trabajadores, y a los empresarios, a quienes de verdad corresponde la solución razonablemente satisfactoria, si ahora nos limitáramos a adherirnos, más ideológica que críticamente, a una u otra posición, como, a mi juicio, ya está sucediendo. Por eso, compartir, como hago, la solución de la mayoría, no puede cegar la necesidad de proceder a una intensa depuración crítica de lo que estimo son deslices, o incluso errores, conceptuales y normativos, del mismo modo que el reconocimiento que hago de la mayor solvencia técnica del voto particular grupal no impide mi convencimiento de que yerra en la doctrina de fondo que sostiene, cuyos problemas prácticos e incoherencias axiológicas no deja de subrayar, pero también en el razonamiento que sigue, formalista en desmesura.

Por supuesto, no es este el momento ni el lugar para hacer la crítica profunda que nos merece tan trascendental decisión jurisprudencial, sin duda una de las más importantes de la historia moderna española de las relaciones de trabajo, sin que haya concesión alguna a la hipérbole o a la exageración, tan del gusto andaluz. Tiempo habrá para todo ello, incluso en las páginas de esta Revista, donde seguro irán apareciendo en los próximos meses estudios y comentarios de sentencia al respecto, con posiciones críticas diferentes. Aquí solo pretendo dar cuenta de la decisión y de los extraordinarios conflictos, teóricos y prácticos, que genera la solución de la mayoría, poniendo de manifiesto que había otro modo de alcanzarla. Comparto la opción de política del Derecho plenamente, incluso más allá, pues echo de menos mayor contundencia a la hora de evidenciar que también quienes sean contratados tras la pérdida de vigencia tienen una protección constitucional, a través de la prohibición de la doble escala salarial –[STC 27/2004](#)–, lo que solo se menciona. Pero no se puede asumir para afirmarla ese extraño «redescubrimiento» de la fuerza normativa del contrato de trabajo, porque va en contra de toda la tradición jurídico-cultural de las relaciones de trabajo, de la letra de las leyes –también la civil (no solo el contrato es fuente de las obligaciones)–, y del espíritu social, sea de la Constitución sea de las Normas Internacionales. En este sentido, la doctrina judicial que ha dado lugar a su pronunciamiento, la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco –[SSTSJPV de 19 de noviembre \(comentada por el profesor Manuel GARCÍA JIMÉNEZ en el núm. 370 de esta Revista\)](#) y [26 de noviembre de 2013](#)–,

luego emulada literalmente por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares –[STSJ de las Islas Baleares de 20 de diciembre de 2013](#)–, proporciona bases más sólidas para alcanzar una solución más justa socio-económicamente y solvente técnicamente.

Asimismo, entiendo necesario desvelar las debilidades, tanto técnicas como de fondo, de la posición minoritaria, pese a que algunas de sus afirmaciones mantienen adecuadamente viva esa tradición jurídico-cultural, como es la limitación de la función normativa del contrato de trabajo en aras de una protección de los trabajadores, que están en posición desigual con los empleadores. No solo el principio de equivalencia de las prestaciones y el de protección derivada de la buena fe contribuyen a ello, sino el principio-derecho de autonomía colectiva. No obstante, apenas se profundice un poco, las grietas jurídicas, técnicas y axiológicas de esa posición emergen por doquier. Las incoherencias de esa posición son, a mi entender, y con el debido respeto y admiración por todos, la mayoría y la minoría, mayores.

Técnicamente porque, al enfatizar que cualquier solución contractual –sea la que implica su recepción inicial o *ab origine*, como afirma la mayoría, sea *a posteriori*, cuando ha perdido vigencia el convenio por imperativo legal, como a mi parecer es más adecuado con el derecho de autonomía colectiva–, carecería de un fundamento legal adecuado, sea expreso o sea tácito, presenta una imagen simplificada del sistema, donde hay otras Leyes y otros principios generales. El artículo 86.3 del [ET](#) es una norma incompleta que precisa ser integrada necesariamente por el sistema para ser comprensible, por lo que remite tácitamente a esa labor con el propósito de asegurar su fin: que se devalúe la vigencia normativa de las condiciones de trabajo colectivas a otra solo contractual, para que queden bajo la potestad novadora del artículo 41 del [ET](#), sacándolas de la más intervenida del artículo 82.3 del mismo texto legal.

