

MADRID, 17 de ABRIL 2015

## La ultraactividad de los convenios colectivos

(Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre dicha materia tras la Reforma Laboral).

Esteban Ceca Magán

Abogado, Colegiado de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Ceca Magán Abogados*



**Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2014, dictada en materia de conflicto colectivo. Recurso de Casación ordinaria 264/2014. Fin de la ultraactividad de un Convenio Colectivo.**

Pretendemos en el presente estudio, comentar una importante Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2014, dictada en materia de conflicto colectivo. Recurso de Casación ordinaria 264/2014, sobre el fin de la ultraactividad de un Convenio Colectivo.

- 1.- Se trata de una Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Donde han intervenido y expresamente se han pronunciado los 14 Magistrados que conforman la misma.
- 2.- Es la primera Sentencia, dictada en materia de ultraactividad de un Convenio Colectivo. De una Sentencia donde se había concluido ya el período de ultraactividad de determinado Convenio.
- 3.- La Sentencia se dicta en un Recurso de Casación ordinaria, y en un supuesto en el que concluida la ultraactividad del Convenio Colectivo aplicable, se plantea si inexistiendo Convenio Colectivo de ámbito superior, resulta correcto o jurídicamente reprochable el concreto actuar empresarial.
- 4.- Dicho proceder, fue el siguiente: la empresa abonó a sus trabajadores la paga extraordinaria de julio de 2013,

(tras haber expirado el convenio en ultraactividad; y en aplicación del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores), en dos partes. Aplicando hasta el 7 de julio de 2013 las condiciones salariales del Convenio Colectivo, y a partir del 8 de julio, las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.

- 5.- La tesis mayoritaria de los Magistrados de la Sala, es ésta: los derechos y obligaciones de los trabajadores son aquéllos por los que se rigió su contratación; plasmados en el contrato de trabajo, bien de forma expresa, bien por remisión al Convenio Colectivo de aplicación. Tesis de la Magistrada ponente, Doña Rosa María Virolés Piñol.
- 6.- Tesis no compartida por la totalidad de los 14 componentes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.
- 7.- Y ello, hasta tal punto que podemos calificar esta Sentencia, como polémica. Por cuanto que contra el criterio de la mayoría, se oponen 4 votos particulares. A uno de los cuales, se adhieren otros 3 Magistrados. Lo que equivale a que 7 discrepan del criterio doctrinal de la Magistrada ponente, y son sólo otros 7 los que la apoyan. De modo que la Sentencia sale adelante, porque de los votos particulares, todos, salvo 1 son convergentes con el criterio de la mayoría de Magistrados.
- 8.- Ello fuerza al examen de la Sentencia, a establecer los criterios de la mayoría que la apoya, y a ir comentando pormenorizadamente los votos particulares. Los cuales, a su vez, resultan divergentes entre sí. Dándose la circunstancia añadida de que mientras 3 votos son discrepantes e individualizados, el 4 es compartido. Mejor dicho, al mismo se adhieren otros 3 Magistrados. Entre ellos, el propio Presidente de la Sala.
- 9.- Para ya desde este momento, tener claras las posturas de los diferentes Magistrados de la Sala, en esta Sentencia, digamos lo siguiente, referido a quienes apoyan la misma y a quienes de conformidad con el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, disienten de la resolución; bien del fallo, o convergiendo con el mismo, disienten de su fundamentación jurídica.
- 10.- Magistrados componentes de la Sala, 14:
  - 1.- Don Jesús Gullón Rodríguez. Presidente.
  - 2.- Don Fernando Salinas Molina.
  - 3.- Doña María Milagros Calvo Ibarlucea.
  - 4.- Don Luis Fernando de Castro Fernández.
  - 5.- Don José Luis Gilolmo López.
  - 6.- Don Jordi Agustí Juliá.
  - 7.- Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.
  - 8.- Don José Manuel López García de la Serrana.
  - 9.- Doña Rosa María Virolés Piñol. Ponente.
  - 10.- Doña María Lourdes Arastey Sahún.
  - 11.- Don Manuel Ramón Alarcón Caracuel.
    - 12.- Don Miguel Ángel Luelmo Millán.
  - 13.- Don Antonio V. Sempere Navarro. Y
  - 14.- Don Jesús Souto Prieto.
- 11.- De los citados componentes del Plenario, los Magistrados que han seguido el criterio de la mayoría, sin formular voto discrepante alguno, son los siguientes:
  - 1.- La Magistrada Ponente, Doña Rosa María Virolés Piñol.
  - 2.- Don Fernando Salinas Molina.
  - 3.- Don Jordi Agustí Juliá.
  - 4.- Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.
  - 5.- Doña María Lourdes Arastey Sahún. Y
  - 6.- Don Manuel Ramón Alarcón Caracuel.
- 12.- Formula voto particular, pero convergente con el de la mayoría y con igual fallo desestimatorio del Recurso, el Magistrado Don Luis Fernando de Castro Fernández.

- 13.- Formula voto particular, y también concurrente con el fallo de la Sentencia, el Magistrado Don Miguel Ángel Luelmo Millán.
- 14.- Formula voto particular, divergente del fallo de la Sentencia, y por lo tanto en el sentido de admitir el Recurso de Casación formulado por la empresa, la Magistrada Doña María Milagros Calvo Ibarlucea.
- 15.- Por último, formula voto particular y convergente con el fallo de la Sentencia, pero discrepante de la tesis sostenida en la misma, el Magistrado Don Antonio V. Sempere Navarro. Voto al que se adhieren el Presidente de la Sala, Don Jesús Gullón Rodríguez y los Magistrados, Don José Luis Gilolmo López, Don José Manuel López García de la Serrana y Don Jesús Souto Prieto.

---

Sentencia, pues, polémica, no cabe duda. Siendo, ciertamente el tema, de gran importancia jurídica; pues es la primera Sentencia del Tribunal Supremo en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre la ultraactividad de los Convenios Colectivos; y tratándose añadidamente, del primer fallo en que dicho órgano judicial examina el nuevo contenido del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción operada por el número seis del artículo 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Vamos, pues, a comenzar exponiendo los hechos de la Sentencia y la fundamentación jurídica en que su fallo se apoya, para después ir examinando los diversos votos particulares, en el orden que la propia Sentencia recoge, y a que antes nos hemos referido.

---

### **La Sentencia.**

En realidad, debemos hablar, no de una, sino de dos Sentencias; la de instancia y la del Tribunal Supremo.

La de instancia, se dictó en proceso de conflicto colectivo, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con fecha 20 de diciembre de 2013.

El proceso que inició las actuaciones, lo fue a través de demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Sindicato Unión Sindical Obrera, contra la empresa Atención y Servicios, S.L. y otros.

La pretensión contenida en la demanda suplicaba que se declarase nula y no ajustada a derecho, la conducta empresarial, por la cual, la empleadora habría abonado a los trabajadores, la paga extraordinaria de julio, en una parte conforme al Convenio Colectivo aplicable y en otra parte conforme al salario mínimo interprofesional.

Basándose la empleadora, para tal actuar, en que concluido el plazo de un año de ultraactividad del Convenio Colectivo, e inexistiendo Convenio de ámbito superior, lo que procedía era, del 1 al 7 de julio de 2013, abonar la paga extra, conforme al convenio, y los días 8 al 31 del mismo mes, abonarla conforme al salario mínimo interprofesional.

El fallo de la Sentencia de instancia, estimando la demanda de Unión Sindical Obrera, declaró no ajustada a derecho la conducta empresarial, al abonar la paga extraordinaria de julio, en dos partes. Una, del 1 al 7 de julio, con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa; y del 8 al 31 de julio, con arreglo a las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. Forzando a reponer a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, en las condiciones que disfrutaban con anterioridad; esto es, durante la vigencia del Convenio Colectivo.

Para interpretar adecuadamente el fallo de dicha Sentencia de instancia, hay que considerar que como hechos probados, se declararon los siguientes:

- a).- El 5 de noviembre de 2012, la empresa Atención y Servicios, S.L., denunció la aplicación del Convenio Colectivo de empresa, respecto de todos sus trabajadores afectados por el mismo; esto es, los que prestaban servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza.
- b).- El 17 de noviembre de 2013 se constituyó la Mesa Negociadora del Convenio, con la finalidad de llegar a un nuevo Convenio, que sustituyese al anterior.

Pero no se obtuvo acuerdo, ni se firmó ningún nuevo pacto colectivo.

- c).- El 8 de junio de 2013, perdió su vigencia el Convenio precedente, por haber transcurrido el año de su caducidad previsto en la Ley 3/2012, de 6 de julio.
- d).- Por ello, llegado el momento de abonar la empresa a sus trabajadores la paga extraordinaria de verano, la llevó a cabo pagando los días 1 al 7, conforme a lo establecido en el Convenio Colectivo denunciado; y los días 8 al 31 de julio, conforme a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores; esto es, en las cuantías del salario mínimo interprofesional, ante la inexistencia de Convenio Colectivo de ámbito superior.

---

Ante tal situación, la empleadora, vencida en juicio, planteó Recurso de Casación ordinaria.

De esta Sentencia de casación, los Fundamentos de Derecho contienen la doctrina básica, contra la que se plantean múltiples votos particulares, convergentes o divergentes, a que anteriormente hemos hecho mención.

