

ULTRAActividad EXCEPCIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6638/14, de 22 de diciembre

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Tras la finalización de la vigencia del convenio colectivo de empresa y mediada su denuncia, la empresa y los representantes de los trabajadores no alcanzan un acuerdo para la aprobación de un nuevo convenio colectivo. Trascurrido el período previsto en el art. 86.3 (último inciso) ET, el convenio colectivo denunciado deja de estar en situación de ultraactividad. No obstante, los mecanismos previstos en dicho 86.3 ET para impedir el vacío de regulación no son factibles en el supuesto de hecho descrito, toda vez que no existe convenio colectivo de ámbito superior aplicable. A partir del día siguiente al de la finalización de la vigencia del convenio colectivo, la empresa aplica las retribuciones propias del salario mínimo interprofesional. Los trabajadores presentan demanda de conflicto colectivo contra dicha aplicación en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Es decir, en ningún momento se cuestiona la pervivencia o no del convenio colectivo y sólo se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho de la modificación efectuada a los trabajadores de sus salarios.

RESUMEN: La demanda de conflicto colectivo es estimada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que declara no ajustada a derecho la conducta empresarial consistente en retribuir a sus trabajadores a partir de la fecha del fin de la ultraactividad del anterior convenio conforme a las reglas del Estatuto de los Trabajadores, exigiendo que se repusiera a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a las condiciones que disfrutaban con anterioridad durante la vigencia del convenio colectivo. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la empresa. Tras admitir a trámite dicho recurso, el Ministerio Fiscal emitió

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

informe en el sentido de considerar procedente el recurso. La Sala en Pleno del Tribunal Supremo dicta la sentencia ahora analizada ratificando la sentencia de instancia. A la presente Sentencia se vienen a plantear hasta cuatro votos particulares a uno de los cuales se adhieren cuatro magistrados.

ÍNDICE

1. LAS REFORMAS DE LA CRISIS. RUPTURA DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. INEXISTENCIA DE UN CONVENIO SUPERIOR TRAS LA SUPERACIÓN DEL PERÍODO DE ULTRAACTIVIDAD
3. LA NO DESEADA TEORÍA DE LA INCORPORACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO AL CONTRATO DE TRABAJO
4. VOTOS PARTICULARES. INVIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN A LOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO
5. CONCLUSIONES

1. LAS REFORMAS DE LA CRISIS. RUPTURA DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Las reformas realizadas en nuestro país tras la crisis financiera del año 2007 estuvieron presididas por la idea de que un sistema de relaciones laborales que mantuviera los niveles de protección hasta entonces conocidos impedía a las empresas adaptarse a las nuevas circunstancias económicas. El paso de estos años ha demostrado que las premisas de la que partieron tales reformas no eran ciertas. Con las mismas, se ha incrementado considerablemente los niveles de desempleo, se han reducido los niveles de estabilidad en el trabajo hasta entonces existentes y se han visto rodeados de una enorme inseguridad los sujetos de derecho.

Uno de los aspectos que fue tratado con mayor contundencia en dicho afán flexibilizador fue el de conseguir que el convenio colectivo no fuera un obstáculo para la “permanente adaptación” de las empresas a los cambiantes circunstancias de los mercados. De manera especial se potenció al convenio colectivo de empresa como instrumento de regulación, creando una prioridad aplicativa recientemente ratificada como constitucional por el máximo intérprete de nuestra constitución (STo. 8/15, de 22 de enero). Asimismo, en relación al tema objeto de la sentencia, se despojó al convenio colectivo de la necesaria estabilidad que un sistema de relaciones laborales moderno requiere.

La Ley 3/12, de 6 de junio, vino a establecer una nueva redacción del art. 86.3 ET, conforme a la cual si transcurre un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbi-

tral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

De la lectura de tal precepto se desprenden las importantes posibilidades abiertas a la existencia de vacíos de regulación en espacios anteriormente ocupados por convenios colectivos. Dos cuestiones requieren de interpretación. En primer lugar, el precepto subordina la finalización del período de ultraactividad a la inexistencia de pacto en contrario. Dicho pacto no hace referencia, como aparecía en el precepto anterior a la reforma, a las cláusulas del convenio cuya vigencia finalizó, sino a un pacto posterior, introduciendo el legislador una regla de derecho necesario absoluto. Es decir, que serán los negociadores del convenio los que pueden decidir la continuidad, más allá del período previsto por el precepto, de las cláusulas normativas del convenio colectivo denunciado. Pacto, por otra parte, más que improbable dado el nulo interés que la parte empresarial va a tener en que ello se produzca.