Axiológicamente, porque es, a mi juicio, errónea su conclusión, inexplicada, de que la solución mayoritaria «petrifica» las condiciones laborales de manera «selectiva» y, por lo tanto, «insegura». Todo lo contrario. Como se acaba de decir, flexibiliza el proceso para que sean modificadas, eso sí, siempre que haya causa, siempre que haya una RAZÓN, no ya la sola voluntad ni de la Ley –principio de autoridad legal– ni del empleador –principio de autoridad privada–. El casuismo resultante no está en la decisión de la mayoría, que busca salvarlo, aquí con muy buen criterio, para evitar una suerte de «técnica de espiguelo» o de reconstrucción de la norma aplicable como la técnica perversa de un genuino «*Frankenstein regulador*». Buena prueba de la consciencia del voto particular de esta incoherencia, como no podía ser de otro modo por la finura del jurista que lo encabeza, es la referida enumeración de un amplísimo abanico de derechos constitucionales y principios generales que avalan la decisión contraria. Pero amparados en tecnicismos procesalistas, también muy discutibles, rechaza esa posición, que es la que considera más justa, y termina aceptando una decisión empresarial que no hay forma humana, menos civilizada, de sostener, ni siquiera de comprender, ni para los propios empresarios: pese a que nada cambia, que todo sigue igual, que la categoría, que la jornada, que el rendimiento exigido... permanecen, acepta la rebaja salarial extrema.

Por eso, mi desacuerdo es total con la conclusión de la minoría. Al margen de que se deba pedir más racionalidad y menos ideología al legislador, amén de pedirle más coherencia a la decisión del TS, sí que compete al intérprete racionalizar la situación. Antes bien, es su función inexo-

nable, porque debe complementar el ordenamiento jurídico con lo que deriva no ya solo de las Leyes, nacionales e internacionales, sino del Estado Social de Derecho y de sus principios. Sí hay bases normativas y conceptuales más que sobradas para esa operación, y sí que es trasladable, aun con modulaciones, a todas las condiciones de trabajo, porque así lo exige la seguridad jurídica y la razón. No es una cuestión puramente de justicia material, sino que, en este, como en otros tantos casos de la reforma laboral, estamos ante soluciones legales que, por su indeterminación, deliberada, cierto, colocan en una extrema incerteza no solo a los trabajadores sino también a los empresarios. Bajo la lógica transaccional típica de la norma laboral, que no es solo garantías –función distributiva–, ni tampoco poderes –función productiva–, y según exige su alma jurídico-social constitucional –e internacional–, no es posible dejar de ponderar los derechos fundamentales de ambos: la seguridad de los trabajadores sobre la vigencia de condiciones dignas de trabajo y la flexibilidad de los empresarios para modificarlas cuando acrediten razones –económicas y jurídicas– suficientes.

En suma, empecé con Goethe y ahora apelo a la sabiduría de un jurista normativo, Hart, para quien:

«Vivimos en medio de incertidumbres entre las cuales debemos elegir; la ley puede limitar nuestras posibilidades de elección, pero no podría elegir por nosotros».

Pero me gustaría terminar esta aproximación editorial con la poesía comprometida de un ilustre poeta cordobés, cuando Córdoba irradiaba cultura a toda Europa, enriqueciendo a Occidente y Oriente –enamorado de los rubies de Al-Andalus–. La dedico como crítica, tanto al legislador, que opta por las tablas rasas de estructuras e instituciones que, siempre urgidas de renovación y modernidad, han revelado su utilidad –ya [comentamos en el núm. 379 \(octubre 2014\) de esta Revista](#) cómo la [STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-328/13](#), lo ha convalidado plenamente para Austria, o Alemania...–, cuanto a la mayoría, que en su loable lucha contra esa irracionalidad legislativa cae en la trampa de devaluar, como quiere la Ley, el vigor de esas instituciones en su conformación conceptual y normativo-cultural clásicas. Y, cómo no, a la minoría, que escudada en pretendidas barreras procesales está dispuesta a tolerar una injusticia suma, que no duda en calificar de tal, apelando a valores elementales de nuestra civilización jurídica como la prohibición del «enriquecimiento injusto» –qué bien haría a la sociedad actual una aplicación modernizada del mismo– o la defensa de la dignidad de la persona que exige condiciones de trabajo de progreso, no de miseria. Así lo ha evidenciado el CEDSE. En suma, esas palabras son:

«Si quemáis el papel (normas, jurisprudencia), no quemáis el pensamiento a él confiado (cultura, valores, instituciones), y menos aún el que está en mi cerebro (razón social)» (Ibn Hazm)².

Cristóbal Molina Navarrete

Director

² Citado por GARCÍA GÓMEZ, E.: *El collar de la paloma*, 3.ª ed., Madrid: Alianza, 1971, págs. 256-257.