#### **Fundamentos de Derecho de la Sentencia de Casación.**

La Sentencia del Tribunal Supremo tiene una fundamentación jurídica, separada por temas, analizados singularizadamente, y con un cierto criterio didáctico. Además de previsores de la existencia de múltiples votos particulares. Esto, parece intuirse; pues se van desgranando los fundamentos jurídicos, en un doble sentido: de apoyatura, por supuesto, del fallo desestimatorio del recurso, así como también, a modo de argumentos de defensa coetánea frente a los que se intuían ya, en el momento de su redacción, como votos discrepantes de la misma, de su criterio, sus argumentos, o incluso su fallo.

Lo vamos a ver claramente: la Sentencia de Casación tiene 4 Fundamentos de Derecho. El primero, destinado a cuanto se contiene en la formulación de la demanda. El segundo, referido al examen de la sentencia recurrida. El cuarto, de apenas unas líneas, para proceder al anticipo del fallo y referirse al Dictamen preceptivo del Ministerio Fiscal; y el tercero, que contiene el auténtico núcleo jurídico de la resolución, con profusión de argumentos y considerable extensión: de las páginas 5 a la 15.

#### **Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de Casación.**

Antes de analizar este Fundamento jurídico, debemos centrar el núcleo de la materia origen del caso judicial que examinamos.

Y debemos decir que la cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio Colectivo de aplicación, denunciado el 5 de noviembre de 2010, continúa o no en ultraactividad, una vez superado el 8 de julio de 2013; es decir, cumplido un año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, como en el caso de autos defiende la parte actora, alegando que el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores regula un régimen de ultraactividad limitada sólo en defecto de pacto; por lo que no resultaría de aplicación la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

---

Centrado así el problema, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de Casación se estructura en varios apartados, que son los siguientes:

- 1.- El Recurso de Casación.
- 2.- Los razonamientos respecto al motivo primero del Recurso de Casación. Esto es, la Revisión de los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia.
- 3.- Los razonamientos respecto al motivo segundo del Recurso de Casación. Esto es, lo atinente a la infracción de normas jurídicas.
- 4.- Y por último, el razonamiento sobre la desestimación del segundo motivo del Recurso.

### **1.- El Recurso de Casación.**

Aquí, la Sentencia que comentamos, se limita a expresar que recurre en Casación ordinaria, la empresa Atención y Servicios, S.L., planteando dos motivos: uno, sobre los hechos declarados probados, y un segundo, sobre la pretendida infracción de normas cometidas por la Sentencia y Tribunal *a quo*.

### **2.- Los razonamientos respecto del primer motivo del Recurso. Esto es, sobre la pretendida modificación de los hechos declarados probados.**

Aquí, de modo correcto, y por todos los Magistrados de la Sala, se acepta el motivo y se altera el hecho declarado probado.

En efecto; en la Sentencia recurrida, no quedaba suficientemente claro lo concerniente a las fechas de denuncia del Convenio Colectivo origen de autos.

Y por eso, el Sindicato USO, recurrente, proponía, y la Sentencia de Casación acepta, una nueva redacción de los hechos probados primero y segundo, del siguiente tenor:

*Primero.- En fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa Atención y Servicios, S.L. (ATESE), denuncia la aplicación del Convenio Colectivo de dicha empresa, que afecta al personal laboral de Atese que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 3 de junio de 1999, número 70.*

*Segundo.- En fecha 17 de noviembre de 2010, se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el Convenio Colectivo denunciado el 8 de julio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012, de 6 de julio.*

La Sentencia de Casación, para estimar dicho motivo, hace referencia a diversas Sentencias de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, destacando entre ellas la de 16 de septiembre de 2013 (Recurso nº 75/2012) y la doctrina en la misma contenida, así como la de 1 de julio de 2010 (Recurso nº 91/2009).

### **3.- Los razonamientos respecto al motivo segundo del Recurso de Casación. (Infracción de normas jurídicas).**

Este apartado, sin duda el más importante de la Sentencia del Tribunal Supremo, se divide a su vez en otros dos subapartados. Uno, el relativo a lo que puede considerarse como planteamiento del motivo del Recurso. Y el otro, concerniente al razonamiento de la Sentencia, para desestimar dicho motivo, y con él, el propio Recurso de Casación.

#### **A).- Planteamiento del motivo de Recurso:**

La empresa recurrente, con correcto amparo procesal en el artículo 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pretende en este motivo de recurso, que por parte del Tribunal Supremo se reconozca que, puesto que la empresa denunció en su día el Convenio Colectivo de la misma; y en el Convenio no se contenía ninguna previsión de ultraactividad, finalizada su vigencia en aplicación de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, el 8 de julio de 2013 finalizó su vigencia; y no existiendo Convenio de ámbito superior, las condiciones del citado Pacto no pueden seguir aplicándose como si de un derecho adquirido se tratase.

Esta es la tesis empresarial mantenida en el motivo segundo del recurso. Añadiéndose por la compañía, que la intención del legislador de la reforma laboral es la de evitar precisamente la “petrificación” del convenio y de las condiciones pactadas en el mismo, así como que no se demore en exceso el acuerdo renegociador, pudiéndose haber pactado un régimen de ultraactividad del convenio, diferente al legalmente establecido con la reforma.

Pues bien; antes de entrar en el análisis de los argumentos de la Sentencia para desestimar el Recurso de Casación empresarial, procedamos a exponer el contenido del 4º párrafo del nuevo artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como el de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

El nuevo párrafo 4º, del artículo 86.3 del Texto Estatutario, dice cuanto sigue:

*“Transcurrido un año desde la denuncia del Convenio Colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el Convenio Colec-*

*tivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.*

La Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, (en vigor desde el día 8 de julio), dispone que:

*“En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor”.*

---

Pasando ya al examen de las razones que la Sentencia de casación ofrece para desestimar el Recurso, debemos de comenzar diciendo que en el caso de autos, nos encontramos en el supuesto previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio. Puesto que la denuncia del Convenio Colectivo de la empresa se habría producido el 5 de noviembre de 2010.

Por otra parte, merece atención el hecho de que según el Sindicato demandante y recurrido, las condiciones de que habían venido disfrutando los trabajadores afectados por el conflicto, eran las pactadas en sus contratos de trabajo, pero considerando que aquéllas habían pasado a formar parte de su acervo patrimonial, mientras durase la relación laboral respectiva de cada empleado. Criterio, por otra parte, que es el sostenido por la Sala *a quo*, y al que se opone la empresa recurrente en casación.

---

Dicho cuanto antecede ¿en qué se fundamenta básicamente la Sentencia del Tribunal Supremo, para desestimar el Recurso de Casación empresarial?.

Lo vamos a examinar seguidamente. No sin antes abordar una cuestión básica, que la propia Sentencia plantea: ¿qué debe de entenderse por Convenio Colectivo de ámbito superior?.

En efecto. La Ley no dice nada más, como hemos visto al transcribir el párrafo cuarto del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Y dicha omisión u olvido del legislador, deben ser colmados y resueltos por el intérprete judicial, si deseamos obtener una adecuada aplicación normativa y en definitiva una sentencia coherente y con adecuada respuesta a la cuestión que el Recurso de Casación plantea.

Y no es fácil la solución, al no resultar única o unívoca. En efecto, cabe un Convenio Colectivo de ámbito superior, personal, temporal, territorial y funcional. O incluso cabría también pensar en una eventual mezcla de estas clases y tipos de Convenios Colectivos.

O añadidamente, y aquí es tema que hace suyo la sentencia, pensando en dos Convenios Colectivos de ámbito superior, por ejemplo sectoriales, (uno provincial y otro estatal), ambos superiores al de empresa, que es el que ha perdido su vigencia, si debe escogerse como aplicable para sustituirlo, el inmediatamente superior, o el más superior de todos.

Naturalmente el asunto no es claro, ni el legislador lo ha resuelto. Máxime si se parte del hecho, incuestionable, de que la naturaleza jurídica de los Convenios es siempre la misma, y de que desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tienen el mismo rango.

Aunque en nuestro caso, ese asunto pase a un segundo plano, habida cuenta que se parte de la realidad de que aquí no existe Convenio de ámbito superior. En efecto; no existe Convenio Colectivo alguno, en ámbito superior cualquiera, superior al de la propia empresa que ha perdido su vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad.

No obstante, es una importante duda interpretativa que puede presentarse en cualquier caso, y que, *de facto*, se presentará en muchos de ellos.

Pero no es la única duda. Hay, al menos, una segunda: determinar qué ocurre en un caso como el que se plantea, ahora por primera vez ante la Sala de lo Social en Pleno, del Tribunal Supremo. Es decir, ¿cómo se regularán, a partir de la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo de empresa, los derechos de los trabajadores sujetos a ese Convenio desaparecido, cuando inexistiera Convenio de ámbito superior, cualquiera que sea?. Ese es el meollo de la cuestión.

Porque, como se constata, no nos hallamos ante la duda de qué Convenio de ámbito superior se aplicará, sino ante el hecho de cómo regular los derechos y obligaciones de las partes, inexistiendo Convenio de ámbito superior. Es decir, cómo colmar la laguna legal, consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha situa-

ción, que, desde luego, a nadie se le escapa como verdaderamente problemática.