En segundo lugar, como cláusula de salvaguarda, una vez finalizado el plazo de un año, se procederá a la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior correspondiente. Si no existe un convenio superior aplicable, como es caso de la sentencia ahora analizada, se plantea la necesidad de determinar cuáles serán las condiciones de trabajo a aplicar a partir de ese momento. Aspecto este último que, sin duda, favorece las conductas obstruccionistas de los empresarios durante el proceso de negociación colectiva, ya que, si no se llega a un acuerdo, se encuentran amparados por esta disposición legal que se aplicará, en última instancia, para imponer la devaluación salarial.

De este modo, durante el período que media entre un convenio y otro, en el caso de que las partes que negocian no decidan el mantenimiento del convenio anterior y no haya convenio de ámbito superior aplicable, se producirá inevitablemente el paso a un primer plano de la autonomía individual o, en última instancia, de la decisión empresarial, acentuándose el grado de disparidad en la posición jurídica de trabajador y empresario. Se adivina, de esta forma, un claro desincentivo empresarial hacia la negociación del nuevo convenio colectivo, puesto que para la parte empresarial será más ventajoso no negociar aquellas materias cuya única regulación sea convencional, sobre todo si ya han perdido efectividad desde el momento de la pérdida de vigencia del convenio colectivo que ha de sustituirse, o, en todo caso, valorar qué materias merecen negociación.

Conforme se desprende de lo anterior, es posible comprobar cómo un aparente incremento de las facultades de la negociación colectiva puede suponer, en última instancia, una precarización de los derechos de los trabajadores indi-

vidualmente considerados, así como un incremento de las facultades unilaterales de la parte empresarial. En el supuesto de que no se pacte el mantenimiento de la ultraactividad por parte de los negociadores, el proceso de negociación del nuevo convenio colectivo se verá condicionado por la presión que supone la necesidad de cubrir los vacíos normativos existentes o evitar las posibles peores condiciones del convenio superior aplicable.

2. INEXISTENCIA DE UN CONVENIO SUPERIOR TRAS LA SUPERACIÓN DEL PERÍODO DE ULTRAATIVIDAD

Los temores expuestos por la mayor parte de la doctrina desde los primeros momentos posteriores a la aprobación de las reformas de la crisis se han visto superadas por la fuerza de los hechos. En concreto, en el caso que nos ocupa, tras la denuncia del convenio y la finalización del período de un año previsto en el art. 86.3, la empresa decide aplicar la única normativa de referencia conforme a las reglas de tal precepto, esto es, el Estatuto de los Trabajadores. La Sentencia se ocupa en exclusiva de la cuestión salarial pero hubieran podido ser cualquier otra condición de trabajo de las previstas en el convenio colectivo. Como consecuencia de la conducta empresarial que, por otra parte, se limitó a aplicar la normativa vigente en su más cruda significación, los trabajadores pasaron a cobrar el salario mínimo interprofesional.

Como consecuencia de ello, los trabajadores recurren la decisión empresarial a través del procedimiento de conflicto colectivo contra lo que ellos entienden que es una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo que no tiene cabida en los supuestos previstos en el art. 41 ET. Es decir, los trabajadores no cuestionan que el instrumento de regulación, esto es, el convenio colectivo, pudiera seguir en vigor. Se acepta, por tanto, que el instrumento que generó dichos salarios ha perdido su eficacia aunque se niegan a aceptar que, al menos en materia salarial, la inexistencia de tal instrumento de regulación haya de implicar la peor de las posibles soluciones que, por otra parte, no es otra que la consecuencia de aplicar la rigurosa literalidad de la normativa vigente.

Como consecuencia de la confluencia de una serie de circunstancias que, aunque excepcionales, no por ello no fue advertida la posibilidad de su concurrencia por los primeros intérpretes de la nueva redacción del art. 86.3, los trabajadores quedan sin protección convencional y pasan a depender de la siempre cuestionable autonomía de la voluntad individual. Esta circunstancia, querida por el legislador, supone un paso en la tendencia evolutiva de nuestro sistema de fuentes. Tras la reformas de 1994, ya advertimos de que la apertura de espacios

carentes de regulación legal provoca una mayor responsabilidad reguladora de la autonomía colectiva. Sin embargo, ésta difícilmente cubrirá la totalidad de las materias abandonadas por la Ley, y en consecuencia, importantes espacios quedarán desprovistos de regulación, entrando a cubrirlos la autonomía individual. El siguiente paso lo constituye el mecanismo ahora cuestionado por el Tribunal Supremo y que, básicamente, hace desaparecer, por imperativo legal, la mayor parte de la regulación de las más importantes aspectos de la prestación de trabajo en el concreto caso en que no hubiere convenio colectivo aplicable tras el fin de la ultraactividad.

