

“CADUCIDAD” DE LA “GARANTÍA DE ULTRA–ACTIVIDAD” NORMATIVA DE LOS CONVENIOS: ¿EN SERIO ES UNA “CUENTA ATRÁS” HACIA EL “ABISMO LABORAL” ESPAÑOL?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

EXTRACTO

Palabras clave: Ultraactividad, fuerza vinculante, negociación colectiva, buena fe, dumping social

El art. 86.3 in fine ET no determina cuáles serán las condiciones de empleo y de trabajo en las empresas una vez se haya producido, en su caso, la pérdida de la vigencia ultra–activa del convenio colectivo y no haya otro de ámbito, funcional y territorial, superior que pueda cubrir ese vacío de regulación. Ante tal eventualidad se han abierto diferentes escenarios, algunos de los cuáles proponen la pérdida de vigencia absoluta de lo pactado –tesis de la claudicación–, de manera que no sólo desaparecería del orden jurídico como norma sino como contenido contractual de la relación de trabajo. Frente a ello, otras posiciones suscitan la necesidad de mantener –tesis de la conservación– su vigencia, si bien no como norma sino como contenido contractual. A tal fin, se propone revisar la doctrina constitucional que, dictada ante un problema de sucesión de normas negaba la incorporación de tales condiciones al contenido normativo de los contratos, difícilmente puede sostenerse ante una cuestión diversa, como son los vacíos de regulación. En este estudio se despliega una muy amplia batería de argumentos jurídicos, partiendo del carácter no completo sino inconcluso del art. 86.3 ET, para reducir al mínimo posible, hasta donde permite la interpretación, que no puede resolver todas, las inseguridades que generará tan lagunosa e incoherente norma.

ABSTRACT

Key words: Ultraactivity, binding force, collective bargaining, good faith, social dumping

The article 86.3 In fine ET does not determine what will be the terms of employment and working conditions in the companies once there has been, in his case, the loss of the ultra–activity of the collective agreement and there is no other of scope, functional and territorial, later that can cover this vacuum of regulation. Before such an eventuality will have open different scene, some of which propose the loss of absolute validity of what has been agreed – preservation thesis –, so that not only disappear of the legal order as standard but as contractual content of the working relationship. In response to this, other positions gave rise to a need to maintain –thesis of conservation – the validity of such conditions, although not as standard but as content or contractual obligations. To this end, it is proposed to revise the constitutional doctrine that, handed down to a problem of strict succession of standards, was rejecting the incorporation of such conditions to the normative content of the contracts through instruments of this type, but that can hardly be sustained now before a question well diverse, as are the gaps in regulation. In this study unfolds a very extensive battery of legal arguments, based on the character did not complete but unfinished business of article 86.3 ET, to minimize as possible, up to where it allows the interpretation, it cannot resolve all of the insecurities that generated so many gaps and incoherent rule.

ÍNDICE

1. 8 DE JULIO DE 2013: ¿TRAS “SAN FERMIN 2013” “EL APOCALIPSIS LABORAL?”
2. SOCIEDAD DEL RIESGO, ECONOMÍA DEL MIEDO Y PENSAMIENTO MILENARISTA: “FÓRMULA MÁGICA” PARA LAS “LEYES” DEL “SPANISH LABOUR FAR WEST”
 - 2.1. El reforzamiento de la “estructura religiosa” de la economía de mercado: las normas de reforma laboral como forma de transmisión de cultos y profecías
 - 2.2. De la “economía del miedo” a las “profecías jurídico-laborales milenaristas”: el fin del tiempo de ultra-actividad del convenio como “fin de su existencia”
3. LA REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL MOMENTO “POS-ULTRA ACTIVIDAD” NORMATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO: ¿LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE?
 - 3.1. El “pretexto” de la reforma de la regla de ultra-actividad del convenio: del paradigma de negociación colectiva estática a otro de negociación dinámica
 - 3.1. Incertidumbres e incoherencias del régimen legal “pos-ultraactividad”: un doble reto para la razón jurídico-laboral
4. LA TESIS “LIBERAL-FATALISTA” DE LA PÉRDIDA TOTAL –“JUICIO FINAL”– DE VIGENCIA DE LAS CONDICIONES DEL CONVENIO DECAÍDO: CRÍTICA DE SUS ARGUMENTOS
5. LA CONSERVACIÓN CONTRACTUAL DE VIGENCIA DEL CONVENIO CLAUDICANTE “SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD”: PRINCIPIOS DE RAZÓN JURÍDICA Y DE PAZ SOCIAL
 - 5.1. El reglamento normativo implícito de las condiciones de trabajo pactadas: el “complexus” de principios jurídicos que exceden del texto ex art. 86.3 ET
 - 5.1. La técnica de incorporación de las condiciones pactadas al reglamento contractual: los deberes de recíproca protección ex bona fidei
6. ¿Y CON LOS TRABAJADORES DE NUEVO INGRESO QUÉ?: LA NUEVA ACTUALIDAD DE LAS “DOBLES ESCALAS REGULADORAS” Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD
7. ¿SE ABRE LA VEDA REGULADORA PARA NUEVOS ESTABLECIMIENTOS?: LA FUNCIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL
8. CONCLUSIÓN: DE “LEYES LABORALES” SEMBRADORAS DE MIEDO A LOS “PRINCIPIOS JURÍDICOS” GARANTES DE LA RAZÓN

1. 8 DE JULIO DE 2013: ¿TRAS “SAN FERMIN 2013” “EL APOCALIPSIS LABORAL?”

Pocos días antes de “celebrar” el nuevo año, el mundo, y no sólo EEUU, vivió con tanta expectación como inquietud o alarma, la llegada del llamado “*abismo fiscal*” o del “*precipicio fiscal*” norteamericano (“*Fiscal Cliff*”). El término, que fue creado por el presidente de la Reserva Federal, Ben Bernanke, en una comparecencia en el Congreso, sintetiza los dramáticos efectos sociales y laborales que se produciría, si no se alcanzaba un acuerdo, con la automática entrada en vigor del drástico recorte del gasto público, acompañado de una subida de impuestos, previsto para el 1 de enero de 2013. En agosto de 2011, el Congreso de EEUU aprobó un aumento del “techo de la deuda” de 2,1 billones de dólares, pero la férrea oposición republicana llevó a que se incluyera un apartado en aquel acuerdo donde se formalizaba un compromiso para recortar el déficit público, galopante en aquél país. La clave del mismo residía en pactar un ajuste del déficit de unos 800.000 millones de euros antes del 31 de diciembre de 2012. Si no se lograba, entrarían en vigor recortes del gasto por

valor de unos 500.000 millones de euros y subidas de impuestos por otros 85.000 millones, con la consiguiente contracción económica y la pérdida de centenares de miles de empleos. El "abismo fiscal" hundiría a ese país en una recesión, pues la recaudación fiscal caería y los 'estabilizadores sociales' –léase subsidio de paro y ayudas asistenciales– se dispararían.

Finalmente, in extremis, se pudo lograr ese pacto político, al igual que en 2011, donde también se produjo algo análogo, entre los dos partidos fundamentales de EEUU, republicanos y demócratas, evitando el desaguisado. Pero la solución no fue definitiva, sino que más bien se aplazaba, manteniendo la incertidumbre, concretamente hasta marzo de 2013, fecha en la que la economía estadounidense afrontaba una nueva versión del "Fiscal Cliff"¹. Pero ahora, en su versión de "secuestro fiscal", no lo ha podido eludir, al menos de momento, de manera que se ha visto obligado el presidente a introducir esos recortes y tales incrementos de impuestos.

¿Qué tiene que ver todo esto con el objeto de nuestro tema de estudio, estrictamente ligado a un problema jurídico relativo al régimen jurídico de la negociación colectiva española? A mi entender bastante más de lo que pudiera pensarse a primera vista, ante la nítida diferencia de situaciones, porque el afrontamiento de ambos revela un análogo modo trágico y mágico al tiempo de resolver los grandes problemas generados por la crisis actual. Un modo que se basa mucho más, paradójicamente en la sociedad proclamada del "conocimiento", en los "dogmas de fe" –política y económica– que en "la razón de la ciencia".

Si para el "abismo fiscal" norteamericano, con intensas proyecciones mundiales por la centralidad de esta economía para la sociedad de la competencia global, la fecha de referencia era el 1 de enero de 2013, para el que podríamos presentar, ante la posición asumida, ya consciente ya inconscientemente, como el "abismo laboral español", se situaría en el pasado *8 de julio de 2013*, justo el día siguiente del celeberrimo día de S. Fermín. Esta "fecha" en el calendario laboral se esperaba "fatal" para dos millones de trabajadores que la temían, y una oportunidad, en cambio, para centenares de empresarios que ven en ella una nueva vía de ajuste de "precios del factor trabajo" todavía más rápida y más intensa, favoreciendo la senda de recuperación de la productividad perdida desde la entrada en el Euro. Su señalamiento resultó de la conjunción de diversas "acciones humanas" –no de "designios divinos" rebelados, aunque a veces sí lo parezca por el contenido impositivo o de "derecho absoluto" que suelen revestir–: de reforma legal y acción de política jurídica.

¹ Vid. el interesante artículo crítico en Cinco Días:
http://www.cincodias.com/articulo/opinion/eeu-esquiva-ahora-abismo-fiscal/20130103cdscdsopi_3/

La primera fue la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre medidas urgentes del mercado de trabajo: 8 de julio de 2012. La segunda, la inclusión de una fecha de caducidad, con carácter general, si bien disponible para la negociación colectiva, de la garantía de ultra-actividad de la vigencia normativa de los convenios: «*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 colectivo de ámbito superior*» (art. 86.3 in fine ET). La tercera es la Disposición Transitoria Cuarta –DT 4ª, en adelante– de dicha Ley, según la cual ese plazo de un año para la claudicación o caducidad de la vigencia normativa del convenio denunciado y no renegociado, contaría desde la entrada en vigor de la Ley –principio de jerarquía normativa–. La cuarta la omisión de diversas voluntades y acuerdos de autonomía colectiva que, de manera efectiva, en términos jurídicos y de eficacia real, remedien ese efecto –inexistencia de regla expansiva de la ultra-actividad más allá de un año, pues es disponible por completo; la ausencia de una regulación convencional de ámbito superior que supla el convenio decaído en su vigencia; la falta de un posterior acuerdo que cubra el eventual vacío–.

Cierto, puede pensarse que esta última observación quedó obsoleta con la loable firma del “Acuerdo sobre Ultraactividad” del 23 de Mayo 2013, suscrito por CEOE, CEPYME, CC.OO y UGT, a través de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012–2013 (II AENC). Sin embargo, no sólo está privado de valor jurídico normativo sino incluso que tiene dudosa fuerza obligacional, para ser un simple compromiso bilateral que llama a la “buena fe negociadora”, en suma, a un principio jurídico para cuya eficacia no se necesitaba esa alforja y que no aporta ninguna solución adicional específica y efectiva.