---

Para desentrañar este nudo gordiano del conflicto, el Tribunal Supremo comienza hablando de lo que la doctrina de los autores más autorizados considera como tesis rupturista y tesis conservacionista. Por supuesto, radicalmente opuestas.

Según una primera tesis, (“*rupturista*”), los derechos y obligaciones de las partes pasarían a regirse exclusivamente por las normas estatales, tanto legales y reglamentarias. Esto es, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del Convenio Colectivo fenecido.

Según la segunda tesis, (“*conservacionista*”), las condiciones laborales, (los derechos y obligaciones de las partes del convenio fenecido), que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo, deberán mantenerse; puesto que forman parte del sinalagma contractual entre las partes.

---

Debemos ya señalar, que la Sala Sentenciadora se decanta por esta tesis conservacionista.

¿Por qué?. Es sencillo dar una respuesta rápida, al tiempo que contundente: la tesis “*rupturista*”, señala la Sentencia, podría producir en el contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones laborales para ambas partes: empresario y trabajadores. Con lo que se transformarían las bases esenciales del contrato de trabajo; el equilibrio de las prestaciones; pudiendo dejar al contrato laboral sin objeto cierto que sea materia del contrato, y sin causa de la obligación que se establezca (Artículos 1261, 1271 a 1273 y 1275 a 1277 del Código Civil).

Sin olvidar, además, que en el ámbito social, los mínimos de derecho necesario se regulan no sólo por las normas estatales, sino también en los Convenios Colectivos.

Pudiendo señalar, según la Sentencia, múltiples ejemplos. Como las peculiaridades del contenido de la obligación de trabajar (artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores), la promoción profesional, la formación, los ascensos (artículos 22 a 25), los sistemas de clasificación profesional (artículo 22), el salario y su estructura (artículo 26), los complementos salariales, la jornada de trabajo (artículo 34), las formas de compensación de las horas extraordinarias (artículo 35), la planificación de las vacaciones anuales (artículo 38), el mismo régimen disciplinario, salvo el despido (artículos 58 y 54), los Comités de empresa, los Comités intercentros (artículo 63), etc.

De todo ello, la Sentencia obtiene la conclusión de que si se aplicase la tesis “*rupturista*”, se producirían múltiples consecuencias indeseables para ambas partes del contrato de trabajo.

Aparte de lo de mayor calado en el plano de lo desfavorable: los trabajadores pasarían todos ellos indiscriminadamente a percibir el salario mínimo interprofesional. Además de poder ser obligados por el empresario a realizar cualesquiera tipos de trabajo, por supuesto ajenos a los de su contrato y previas condiciones laborales; a realizar la jornada máxima legal, etc.

Con lo cual, afirma la Sentencia, ha llegado a plantearse en la doctrina, si en ese caso, incluso los trabajadores tendrían derecho a una eventual extinción indemnizada de su contrato por modificación sustancial de sus condiciones laborales.

O que, y a fin de evitar que el contrato de trabajo quedase sin contenido, que por lo menos se mantuvieran en el contrato, en esa tesis *rupturista*, el salario, el tiempo de trabajo y la clase del mismo. O defender la pervivencia del salario hasta entonces devengado, con argumentos basados en la invocación de derechos fundamentales como la igualdad, la dignidad, etc.

En cualquier caso, es claro que la Sala se pronuncia en esta Sentencia a favor de la tesis *conservacionista*.

Tema distinto lo constituyen las razones que llevan a la misma a dicha conclusión, y que podemos resumir en las siguientes:

a).- **Cuanto atañe a la normativa reguladora de la ordenación de los contratos.**

En efecto; la Sentencia se remite al artículo 1255 del Código Civil, como verdadera piedra angular para justificar su tesis.

El artículo 1255 de nuestro primer cuerpo de leyes civiles viene a constituirse en el precepto clave del que se desprende que por el mismo se regulan las relaciones jurídico-contractuales entre los contratantes. Otorgándoles plena virtualidad, mientras no resulten contrarias a la ley, a la moral o al orden público. Aun cuando en el Derecho del Trabajo, esa aparente plena libertad de pactos, se mediatice por la actividad no sólo normativa del Estado, sino por los sujetos sociales (empresarios y trabajadores), a quienes el propio Texto Constitucional les concede autorregularse con fuerza normativa, a través de los Convenios Colectivos, a que se refiere el artículo 37.1 de la Constitución Española.

Es más, en el esquema de fuentes del Derecho del Trabajo, la propia Sentencia se remite al artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores; según el cual, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por los Convenios Colectivos y por la propia voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos.

Restando en el último grado u orden en el esquema de fuentes del Derecho del Trabajo, los usos y costumbres locales y profesionales.

Como se ve, un verdadero esquema de fuentes de producción normativa, que, sin duda, debe de calificarse de heterogéneo. Pues en realidad, como fuentes auténticas normativas, estarían las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; así como los convenios colectivos; mientras que deberían conceptuarse como fuentes obligacionales, a los convenios colectivos. Dejando en un plano meramente residual a los usos y costumbres locales y profesionales.

Pero, en definitiva ¿qué persigue la Sentencia, con esa profusa remisión a las fuentes del Derecho del Trabajo?.

Pues sencillamente constatar que es en el contrato de trabajo, donde se regulan las condiciones laborales de cualquier empleado.

Y no sólo en el momento del nacimiento del contrato entre ambas partes, o *ab initio*, sino a lo largo del mantenimiento de esa relación laboral. Es decir, a lo largo de toda la vida del contrato

Y ello, por cuanto que el contrato de trabajo tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico-obligacional y reguladora de la misma; es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes.

Y esto, concluye la Sentencia, con tres grupos de precisiones:

- a).- Tanto si el contrato se celebra por escrito, como de palabra. Dado el principio de libertad de forma que con determinadas excepciones, establece el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.
- b).- Que en el ámbito del contrato de trabajo, a diferencia de la contratación civil y mercantil, rige el denominado principio de conservación del negocio, plasmado en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, que si en el contenido del contrato de trabajo, alguna de sus condiciones contractuales no respeta los límites de derecho necesario, establecidos por las normas estatales o convencionales, se entenderán nulas, pero manteniéndose válido el contrato en todo lo demás, y sustituidas las cláusulas nulas, por las legal o convencionalmente correctas y aplicables al contrato.
- c).- Por lo tanto, los derechos y obligaciones de las partes, se regulan siempre e incluso prioritariamente por el contrato de trabajo. Sin perjuicio, de que siendo el contrato un pacto de tracto sucesivo, vayan sus cláusulas adecuándose en cada momento, a las normas legales y pactos convencionales de referencia.

Aunque la Sentencia se encargue de corroborar que esto, en modo alguno supone que las obligaciones de las partes se regulen por la Ley o por el Convenio Colectivo, en su vertiente normativa. No es así. Se regulan por el contrato; eso sí, con las depuraciones establecidas en el artículo 9, en relación con el 3, ambos, del Texto Estatutario.

d).- Y ello, aunque resulte habitual que las partes contratantes suelen remitirse, en el momento de formalizar el contrato, a cuanto se derive del Convenio Colectivo. Pues esa técnica no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece, y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de la misma.

Como conclusión de todo ello, la Sentencia comentada termina afirmando que es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes, existentes en el momento en el que termina la ultraactividad de un Convenio Colectivo, no desaparecen en ese momento en que dicho Convenio pierde su vigencia.

Resaltando la Sentencia, que si ello es así, no lo es porque las normas del Convenio extinto pasen a contractualizarse en ese momento, sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el inicio mismo en que se formalizó

el contrato. Habiendo, eso sí, experimentado la evolución correspondiente.

Ahora bien, la Sentencia no puede sino concluir con un hecho incontrovertible y con las consecuencias que del mismo dimanar.

Y es éste: el Convenio Colectivo desaparece. Lo que no significa contradecir el mandato del legislador de que su contenido normativo pierda su vigencia; pues sólo desaparece el aspecto normativo del mismo. De ahí que las condiciones laborales de los trabajadores sometidos a su ámbito, puedan resultar alteradas por la vía del artículo 41 del Texto Estatutario, sin más limitaciones que las de orden legal. Y por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa especie de *malla* protectora a que la Sentencia alude, refiriéndose al Convenio Colectivo fenecido. Dando incluso oportunidad a casos de dobles escalas salariales, para los empleados de nuevo ingreso, a tratos discriminatorios, etc. Aunque la Sentencia lo intenta, no lo consigue resolver, (el caso resulta de imposible solución), sino paliar con esta frase: *“En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aun habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el artículo 89-1 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Fallando, pues, con la desestimación del Recurso.

---

#### **Voto particular concurrente, que formula el Magistrado Don Luis Fernando de Castro Fernández.**

Ya hemos comentado, a la hora de analizar la Sentencia objeto de este estudio, cómo existían múltiples votos particulares sobre la misma.

Y cómo el primero a analizar, por su carácter convergente y por el propio orden en que la Sentencia lo especifica, era el formulado por el Magistrado Don Luis Fernando de Castro Fernández.

Para su adecuado análisis, vamos a partir de la propia estructura que dicho Magistrado otorga a su voto particular.

El voto se divide en cuatro grandes apartados, que su autor destina respectivamente a lo siguiente:

##### Primero.-

- 1.- Dos cuestiones previas.
- 2.- Posibles respuestas al dilema.