Pues bien, la gravedad de las consecuencias prácticas de la nueva redacción del art. 86.3 ET ha llevado a nuestra jurisprudencia a la necesidad de arbitrar soluciones que compensen el excesivo rigor de tal precepto. Curiosamente, tanto el parecer mayoritario de la sala como los votos particulares planteados a la misma, parten de la necesidad de paliar dicho rigor ante las consecuencias, manifiestamente injustas, que tal aplicación supone.

Como ya hemos advertido, tras la denuncia del convenio colectivo de empresa aplicable y el transcurso del período previsto en el art. 86.3 ET, se comprueba la imposibilidad de que sea de aplicación a la empresa ningún convenio colectivo de ámbito superior. Ante ello, la empresa decide la aplicación del Estatuto en materia salarial, lo que supone una rebaja muy considerable de las cuantías salariales cobradas por los trabajadores hasta ese momento. El Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada parte de una enorme necesidad de elaboración teórica para tratar de eludir las consecuencias prácticas que las reformas de la crisis han ocasionado.

Parte el Tribunal Supremo, cosa poco habitual, de un recorrido por los pronunciamientos doctrinales al respecto. Estos son sistematizados en dos grandes tesis. La primera de éstas es denominada como “rupturista”, según la cual «los derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse, tras el transcurso del año previsto en el art. 86.3 por las normas legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido»¹. Junto ella, continua el Supremo, se encontraría la tesis “conservacionista”, según la cual dichas condiciones laborales que

¹ Mercader Uguina J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant, Valencia 2012, p. 741; Sala Franco, T., «La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos», *Actualidad Laboral*, nº 10, 2013, p. 8; Sempre Navarro, A.V., «La ultraactividad del convenio colectivo tras

venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes².

La Sala IV se adscribe a la segunda de las tesis previamente descritas porque entiende que «la aplicación de las tesis rupturistas podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca».

El Tribunal Supremo en esta sentencia, desde nuestro punto de vista, parte en su interpretación de una clara necesidad de compensar una situación que deviene injusta. Son significativas las menciones explícitas a los efectos indeseables que en la práctica se generarían de mantener la tesis rupturista. Sin embargo, acepta la premisa de la que parte el legislador reformador, la del paso a un primer plano de la autonomía individual frente a un retroceso de la regulación convencional como consecuencia del fin del exiguo período de ultraactividad.

Las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva se encuentran presididas por el principio de jerarquía. Como regla general, por

el 8-J», *Noticias Breves*, Gómez-Acebo & Pombo, 2013, p. 2; Goerlich Peset, J.M., «La ultraactividad de los convenios colectivos», Foro de debate, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 2013, p. 14; García Viña, J., «La pérdida de vigencia del convenio colectivo», *Relaciones Laborales* 11 (2013), p. 16; Navarro Nieto F., «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva», en VV.AA., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Tirant, Valencia 2012, p. 987; Martínez Moreno C., «La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad», en VV.AA. (Monereo Pérez J.L. y Moreno Vida N., dirs.), *El sistema de negociación colectiva en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2013, p. 614.

² En general, a favor de la «contractualización» pueden citarse los trabajos de Molina Navarrete, C., «Caducidad de la garantía de ultraactividad y normativa de los convenios: en serio una cuenta atrás hacia “el abismo laboral español”», *Temas Laborales*, n° monográfico 2013; y el manifiesto publicado en el n° 61 de la Revista de Derecho Social. También a favor de la contractualización, Rodríguez Piñero, M., Casas Baamonde, M.E., Y Valdés Dal Ré, F., «El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, n° 9/2013. Más recientemente se ha pronunciado también a favor de la contractualización limitada Durán López, F., «Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente», *Relaciones Laborales*, n° 9, 2014.

tanto, la autonomía individual no puede pasar a ocupar los espacios propios de la autonomía colectiva ni contradecir la regulación emanada de ésta. Todo ello, lógicamente, en el caso de que exista un convenio colectivo que regule las condiciones de trabajo. El legislador, a través de la supresión del convenio colectivo tras el período de ultraactividad, abre importantes caminos al pleno desenvolvimiento de los mecanismos de la autonomía individual.