Por eso, alcanzada esa fecha y concurrentes todas esas circunstancias, el problema derivaría del gran, y a mi juicio extremadamente sorprendente, apoderamiento en la mayor parte de la sociedad laboral española, tanto de los negociadores como de los obligados, así como de un buen número de comentaristas de las reformas, de lo que podría denominarse el “*mito del Apocalipsis laboral*”: la creencia mayoritaria en que un suceso muy concreto –la caducidad simultánea de decenas o centenares de convenios colectivos– cambiará radicalmente el mundo regulador de las relaciones de sus respectivos ámbitos funcionales, poniendo punto y final al periodo de su historia reguladora convencional y bajando al “*averno*” del suelo mínimo legal.

¿Por qué tanto dramatismo si la norma no dice qué pasará si se alcanza la terminación de la garantía de ultra-actividad y no habiendo convenio colectivo superior disponible? Quizás se recuerde que “*Avemo*” era el nombre antiguo que se le daba, tanto por la mitología griega como por la romana, a

un cráter que constituiría la entrada al “inframundo”, pasando después la palabra a ser un nombre alternativo para éste. Pues bien, los defensores más ortodoxos de la tesis de la desaparición radical de la regulación convencional de las condiciones laborales ponen de relieve que con ella se erradicará no sólo su fuerza normativa sino la contractual, con lo que se borraría su rastro de la faz de ese mundo laboral concreto, aceptando los que creen que hay que introducir algún matiz para evitar excesos que esa caída en los suelos legales sólo lo serán en algunos aspectos. Por su parte, los más firmes partidarios de la continuidad de las condiciones del convenio colectivo más allá de la pérdida de vigencia normativa, a través de su mutación de norma objetiva en norma contractual, no evitan tampoco reconocer ni la ahora ya más fácil disponibilidad de esas condiciones por el empresario ex art. 41 ET ni tampoco, lo que es peor, la exclusión de esta debilitada protección de los trabajadores de nuevos ingreso. Unos y otros dibujan, pues, un panorama no sólo de extremada incertidumbre reguladora, además de inseguridad social y económica, sino una “devaluación interna” de condiciones de trabajo que sitúa a miles de trabajadores no ya al borde, sino en el seno del “precipicio socio-laboral”.

La pretensión de este estudio es mediar en este interesante, y por momentos cada vez más, alarmantemente, interesado, debate, tratando de procurar ofrecer soluciones jurídicas desde una perspectiva estrictamente jurídica y, sobre todo, racional, alejadas de las hipérboles que sobre el tema se vierte, en un sentido u otro. La misión del jurista no es tan sólo la crítica (FERRAJOLI, 1999, p.20), sea jurídica, la más importante, sea, también, social, de las normas positivas que no se ajustan a un triple “ideal de regulación” –justicia, finalidad y seguridad jurídica– (RADBRUCH, G., 1999, pp.89 y ss), sino que es también la de ofrecer respuestas coherentes, racionales y resolutivas, según el Derecho positivo, a problemas sociales.

Pero para ello deberíamos evitar crear no ya sólo alarma, sino otros nuevos, e incluso agravados, problemas respecto de los que generan la deficiente regla del legislador, ajeno a los debidos estándares de calidad normativa, imperativo constitucional, por demandarlo las elementales exigencias de la seguridad jurídica, que en nuestro caso brilla por su ausencia. Anticipo que mi comprensión del precepto legal aboca a la tesis de la continuidad plena de las condiciones de trabajo reguladas en el convenio decaído, si bien como cláusulas incorporadas al reglamento contractual ex art. 1258 CC, con sus méritos y sus debilidades, pero también a la tesis de su aplicación, conforme al alcance y límites derivados de la doctrina constitucional de la prohibición de “*dobles escalas reguladoras*”, a los de nuevo ingreso. Veamos por qué y cómo llego a esa convicción, en un tiempo en el que parecen ser más los que auguran el decaimiento del convenio, incluso tras el pacto socio-sindical

indicado y pese a que alcanzada ya esa fecha todavía no ha dado tiempo a pronunciamiento judicial alguno al respecto, que seguro habrá más pronto que tarde.

2. SOCIEDAD DEL RIESGO, ECONOMÍA DEL MIEDO Y PENSAMIENTO MILENARISTA: “FÓRMULA MÁGICA” PARA LAS “LEYES” DEL “SPANISH LABOUR FAR WEST”

2.1. El reforzamiento de la “estructura religiosa” de la economía de mercado: las normas de reforma laboral como forma de transmisión de cultos y profecías

Decía que la función plena del jurista es saber combinar la crítica –dimensión de razón teórica– con la capacidad resolutive –dimensión de razón práctica– de cuantos problemas surgen de las anomalías –lagunas y antinomias– que trufan los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo. Una exigencia más sentida para un sector jurídico sometido a una continuada, y errática, política de reformas que lo devuelven a sus orígenes de “legislación de excepción”, como es el Derecho del Trabajo. Por eso, antes de intentar dar satisfacción a la razón práctica, creo que es importante atender a la función de denuncia crítica, a fin de desvelar, o depurar, la predominante dimensión ideológica y político-jurídica que asume esta cuestión, para luego situar el debate en un terreno más propiamente técnico-jurídico, aunque resulta evidente que ambas vertientes o dimensiones son inexorables para el análisis jurídico de las instituciones ordenadoras de las relaciones de trabajo y, por tanto, reguladoras de aquel mercado. Desde esta perspectiva de crítica ideológico-jurídica, parece especialmente útil u oportuno evidenciar la persistente, incluso la muy revalorizada, influencia que presenta en el tiempo presente, de radical crisis de los fundamentos existenciales y valorativos del Estado, la Sociedad y la Economía, el “pensamiento mágico” y “fatalista”.

El desenmascaramiento de esta influencia, que fue una de las claves fundamentales de todo el proyecto de modernidad ilustrada, en las instituciones reguladoras de las relaciones laborales y del mercado de trabajo bajo la lógica avasalladora del productivismo competitivo, constituye un reto principal del pensamiento jurídico-económico crítico.

Desde esta perspectiva, ciertamente ambivalente, tan característica de la modernidad, emancipadora y al mismo tiempo perpetuadora de la dominación de la mayoría social por una minoría, incluso los pensadores ilustrados no pudieron sustraerse a una visión de la historia como una suerte de batalla entre “la luz” –el conocimiento, la razón...– y las “tinieblas” –la fe, la ignorancia, en encantamiento o pensamiento mágico–. Las cosmovisiones de los siglos XIX y

XX están plagadas de momentos en los que se expresa el sentimiento de vivir siempre en una etapa que pone fin al mundo tal y como se conoció, para entrar en una nueva y mejor era, eso sí, previa lucha o batalla que destruya "los males" del anterior "mundo vivido". De ahí que reemerja de continuo, bajo diferentes formas, la idea del fin de los tiempos y el advenimiento de uno nuevo, trasladándose de los "discursos" a las "prácticas", a las políticas.

Al respecto, se ha advertido, con toda razón, que incluso entre los más ilustres artífices o pensadores de las formas de organización racional de todas las esferas del mundo de vida, como Weber, ha existido siempre conciencia de que tal proceso racionalizador no es siempre ni un proceso consciente ni continuo, ni mucho menos inequívoco o lineal, hasta el punto de vivir con angustia la realidad de una sociedad que no identificaría crecimiento económico con progreso social, ni siquiera con una genuina "*civilización de las condiciones de vida y trabajo*" para las personas (MONEREO PÉREZ, J.L., 2013, pp. 195 y ss). Por ello, en los albores del siglo XX se pudo afirmar con toda rotundidad la "estructura religiosa del capitalismo", para poner de relieve no ya una pura metáfora o imagen que representara bien el dogmatismo con que se concibe su modo de actuar, o el "culto utilitarista" que se le venera, sino la dimensión o vertiente estructural, "esencial", al mismo del modo de pensar y actuar religioso. De manera que la "racionalidad (formal y científica) del capitalismo" servía esencialmente para satisfacer análogas necesidades, tormentos e inquietudes a las que daban respuesta las "religiones", que actúa, para unos, sus más críticos, "*como la celebración de un culto, sin tregua y sin piedad*" (BENJAMIN, W, p. 129), para otros, avaladores pero desde un rostro socialmente aceptable, como "*una función de la deuda/culpa (schuld)*" y como "*una función directiva de la conducta*", aquí hacia la productividad y la creación de riqueza (WEBER, M., 1977, pp. 257 y ss).

Pues bien, con el tiempo, esa "estructura religiosa del capitalismo" se habría agudizado a través de las políticas orientadas a su consolidación, pero también estaría presente incluso en las "utopías emancipadoras" orientadas a su corrección. Hasta el punto de considerar que el conjunto de políticas de nuestro tiempo, no sólo en la Edad contemporánea, sino también, y muy enfatizada en las orientadas a salir de la crisis económica desde el mito de la "austeridad constructiva", no son sino nuevos capítulos de una "historia de la religión secular". Si el mundo que vivimos en pleno comienzo de un nuevo milenio "está lleno de escombros de proyectos utópicos que, aunque fueron formulados en términos laicos que negaban la verdad de la religión, funcionaron en la práctica como formas de transmisión de los mitos religiosos" (GRAY, J, 2008, p. 43), ese mecanismo de perpetuación del "pensamiento encantado" se agudizaría en las políticas del mercado total, como la reforma laboral de 2012. Las "anárquicas energías del mercado transforman continuamente no sólo la polí-

tica y el Estado, sino también la cultura y la sociedad. Los movimientos que aspiran a liberar el mercado y, al mismo tiempo, a “restaurar los valores tradicionales”, tuvieron una presencia dominante en gran parte del tramo final del siglo XX. (...). Pero, como Marx había sabido apreciar ya en su momento, el efecto real de un mercado sin trabas es la subversión de las relaciones sociales y las formas de la vida ética establecidas, incluidas las de las sociedades burguesas” (GRAY, J, 2008, p. 35).