##### Segundo.-

- 1.- Rechazo de las tesis *rupturista*.
- 2.- La dignidad de la persona como factor de rechazo.
- 3.- La incidencia del derecho a la negociación colectiva.
- 4.- La interpretación acorde a la Constitución como elemento decisivo.
- 5.- Añadidas dificultades de índole práctica.

##### Tercero.-

- 1.- La solución *continuista* como única aceptable.
- 2.- Inconvenientes de la posición *contractualista*.
- 3.- Consecuentes disfunciones.

##### Cuarto.-

- 1.- El equilibrio de las prestaciones como tercera vía.
- 2.- La buena fe como presupuesto de la solución ofrecida.
- 3.- Las posibles consecuencias distorsionantes.

Visto el índice que precede, podemos señalar dos cuestiones.

En primer lugar, que la discusión de esta Sentencia en el Plenario de la Sala, debió ser enormemente enjundiosa; y quizá no exenta de amplia polémica.

En segundo término, el carácter cuasi didáctico y muy bien estructurado, que este voto particular ofrece. Lo que no quiere decir que nos mostremos partidarios del mismo. Pues ya aquí podemos afirmar que nuestro criterio lo es enteramente favorable al voto particular del Magistrado Don Antonio V. Sempere Navarro, al que se adhieren los Magistrados Don Jesús Gullón Rodríguez, Presidente de la Sala, Don José Luis Gilolmo López, Don José Manuel López García de la Serrana y Don Jesús Souto Prieto.

---

Comencemos, pues, el análisis del voto particular del Magistrado Don Luis Fernando de Castro Fernández.

### **Primero.-**

#### **1.- Dos cuestiones previas.**

La primera cuestión que este voto analiza, no es otra que la obvia de que el mismo debe de partir del contenido del nuevo artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Según el cual, transcurrido el plazo de caducidad de un año desde la denuncia del Convenio, el mismo “*perderá, salvo pacto en contrario, su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*”.

Previsión legal, según dicho Magistrado, que genera una laguna, que califica de inaceptable, y de necesario llenado, pues el Derecho, dice, lo mismo que la naturaleza, “*aborrece el vacío*”.

Pero ese llenado, según el Magistrado discrepante, debe efectuarse sobre unas precisiones previas:

- a).- La primera, es que la identificación de esa fuente, únicamente procede respecto de los efectos pretendidos en este procedimiento; esto es, los salariales.
- b).- La segunda precisión, es que las razones de este voto discrepante van referidas al supuesto de que el trabajador y el empresario no hayan pactado un salario específico; pues en este caso, la caducidad del Convenio para nada afectaría a ese salario consensuado.

#### **2.- Posibles respuestas al dilema.**

Si un año después de la denuncia del Convenio Colectivo, éste pierde su vigencia y tampoco existe Convenio de ámbito superior, la duda que se suscita, y que el legislador no resuelve, no es otra que determinar el marco normativo por el que hayan de regirse las relaciones laborales hasta entonces regidas por el Convenio.

Y las respuestas a esta cuestión, a falta de acuerdo entre las partes, son sólo dos: o la regulación estatutaria con mínimos legales, o la del propio convenio ya fenecido.

Si bien la primera, se desdobra en una tesis *contractualista* (que defiende la Sentencia, basándose en que las condiciones del Convenio Colectivo se incorporaron al contrato en el momento mismo de su formalización), y la segunda, (defendida por este voto particular), que sostiene que la continuidad aplicativa del salario del Convenio, atiende al *equilibrio* entre las prestaciones y tiene su apoyo en el principio de la buena fe.

### **Segundo.-**

#### **1.- Rechazo de la tesis *rupturista*.**

El voto discrepante que analizamos, rechaza la tesis *rupturista*, no sólo por consideraciones de índole constitucional (la dignidad de la persona y el derecho a la negociación colectiva), sino por razones prácticas y en orden a la viabilidad aplicativa de la que se ha calificado como tesis *derogatoria*.

Aparte de que este Magistrado entienda que la opción por la tesis del “*equilibrio de las prestaciones*” es la que mejor se ajusta a una razonable mecánica negocial.

## 2.- La dignidad de la persona como factor de rechazo.

Desde el plano constitucional, la posibilidad de que la prestación de servicios de los trabajadores pase a ser retribuida por el Salario Mínimo Interprofesional, se compadece mal con la suficiencia económica a la que en reiteradas ocasiones se ha referido el Tribunal Constitucional, entendiéndolo que su garantía viene exigida por el principio del respeto a la dignidad humana que como derecho fundamental proclama el artículo 10 de la Constitución, así como que dicha solución, tampoco se muestra respetuosa con el derecho del trabajador a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, a que igualmente se refiere el artículo 35 del Texto Constitucional.

## 3.- La incidencia del derecho a la negociación colectiva.

El voto discrepante sigue señalando que bajo el mismo planteamiento constitucional, aunque ahora enlazado con la legalidad ordinaria, con la tesis *rupturista* sufriría el derecho a la negociación colectiva, consagrado en el artículo 37 de la Constitución; pues la base de cualquier actividad negociadora es el libre consentimiento y éste desaparecería si conforme al criterio *derogatorio* la alternativa que a la parte social se le presentase fuera la de aceptar la minoración de condiciones propuestas por el legislador.

Con lo que además se evidenciaría que el resultado de tan singular negociación nunca podría considerarse como “*la expresión de un acuerdo libremente adoptado*”, tal como prevé el artículo 82.1 del Estatuto de los Trabajadores, al referirse al Convenio Colectivo. A lo que habría que añadir que en la práctica, esa situación supondría dejar al arbitrio de una de las partes, concretamente a la empleadora, el cumplimiento del contrato; lo que expresamente prohíbe el artículo 1256 del Código Civil.

## 4.- La interpretación acorde a la Constitución, como elemento decisivo.

El voto discrepante se refiere a la ineludible necesidad de que la interpretación de las normas ha de hacerse siempre, de acuerdo con la Constitución, a la vista de cuanto dispone el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo que significa que de las diversas interpretaciones posibles de una realidad jurídica, siempre ha de tomarse aquella que resulte acorde o más acorde con la Constitución. Como así lo ha señalado ingente cantidad de jurisprudencia.

## 5.- Añadidas dificultades de índole práctica.

A cuanto antecede, el voto discrepante añade el dato de las dificultades que podrían presentarse, de asumir la tesis *rupturista*. Incluso fuera del marco al que la Sentencia se refiere. Es decir, fuera del ámbito estrictamente retributivo; como en materia de jornada, horario, ejercicio de la actividad disciplinaria, etc. Extremos, todos, sobre los que el Estatuto de los Trabajadores se remite a la negociación colectiva.

### Tercero.-

#### 1.- La solución “*continuista*” como única aceptable.

Resulta importante destacar, que si el Magistrado discrepante rechaza la denominada tesis *rupturista*, parecería lógico que se adhiriese a la *contractualista*. Pero no es así. Se adhiere a la tesis *continuista*; pero rechazando al tiempo la *contractualista* que la sentencia asume.

Intentando, con ello, una solución que sea más deferente con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En definitiva, por aplicación de los principios generales del Derecho.

#### 2.- Inconvenientes de la posición *contractualista*.

El voto discrepante señala aquí los inconvenientes de adherirse a la tesis *contractualista*, partiendo de los siguientes datos o principios:

a).- La tesis *contractualista*, dice, resulta opuesta a la regulación de la negociación colectiva y a la propia doctrina de la Sala acerca de ella. Así como a la normativa sobre la condición más beneficiosa, pues contradice frontalmente la propia regulación estatutaria de las fuentes de la relación laboral; dado que, por ejemplo, el artículo 3.1 del Texto Estatutario distingue como categorías diferentes e independientes las condiciones derivadas del Convenio Colectivo y aquellas otras que la voluntad de las partes incorpora al contrato. Con lo cual, señala este Magistrado, es claro que para el legislador laboral, las condiciones del Convenio, no se incorporan al nexo contractual.

b).- Añadidamente, la tesis *contractualista* contradice frontalmente la propia doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según la cual, la incorporación de una condición más beneficiosa sólo puede producirse en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho. Nunca, de la forma que la Sentencia defiende.

c).- En tercer lugar, es incompatible con la afirmación de que no cabe aceptar una condición más beneficiosa, de origen normativo; concretamente teniendo por fuente un Convenio Colectivo; porque, entre otras razones, y conforme a abundante jurisprudencia, únicamente puede tener su causa en la libre voluntad del empleador.

d).- Por último, en todo caso se ha de observar que en el supuesto de que el contrato de trabajo efectúe la determinación retributiva por remisión (“*el salario será el previsto en el Convenio Colectivo*” o similar expresión), la fórmula empleada no supone sino que la remuneración ha de seguir la suerte del fijado en el Convenio; y ello, pareciendo que la caducidad del pacto colectivo habría de significar una laguna contractual que necesariamente ha de cubrirse; pues de lo contrario, (absurdo aparte), el contrato se hallaría privado de sus requisitos esenciales de objeto y causa.