Esta lógica es respetada por el Supremo. De esta manera, proclama que los principios generales del Derecho de los Contratos rigen plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. «Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa».

Partiendo de esta premisa, continúa preguntándose sobre dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador, respondiendo que en su contrato de trabajo. Las limitaciones que, tradicionalmente, se le ha aplicado al contrato de trabajo frente al resto de sectores de Derecho privado obedece a la función «nomofiláctica» de las normas estatales y convencionales. «Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las parte se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1. ET.»

A través de este posicionamiento, desde nuestro punto de vista, el Supremo se distancia de la asentada naturaleza normativa del convenio colectivo, volviendo a la histórica consideración de que el contenido de los convenios colectivos se incorpora a las cláusulas del contrato de trabajo. En concreto, mantiene que «cualesquiera derecho y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente».

Es decir, el convenio colectivo, a juicio del Tribunal Supremo, una vez terminado el plazo legal de ultraactividad pierde su vigencia, dejando de generar la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los convenios colectivos

como consecuencia de su naturaleza normativa. A partir de ese momento, las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo continuarán produciendo efecto pero como cláusulas contractuales. Es por ello, que habrá de aplicarse el procedimiento previsto en el art. 41 ET para la modificación de las mismas, no siendo, pues, la desaparición de sus efectos automática.

De este modo, aunque sin nombrarla directamente, retoma la descartada hace décadas posibilidad de que los convenios colectivos creen condiciones más beneficiosas. Es cierto que la propia previsión contenida en el art. 86.3 ET es una anomalía desde la perspectiva de la atribución de eficacia normativa al fruto de la negociación colectiva. En relación a esta eficacia normativa, la regla fundamental es la de toda norma deja de producir efecto cuando es derogada por otra posterior. Sin embargo, el legislador niega unas de las consecuencias de atribuir al convenio colectivo eficacia normativa, previendo la pérdida de eficacia todo convenio colectivo tras la finalización de su ultraactividad independientemente de que haya sido sustituido por uno posterior³.

3. LA NO DESEADA TEORÍA DE LA INCORPORACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO AL CONTRATO DE TRABAJO

A través de una interpretación claramente garantista, durante la época anterior al Estatuto de los Trabajadores de 1980, se llegó a un concepto extraordinariamente amplio de *condición más beneficiosa*. El convenio colectivo posterior no podía alterar el contenido convencional más beneficioso anteriormente disfrutado por los trabajadores, puesto que dichas cláusulas convencionales se habían *integrado* en el contrato de trabajo, de manera que dichas condiciones pasarían a estar unidas a la vida del contrato individual, siendo imposible la modificación posterior del nuevo convenio colectivo.

Esta situación disponía incluso de un reflejo normativo. En concreto, a través de la interpretación de los arts. 2 y 4 L.C.C. de 1958, consideraba que era contrario a la legalidad vigente en aquellos momentos la disminución de los derechos alcanzados con anterioridad al nuevo convenio colectivo por los trabajadores, independientemente de que su fuente radicara en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo. Sólo existía cierta incertidumbre en este punto a la

³ Véase al respecto, Ruiz Castillo, M.M. y Escribano Gutiérrez, J., La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo, Albacete, Editorial Bomarzo, 2013.

hora de considerar cuándo el nuevo convenio colectivo había provocado una reducción de los derechos hasta entonces disfrutados.

Con persistencia en lo concerniente a esta incapacidad del convenio colectivo para introducir una regulación menos beneficiosa para los trabajadores sometidos al mismo, tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal Constitucional continuó, aunque matizadamente, manteniendo la existencia de condiciones más beneficiosas que traían causa de un convenio colectivo⁴, aceptando únicamente la modificación peyorativa cuando ésta se hallara justificada por un interés superior.

Según la tesis ahora rescatada por el Tribunal Supremo, las ventajas consagradas por los convenios colectivos pasan a integrarse, a incorporarse en el clausulado del contrato, deviniendo a partir de ese momento vinculadas, para su derogación, a los correspondientes mecanismos contractuales. Sin embargo, esta teoría asume un error de partida, pues la incorporación de la ventaja o derecho de origen convencional al contenido del contrato de trabajo no justifica la vigencia de la cláusula del convenio colectivo, que, de llevarse esta teoría hasta sus últimos extremos, continuaría produciendo efectos a pesar de haber sido sustituido por un nuevo convenio colectivo.