En mi opinión, sólo en este marco cultural y de pensamiento de filosofía social puede entenderse bien la credibilidad, más bien “fe”, que se da socialmente a las tesis interpretativas que, poco solventes desde un enfoque jurídico racional, defienden la radical desaparición de las condiciones de trabajo precedentemente reguladas en convenio una vez que haya vencido su garantía de ultra-actividad normativa, tan sólo porque ha dejado de tener vigencia normativa y aunque se mantengan constantes las circunstancias materiales –sociales, económicas...– sobre las que la norma convencional se asentaba. Por eso, esta nueva etapa del proceso de instrumentación económico-productivista de las instituciones jurídicas del mercado de trabajo recrea más la imagen de un “derecho natural económico” libre de “ataduras” que no sea la “autoridad” empleadora, una suerte de derecho creado o intuido oportunamente por esa autoridad que un derecho sistemáticamente instituido por la heteronomía y la autonomía colectiva. Un Derecho, más revelado de forma carismática, a través de “profecías jurídicas” y “preferencias ideológicas”, que elaborado sobre la base de una ciencia jurídica racional. Al contrario, sobre el vaciamiento de fines y valores de orden social de los enunciados normativos, y su relleno con otros económicos, pero de difícil aprehensión (productividad, empleabilidad, flexibilidad,...), se vuelve al predominio de una lógica racional-formal, ritual, instrumental, que encubre la garantía jurídica sólo de las libertades de mercado.

En suma, el retorno al predominio de la vieja racionalidad puramente instrumental al desarrollo del “espíritu de iniciativa económica” por parte de la norma laboral confirmaría de forma plena el reforzamiento de la “norma de clase burguesa” como “orden natural” y la forma de economía a la que sirve, el capitalismo, como religión. Por eso, las reformas tienen ese sabor añejo del “pensamiento de la salvación” –en este caso de un país en ruinas, se dice, y de un “modelo de relaciones laborales” ya obsoleto–, y sus efectos se miden en “dolorosos” sacrificios de reglas clásicas, que exigen ser “destruidas” para sobrevivir en el nuevo mundo de la competencia global, entre las que estarían, por lo que aquí interesa, la garantía de la ultra-actividad. El punto de partida es, según la “confesión” del Preámbulo, la perpetuación de “un sistema de instituciones laborales inadecuado”, que incluiría la “*petrificación* de las condiciones de trabajo pactadas en convenio”. La “salvación” del empleo pasaría, pues, por la “destrucción” de las garantías de continuidad de las condiciones pactadas en convenio.

La reforma laboral de 2012 aparece así como un emblemático ejemplo de instrumento de transmisión de mitos, en nuestro caso la fe secular en el liberalismo económico como mejor forma para el crecimiento económico y la salvación de empleos, volviendo a las virtudes de la más pura "justicia contractual". La mutación radical que esta reforma promueve de la clásica "sociedad del trabajo" en un mundo de permanente asunción de riesgos y de creación de inseguridades de todo tipo –económicas, ocupacionales, profesionales, existenciales...–, hace participar a buena parte de los trabajadores del "miedo secular" típico de la era moderna y contemporánea, una versión transformada de la violencia social e institucional. Ésta ha acompañado al pensamiento religioso a lo largo de su historia, en especial en su forma apocalíptica o milenarista. En las versiones laicas del "apocalipsis", el fin de los tiempos y la nueva era no llega por la acción del "juicio divino" final, sino por la "acción humana". Es por ello que puede predicarse de la reforma de la regulación jurídico-laboral lo que de la religión en general, y la que instituye la nueva forma del capitalismo financiero en particular: se presenta "descarnada, como pura fuerza", como "ley del más fuerte" en detrimento, una vez que destruye sus garantías legales, de las "leyes del más débil" (FERRAJOLI, L, 1999).

No responde a ninguna hipótesis científica la tozuda realidad de un desempleo creciente y de una desigualdad desbordada entre rentas, en detrimento de las salariales en beneficio de las del capital, pero de una notable mejora de la productividad "pasiva" y de confianza de los mercados financieros en nuestras posibilidades de pagar la deuda. Deriva de un proceso de transformación de las instituciones del mercado de trabajo promovido en la senda de intensificar la "función productiva" sobre la "función distributiva", incluso sacrificando ésta a aquélla, al menos en tanto consigamos la "salvación" de la crisis de deuda.

Al contrario, obedece más bien a la necesidad del sistema de un cierto pensamiento "encantado" que dé credibilidad al mensaje de que la sociedad española debe prepararse para entrar en un nuevo modelo de relaciones laborales –una suerte de "nueva era laboral"–, ya sea mediante reformas abruptas ya otras más graduales de sus anteriores instituciones, sobre todo las que hacían de la negociación colectiva no un "instrumento" sino un "obstáculo", según nueva confesión de la EM de la Ley 3/2012. El regusto por marcar fechas concretas a tal proceso de saneamiento o de salvación –de la pretendida incapacidad competitiva por débil productividad que destruye empleos de forma masiva–, aparece a lo largo y ancho del ET, aunque genere más inquietud que certezas, como por ejemplo, por citar otro diferente al que aquí analizamos, la regla que obligaría a transformar todos los sistemas de clasificación en grupos profesionales.

2.2. De la “economía del miedo” a las “profecías jurídico-laborales milenaristas”: el fin del tiempo de ultra-actividad del convenio como “fin de su existencia”

Como se ha evidenciado recientemente, desde un cierto sector del pensamiento crítico económico, las actuales políticas de respuesta a la crisis sistémica que padecemos presuponen un modelo de control social de las poblaciones asentado sobre el retorno, e incluso más aún, sobre el reforzamiento, de la «la *economía del miedo*». El dibujante *El Roto* lo ha resumido en una viñeta que decía: «*Tuvimos que asustar a la población para tranquilizar a los mercados*» (ESTEFANÍA, J, 2011). La reforma laboral de la negociación colectiva está plagada de elementos de transmisión de este modelo de control social, de esta suerte de travesía por el “cabo laboral del miedo” –por parafrasear la conocida película de Scorsese–, de ahí que rezume por doquier “*pensamiento milenarista*”. Pero llega al paroxismo respecto de algunos aspectos, como la claudicación final de la garantía de ultra-actividad, presentada en el debate social, con cierta connivencia académica, con el imaginario del “fin de un tiempo”, el del régimen colectivo de las condiciones de trabajo y su sustitución por un orden nuevo decidido unilateralmente por el “juicio de una autoridad” natural y universal superior: la ley del más fuerte en el mercado.

El pensamiento milenarista, hoy tan extendido, se basa en señalar una fecha específica como “fin de un tiempo” y la llegada, tras un cataclismo –“liberación temporal de la bestia” contra todos los “pecadores”–, de otro radicalmente diferente y mejor –advenimiento de la “tierra prometida de la naturaleza”–.

Pero como toda manifestación del mismo, también toda visión del 8 de julio de 2013 bajo la forma de “abismo laboral”, está abocada al más absoluto de los fracasos. Como ponen de relieve los estudios de John N. Gray, sobre la base de los trabajos del historiador Norman Cohn [*En pos del milenio (The Pursuit of the Millennium)*], que relaciona el milenarismo con los fundamentos de los movimientos revolucionarios del siglo XX (*Misa negra. La religión apocalíptica y la muerte de la utopía*), el “milenarismo secularizado” habría tenido efectos ruinosos en todos sus proyectos políticos. Así habría sucedido sobre todo en los movimientos que alcanzan el poder, no ya sólo en los clásicos proyectos totalitarios utópicos revestidos de ideales revolucionarios (“*El Terror de la Revolución Francesa*”, el Estalinismo, el nazismo...), sino también en los camuflados bajo ideales democráticos (“guerra contra el terrorismo internacional”). Y está claramente presente en las políticas basadas en la “tiranía de la austeridad”, cuyo presupuesto legitimador es la evitación del “abismo social y económico”, a través de políticas de rescate, cuando realmente se trata de *nuevos dispositivos de acumulación para la minoría por la desposesión de las rentas sociales de la mayoría*.

El planteamiento quizás podría verse como exagerado a primera vista, pero la realidad desborda con mucho la especulación teórica. Este favor por la “siembra de miedo” como una forma principal de política pretendidamente anticrisis aparece en la reciente decisión de poner plazo de caducidad a un principio de seguridad hasta ahora sacrosanto en la Unión Europea: los depositantes bancarios o ahorradores no deben pagar las quiebras de los bancos².

El Preámbulo de la Ley 3/2012 es muy claro al militar en esta dirección, pese a que en su inicio se propone más bien como una fábula o cuento de hadas, en el que “promete”, como un acto de fe, que con la reforma laboral todos ganarán por igual. Pero, en su fondo, parte de que si la destrucción masiva de empleo es “culpa”/“deuda” en gran medida del “modelo laboral español” éste se hace “insostenible”, como expresamente afirma el Preámbulo, y por lo tanto, la idea de progreso e innovación socio-laboral se escribiría sobre bases destructivas de los equilibrios precedentes, pese a la inicial observación legal de que no se quiere que nadie pierda, pero es obvio que la prédica no va acompañada de las medidas para ello, pero sí de las contrarias. La idea del progreso, se recordará, sirvió a la cultura moderna para proseguir desde una vía secular el mismo objetivo que procuraba la “fe en la providencia divina” pre-ilustrada, con lo que se pretende una base de confianza en las virtudes sanadoras del cambio, mutando desde la norma la realidad precedente.

Pero por eso mismo la renovación propuesta –de la regulación convencional– no duda en articularse sobre el “rigor mortis” de ciertas garantías del pasado que estarían actuando en contra de ese proceso “modernizador”, por lo que como con la célebre imagen del “caleidoscopio” –triple espejo– en las manos de un niño de W. Benjamín, que rompe mediante cada giro lo ordenado “para crear un orden nuevo” (MONEREO, J.L. 2013, p. 268), las instituciones de garantía de la estabilidad de la norma convencional también deben ser “destruidas”. Aunque este “progreso” mire más bien a su espalda que de frente en la medida en que no se propone una alternativa cierta, con lo que la regulación se reabriría a los poderes de quienes ya libres de vínculos colectivos, por tanto “salvajes” en sentido clásico, ejercen el dominio, mercantilizando y cosificando las relaciones.

El dogmatismo con que se reproduce la lógica económico-productiva en las normas hace que el tránsito no se oriente realmente hacia nuevas formas de seguridad, más dinámica, activa o flexible, como se propone bajo un mutado –más bien corrompido– lenguaje jurídico, como es el caso, entre otras, de la “fórmula mágica” de la “flexiseguridad”, sino hacia la total inseguridad. En

² Vid. “*Sembradores de miedo*”. En El País.
http://elpais.com/elpais/2013/03/26/opinion/1364328362_111460.html

este sentido, es difícil sustraerse a la imagen de la regulación laboral que más que al futuro llama a la vieja idea de la “jungla laboral” o del “pistolerismo laboral” evocador de un “viejo y salvaje oeste” americano pero a la española, un “viejo y salvaje oeste laboral español” (una suerte de “*wild spanish labour far west*”). En él, cada empresario dispondría del poder que le da la libertad de empresa y la propiedad de los medios productivos para hacerse el traje a medida, seleccionando, creando o destruyendo las que más le convenga, sin que, al mismo tiempo, tenga que comprometerse con contrapartida alguna en términos de empleo mantenido o de ganancia real de productividad. Por tanto, la “tierra o escenario prometidos” de la modernización del sistema de negociación colectiva realmente acrecienta la fuerza del “lado oscuro del espíritu del capitalismo” y el precedente dominio de la autonomía colectiva se desplazaría por el retorno del imperialismo del contrato, de la autonomía individual.