### **3.- Consecuentes disfunciones.**

Adicionalmente, de seguir la tesis mayoritaria, se producirían lo que el voto discrepante denomina consecuentes disfunciones. Y éstas no son otras que aquellas que forzarían a que un eventual nuevo Convenio Colectivo, que sustituyese al fenecido, tendría que asumir y respetar las condiciones más beneficiosas del precedente. Y ello porque según la tesis *contractualista* que la Sentencia sigue, esas condiciones más beneficiosas del Convenio vigente en el momento de formalizarse cada contrato de trabajo, se introdujeron en el “*alma del contrato*”, desde su propia instrumentación.

Lo que, por ello, forzaría a que incluidas ya las mismas en el contrato, éstas tendrían que ser respetadas por cualquier eventual nuevo Convenio sustitutorio del fenecido. Generándose así esa consecuente disfunción. Apoyada, dice este Magistrado, por persistente jurisprudencia de la propia Sala; pues conseguida una condición más beneficiosa, ésta debe mantener su vigencia, en tanto las partes no acuerden que la misma sea compensada o neutralizada por una norma posterior o por un nuevo pacto colectivo más favorable. Con lo que de hecho, se imposibilitaría cualquier negociación ulterior que no llevase a una mejora, o al menos a un respeto, de dicha condición más beneficiosa.

### **Cuarto.**

#### **1.- El equilibrio de las prestaciones como tercera vía.**

En opinión del Magistrado que suscribe este voto discrepante, aunque no procede la *contractualización* de las condiciones pactadas en el Convenio caducado, ello no significa que se pueda llegar al mismo resultado, pero por diferente vía.

Para llegar a tal conclusión, el voto discrepante parte de la base de que el legislador se limita a declarar que producidas las circunstancias que refiere, el Convenio perderá su vigencia, y se aplicará, si lo hubiere, el Convenio Colectivo de ámbito superior. Pero nada dispone para el supuesto de que ese Convenio de ámbito superior no exista. De ahí que al determinar en tal supuesto cuál haya de ser la fuente de la relación laboral, concretamente en lo atinente al salario, nos encontramos con que la reimplantación del Salario Mínimo Interprofesional, no parece acorde con los más elementales principios constitucionales; y que por lo que atañe a la *contractualización* de las condiciones fijadas en el Convenio caducado, esa tesis tampoco encaja con la doctrina de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo acerca de la negociación colectiva y de la condición jurídica más beneficiosa.

Pero como este Magistrado insiste en que lo correcto es seguir aplicando el salario del Convenio extinguido, de ahí que lo argumente por dos vías complementarias:

a).- Por una parte, el legislador no ha declarado expresamente que esté suprimida la ultraactividad de las condiciones salariales previstas en el Convenio extinguido; y aunque lo lógico sería pensarlo así, no es menos ilógico acudir, como mecanismo de solución, a la reimplantación del Salario Mínimo Interprofesional. Por las razones de índole constitucional ya señaladas.

b).- Por otro lado, se debería también acudir, como se ha dicho, a ese siempre deseable equilibrio de las prestaciones; y más concretamente, al que necesariamente ha de mediar entre el trabajo y el salario; equilibrio del que la propia Sala sentenciadora ha hecho uso en múltiples casos.

## **2.- La buena fe como presupuesto de solución ofrecida.**

El equilibrio mencionado, señala el voto discrepante, descansa primordialmente en la obligada buena fe; principio que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la doctrina del Tribunal Constitucional, no sólo es fuente de integración del contenido normativo del contrato, sino que constituye un principio que condiciona el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes; que la doctrina le atribuye la cualidad de norma cuasi-constitucional y que se convierte, añadidamente, en pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos; incluidos los fundamentales.

Y ¿por qué señala esto el voto discrepante?. Pues porque, según manifiesta, no parece ajustado a la obligada buena fe, que el fracaso en la negociación de un nuevo Convenio, se considere por la empresa como acontecimiento legitimador para reducir drásticamente la retribución que hasta entonces percibían los trabajadores afectados, precisamente invocando una redacción legal, como la del nuevo artículo 86.3 del Texto Estatutario.

Es más; si ello fuera posible, desde cualquier otro ámbito, está claro que tal posibilidad reductora del salario se convertiría en indudable factor desmotivador de la propia negociación colectiva; algo que incuestionablemente no ha querido el legislador.

## **3.- Las posibles consecuencias distorsionantes.**

El voto que comentamos, concluye afirmando que la tesis contenida en el mismo, no está exenta de eventuales consecuencias distorsionantes.

Pero ello no es achacable, según el Magistrado, a su peculiar tesis discrepante de la mayoría, sino al propio legislador.

Y ello porque la modificación legal afectó, dice, a una pieza clave de la negociación colectiva, sin alcanzar el resto de las disposiciones relacionadas con aquélla, e imprescindibles para que tan delicado sistema funcionase sin distorsiones.

---

## **Voto particular concurrente, que formula el Magistrado Don Miguel Ángel Luélmo Millán.**

De nuevo nos hallamos con un voto particular, discrepante del criterio mayoritario de la Sala, pero concurrente con el fallo de la Sentencia.

Es decir, se comparte el fallo desestimatorio del Recurso de Casación, pero no se acoge, ni la tesis *contractualista* de la Sentencia, ni la fundamentada en los principios generales del derecho y la buena fe, que acabamos de constatar, como guía del voto discrepante y concurrente, del Magistrado Don Luis Fernando de Castro Fernández.

El voto que vamos a examinar se fundamenta en 7 grupos de argumentos:

A).- En primer término, el Magistrado comienza señalando que comparte el fallo desestimatorio del Recurso; pero que, a su entender, el mismo requiere de unas determinadas precisiones, que la Sentencia no recoge suficientemente.

La precisión en cuestión, no es otra que la que atañe a la plena constitucionalidad del nuevo artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores. Constitucionalidad que la Sala comparte sin duda alguna, y que al Magistrado titular de este voto particular, le ofrece ciertas dudas; lo que le lleva a afirmar que el precepto en cuestión debe tener una interpretación restringida. Y ello, a fin, dice, de no *“abrir un portillo, siquiera sea indirectamente, a la extinción de la propia negociación, como derecho y como instrumento más idóneo para la finalidad antedicha”*.

B).- En segundo lugar, dice, se echa de menos en la Sentencia, cuanto concierne al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los Convenios Colectivos. Acuerdo de 25 de enero de 2012, publicado como Resolución de 30 de enero de 2012, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en el Boletín Oficial del Estado, de 6 de febrero de 2012. Es decir, con anterioridad a la Reforma Laboral del Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012.

Pues bien; según el citado Acuerdo, se recomienda, en primer lugar, la renovación y actualización de los Convenios, en aras a la competitividad de las empresas y la estabilidad en el empleo de los trabajadores, así como agilizar e intensificar los procesos negociadores en curso, a fin de propiciar el llegar a un consenso antes del término legal de vigen-

cia de los convenios; y que previamente a la finalización de dicho plazo, los negociadores se comprometían a seguir el proceso de negociación, garantizando por acuerdo mutuo, el mantenimiento mientras tanto, del Convenio vencido.

Es más, si se constataste que cualquiera de ambas partes decidiese que la negociación está vencida, se proceda a instar la mediación o el arbitraje, de conformidad con el punto séptimo del Acuerdo de referencia.

E incluso si se llegase a una especie de punto muerto o de bloqueo en la negociación, deber acudir las partes a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, existentes a nivel nacional y autonómico.

C).- En tercer lugar, añade voto discrepante, poco tiempo después del citado II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, se produce la reforma laboral. Y si bien es cierto que en el punto IV del Preámbulo de la Ley se habla de la adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, no es menos cierto que se pretende incentivar añadidamente que la negociación de los Convenios se adelante al fin de su vigencia, sin necesidad de denuncia de su totalidad. Evitando, incluso, cuando ello no resulte posible, la “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas. Lo que, a juicio, del firmante de dicho voto de discrepancia, no impide la hermenéutica referida del precepto renovado, manteniendo su literalidad, pero situando en un término medio, (cuando se trata de la naturaleza salarial del derecho debatido) el período extintivo de la referida ultraactividad convencional; aunque un determinado sector doctrinal entienda que ello suponga la denominada *contractualización* de las condiciones de trabajo; que estaría en contra del objeto marcado en la norma reformadora.

D).- La Disposición Transitoria Segunda del Código Civil le sirve al Magistrado discrepante, para salvaguardar la igualdad entre la situación ya existente en los trabajadores con contratos de trabajo ya formalizados, y aquellos otros de nuevo ingreso en la empresa. Lo que no se salva con el voto mayoritario de la Sentencia.

En efecto, según la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil, “*los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas*”.

Y hay que considerar que *mutatis mutandis* éste es un principio de intertemporalidad que resultando plenamente aplicable a la Sentencia objeto de este comentario, ofrece un mayor respeto de la seguridad jurídica y un propio prestigio legislativo del legislador de la reforma laboral.

E).- Lo cual 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, señala este voto, 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.

F).- Resumiendo, puede afirmarse que existen derechos, y en concreto el derecho al salario, como piedra angular de la relación laboral, para el trabajador, que no debe verse afectado por la reforma laboral en la más estricta dimensión literal de su regulación, cuando se trata de personas que tienen incorporado el contenido convencional al respecto, a su contrato.

Y ello, por cuanto que la propia norma permite atenuar dicha consecuencia, con una interpretación restringida en lo cronológico y en lo material.