Distintas razones pueden explicar el surgimiento de esta teoría. Así, por ejemplo, es de destacar, en el contexto concreto del Derecho italiano, cómo esta teoría encuentra su razón de ser en la necesidad de justificar la eficacia normativa del convenio colectivo sobre los contratos de trabajo. En este ordenamiento jurídico se llegaba a la conclusión, por parte de la jurisprudencia, de que el convenio colectivo estaría privado de eficacia a no ser que se produjera la recepción de éste en los concretos contratos individuales. En otras palabras, sería la ausencia de eficacia normativa del convenio colectivo la que haría necesario idear la teoría de la incorporación.

Desde el momento en que se puede justificar la eficacia normativa del convenio colectivo sin necesidad de exigir su incorporación al clausulado contractual, debe admitirse con ello la posibilidad de regulaciones convencionales dispositivas *in peius* del convenio colectivo anterior.

Por otra parte, cabe apreciar en la teoría de la incorporación una serie de dificultades técnicas en su aplicación. Entre las más destacadas se encuentran

⁴ Véanse las sentencias 81/82, de 21 de diciembre, 98/83, de 15 de noviembre.

aquellas que consisten en determinar, por un lado, cuándo se está ante una ventaja de carácter individual o colectivo, y, por otro, cuándo se puede entender perfeccionada e incorporada al nexo contractual la garantía convencional.

El principio de incorporación ha recibido numerosas críticas, algunas de las cuales quedan reseñadas a continuación. Cabe decir, además, que como consecuencia de las mismas se ha creado un estado de opinión entre la doctrina prácticamente unánime:

a) El convenio colectivo tiene una naturaleza esencialmente temporal. Los trabajadores que se ven beneficiados por su entrada en vigor, son, no obstante, conscientes de que desde ese mismo momento sus beneficios son transitorios.

La atribución de efectos normativos al convenio colectivo supone, del mismo modo, admitir su capacidad para modificar los derechos anteriormente consagrados por vía convencional. El contrato se rige por la regulación convencional existente en cada momento, sin que ello implique su incorporación a la estructura del contrato de trabajo. De ello se deduce que toda modificación operada en el ámbito convencional implicará, necesariamente, la pérdida de aquellos derechos que, en virtud de la situación anterior, se venían disfrutando.

La condición más beneficiosa va a experimentar por ello una clara restricción de su significación, quedando reducida exclusivamente a aquellas garantías obtenidas por los trabajadores a través de lo establecido en su contrato de trabajo o por mejoras unilaterales del empresario.

b) Otro de los argumentos empleados parte de la superioridad de lo colectivo sobre lo individual. Conforme a ello, el convenio colectivo no se podrá aplicar más allá de lo que se desprenda de la voluntad de las partes colectivas. O, en el caso que nos ocupa, de lo previsto por el legislador.

Desde el punto de vista jurídico, la propia subordinación de la autonomía individual a la autonomía colectiva, en base a lo establecido en el art. 3 E.T., se vería alterada si -como consecuencia de la capacidad de resistencia de los contratos individuales a los cambios introducidos en la vida convencional- se pudiera impedir la efectiva aplicación de los nuevos convenios colectivos.

c) Por último, cabe contemplar un argumento basado en la búsqueda de la unidad y la maximalización de la racionalidad en la empresa. El mantenimiento de los convenios derogados a nivel individual implicaría la existencia de múltiples regímenes de trabajo, dependientes todos ellos de la fecha de incorporación

de los trabajadores a la empresa. Además resultaría que tales condiciones más beneficiosas de origen colectivo habrían de respetarse en un hipotético nuevo convenio con lo que se imposibilitaría, como mantiene uno de los votos particulares de la sentencia ahora comentada, toda negociación que no llevase a mejorar la regulación colectiva anterior (Voto Particular I, 3.3)

Resulta necesario, en último lugar, advertir cómo el principio de incorporación ha perdido igualmente parte de su significación protectora hacia los trabajadores, como consecuencia de la progresiva precarización de las condiciones más beneficiosas contractuales. Las condiciones de los convenios colectivos que perdieron su vigencia se integraban en el clausulado de los contratos de trabajo para evitar que, por vía convencional, se empeorara la anterior situación de los trabajadores. Sin embargo, como consecuencia de las posibilidades concedidas al empresario para la modificación unilateral de las condiciones de trabajo, y en concreto, de las condiciones más beneficiosas cuando concurren determinadas circunstancias, se rebaja notablemente el posible carácter protector de este tipo de cláusulas.