Ahora bien, es muy evidente ya que, en una situación de persistente o acrecentada desigualdad de sujetos, venida a más y no a menos, esta estrategia no haría sino devolver la regulación laboral a la “justicia contractual de los vencedores”. Esta es la “regla de hierro” que domina en la actualidad, tanto en las relaciones internacionales como en las nacionales, y que continuará mientras dure el “*abismal desequilibrio en la distribución del poder*” (ZOLO, D, 2006, p. 21). Normas el art. 82.3 ET (acuerdos de descuelgue) o del art. 86.3 ET (fin de la ultra-actividad) institucionalizan la justicia conmutativa frente a la distributiva.

Por eso, y ya conseguidos algunos “logros”, como la reducción a 1/3 de los convenios concluidos en nuestro país, la tensa espera de la llegada del 8 de julio de 2013, aparece como una suerte de “*misa negra*” plagada de profecías y mitos liberadores de los viejos vínculos, una liturgia necrológica para la “garantía de estabilidad” de lo pactado, de su “fuerza vinculante” más allá de lo establecido en las cláusulas temporales en tanto haya otro convenio. La reedición de tales mitos –exaltación de la “religión político-económica” que es el mercado y sus dogmas de *austeridad* y *devaluación interna*–, exigen una cierta “demonología” con la que reproducir el síndrome milenaristas clásico. Los Jueces de lo Social ya han tumbado uno de esos mitos liberales, como es la pretensión de erradicar los controles de causalidad sustantiva, a través de los juicios de proporcionalidad de las medidas de despido económico, y el retorno a la racionalidad formal típica del positivismo legalista (SAN 18 de diciembre de 2012). De ahí el “miedo” expresado por la Ministra de Empleo hacia ellos, más que a los “hombres de negro”.

No tengo ni una sola duda de que harán lo mismo, llegado el caso, con el *mito-profecía jurídica* de la total pérdida de vigencia, incluso como condiciones contractuales, del convenio caducado o claudicante por transcurso del periodo de ultra-actividad, por cuanto reflejaría una desproporcionada, pero

también ineficiente, comprensión del cambio legislativo, carente del más elemental parámetro de razonabilidad, desde la legalidad ordinaria y constitucional. Pero el trabajo del jurista-científico no es, como se ha dicho, sólo desenmascarar la dimensión ideológico-jurídica predominante en una decisión en detrimento de la jurídico-normativa, sino aportar las razones técnico-jurídicas que sustentan, desde la Ciencia del Derecho, esa crítica y, por lo tanto, avalan la comprensión hermenéutica contraria o propia.

3. LA REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL MOMENTO “POS-ULTRA ACTIVIDAD” NORMATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO: ¿LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE?

3.1. El “pretexto” de la reforma de la regla de ultra-actividad del convenio: del paradigma de negociación colectiva estática a otro de negociación dinámica

Es una máxima de experiencia, y también un dato adquirido de la cultura jurídica, que todo Derecho que aspire a conformar con mínima eficacia un “orden social” determinado debe estar en condiciones de conciliar continuamente la *necesidad de estabilidad, sin la cual no hay orden social fiable, con la de transformación, sin la cual no hay capacidad de adaptación a las nuevas realidades sociales del tiempo en que las normas han de ser aplicadas.*

En términos más concretos, este imperativo de armonización o equilibrio entre ambas necesidades busca compatibilizar el principio de seguridad jurídica inherente a la “regla vinculante” con el principio de libertad inherente a la “regla de discreción”, haciendo del orden jurídico una realidad tan estable como flexible. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de la regla de ultra-actividad normativa del convenio nunca ha sido caprichosa, sino una exigencia de todo sistema normativo, que requiere garantía de estabilidad de la regulación para evitar vacíos, perjudiciales para el valor de la seguridad jurídica, y para ahuyentar las tentaciones de presión sobre una de las partes para forzar el pacto, quebrando la paz social. La práctica española ha seguido esa pauta, que es la que refleja el art. 86.3 ET, haciendo de la ultra-actividad una garantía de oro de la fuerza normativa del convenio³.

³ La construcción jurisprudencial se ha dirigido en la senda de una creciente lectura flexible, que devalúa su intensidad protectora. Así, ha sucedido al considerar la ultra-actividad inaplicable respecto de cláusulas de las que inequívocamente se desprenda su pactada limitación temporal, como era el caso de un “plus de incentivos” –STS, 4ª, 29 de enero de 2013, RC 49/2012, empresa–, apelando al art. 86.3 ET y la primacía del pacto limitado concreto sobre la cláusula general de ultra-actividad. Asimismo, durante ese período no sólo es posible que otro convenio

Para sus críticos, incluido el actual legislador, ha representado una expresión del modelo estático de negociación colectiva imperante en España, porque asegura la continuidad de la norma al margen de los concretos procesos negociadores. En realidad es un paradigma crítico con la “*autoridad*” de un tercero para lograr ese necesario equilibrio entre la estabilidad (continuidad de la norma) y la flexibilidad (capacidad de adaptación o renovación de la norma), fiándolo en cambio al principio de soberanía convencional y a su práctica social resultante.

El indispensable dinamismo negociador, favorecido por una jurisprudencia cada vez más proclive a una interpretación restrictiva de su alcance, debía buscarse sin que para ello quebrara de una forma radical su trayectoria precedente, su “*historia reguladora progresiva*”. De este modo, mientras la garantía del “principio de modernidad”, según el cual el nuevo convenio “deroga en su integridad” el precedente, sin perjuicio de las decisiones que las partes adopten para su continuidad –art. 86.4 ET–, da cumplimiento al imperativo de adaptación, la garantía de ultra-actividad de lo pactado ofrecía una cabal respuesta a la fuerza vinculante de los convenios –SSTCO 58/1985, 30 de abril y 92/1992, de 11 de junio–. Quedaba bien claro esta función de contribuir a la garantía de la fuerza vinculante si se comparaba la situación con las cláusulas obligacionales⁴, pues se venía a reconocer claramente que el convenio colectivo no es una regulación para quienes negocian sino para quienes representan.

En última instancia, en el trasfondo de tal garantía de vigencia más allá del tiempo estrictamente pactado aparecía la configuración constitucional de un derecho que desplazaba la tradicional potestad negociadora individual, propia del Derecho Civil de los Contratos, por otra colectiva. Con ello no sólo se buscaba la mejor protección de los intereses de los trabajadores, que de este modo salían del “dilema de la subordinación voluntaria” sin renuncia a su “cualidad de sujeto libre” (SUIPOT, A, 1996, pp. 171–172) –función distribu-

colectivo, de unidad diferente, pueda ocupar su espacio, no rigiendo la prohibición de concurrencia, sino que incluso se abre a la negociación de un convenio extra-estatutario –SAN 55/2012, de 17 de mayo.

⁴ «aunque no es pacífico en la doctrina el deslinde nítido entre ambas modalidades, la opinión dominante... entiende que mientras el contenido obligacional está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz [art. 82.2 ET], los compromisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones ad hoc, el contenido normativo está integrado por los pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica [el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 85.2ET], y por los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo [materias incluidas en el art. 85.1ET], tanto en su aspecto individual como colectivo». Recientemente STS, 4ª, 29 de enero de 2013.

tiva–, sino también para la mejora de la productividad y la competitividad, a través de la fijación de reglas uniformes para el ámbito cubierto por el convenio, imposible en las negociaciones individuales

Pues bien, ignorando deliberadamente buena parte de esta experiencia histórica y este valor transaccional entre exigencias contradictorias de tal garantía, clave de la teoría jurídica clásica del convenio colectivo, la reforma laboral ha establecido un nuevo marco en el que la eliminación de la ultra-actividad tiende a presentarse como regla general, si bien disponible. A través de esta restricción temporal de la regla de ultraactividad se otorga un mayor poder para negociar a la baja las condiciones de trabajo al empresario, justificándose por la imposición a toda costa de un modelo dinámico, que agilice las negociaciones, incluso al precio de la presión existencial sobre quienes ocupan una posición negociadora más débil (ESCUADERO RODRIGUEZ, R, 2012).

Como resulta claro, el problema principal que suscita el nuevo texto del art. 86.3 in fine ET en relación a la regla de la ultra-actividad se produce cuando no haya un norma de autonomía normativa que pueda gobernar la situación, o porque no se haya dispuesto de una regla más amplia de ultra-actividad en el convenio amenazado de decaimiento o claudicación por el transcurso del plazo máximo legal –“salvo pacto en contrario”– o porque, ya decaído, no hay un convenio superior para suplir su ausencia – “si lo hubiere...”. Para comenzar a responder a estos interrogantes es importante recordar qué motivos de envergadura han podido llevar al legislador a dejar tan en el vacío, tan a la intemperie, la solución a esta señalada situación, dando pábulo a las peores previsiones que “amenazan” con un juicio final de muerte o desaparición radical de la faz de la tierra de las condiciones de trabajo vigentes tan sólo un día antes del pretendidamente fatal 8 de julio de 2013 –o de fechas sucesivas para los convenios que se puedan encontrar en esta situación con posterioridad–. El Preámbulo justifica la sustitución del precedente carácter indefinido de la vigencia ultra-activa en:

- a) La mayor celeridad de los procesos negociadores, de modo que sirva de acicate o estímulo para la renegociación del que lo ha de sustituir, se supone que ya adaptado a las nuevas circunstancias socio-económicas del tiempo que debe regir
- b) Prevenir o evitar la “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio

Como es obvio, el objetivo final es, como en otros preceptos modificados, evitar que pueda haber posiciones de bloqueo, en principio por cualquiera de ambas partes integrantes de las relaciones colectivas. Es manifiesta, pues, la orientación de política jurídica de esta aparentemente sencilla, pero muy polémica, reforma. Pretende invertir la posición de ambos sujetos titulares del derecho ante la necesidad de renovación del convenio colectivo, desde la

sempiterna convicción de que la más rápida capacidad de adaptación a las nuevas condiciones de mercado de las empresas permitirá reducir los costes (MERCADER, J.R., 2012, p. 382).