De modo que si se dice que transcurrido un año desde la denuncia del Convenio Colectivo éste perderá vigencia “*y se aplicaría*”, si lo hubiere, el Convenio Colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación, ello no impide que si tal Convenio superior no existe, se mantenga 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, y ya textualmente reproducida, 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 retributivo alcanzado; porque, de lo contrario, se estaría procediendo a un replanteamiento de los términos de la relación laboral por ministerio de la ley y en detrimento sólo de una de las partes.

G).- De este modo, lo que el Magistrado Sr. Luelmo propone con su voto discrepante, mantiene de forma más homogénea el equilibrio prestacional entre los sujetos de la misma relación laboral, empresario y trabajador. Favoreciendo la equidad, la seguridad jurídica y evitando el riesgo de destrucción o cuando menos, descompensación del sinalagma contractual en que la propia relación laboral descansa.

---

**Voto particular discrepante y no convergente con el criterio mayoritario de la Sala, emitido por la Magistrada Doña Milagros Calvo Ibarlucea.**

De contundente y breve, puede calificarse este voto particular. El único que no sólo se separa del criterio mayoritario de la Sala sentenciadora; sino que se pronuncia abiertamente de modo favorable a la estimación del Recurso de Casación. O lo que es lo mismo, a resultar contrario al parecer de los 13 Magistrados que componen el Plenario de la Sala.

La Magistrada comienza manifestando que ciertamente la regulación legal plantea un problema de difícil solución, pues como apunta la Sentencia, una de las más llamativas consecuencias es la de reducir a unas mínimas condiciones (los mínimos legales), a todas las funciones y categorías.

Pese a lo cual, la solución, dice, no puede venir dada por la fórmula adoptada por la Sentencia del Tribunal Supremo; pues a su entender, el papel normofiláctico de las normas estatales y convencionales, está sujeto a la vigencia de ambas.

Y ello no sucede. Luego ni la norma estatal derogada, ni el Convenio Colectivo fenecido, podrán seguir configurando las cláusulas de ningún contrato de trabajo sometido a ambas normas, estatal y convencional, ya inexistentes.

Por ello, dice, quizá una medida menos traumática, podría haber sido la de prever la congelación de las condiciones que regirían al término de la vigencia; pero tampoco ello ha sucedido. Con lo que se vuelve al punto de partida. Y éste no es otro que entender que una ley derogada no puede regir una relación jurídica; y un convenio colectivo, superado el límite de su vigencia, tampoco.

Por todo lo cual, este voto discrepante se pronuncia, en el sentido de que el Recurso de Casación de la empresa, debería haberse estimado.

---

**Voto particular y discrepante, pero convergente con el del criterio mayoritario de la Sala, emitido por el Magistrado Don Antonio V. Sempere Navarro, y al que se adhieren Don Jesús Gullón Rodríguez, (Presidente de la Sala), y los Magistrados Don José Luis Gilolmo López, Don José Manuel López García de la Serrana y Don Jesús Souto Prieto.**

Nos hallamos, por último, en el que no sólo ha sido calificado como el mejor voto discrepante del criterio mayoritario de la Sentencia; sino como mejor y de más calado técnico, que el propio criterio sostenido en la Resolución comentada. Situación con la que también nosotros coincidimos.

Para su examen, vamos a dividirlo en los mismos apartados en que su autor y adherentes lo efectúan. El voto se divide en estas partes:

- 1.- Motivación.
- 2.- Análisis de los Fundamentos de hecho de la Sentencia.
- 3.- Examen de sus Fundamentos de Derecho.

Dividiendo lo concerniente a:

A).- Los términos del debate:

- 1.- La pretensión ejercitada.
- 2.- La Sentencia de instancia.
- 3.- La presente Sentencia.
- 4.- El voto particular.

4.- Pérdida de vigencia del Convenio por el transcurso del plazo de ultraactividad.

5.- El examen de las precisiones metodológicas.

- 1.- No cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias.
- 2.- La inconveniencia de la tesis acogida.

6.- Discrepancia con las bases argumentales de la Sentencia.

- 1.- Principio autonomista.
- 2.- Sede de la regulación de derechos y obligaciones.
- 3.- El contrato de trabajo como regulador.
- 4.- Desaparición del Convenio y de su contenido.

7.- Situación de los derechos regulados por el Convenio que pierde su vigencia.

8.- La resolución del caso.

---

Como se comprueba, nos hallamos ante un voto discrepante, muy claro y extensamente expresado. Abarcando prácticamente a todos los problemas planteados en el Recurso, en la Sentencia definitiva y en la pretensión de base del caso sujeto a decisión judicial. Y que ha supuesto la adhesión al mismo, de cuatro Magistrados. Con lo que se puede señalar que nos hallamos ante un voto de cinco Magistrados de los catorce del Plenario de la Sala.

Vayamos examinando, pues, sus apartados más importantes.

#### **Motivación**

Ya en sus primeros párrafos, se trata de justificar el porqué de este voto discrepante. Su motivación.

Y la misma se encuentra en expresar que, como sucede en todo problema de orden colectivo, la solución no es otra que la derivada de un acuerdo suscrito por las partes legitimadas para la negociación, tal y como se desprende de los artículos 37 y 28 de la Constitución Española.

Y aquí se trata, nada menos, que de saber qué sucede, cuando desaparece del panorama normativo un Convenio Colectivo, sin aparente sucesión.

Y a estos efectos, resulta significativo el Acuerdo Interconfederal suscrito el 23 de mayo de 2013; es decir, poco antes de que se actualizara el problema de los Convenios Colectivos que pudieran quedar afectados por la posible pérdida de vigencia.

En dicho Acuerdo, los agentes sociales, para evitar situaciones de incertidumbre, recomiendan agilizar las negociaciones de los Convenios Colectivos; garantizando la pervivencia del vencido, mientras prosigan las negociaciones del nuevo; desbloqueando situaciones de atasco, mediante la mediación o arbitraje.

Tras cuyo párrafo, el Magistrado Sr. Sempere lamenta la desazón que le ha supuesto no poder compartir el criterio mayoritario de la Sala, en un asunto de tal importancia y al que lógicamente lo deseable hubiera sido asumirlo de forma unánime por el Plenario.

Y trata de justificar o motivar su voto discrepante, señalando que en la Sentencia se recurre a la construcción de toda una doctrina acerca de la pervivencia del contenido del Convenio desaparecido (puesto que estaba ya contractualizado), cuando el pleito solamente se refiere a la pervivencia o no de los salarios percibidos.

Preocupándole que la Sala se haya extralimitado, en lugar de circunscribirse a los concretos datos del caso; entre otras razones, porque nos desenvolvemos en el marco de un recurso extraordinario, en el que la congruencia procesal ha de preservarse especialmente.

---

Tras esta motivación, el voto discrepante pasa a analizar los fundamentos de derecho de la Sentencia, comenzando por lo concerniente a la pretensión ejercitada.

Esta no es otra que la siguiente: La vigencia del Convenio de empresa ha finalizado. Ha mediado denuncia. Ha transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 86.3 del Estatuto. No existe Convenio de ámbito superior. Y a partir

del día siguiente al de finalización de la vigencia del mismo, la empresa aplica las retribuciones propias del Salario Mínimo Interprofesional.

Partiendo de estos hechos, el Sindicato USO, es indispensable señalarlo, no pide que se aplique el Convenio fenecido. Muy al contrario, reclama porque la empresa ha privado a sus empleados, sin tramitación de procedimiento alguno, de unas condiciones inherentes a sus contratos de trabajo. A lo sumo, si nos atenemos al Suplico de la demanda, el sindicato accionante identifica la pretensión como una reclamación de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Pidiendo que se declare nula la decisión empresarial y reponiendo a los afectados, a las condiciones que se pactaron en sus contratos de trabajo.

La congruencia con dicha pretensión, se constata en la Sentencia de instancia, en cuanto que su fallo ordena la reposición de las condiciones de que disfrutaban, (los empleados), con anterioridad; esto es, durante la vigencia del Convenio Colectivo. Actuando de modo similar a otro caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Donde se postulaba la aplicación transitoria del Convenio Colectivo que había perdido vigencia.

Lo que se entronca, dice el Magistrado Sr. Sempere, con el Fundamento jurídico Primero de la Sentencia de Casación, por cuanto que el mismo señala que *“la cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio Colectivo ... continúa en ultraactividad”*.

Aun cuando, al tiempo, dice, se verifique que ese no es el planteamiento del conflicto colectivo; pues la demanda parte de que la vigencia del Convenio ha decaído, y, por tanto, no continúa desplegando su fuerza. Lo que se mantiene en el núcleo de la Fundamentación, al corroborar la *“pérdida de vigencia del convenio en cuestión”*.

¿Por qué entonces el voto particular?. Pues por la radical discrepancia respecto de los argumentos acogidos en los Fundamentos Jurídicos. Tanto de la Sentencia de instancia, como, y es lo decisivo, de la de casación.

Y ello, se señala, por cuanto que debería haberse afrontado la resolución del recurso, partiendo de estas premisas:

- 1.- El Convenio del que dimanaban los salarios pretéritos ha perdido su vigencia y es inaplicable.
- 2.- La solución al problema no puede estar predeterminada por el deseo de alcanzar determinado resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que se deba de otorgar.
- 3.- Los derechos de una norma derogada o caducada ya no están incorporados a los contratos sobre los que se proyectaba.
- 4.- Por último, porque procede 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.