Pero a pesar de todos los inconvenientes y críticas reseñadas, el principio de incorporación no se ha visto desterrado totalmente de nuestro ordenamiento jurídico; es más, continúa siendo uno de los criterios interpretativos básicos respecto a la aplicación de los convenios colectivos extraestatutarios. Pero incluso en este específico contexto, se ha evidenciado lo inapropiado de la tesis de la incorporación, llegándose a propugnar la necesidad de introducir correctivos a los excesos de dicha teoría⁵.

4. VOTOS PARTICULARES. INVIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN A LOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO

La evidente falta de garantías para los trabajadores que supone la finalización del período de ultraactividad previsto legalmente y los fuertes desequilibrios que la misma ocasiona motiva que, aun sin compartir el razonamiento básico de la mayoría de la sala cuarta, varios magistrados planteen sus respectivos votos

⁵ Véase, ampliamente, Escribano Gutiérrez, J., «Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, nº 97 (septiembre-octubre), 1999, pp. 681-704.

particulares rechazando la argumentación mayoritaria pero rechazando, a su vez, la legalidad de la conducta empresarial. Es decir, tanto el parecer mayoritario como el de estos votos particulares asumen que el excesivo rigor del art. 86.3 ET se compadece mal con un Derecho del Trabajo mínimamente ecuánime.

El primero de dichos votos particulares, formulado por el magistrado De Castro Fernández, parte del rechazo de la teoría de la incorporación utilizado por la Sentencia, por entender que tal mecanismo «carece de base sólida y es incompatible con buena parte de nuestra doctrina en materia de negociación colectiva, sino que a la misma y satisfactoria conclusión puede llegarse por la vía –menos disfuncionante– de aplicar principios constitucionales y a través de la propia dogmática del negocio jurídico».

Para evitar el vacío que la regla del art. 86.3 ET genera y sólo para las cuantías salariales, propone este magistrado la continuidad aplicativa del salario del convenio como consecuencia del necesario equilibrio de las prestaciones, apoyándose para ello en el principio de buena fe. El paso de la cuantía salarial prevista en el convenio colectivo al exiguo Salario Mínimo Interprofesional sería contrario al respeto a la dignidad humana del art. 10 CE y al derecho de una remuneración suficiente consagrado en el art. 35.1 CE. Asimismo, como nosotros mantuvimos anteriormente, la perspectiva de que tras la finalización de la ultraactividad se presente el SMI como amenaza, hará a las partes negociadores del nuevo convenio colectivo afrontar el proceso negociador sin la necesario equilibrio, por lo que también se estaría poniendo en cuestión el derecho a la negociación colectiva prevista en el art. 37 CE.

Así pues, concluye este voto particular afirmando que «no parece ajustado a la obligada buena fe que el fracaso en la negociación de un nuevo convenio colectivo se considere por la empresa como acontecimiento que legitime reducir drásticamente la retribución que hasta entonces percibían los trabajadores afectados, precisamentee invocando una redacción que cuando menos presenta cierto grado de oscuridad, pues si hasta la referida la fecha el salario no podía sino ser considerado adecuada contraprestación al trabajo realizado, en tanto que había sido fijado de común acuerdo por la empresa y los representantes de los trabajadores, en ningún caso podía pasar a ser indebida contraprestación sin que se hubiese producido circunstancias excepcionales que ni tan siquiera se alegan».

A este voto particular, desde nuestro punto de vista, se le puede reprochar que, aunque su objeto es paliar los graves desequilibrios que la supresión del salario convencionalmente pactado implican, no plantea cuál es la eficacia jurí-

dica de unas cláusulas convencionales que han llegado a su fin, que no se han incorporado al contrato de trabajo y que el legislador no quiere, conforme a la literalidad del precepto, que continúen produciendo efecto, salvo que hubiera pacto en contrario.