Bajo la regla de la ultra-actividad indefinida, o de más larga duración, el sujeto laboral tiene menor presión para negociar, sobre todo si intuye que va a ser a la baja ante las circunstancias socio-económicas de crisis existente. Con la reducción del plazo de vigencia de aquella, haciéndola perentoria –un año, salvo pacto, se insiste–, en cambio, será el empresario el que tenga menor compulsión para la renegociación, porque es sabedor de que perderá su vigencia el convenio y se abrirían más posibilidades para recuperar su “autoridad reguladora:

- bien podrá volver a los “suelos legales”, si se da la hipótesis más favorable de lectura del art. 86.3 ET a falta de convenio de ámbito superior aplicable,
- bien tendrá a su disposición, si se acepta su continuidad como contrato colectivo de valor obligacional, lo pactado a través de la novación unilateral ex art. 84 ET,
- bien será, en la “peor” de las situaciones para la empresa, de aplicación un concreto convenio colectivo de ámbito superior que, por lo general, al contener regulaciones básicas, le será más favorable a sus intereses económicos, al menos en el corto plazo, pues en el medio el incremento de la conflictividad terminará pasando factura –incremento de los costes de transacción–.

La norma toma partido, de nuevo, por el interés del más fuerte. Ciertamente, una visión de este tipo ha de contar con la realidad de que entre ambas no existe el mismo poder o “fuerza” negociadora, de modo que la mayor presión se desplegará para los representantes de los trabajadores, pues siempre será mejor renegociar a la baja que el riesgo de caer en el abismo de la legislación mínima y sus vacíos reguladores.

De ahí su intrínseca injusticia distributiva, por cuanto no reparte equilibradamente los riesgos, a falta de pacto, que será difícil de incluir por la resistencia empresarial, de no alcanzar un acuerdo y los poderes de negociación o renegociación del mismo. Ahora bien, por muy criticable que esto pueda ser desde un reparto más justo de riesgos y ventajas, no hay nada en esa previsión que pueda hacer pensar que, a falta de un enunciado preciso, el sentido a atribuirle al texto legal para que se convierta en una norma practicada socialmente puede ser el de borrar de forma radical las precedentes condiciones de trabajo, abocando a la aplicación inexorable de las “normas mínimas”, sean estándares estatales sean internacionales. En consecuencia, ni en la letra del precepto ni en su finalidad, se hallan evidencias de la tesis del descenso al averno laboral –el inframundo de los pírricos mínimos legales– el 8 de julio de 2013. Aunque, cierta-

mente, tampoco hallamos una respuesta contraria suficientemente contundente, por lo que la notoria incertidumbre de la norma debe ser interpretada más como una "laguna normativa" que como un "silencio elocuente" –un espacio deliberadamente dejado fuera de solución legal–.

3.2. Incertidumbres e incoherencias del régimen legal "pos-ultraactividad": Un doble reto para la razón jurídico-laboral

Cuando se analiza con cierto detenimiento el último inciso del art. 86.3 ET es difícil sustraerse no ya sólo a la imagen de disolución de un modelo de regulación de la vigencia de los convenios que habían resultado razonablemente exitoso hasta ahora, sino a la de una crisis profunda de la razón jurídico-laboral (FERRAJOLI, L, 1999, p. 20). Primero porque se salpica todo el texto, en lo que dice –remisión al convenio colectivo de ámbito superior "si lo hubiere"–, y en lo que no dice –qué pasa cuando no hay–, de incertidumbres e incoherencias. Y segundo porque rezuma una extremada pérdida de confianza en las formas de producción de las reglas reguladoras de las condiciones de trabajo, que no se vinculan sólo a procedimientos y a racionalidades formales, sino a los principios y a los valores inscritos en la Constitución. Ambas crisis se hallan en el supuesto que aparentemente respeta más el modelo normativo, como es el de la existencia de convenio superior, pues no sólo genera nuevos conflictos de normas, erosionando el principio de unidad de convenio para un mismo ámbito funcional a favor de la dualidad, sino que permite la neutralización de la unidad claudicante y, en poco tiempo, su desaparición del mapa convencional, al aportar al empresario argumentos de oposición a su resurgir (SSSTS, 4ª, 17 de noviembre de 1997 y 5 de noviembre de 2008).

Ciertamente, por esa vía puede pensarse que se produce, más que la centralización, una ansiada simplificación de nuestra compleja estructura convencional, reduciendo unidades negociadoras y devolviendo a la unidad superior relaciones de trabajo y empresas que, de no haber existido aquéllas, debían estar bajo su ámbito. El reciente acuerdo trata de proteger esa diversidad manteniendo la vigencia del convenio en tanto haya "vida negociadora". Pero no menos cierto es que la norma legal, al tiempo, multiplica la conflictividad por no tratarse de una racionalización de común acuerdo, sino impuesta, y en consecuencia lleva a procurar "arbitrajes obligatorios", como se propone en el espíritu de la reforma legal, lo que evidenciaría un factor adicional de clara descomposición o "debilitamiento de la negociación colectiva y de sus sujetos" (CRUZ VILLALÓN, J, 2012, p. 415). En suma, por unas u otras vías, lo cierto es que la regulación legal de la pérdida de vigencia de la ultra-actividad está plagada de incertidumbres, con la consiguiente *degradación de la calidad de la norma*, y de sacrificios injustamente distribuidos, con la consiguiente *degrada-*

ción de la calidad de las condiciones de trabajo, que con frecuencia se verán recortadas.

La comprensión de la norma comentada suscita dos diferentes grupos de problemas.

a) *Que hubiere convenio de ámbito superior aplicable*

El remedio legal para evitar vacíos por la llegada del término lleva a la imposición de otro convenio de ámbito superior. Sin duda se trata del supuesto más benévolo, pues esta nueva forma de inaplicación del convenio colectivo pretende ser respetuosa con la autonomía colectiva, que es la llamada a proporcionar la regulación alternativa más adaptada. Ahora bien, esa inicial benevolencia legislativa con la autonomía ni garantiza su funcionalidad para el objetivo buscado, ni está exenta de un mar de interrogantes (GOÑI SEIN, J.L., 2013). No es funcional porque puede ocurrir bien que, en algún caso, el convenio superior pueda resultar hasta más beneficioso para los trabajadores, bien que, lo más probable, aun teniendo condiciones menos favorables que el decaído, también se trate de contenidos mínimos, más limitados o incompletos que los del convenio decaído, haciendo inevitables los vacíos.

El resultado será, pues, una extraordinaria diversidad de situaciones y, por lo tanto, una inagotable fuente de inseguridad jurídica, con lo que probablemente generará muchos más problemas de los que resuelve. Consecuentemente, la disfuncionalidad sumaría nuevos elementos a una incertidumbre reguladora que emerge ya imponente desde los enunciados del texto legal. De un lado, cuando la norma afirma que se aplicará el convenio superior «si lo hubiere» suscita la duda de si lo hubiere ¿cuándo, antes de decaer la unidad convencional que se pretende desplazar o también si aparece con posterioridad a la claudicación de aquélla?

A mi entender, donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime si con ello se restringe un derecho constitucional como la negociación colectiva, de modo que el alcance temporal debe entenderse tanto de presente como de futuro.

De otro, al exigir que se trate del que «fuera de aplicación», queda de manifiesto que nos plantea un nuevo catálogo de situaciones de conflicto de normas. Es posible que exista un único convenio aplicable pero también que existan diversos. En tales casos habrá que acudir a las normas vigentes en materia de solución de conflictos de la concurrencia convencional, pareciendo más coherente con la finalidad de la norma el recurso a las reglas del artículo 84.3 y 4 ET, no de su apartado 1 –prohibición de concurrencia–, que a un improbable principio de norma más favorable ex art. 3.3 ET. No obstante, y dado que esta materia es dispositiva, *bien pudiera plantearse una solución alternativa por los*

convenios de articulación, no sólo, pero sí sobre todo por los intersectoriales ex art. 83.2 ET, al menos en tanto no haya un *Acuerdo de Cobertura de Vacíos* (VALDÉS DAL-RÈ, F, 2012, p. 247). El referido Pacto de mayo de 2013 que aborda la necesidad de continuar con la regulación contractual más allá del 8 de julio 2013, siempre y cuando las partes negociadoras se comprometan a continuar negociando, a la vez que cualquiera de las partes... "podrá decidir que la negociación está agotada y, por tanto, instar la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario..." no puede asumirse como una eficaz solución de este tipo. En última instancia, la reforma ya establece esa posibilidad de una de las partes que, entendiendo que no se está negociando de buena fe por la otra, pueda instar procedimientos de mediación e inclusive arbitraje.

b) *Que no haya convenio colectivo superior aplicable*

Pero sin duda, la eventualidad más problemática y temida, en cuanto que si generaría un extremado sentimiento de miedo al vacío regulador –"horror vacui"–, es la que se presenta si no hubiese convenio colectivo superior aplicable. En este caso, la inseguridad jurídica tornaba extrema y el riesgo de destrucción del todavía vigente modelo constitucional de regulación de las condiciones de trabajo parecía alcanzar su máxima expresión por cuanto que aquí la Ley guarda un sepulcral silencio. De ahí, la precipitación sindical en torno a la firma de algún instrumento pactado que pusiera coto a ese riesgo de vacío, incluso sin atender de modo suficiente, a mi entender, a que el miedo al vacío debía ser tan grande o mayor por parte de los empresarios, que se quedarían sin potestades básicas para la organización del trabajo.

En todo caso, no es dudoso que la seguridad jurídica, principio–valor jurídico consagrado en el art. 9.3 CE, exige positividad del derecho, de modo que si no se puede, o no se quiere fijar una regla justa, equilibrada para todos los sujetos implicados, pese a lo que proclama el Preámbulo – "Esta es una reforma... que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos", EM I, párrafo 8–, al menos hay que establecer lo que "debe ser jurídico", facilitando que se haga cumplir lo establecido legalmente por los jueces. En este sentido, si lo que se pretendía es una devaluación tan intensa de tales condiciones de trabajo como para exigir que, aun prestando el mismo servicio los trabajadores, al día siguiente de la fecha del "horror labor vacuum" sólo se deban por los empresarios los "mínimos legales", convirtiendo esa diferencia en excedente de ganancia por imperativo legal tendría que haberse dicho expresamente. Al margen de qué valor se considere preferente, la "justicia social" o el "orden jurídico–laboral", es difícil no traer a colación la reflexión de quien evidenciaba el deber del legislador de "acabar con la batalla de las opiniones políticas", y también ideológicas, porque ignorar la exigencia de

seguridad es menoscabar no sólo el valor del “orden jurídico” afectado –la ordenación de las condiciones de trabajo de centenares de empresas y algunas decenas de sectores de actividad– sino también del valor de la “paz social” (RADBRUCH, G, 1999. pp.90–91).