---

Precisamente, esa pérdida de vigencia del Convenio por el transcurso del plazo de ultraactividad, es el primer paso relevante a analizar en este voto discrepante.

Que parte de algo incontrovertible: a la vista de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/2012, y del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuando transcurra el año de ultraactividad, dejará de tener cualquier tipo de vigencia el Convenio Colectivo de referencia, por así haberlo querido el legislador.

Y pese a que no lo entiende así la Sentencia de instancia, son muchos los argumentos que avalan tal conclusión:

- 1.- En primer lugar, el que, pese a su origen contractual, el Convenio es una verdadera norma que debe desplegar sus efectos durante el tiempo que indica, por pura exigencia de seguridad jurídica. Artículo 9.3 de la Constitución Española.
- 2.- En segundo término, porque el hecho de que exista una laguna o vacío como consecuencia de la desaparición de una norma, no permite postular la continuidad transitoria de su vigencia; pues lo procedente en tales casos, puede ser la analogía, (artículo 4.1 del Código Civil), o el recurso a los Principios Generales del Derecho (artículo 1.4 del mismo Código).
- 3.- Añadidamente, la pérdida de vigencia dispuesta por la Ley para los Convenios que agotan su ultraactividad, no va acompañada de excepciones o distinciones, con arreglo al conocido aforismo de *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

4.- En cuarto lugar, los antecedentes históricos juegan en contra de la pervivencia del Convenio. Antes de la reforma laboral, en efecto, el viejo artículo 86.3 del Texto Estatutario hablaba de que en defecto de pacto, se mantendrá en vigor el contenido normativo del Convenio. Mientras que el nuevo artículo, tras la reforma de 2012, habla de que el Convenio perderá, salvo pacto en contrario (su) vigencia.

5.- A cuanto antecede, el Magistrado Sr. Sempere, continúa señalando que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, aun sin pretender concederle más valor que el auxilio de la interpretación, abunda en esta conclusión, al señalar que *“se introducen cambios respecto de la aplicación del Convenio Colectivo en el tiempo”*. Añadiendo que se lleva a cabo mediante una limitación temporal de la ultraactividad del Convenio, a un año.

6.- Es decir el *iter legis*, (el debate parlamentario), y los actos posteriores del Gobierno que impulsó la redacción del nuevo artículo 86.3 del Estatuto Laboral apuntalan esa idea de pérdida de vigencia.

Es más; el eventual acudimiento a las Disposiciones 1ª y 4ª del Código Civil, si bien permite mantener la aplicación de las normas derogadas para *“las acciones y los derechos nacidos”*, no comporta que añadidamente perviva la norma (en este caso el Convenio), y que pueda generar nuevos derechos.

Además, si se acude a la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil, la misma podría valer para salvar los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación precedente, y que resulten válidos conforme a ella, surtiendo en consecuencia todos sus efectos según la misma, pero no de una norma como es el Convenio.

Por todo ello, se impone una conclusión; y esta no es otra que la siguiente: a partir del 8 de julio de 2013 dejó de estar en vigor el Convenio Colectivo de empresa, y por tanto, sus previsiones en materia retributiva.

Situación, según el voto que analizamos, que choca frontalmente con la base sobre la que construye su solución la Sentencia de instancia, apoyada por otra del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

---

El voto particular pasa seguidamente al examen de lo que el mismo califica como *“dos precisiones metodológicas”*. Refiriéndose,

1º.- A que no cabe descartar la solución a un problema jurídico, porque desagraden sus consecuencias.

2º.- A lo que el voto discrepante califica como *“inconvenientes de la tesis acogida”*.

Analicemos cada uno de dichos apartados.

1º.- No cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias.

Dicho rotundamente, y a tenor de cuanto impone el artículo 9.1 de la Constitución Española, el más elemental principio de seguridad jurídica no permite al intérprete de una norma, alterar su contenido, o su aplicación, porque le desagraden las consecuencias de ella. Es decir, no cabe construir unos argumentos *ad casum* para alcanzar la solución deseada, a costa de prescindir del mandato de las propias leyes.

Si partimos de ese principio, y lo llevamos al concreto caso de la aplicación de cuanto impone el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, la situación suscita graves dudas interpretativas.

Veamos:

La Sentencia que suscribe la mayoría de los Magistrados de la Sala descarta que las previsiones del Convenio Colectivo expirado, queden sin aplicación. Y ello, porque, de un lado, se producirían indeseables consecuencias; por otro parte, el legislador se apoya en el Convenio en temas muy relevantes; y por último, se podría producir una alteración sustancial del negocio jurídico.

Ello no obstante, expresa el Magistrado Sr. Sempere, ese argumento o conjunto de argumentos, conforman, dice, un razonamiento un tanto circular; pues las causas y los efectos se justifican recíprocamente y parecen apuntar hacia la petición de principio.

¿Por qué?.

Pues porque se acepta que el Convenio ya no rige, pero a la vez, se sostiene que ello genera efectos indeseables; y que sin Convenio Colectivo, el marco de relaciones laborales carece de algunos elementos imprescindibles. Acto seguido, se opta por defender la continuidad material de las previsiones del Convenio, pero bajo otro título jurídico. Esta posición, dice, autodenominada como “*conservacionista*”, entronca con el principio de la autonomía de la voluntad y con el “*carácter contractual de la fuente*” de las obligaciones laborales, al margen de dónde emanen.

Y dicho esto, el Magistrado discrepante se aparta de tal tesis, defendiendo que si se piensa que el vacío dejado por el Convenio Colectivo es jurídicamente inaceptable puede entenderse que se sostenga la pervivencia del Convenio cuya ultraactividad ha finalizado (como la Sentencia de instancia); que se ataque la inconstitucionalidad de una regulación (la del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores), generadora de resultados inasumibles; y, en fin, que se acuda a la analogía para encontrar el Convenio más afín al desaparecido y así replicar la solución legal para cuando aparece uno de ámbito superior.

Sin embargo, concluye el Magistrado Sr. Sempere, las bases conceptuales sobre las que se asienta la tesis “*conservacionista*” mayoritaria, le parecen inasumibles. Dando su explicación al efecto, en el Fundamento Cuarto del Voto Particular; donde se exponen, como después veremos, las razones de tal disidencia.

Antes, el Magistrado se pronuncia por la segunda de las dos precisiones metodológicas. Concretamente aquella que señala los inconvenientes de la tesis acogida por la Sentencia de la mayoría.

Los inconvenientes que señala son varios, y los formula a modo de cuestiones o interrogantes.

Comienza manifestando que la denominada “*tesis rupturista*” es inconveniente por las inaceptables consecuencias que comporta.

Pero, dicho lo cual, tampoco el Magistrado Sr. Sempere se muestra proclive a la tesis de la mayoría de los componentes de la Sala, por las claras contradicciones que esa tesis conlleva:

¿Sirve el contrato para albergar la gradación de las faltas y sanciones, al remitirse legalmente al Convenio Colectivo. (Artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores)?.

Pasan a ser disponibles los derechos que eran indisponibles para el Convenio Colectivo. (Artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores)?.

¿Qué sucede con todas las previsiones que respecto del contrato en prácticas puede contener un Convenio Colectivo, (Artículo 11.1 del Texto Estatutario), pero no un contrato de trabajo?.

¿Sigue valiendo el sistema de informar a los trabajadores sobre la existencia de vacantes para permitir cambios de tiempo completo a parcial y viceversa. (Artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores)?.

¿Quiénes no tienen un contrato en vigor, al desaparecer el Convenio pasan a tener derechos distintos?.

Concluyendo de todo ello, que no parece posible que se apoye en el contrato la virtualidad de temas donde la posibilidad de regular sólo se reconoce al Convenio Colectivo (periodo de prueba, o régimen sancionador, por ejemplo).

Y es que para quien suscribe este voto discrepante, hay una cuestión inexplicable. Es la siguiente: ¿cómo razonar que a partir de una norma ya existente, se han generado derechos contractuales, si toda la jurisprudencia recoge el principio de que las condiciones más beneficiosas no pueden derivar de los Convenios Colectivos?.

Es más; ¿cómo entender y cómo explicar que el contenido del Convenio Colectivo, privado de vigencia, mantiene su virtualidad como pacto individual?.

¿O es que resulta que la inserción de cuanto contiene un Convenio sólo opera en el contrato, justamente, cuando ya no existe?.

En cualquier caso, dice el Magistrado Sempere, no se trata de exagerar las consecuencias prácticas de asumir la tesis contractualista, acogida por la Sentencia de la Sala. Pues si bien es cierto que frente a la tesis “*rupturista*” se consigue un resultado encomiable, la misma conlleva una “*petrificación*” de condiciones laborales, selectiva e insegura; sacrificando conceptos fundamentales; rebajando la categoría que al Convenio Colectivo le concede el legislador; y, sobre todo, abdicando del valor normativo de los Convenios y concediendo al pacto individual un valor inusitado.

¿De qué forma, entonces, solventar estos problemas?