El segundo de los votos particulares, presentado por el magistrado Luelmo Millán, de nuevo procura evitar la aplicación literal del precepto estatutario. Básicamente, el razonamiento de este voto particular termina asumiendo también el principio de incorporación de derechos convencionalmente establecidos al contrato de trabajo. Sin embargo, dada la jurisprudencia que niega las condiciones más beneficiosas de origen convencional, razona que en el caso de la finalización de la ultraactividad 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 que puede constituir un estímulo para evitar de futuro la negociación, que es, precisamente, lo que la propia norma niega». Evidentemente, este razonamiento no consigue, desde nuestro punto de vista, diferenciarse del principio de incorporación de derecho y la condición más beneficiosa de origen colectiva, toda vez que sólo cuando finaliza la vigencia de los convenios de origen, se hace necesario acudir a ellas para salvaguardar el respeto a determinados niveles de derechos alcanzados.

Sí nos parece más útil el último de los razonamientos mantenidos por este magistrado. Dado que en el art. 86.3 ET no se prevé el supuesto en cuestión, esto es, que no exista convenio superior aplicable, habría que admitir la ultraactividad circunscrita a este punto singular, «porque la norma no lo niega expresamente sino en términos generales que consideran el convenio como un todo generador de derechos y obligaciones recíprocos, debiendo tenerse presente la finalidad de la reforma laboral en este aspecto que dice no querer más que favorecer la propia negociación colectiva y evitar la petrificación convencional y que no se demoren en exceso nuevos acuerdos, pero no rebajar el nivel salarial alcanzado como medida económica anticrisis aunque haya de ser también antisocial».

El siguiente voto particular es formulado por el magistrado Sempere Navarro y al mismo se adhieren cuatro magistrados, incluido el presidente de la sala. En este voto particular se reprocha a la representación de los trabajadores el haber elegido el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para hacer valer su posición, lo que a su juicio ha condicionado la decisión de la sala. Así, en este voto, de nuevo, se considera inaceptable la teoría de la incorporación a los contratos de los derechos contenidos en los convenios colectivos y de la necesidad de proceder a examinar la pretensión a la vista de

diversos prismas constitucionales o legales para determinar si cabe reducir el salario cuando el convenio pierde su vigencia.

Es este el voto particular que con mayor rigor contradice la posibilidad de retornar al principio de incorporación: «esa especie de transubstanciación que implica el pasar desde un envoltorio normativo a otro contractual se antoja ajena a nuestro sistema de relaciones laborales, donde los derechos y obligaciones inciden en el contrato de trabajo sin perder las características de su fuente».

No obstante, conforme a este voto particular el rechazo de la incorporación del contenido del convenio al contrato de trabajo no significa que no se hubiera podido argumentar otras vías para conseguir paliar los efectos indeseables del art. 86.3 ET. Entre ellos, el voto particular cita los siguientes:

- a) La dignidad del trabajador puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.
- b) El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.
- c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla.
- d) La analogía o las costumbres profesionales pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.
- e) La irregresividad retributiva, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso, podría apuntalar la idea de que el empresario no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.
- f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desasegurada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad.

Sin embargo, ninguna de estas cuestiones pueden argumentarse en el supuesto enjuiciado dado que, a juicio de los magistrados que formulan el voto particular, la representación de los trabajadores erró en el instrumento procesal utilizado.

El último de los votos particulares, formulado por la magistrada Calvo Ibarlucea, de nuevo critica la teoría de la incorporación del contenido convencional

al contrato de trabajo pero, de nuevo, considera inasumible la defensa de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores y el SMI tras el fin de la ultraactividad. En este caso, la magistrada sustenta su voto particular en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto que generaría para la empresa tal solución.

5. CONCLUSIONES

Como advertimos al comenzar este comentario, la búsqueda por parte del legislador de la crisis de una flexibilización absoluta de las condiciones de trabajo con el pretexto de superar un desfavorable contexto financiero ha llevado a situaciones que, según el Tribunal Supremo, no son asumibles por injustas. Las posibilidades que al intérprete de la norma le quedan para interpretar de manera coherente con los principios inspiradores del Derecho del Trabajo esta nueva realidad normativa son pocas.

Esta situación está motivando resoluciones como la ahora comentada en la que se pretende paliar un rigor a todas luces inasumible. Contrastan además estos intentos con la contudencia con la que el politizado Tribunal Constitucional defiende la constitucionalidad de todas y cada una de las reformas que, en aquel contexto, se aprobaron. Bastaría citar el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré a la STCo. 8/15, de 22 de enero, en la que alerta sobre la desaparición de principios interpretativos hasta ahora fundamentales tales como el principio del equilibrio de los sacrificios de los derechos en juego y la justificación de todos los retrocesos de derechos en la necesidad de salir de la crisis económica de origen financiero o, en palabras del constitucional, en la necesidad de llevar a cabo un «ajuste racional de las estructuras productivas a ls sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica». Según el voto particular aludido, nuestro Tribunal Constitucional ha «decidido elevar a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España y, de manera singularizada, los ciudadanos que en ella habitan vienen padeciendo desde hace años. En otras palabras, [...] utiliza la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del Título I de la CE»⁶.