En suma, primero que a la justicia socio–laboral la respuesta a esta innecesariamente angustiada eventualidad falta a la seguridad jurídica. Ésta no exige sólo un texto de vigencia –o, al contrario, de derogación– cierta de los preceptos jurídicos que los poderes normativos “ponen” o “fijan”, así como garantías de que se cumplan realmente o bien, de entenderse caducada, que se exprese con claridad, no tácita o supuestamente, su contenido, esto es, que las decisiones, en un sentido u otro, sean *practicables*. Y como vamos a ver de inmediato, cualquiera que sea la tesis que se mantenga, todas las lecturas concluyen la extraordinaria complejidad resultante de la aplicación de la norma para saber con mínima certeza cuáles serán las condiciones de trabajo y organizativas de éste. Esta *exigencia de practicabilidad de los mandatos legales*, característica inherente al principio de seguridad jurídica, por tanto opuesta a reducir aquellos a mera “ilusión óptica”, marca al derecho con múltiples rasgos “*que contradicen la finalidad individualizadora, así, por ejemplo, fija estrechos límites allí donde la vida sólo conoce tránsitos fluidos, o bien acepta de la situación de hecho sólo los síntomas externos en lugar de los hechos internos propiamente significativos*” (RADBRUCH G., 1999, p.92).

De ahí, entre otros, el deber de tutelar la “confianza legítima” en la continuidad de determinadas situaciones jurídicas que, además, aparecen como las más racionales en un determinado contexto de incertidumbre, pues protege de forma más equilibrada intereses legítimos de ambas partes, afectadas negativamente, aunque es verdad que no por igual, por el riesgo de vacío convencional. Si la filosofía jurídica debe evidenciar las anomalías del sistema, la Ciencia Jurídica debe estar en condiciones de resolverlas, haciendo la vida más fácil, segura y pacífica a, en nuestro caso, a los trabajadores, empresarios, y a la sociedad en general.

Desde esta perspectiva, ya puede alcanzarse una primera conclusión. Que el art.86.3 ET –no es el único, la reforma está preñado de ellos, como el mandato de ordenar todos los sistemas de clasificación profesional bajo el modelo de los grupos en el plazo de un año– incluya un mandato según el cual se prevé la pérdida de vigencia del convenio colectivo, pero sin prever que sucederá a partir de ese momento si no se da una condición, la vigencia de un convenio superior aplicable, *no garantiza su positividad por sí misma, su seguridad jurídica como mandato legal, por lo que sólo podrá resultar practicable, cierto, efectivo, tras el proceso interpretativo que precisa para completar el texto legal*. En términos clásicos, su mandato no puede ser una práctica social al margen del proceso jurídico de comprensión del mismo en el sistema global

de Derecho, ni siquiera tan sólo de Derecho Social –tampoco sólo económico– del Trabajo, pues “aun el más fuerte no lo es bastante si no transforma su poder en derecho y la obediencia en deber” (ROUSSEAU), siendo el vínculo de la “Ley al imperio del “Derecho” la mejor “política del poder” (JHERING) –ambas citas de RADBRUCH, G, 1999, p. 101–.

Buena prueba de esta incertidumbre y carácter inconcluso del precepto es la enorme diversidad de respuestas dadas. A saber:

- a) Pese a la pérdida de vigencia normativa del convenio colectivo, la empresa continuará manteniendo las condiciones de trabajo bien por una decisión unilateral –condición más beneficiosa– bien por acuerdo con los representantes legales. En consecuencia, el solo hecho del transcurso del plazo sería un enunciado normativo pero no practicable (MERINO SEGOVIA, A, 2012, p. 261)
- b) La empresa está obligada, en cualquier caso, a mantener esas condiciones laborales, eso sí, bajo un régimen regido por el Derecho Contractual, y por tanto, de nuevo, al albur ahora del art. 41 ET, no ya del más constreñido art. 82.3 ET (GOÑI SEIN, J.L.2013; CRUZ VILLALÓN, J, 2012, ALFONSO MELLADO, 2012; MARIA EMILIA CASAS et altri, 2013)
- c) Las empresas no tienen ninguna obligación de mantener las condiciones de trabajo, por supuesto no como normativas sino tampoco como contractuales, pues tal vía ha sido descartada para un sistema asentado en la fuerza normativa directa del convenio, por lo que serán de aplicación los “suelos” o “mínimos legales” –nacionales y, claro está, internacionales–. En este sentido, lo que nace bajo una naturaleza jurídica nunca podría mutarse en otra (SEMPERE NAVARRO, A.V. 2012; SALA FRANCO, T. 2012).

Como puede comprobarse, hay dos posiciones que se oponen de forma radican por ser los dos extremos de la comprensión de esta incierta regulación –la plena continuidad y la total pérdida de vigencia de las condiciones del convenio decaído–, y una intermedia, transaccional en cierto modo, que acepta la degradación a mero contrato colectivo del convenio normativo, con lo que ello tiene de virtud pero también de vicios o defectos –debilita las garantías para los que ya están contratados y deja fuera a los de nuevo ingreso–. Para la intermedia, pues, hay que pagar un “doble precio” de devaluación de las garantías de protección del texto legal, pero a cambio se mantendría, sobre la base de una voluntad implícita concorde de ambas partes, no ya sólo del empleador –que será, cierto, el que tendrá un interés en cambiarlas para ajustarlas a las necesidades del momento, desactivando los blindajes del carácter normativo y, por tanto, inderogable singularmente del convenio estatutario–. Puesto que definiendo en su núcleo, no en todos sus elementos, esa posición

intermedia, en el próximo apartado me centraré en poner de relieve las que entiendo debilidades de la posición que denomino “*liberal-fatalista*”, que defiende la “muerte plena” de las condiciones de trabajo liberando de sus “ataduras” al empleador, para acentuar las fortalezas de la que cabe llamar “*racional-conservativa*”.

4. LA TESIS “LIBERAL-FATALISTA” DE LA PÉRDIDA TOTAL –“JUICIO FINAL”– DE VIGENCIA DE LAS CONDICIONES DEL CONVENIO DECAÍDO: CRÍTICA DE SUS ARGUMENTOS

Paradójicamente, el planteamiento de la continuidad contractual, con ser el más fiable jurídicamente, aparece como el menos probable en el imaginario social, curiosamente tanto del lado empresarial –para bendecir o esperar anhelantes la llegada de ese liberador día que les desligue del pacto– como sindical –para temerlo por poner punto y final a una larga y azarosa historia reguladora, de conquistas y concesiones sociales–. Por el contrario, la “tesis del plazo final”, “ruptura” o disolución absoluta de la vigencia de aquellas condiciones, con ser más irracional jurídicamente, aparece socialmente mayoritaria, incluso hoy, tras el acuerdo.

Para un nutrido sector doctrinal:

“Cuando transcurra el año de ultra-actividad dejará de tener cualquier tipo de vigencia el Convenio Colectivo claudicante, por así quererlo el legislador” (SEMPERE NAVARRO, A.V.).

Tan contundente afirmación sorprende, cuando menos, si se tiene en cuenta que, como se ha visto, el legislador no dice ni una palabra al respecto, más bien, al explicar por qué incorpora una regla como la del art. 86.3, in fine ET –interpretación conforme al fin que se persigue–, parece deducirse lo opuesto. Por lo tanto, sin perjuicio de evidenciar esta perplejidad sobre la eventual claridad de la voluntad del legislador cuando prácticamente todos los intérpretes coinciden en poner de relieve su incertidumbre, y teniendo en cuenta que el viejo criterio subjetivo de la “voluntas legislatoris” no es el parámetro o canon interpretativo principal en el actual estadio de la cultura jurídica, será interesante, analizar el alcance efectivo de los motivos o razones en que se pretende amparar tal radical, y para mi sorprendente, conclusión. Para quien tal opina, que, como es natural no puede dejar de advertir de la gravedad de la tesis, que califica de “drástica consecuencia”, serían “múltiples”:

- a) El clásico argumento de la “*naturaleza de las cosas positivas*”. Así, para evitar que se produzca un “vacío regulador”, el derivado de la desaparición de un convenio colectivo no podría alterarse la naturaleza de las instituciones jurídicas, mutando la originaria “*fuerza vinculante normativa*”

–normas objetivas de las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito– de las condiciones laborales en "*fuera contractual*" –condiciones más beneficiosas y/o derechos adquiridos–

Por lo que posteriormente se verá, y pese a la llamada a la "multiplicad de razones", éste es el único argumento realmente sólido, si bien refutable, que cabe invocar para tan drástica o abismal, fatalista, tesis de la "muerte–liberatoria" (algo así como lo que se predica, para la relación individual, y salvada la distancia claro, del "finiquito–liquidador–liberatorio") de la vigencia de las condiciones de trabajo del convenio claudicante. La razón estriba en que resulta incontestable que la doctrina constitucional ha afianzado entre nosotros con toda nitidez la tesis de la incorporación automática de las cláusulas del convenio a las relaciones de trabajo, en virtud de su fuerza normativa directa y, por tanto, al margen de cualquier instrumento, mecanismo o técnica de incorporación contractual –STCO 58/1985–. Este argumento es reconocido por todos, sostenedores y detractores de la tesis de la ruptura.

Pero no es esta la cuestión en juego. Esa tesis se conforma en tiempos de una Ley que respeta la función constitucional de asegurar la fuerza vinculante de los convenios colectivos ex art. 37 CE, dotándola de un plus. Ahora bien, cuando esa misma Ley se orienta en sentido contrario, al dejar a la intemperie esa fuerza, ¿cabe predicar la propia inamovilidad de la tesis fijada para un problema, la sucesión de normas, en un tiempo en el que el problema muta, para ser de integración de los vacíos de regulación? Además, es obligado identificar el sentido dado a esa doctrina, pues nacida con toda nitidez para reforzar el poder normativo originario constitucional, no derivado de la Ley, del convenio, al menos del estatutario –STCO 58/1985–, se la pretende convertir en un ariete contra él, pues no sólo no tendría fuerza normativa, sino que se le haría de peor condición que un extra–estatutario, privándole también de su fuerza contractual ex arts. 1255–1258 CC.

Por supuesto, sería absurdo negar que esta doctrina sigue teniendo cierta vigencia en el actual contexto legislativo mutado, por lo que no puede acogerse sin más una concepción privatista de las facultades representativas de los negociadores –típica representación de voluntades– y en detrimento de su dimensión institucional –representación de intereses– que ostentan aquéllos (arts. 87 y 88 del ET respecto de los arts. 7 y 28 CE). Aquí estaría, a mi entender, la debilidad de las posiciones que apelan sin más a esta mutación.