Desde luego, discrepando de las bases argumentales de la Sentencia, y desechando también el “*principio autonomista*”. Pues el artículo 1255 del Código Civil, sólo muy matizadamente rige en el ordenamiento laboral. Efectivamente; en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 1, rige el principio de subordinación del empleado al empleador; mientras que en los contratos civiles el artículo 1255 predica precisamente lo contrario. De ahí que se proteja al trabajador (artículo 3.5 del Texto Estatutario), frente a eventuales renunciaciones de derechos; o que los acuerdos individuales sólo puedan actuar mejorando los derechos colectivos dimanantes de los Convenios.

Lo que conlleva que los contratos de trabajo, con enorme frecuencia sean contratos-tipo, o que la fuerza de obligar de un Convenio no pueda venir del contrato; sino de normas heterónomas; legislativas o de carácter administrativo. Es más; resulta fuera de toda duda, que el propio Derecho del Trabajo, como rama autónoma del ordenamiento, nació huyendo del dogma autorregulador del artículo 1255 del Código Civil.

De ahí la escasa repercusión práctica de que se desarrolle una actividad laboral sin pacto específico alguno; porque el contenido de derechos y obligaciones viene dado “*desde fuera*”.

Por eso, el Magistrado discrepante, no comparte que los derechos y obligaciones dimanen, según la Sentencia, del contrato de trabajo.

Y lleva razón. Baste señalar, por ejemplo, cómo el derecho de huelga no se regula en el contrato, sino en la Ley. Lo mismo, cuanto concierne a la salud laboral y seguridad en el trabajo. El mismo despido, lo regula el Texto Estatutario; para nada el contrato entre partes. En suma, los derechos y obligaciones del contrato de trabajo, se regulan por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico; incluyendo los Convenios Colectivos, leyes, reglamentos, etc.

Ahora bien. ¿Quiere ello decir que los derechos y obligaciones laborales no se regulan por y en el contrato de trabajo?. En absoluto. Los derechos y obligaciones del contrato de trabajo se regulan por las leyes y los Convenios Colectivos. Pero también por los propios contratos de trabajo y por los acuerdos individuales, en la medida que jueguen dentro del campo acotado por las referidas fuentes legales o convencionales.

Aquí está el contenido del artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores que evidencia que “*los derechos y obligaciones de la relación laboral se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por los convenios colectivos, por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados, y por los usos y costumbres locales y profesionales*”.

Basta, por ello, el propio tenor literal de la norma que acabamos de transcribir, para evidenciar el error contenido en la Sentencia, de que es el contrato el que sólo regula los derechos y obligaciones del trabajador, porque en su contenido, y ya *ab origine*, se contractualizó el todo e íntegro contenido del Convenio Colectivo de aplicación.

Pongamos un ejemplo: cuando un Convenio obliga a que la empresa pague un complemento del subsidio de Incapacidad Temporal ¿por qué es un “*equivoco*” (según la Sentencia), entender que el derecho de los trabajadores se regula por la Ley General de la Seguridad Social y el Convenio Colectivo?.

Que ese derecho enriquezca el entramado de contraprestaciones recíprocas no significa que la “*ratio obligandi*” radique en el contrato de trabajo. Si así fuere, se llegaría hasta hacer desaparecer el principio de jerarquía normativa. Puesto que se forzaría a que todos los derechos laborales se regulen por el contrato de trabajo. Lo que se ha constatado que no es así. Que no es cierto, ni jurídicamente admisible. Y es que el contenido de un Convenio Colectivo no cobra vida independiente, transmutándose en contractual, cuando se convierte en realidad práctica de cada contrato de trabajo.

---

La Sentencia de la Sala, al analizar la desaparición del Convenio y de su contenido, por pérdida de su ultraactividad, señala que “*cualesquiera derechos y obligaciones de las partes, existentes en el momento en que termina la ultraactividad ...*” estaban ya contractualizados y permanecen, aunque “*el convenio colectivo pierde su vigencia*”.

Por supuesto que esta frase es rechazada de plano por el voto discrepante del Magistrado Sr. Sempere Navarro, con expresiones contundentes, de entre las que destacaríamos cuanto sigue:

“*Las pensiones de un convenio no abandonan la norma que las alberga, para desplazarse a los contratos e independizarse de su generador*”. Si así fuera, no se comprende que cupiera la inaplicación del propio Convenio

(“descuelgue”) por la vía del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Si así fuera, podría pactarse individualmente la rebaja de los contenidos del Convenio, en contra de lo dispuesto en el artículo 3.1.c) del Texto Estatutario, porque un pacto individual puede alterar el contenido del contrato.

Es más; hay otro argumento de peso. Y es éste: mientras que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, respecto de las reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos, se rigen por el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores, la misma modificación, pero respecto de “*las establecidas en Convenio Colectivo, requieren acudir al procedimiento normado en el artículo 41.6 del Texto Estatutario*”.

Todo lo cual, evidencia que no resulta indiferente el origen de los correspondientes derechos. Y que el hecho de que un mandato normativo se proyecte sobre determinado contrato de trabajo, en modo alguno comporta que se haya contractualizado.

---

Si ello es así, ¿cómo quedan, pues, los derechos regulados por el Convenio que pierde su vigencia?

A esta cuestión, dedica el Magistrado Sr. Sempere su apartado quinto del voto discrepante.

A grandes rasgos, parte, una vez más, del supuesto de hecho del pleito:

- 1.- El Convenio Colectivo de la empresa demandada no está vigente.
- 2.- El contenido de las normas (convenios colectivos inclusive), no se contractualiza por el hecho de proyectarse sobre la relación laboral.
- 3.- No existe Convenio de ámbito superior; se carece de pacto colectivo que ordene la situación y el legislador calla al respecto.

En estas condiciones ¿cómo han de disciplinarse los derechos y obligaciones de las partes?. La respuesta sería clara: no es posible obtener una respuesta unívoca. Pues serán diferentes los casos, por ejemplo, en materia retributiva, de sanciones, de duración de los contratos para obra o servicio determinados, la clasificación profesional, etc.

En nuestro caso, no hay que olvidar que el conflicto colectivo afecta al aspecto retributivo. Concretamente al actuar de la empresa, consistente en rebajar los salarios de los trabajadores.

Y esa rebaja, no es lícita, a juicio del voto discrepante que analizamos, entre otras, por estas causas:

- a).- La dignidad del trabajador (artículo 10.1 de la Constitución Española y 4.2 del Estatuto de los Trabajadores), puede violentarse, si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que viene abonando.
- b).- El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil) son también argumentos válidos para tenerlos en consideración.
- c).- La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del Convenio de empresa, puede también ser argumento hábil para comprobar si hubo o no comportamientos abusivos o contrarios a la buena fe que debe siempre presidir la negociación (artículo 89.1 del Texto Estatutario).
- d).- La analogía (artículo 4.1 del Código Civil) o las costumbres profesionales (artículo 3.1.d) del Estatuto de los Trabajadores) 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 empleador no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional, por más que ni valga el Convenio, ni haya contractualización.
- f).- Incluso puede entenderse, según las circunstancias, que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad (artículo 31.1 de la Constitución Española).

¿Cómo puede, entonces, solventarse este asunto?

Para la resolución del caso, el Magistrado Sr. Sempere Navarro apunta estos parámetros:

Las cuestiones formuladas, a que acabamos de referirnos, quieren trasladar la idea de que podría resultar jurídicamente reprochable la minoración del salario que se venía pagando a los trabajadores.

Es más; sea como fuere, no se ha aportado a los autos ningún argumento hábil para descartar que la conducta empresarial (abonar el salario mínimo interprofesional) sea ajustada a derecho.

Pero esta solución respecto del salario no es trasladable a otras muchas materias, en las que la desaparición del Convenio, ni afecta a un elemento esencial de la relación laboral, ni comprende los mismos valores constitucionales.

Por ello, que ciertas previsiones del Convenio dejen de tener vigor, incluso puede ser conveniente para los trabajadores; del mismo modo que la empresa, en lugar de haber abonado el salario mínimo interprofesional, podría haber generado una condición más beneficiosa (ahora sí), en caso de haber seguido abonando las retribuciones precedentes, de forma voluntaria.

Aunque nada de todo esto aparece en el debate de este proceso, culminado por la Sentencia del Tribunal Supremo.

Por todo ello, concluye este voto discrepante, el recurso de la empresa debiera haberse admitido; y de conformidad con el artículo 202.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, desestimada la demanda; pues dentro de los términos en que aparece planteado el debate, no se han aportado los argumentos necesarios para que se considere anti-jurídica la conducta de la empresa; al margen de la valoración que desde otros puntos de vista pueda merecernos.

---

Madrid, 15 de abril de 2015

Esteban Ceca Magán

Abogado

Colegiado de Honor del

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

*Ceca Magán Abogados*

**Print Post es una publicación exclusiva para clientes de Lawyerpress para poder publicar contenidos de mayor extensión que difícilmente podrían leerse a través de las pantallas. El diseño está pensado para su lectura en papel, previa impresión en su impresora local o a través de los tablets.**

**El contenido corresponde al exclusivo copyright del autor. Reproducciones del contenido en otros medios o su distribución requieren de la expresa autorización del autor.**

**Lawyerpress no se hace responsable del contenido cuya responsabilidad recae íntegramente sobre el autor.**