En el presente caso, el parecer mayoritario de la sala precisa de rescatar viejos principios superados hace décadas por nuestra doctrina como conse-

⁶ Voto particular formulado a la STCo. 8/15, de 22 de enero.

cuencia de la evolución de nuestras normas jurídico-laborales. Además, la utilización del principio de la incorporación al contrato del contenido del convenio colectivo o de las condiciones más beneficiosas de origen colectivo plantea importantes inconvenientes por nosotros resaltados. Así, por ejemplo, y por citar algunas de las más importantes, qué sucede con esas condiciones cuando entra en vigor el nuevo convenio colectivo o qué ocurre con el salario de aquellos trabajadores contratados con posterioridad al fin de la ultraactividad del convenio que pasa a estar incorporado en el contrato del resto de sus compañeros más antiguos en la empresa⁷.

Desde nuestro punto de vista, el argumento más interesante de todos los posibles frente a la desaparición de toda regulación colectiva de la noche a la mañana ha de partir de la propia literalidad del precepto. Como se sabe, en tal precepto no se ha previsto qué sucede cuando no exista convenio colectivo de ámbito superior aplicable. Como consecuencia de ello, podría mantenerse que, sólo en este caso, la ultraactividad del convenio se mantenga más allá del año previsto por la norma. Esta solución encaja además con los propósitos relativos a la potenciación del convenio colectivo a los que se apela en la Exposición de Motivos de la norma reformadora. Otra solución pudiera estar favoreciendo una mala fe empresarial en el proceso de negociación del nuevo convenio colectivo que dilataría más allá de dicho año para conseguir una rebaja sustancial de sus costes laborales.

Sin embargo, tampoco esta solución es del todo satisfactoria. Tal mantenimiento excepcional de la eficacia del contenido del convenio colectivo no podría producirse con un mantenimiento de su naturaleza normativa. Es decir, en el caso de que se mantuviera dicha eficacia lo haría con las características propias de los convenios colectivos extraestatutarios⁸. Esta solución tampoco garantiza su pervivencia, dadas las facilidades, ratificadas por nuestro Tribunal Constitucional (STCo. 8/15, de 22 de enero), para la supresión o modificación unilateral de las condiciones de trabajo establecidas en estas manifestaciones de la autonomía colectiva.

⁷ Véase la larga lista de problemas recogidos en el voto particular del Magistrado Sempere Navarro.

⁸ Escudero Rodríguez, R., «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva» en AA. VV., «Negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012», Madrid, Cinca, 2012.

Un último intento de hacer compatible la literalidad del artículo estatutario y el mantenimiento de unas condiciones de trabajo semejantes al fin de la ultraactividad y no las degradadas con Estatuto, se han barajado soluciones relacionados con los principios de concurrencia de los convenios colectivos. De este modo, se trata de equiparar en el término convenio superior aplicable, a convenio aplicable conforme a tales principios. Esta opción interpretativa tiene la ventaja de mantener los razonamiento en el estricto sistema de negociación colectiva y no acudir a principios ya superados hace décadas. No obstante, se encuentra lastrado por la dificultad de que la propia literalidad del precepto dé cabida a tales interpretación *praeter legem*⁹

Sin duda alguna, al margen de estos razonamientos, habrá de partirse de la existencia o no de buena fe en los procesos de negociación del nuevo convenio y del posible mantenimiento del anterior. El polémico precepto estatutario concibe, como excepción a la pérdida de la ultraactividad del convenio colectivo, la posibilidad de que medie un acuerdo de las partes negociadores para el mantenimiento de dichas cláusulas. Así pues, si se detectan actitudes obstruccionistas en dicha negociación que persigan la consecución del máximo rigor del precepto, habría de impedir dicha solución pues de lo contrario estaríamos beneficiando al sujeto infractor de la necesaria buena fe que ha de presidir el proceso de negociación colectiva.

⁹ Comité ejecutivo de la revista, «Reflexiones acerca de la sentencia del pleno de la sala de lo social del tribunal supremo de 22 de diciembre de 2014, sobre ultraactividad del convenio colectivo», *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, nº 40, 2015, pp. 42-43.