Ahora bien, lo que tampoco se justificaría hoy es enrocarse en esa clásica doctrina, al margen del cambio legal y del contexto institucional, ignorando la más mínima opción para una "*jurisprudencia evolutiva*" –clave para entender el valor de este concepto en la renovación de la jurisprudencia y cultura jurídicas es la STCO 198/2012, de 6 de noviembre–. En este sentido, llamativa es y,

como veremos, incoherente, la apelación al concepto de la “*naturaleza de las cosas*”. Ésta, lejos de presentarse en su moderna dimensión de “*función económico-social*” de la institución (BOBBIO), o bien identificada como una fuente de descubrimiento de “*principios jurídicos*” vinculados a la “*idea de fin*” (GÉNY, F., 200, p. 419), se volvería a una versión tradicional como una suerte de sustancia doctrinal inmutable de las cosas. Ahora lo que parece se petrificaría no es la “*unidad convencional*”, sino una construcción doctrinal pese al cambio legislativo radical, pues el giro de 180 grados en la regla clásica de la indefinición de la vigencia ultra-activa no es un cambio menor, contingente, sino que afecta de lleno a la garantía constitucional, teniendo en cuenta, además, que el concepto de “*obligación contractual*” siempre se ha interpretado en sentido amplio –*STS, 4ª, 18 de febrero de 2013*–

Cierto, podría pensarse que esa relación con la dimensión constitucional debería llevar a plantear dudas de constitucionalidad de la regla legal, pero en tanto no se pronuncie sobre esa eventualidad el autorizado o competente para ello, el TCO, que ha sido llamado ya al respecto, habría que presumir la legitimidad de la regla legal –*STCO 173/2012*–. Ahora bien, no menos verdad resulta que, por esa presunción de legitimidad, es obligatorio que el intérprete apure las posibilidades de comprensión conciliadora del precepto con el conjunto jurídico, de modo que pueda cubrirse la laguna creada al respecto (FERRAJOLI, 1999, p. 24).

b) *El argumento de la pretendida coherencia con la finalidad perseguida por la Ley, que prohibiría cualquier lectura neutralizadora de aquélla, exigiendo su decaimiento pleno*

El profundo descrédito que durante décadas se vertió sobre una noción, sin embargo tan nuclear en todo sistema de Derecho Positivo, como la de “*naturaleza de las cosas*” –aquí la del convenio colectivo–, pudo superarse cuando se la depuró de versiones iusnaturalistas o esencialistas y se recondujo hacia terrenos mucho más fértiles, como su vinculación tanto con la “*idea de fin práctico*” cuanto con, en coherencia, las “*condiciones de equilibrio*” de la esfera de vida social cuya organización jurídica aspira a formalizar un determinado régimen (GÉNY, F., 2000, pp. 420–421; la referencia es a la posición de IHERING). ¿Cuál es el fin práctico aquí?

A este respecto, descartado el “*ideal de seguridad jurídica*”, marginado totalmente, como se evidenció, debe insistirse en que hay otros dos “*ideales jurídico-sustantivos*” al que toda organización jurídica –por tanto también la ordenación colectiva de las condiciones de trabajo– debe tender a realizar en la vida socio-económica: un “*ideal de justicia*”, de una parte, y otro “*ideal de utilidad o finalidad*” (RADBRUCH, G.). No se trata de fórmulas vacías, aunque

naturalmente sí genéricas, ni tampoco sentimientos de equidad o concepciones subjetivas del intérprete, sino realidades objetivables a través de una tarea de concreción en cada caso concreto para colmar la laguna de la ley positiva referida, en este caso el art. 86.3 ET. Para ello apelan, de forma implícita, a más concretos y operativos principios de racionalidad jurídica, según la naturaleza jurídica de la institución ordenada –aquí se trataría de la identificación del poder de regular condiciones de trabajo y su modo de ejercicio en circunstancias nuevas: la decadencia de la anterior fuente reguladora, el convenio estatutario– y con vista de su fin, a tenor del ánimo infundido por el legislador al cambio legal.

Entre esos principios jurídicos están, según desarrollaremos con algún detalle más al defender la posición propia, tanto el clásico *principio jurídico-contractual de "conservación"* del negocio jurídico –en este caso del contrato colectivo de condiciones de trabajo–, cuanto el no menos clásico de *equilibrio –justicia– transaccional* entre los derechos y los intereses de los sujetos de las relaciones laborales en juego. A partir de estos principios su más concreto contraste con "la relación vital" ordenada en aquel precepto estatutario –la auténtica "naturaleza de las cosas en sentido estricto, hoc sensu–, nos ofrecerán los "puntos de apoyo firmes" para establecer las condiciones que mejor atiendan ese nuevo equilibrio de intereses, particulares y sociales, promovido, una vez quebrado el originario –dado por la vigencia del convenio estatutario que se deja decaer– ahora por el legislador, desvaneciendo las incertezas y obscuridades que derivan de la deficiente redacción de su texto (GÉNY, F, 2000, p. 442).

Pues bien, la tesis crítica con la continuidad de las condiciones pactadas, aun como contractuales, sostiene que "*sería un contrasentido que al final de la compleja regulación sobre decaimiento del convenio se llegase a la misma solución que bajo las normas precedentes*". De nuevo hay que estar de acuerdo con la premisa, que resulta incontestable pues está prohibido al intérprete alcanzar una solución que banalice o neutralice el fin buscado por el legislador y, se insiste, al margen del ajuste de constitucionalidad que le sea predicable. Ahora bien, vamos a evidenciar que la premisa, correcta, resulta incoherente con la conclusión, pues la finalidad fundamental de la norma queda plenamente cumplida con la tesis de la solución de continuidad, si bien como contractuales, de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio decaído en su vigencia –estatutaria–.

Desde esta perspectiva más integral de la regulación del art. 86.3 ET, lo primero que se evidencia es que en ningún lugar de la Ley 3/2012, ni en el preámbulo ni en el texto del citado artículo, aparece que la finalidad buscada por la regla de la finitud –mortal– de la ultra-actividad sea eliminar toda fuente de regulación colectiva de condiciones de trabajo, sino, al contrario, *remover el*

estatismo o la inercia convencional en la fijación de condiciones de trabajo, para que esas fuentes sean más dinámicas, más fluidas, con objeto de adaptarse mejor al cambio de circunstancias económicas y de mercado de las empresas. Por lo tanto, una cosa –naturaleza– es dinamizar, incluso al precio de desestabilizar la unidad negociadora, y otra –naturaleza– muy distinta afirmar que se quiere su desaparición. Quizás quisiera eso de verdad, por encima del fin confesado, pero para que tan drástica solución pudiera prosperar no basta con callar, sino que debería haberlo dicho de una forma directa, precisa, sin ambages, por cuanto supone una quiebra radical del modelo precedente.

Lo segundo, también desde este argumento de la finalidad, es constatar cómo el fin auténticamente perseguido, la movilidad o plena disponibilidad de las condiciones de trabajo, se consigue plenamente con la *tesis de la conservación de condiciones colectivas degradadas a estricta contratación*, de modo que al final del proceso no se produce la misma solución, en la medida en que antes de esta reforma la vigencia “infinita” –o indefinida– normativa de tales condiciones convencionales permanecía sin ninguna mutación de su fuerza normativa, y por tanto se mantenía singularmente inderogable. Ahora, sin embargo, en su vertiente puramente contractual –como condiciones más beneficiosas, deberes de protección, incluso como un convenio extra-estatutario, hasta como eventuales usos profesionales– *quedarán siempre al paio del poder de disposición unilateral del empleador por la vía del art. 41 ET*. Aquí reside la auténtica razón de ser de esta regla, que comparte finalidad con las otras tres de su grupo regulador –primacía de la unidad de empresa para ciertas materias ex art. 84.2 ET y facilidad para acuerdos de inaplicación o descuelgue ex art. 82.3 ET–: el reforzamiento de la función de gestión empresarial, liberada de las ataduras –límites– de la autonomía colectiva estatutaria.

- c) La estructura normativa del art.86.3 ET como regla general que no admite excepción de ningún tipo: *“La pérdida de vigencia dispuesta por la Ley para los convenios que agotan su ultra-actividad no va acompañada de distinciones o excepciones”*

En el plano técnico-jurídico este es el argumento más débil, a mi juicio, de esta tesis. La referencia a la estructura normativa no condicionada del precepto admite una clara inversión de sentido.

En efecto, el primer canon interpretativo requerido por el art. 3.1 CC es el sentido literal de las palabras atendiendo a la propia estructura normativa dada por el enunciado del texto, al tipo de mandato que expresa, que bien puede ser un mandato general, sin condición ni excepción alguna, bien condicionado o con una previsión de excepciones, o especialidades. Ahora bien, una lectura más atenta del precepto pone de relieve que ese mandato legal está doblemente

condicionado, tanto en el propio texto como atendiendo a una interpretación de carácter sistemático del precepto, que es otro canon de interpretación necesario ex art. 3.1 CC. En el texto porque la pérdida de vigencia del convenio colectivo originario no se resuelve del mismo modo en todos los casos. La regla general no es propiamente la pérdida de vigencia de la regulación colectiva normativa, sino su desplazamiento –se trata, pues, una vez más, de una regla de ordenación de la concurrencia entre unidades de negociación–, por la unidad de negociación colectiva superior.

Recuérdese, que el propósito confesado no es, ni podría ser desde una perspectiva de racionalidad económica y social elemental –otra cosa es desde un concreto interés económico centrado en la pura reducción de costes, que no tiene ningún amparo constitucional ex art. 38 CE, pues éste protege la productividad no el puro beneficio empresarial–, que desaparezcan las regulaciones colectivas normativas estatutarias, sino dar preferencia aplicativa en cada caso a la unidad que se considera más adecuada para producir el efecto perseguido: la adaptación de las condiciones de trabajo a cada tiempo vivido por la empresa. De modo que si, en unos casos prefiere la unidad inferior, la de empresa –arts. 84.2 ET (situación económica normal de la empresa) y art. 83.2 ET (situación económica negativa)–, en otros, como el aquí analizado, prefiere la unidad negociadora de nivel superior, por presumir, aunque no se pueda garantizar en todo supuesto, que va a tener condiciones bastante menos favorables que la decaída. Por eso la regla de finitud trascurrido un año desde la denuncia no aparece como de orden público laboral económico en sentido estricto, teniendo carácter de derecho dispositivo.

Ahora bien, es posible, en efecto, que no haya una regla colectiva que resuelva esta situación –ni una norma pactada de la unidad propia que disponga un periodo mayor, ni un convenio superior que evite el vacío–. Y es en esta situación donde emerge la *laguna jurídica*, porque descartada expresamente por el legislador una continuidad de la normativa decaída –por eso no se comparte la tesis de quien apela a esta supervivencia fáctica, pues sería contra la letra y el espíritu de la Ley, otra cosa es que ésta sea válida constitucionalmente–, se plantea la duda de a qué regulación ordinaria, contractual, indiferenciada, común, se fía la solución. No es correcto técnicamente considerar que sólo haya en tal caso "*una regla general excluyente*" de cualquier vigencia de las condiciones de trabajo pactadas por convenio claudicante.

Al contrario, cuando menos, hay al mismo tiempo otra "*regla general conservadora*" o "*incluyente*" de vigencia, si bien no ya como norma jurídica, que claudica por expreso deseo de la ley laboral, sino como regulación incorporada al reglamento contractual en virtud del Derecho Común, en particular, como se verá, por el art. 1258 CC. Precisamente, en determinar qué regla es la que rige en tal situación residiría la laguna normativa que evidenciamos. Preci-

samente, para poner de relieve que aquí estamos más ante una nueva manifestación de la deficiencia legislativa que la de una voluntad propiamente destructiva, es útil recordar que incluso donde el legislador ha querido ser más contundente con el apoyo a la función de disponibilidad de las condiciones pactadas en convenio, facilitando la función de gestión, como en la regulación de las cláusulas de descuelgue ex art. 82.3 ET, no ha descuidado el problema de la vigencia. Así, en él se mantiene la eficacia del acuerdo de descuelgue hasta que haya un nuevo convenio que sustituya el descolgado, para evitar descubiertos o vacíos de regulación.

En este sentido, parece claro que la ley laboral puede disponer, con ciertos límites ex art. 37 CE, de la “vigencia normativa” del convenio estatutario, privándole del plus de eficacia que ella misma le otorga al desaparecer el presupuesto legal o las condiciones que le ha puesto –que trascurra un determinado plazo desde la denuncia sin que haya un acto de autonomía colectiva que disponga su continuidad–. Pero lo que no está en su poder, desde una perspectiva de coherencia jurídica, es disponer de toda “fuerza vinculante” de las condiciones de trabajo pactadas. Y ello no sólo porque tiene una clara previsión constitucional, sino porque es una exigencia de razón que tiene expresa previsión o cabida en el Derecho de los Contratos.

d) La tesis de la conservación respondería a una concepción de justicia individual no legal

Precisamente, con esta observación llegamos al último de los argumentos esgrimidos en contra de la tesis de la continuidad contractual, no ya a favor de la tesis de la ruptura, y que sin duda constituye el principal en el plano no sólo metodológico sino también de política del Derecho. Si el argumento técnico más relevante es, como se dijo, la pretenda intangibilidad de la doctrina constitucional sobre la exclusión de mecanismos contractuales para entender la eficacia del convenio estatutario, éste se presenta como el determinante en el plano metodológico o de teoría de la interpretación. En efecto, se dice que un eventual troquelado de una regulación normativa convencional por otra contractual, mutando la “naturaleza de las cosas” –reglas del convenio colectivo–: “...implica una actuación jurídica creativa, no amparada en norma alguna y ajena a la voluntad concurrente tanto de quienes negociaron el convenio cuanto a la de los sujetos de cada contrato de trabajo”.

En otros términos, la tesis rupturista, que considera la llegada del plazo previsto para la preclusión de vigencia como una fecha fatal, a partir de la cual el empleador se liberaría de todo compromiso con ella, y sin perjuicio de los mínimos legales por supuesto, así como de los pactos individuales que pudieran existir, le reprocha a la tesis de la conservación contractual que convierta lo que

es un "conflicto jurídico", interpretación de una norma, en un "conflicto de intereses". Para ella, el intérprete favorable a la conservación, sin que nadie le atribuya competencia alguna para ello, sustituiría la voluntad no sólo del legislador sino también de los sujetos, sean colectivos sean individuales. En consecuencia, no se daría una respuesta jurídica, sino de política del Derecho, de modo que crea la norma correctora de la legal y convencional en vez de descubrir el verdadero sentido de la legal.

De nuevo el argumento puede invertirse por completo. En efecto, donde la Ley no aclara, presuponer que la sola llegada de una fecha hace desaparecer todas las condiciones pactadas sin que cambie ni una sola de las circunstancias sociales y económicas de la empresa, por tanto se mantengan inalterada la "deuda de los trabajadores", variando los de los empleadores, que pagarán menos por el mismo trabajo, es una hipótesis tan irrazonable y desproporcionada, no ya en Derecho sino en Economía de las Organizaciones, que sólo la voluntad creadora de una regla de ese tipo podría ampararla. Pero con ella no sólo se le hace decir al legislador lo que él no se ha atrevido a decir de modo expreso, más aún, incluso apunta en otra dirección en la EM, sino que se sustituye la voluntad concorde de los sujetos negociadores, y de las partes obligadas, por la voluntad de una sola de las partes –el empleador–, pues de su conducta, sea expresa sea tácita, dependería la continuidad. Así concluyendo se ignoraría por completo el principio que prohíbe dejar a una sola de las voluntades concurrentes la suerte de lo convenido –art. 1256 CC–. Una regla común que, en última instancia, es también una garantía legal que entronca de forma directa con las exigencias de seguridad jurídica, principio general del Derecho formalizado en el art. 9.3 CE.

En el fondo, bajo tal planteamiento, no hay sino una posición concreta sobre el modelo jurídico a seguir, recuperando la vieja crítica a los métodos de integración del Derecho desde la interpretación por contrariar el principio de legalidad formal típico del "positivismo legalista", desautorizando cualquier otro paradigma jurídico–normativo, bien por exceso de realismo –jurisprudencia sociológica– o idealismo –jurisprudencia axiológica–. Desde esta perspectiva, el positivismo tradicional (paleo–positivismo) ha entendido que tras la identificación de una laguna, o tras la localización de una antinomia jurídica, no habría sino un "desacuerdo jurídico" del intérprete con la norma legal, por lo que la sustitución vía interpretativa evidenciaría una "*regla de discreción hermenéutica*" que el intérprete no tendría.

Por supuesto que no es posible aquí entrar en profundidad a mediar respecto de una de las controversias más persistentes, y quizás irresolubles, sobre el Derecho, y que tiene que ver con la exigencia de "plenitud" o bien, al contrario, su "carácter incompleto" o "inconcluso". A nuestros efectos, el debate se centra en evidenciar cómo la tesis de la ruptura considera que el texto

legal del art. 86.3 ET es completo de modo que tendría una solución específica para el caso litigioso, aunque no la formula expresamente al no referir a la situación, mientras que la tesis de la conservación evidencia que es inconcluso porque no contempla una solución cierta para todos los casos dados y los posibles, en especial para la situación de preclusión de la vigencia y no existencia de convenio superior aplicable.

Mientras que la tesis rupturista sólo da cabida a la regla formalmente formulada en el art. 86.3 ET, conforme a un modelo canónico legalista, la tesis conservacionista del contenido normativo del convenio, si bien ahora sólo como reglamento contractual colectivo, integrado ex art. 1258 CC en relación al art. 3 ET, atiende tanto a las reglas explícitas, como se ha visto, cuanto y sobre todo a los contenidos *implícitos* de esta regulación. Estos contenidos no explicitados por el texto legal son, como es natural, tanto las reglas de Derecho Común, orientadas a garantizar un equilibrio de las prestaciones, como, más aún, los *principios jurídicos*.

El presupuesto de esta comprensión integral, derivada de un principio de legalidad material y no formal (FERRAJOLI, L, 1999)⁵, es el vínculo de todos, los poderes públicos y sujetos negociadores, como ciudadanos, no sólo a lo que dice una Ley sino al “conjunto del ordenamiento jurídico” –art. 9.1 CE–, y en especial, a los principios –arts. 24 y 117 CE; art. 5 LOPJ– (ASIG ROIG, R, 1995, pp. 29 y 32). En definitiva, partiendo de la creatividad de ambas tesis en discordia, a que obliga el silencio legal, la cuestión se centra en identificar el grado de corrección de cada una en Derecho. Asimismo, y en lo que refiere a la pretendida ajenidad de la tesis de la continuidad a las voluntades de los sujetos en juego, además de evidenciar que se trata de una abstracción, e incluso algo ilógica, pues es poco presumible que se quiera degradar la relación hasta tal el extremo de bajar hasta los mínimos legales, es preciso recordar que, conforme a los principios más elementales del Derecho de los Contratos, las partes no sólo se obligan a lo que pactan de modo expreso y a la Ley –o al convenio como norma jurídica–, “... sino también a todas las consecuencias que, *según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso...*” (art.1258 CC).

⁵ Como concluyera la *STSJPV, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2008* (JUR 2011, 291392), la apariencia de legalidad de una decisión empresarial debe contrastarse con el respeto a principios y valores como “*la buena fe y... la justicia, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico*”. De ahí que concluya considerando un ejercicio antisocial de la facultad empresarial de desistimiento en el periodo de prueba en relación a un trabajador que había sufrido un accidente laboral. En contra, la polémica, como prueba el mejor fundado voto particular, *STS, 4ª*, de 12 de julio de 2012, RCU 2789/2011.

En verdad es triste para un laboralista volver su mirada, tras más de un siglo de “leyes obreras” y de medio siglo de consolidación del Derecho del Trabajo no sólo como una rama del Derecho sino como una disciplina científica, con cierta autonomía–, al origen, al Derecho Civil, para encontrar solución razonable para las relaciones de trabajo, incluidos los empresarios. Pero una cosa es el sentimiento de nostalgia que pueda invadirnos y otra la necesidad de cumplir con corrección la función que el jurista tiene asignada. Y eso exige atender en la interpretación al entero ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si decae, caduca o fenece la garantía legal de fuerza vinculante normativa del convenio colectivo, no queda otra opción razonable, incluso racional, salvo que exprese de modo directo, indubitado otra cosa el legislador, que la de retornar a la fuerza vinculante convencional u obligacional, la de los arts. 1255–1258 CC, sin que haya “*solución de continuidad*”, salvo la que de carácter colectivo pueda establecerse, bien directamente –nuevo convenio, o un acuerdo de empresa en su caso– bien indirectamente –una solución derivada de procedimientos de resolución extrajudicial–.

5. LA CONSERVACIÓN CONTRACTUAL DE VIGENCIA DEL CONVENIO CLAUDICANTE “SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD”: PRINCIPIOS DE RAZÓN JURÍDICA Y DE PAZ SOCIAL

5.1. El reglamento normativo implícito de las condiciones de trabajo pactadas: el “complexus” de principios jurídicos que exceden del texto ex art. 86.3 ET

Llegamos así al núcleo de la cuestión interpretativa aquí analizada y cuyo inquietante enigma nos proponemos develar o resolver en términos de estricto Derecho, sin perjuicio, como es natural, de las dimensiones de política jurídica que en toda respuesta subyace, sea cual sea la que se dé. En el apartado anterior hemos intentado arrojar evidencias sobre el que consideramos “carácter inconcluso” o “incompleto” del art. 86.3 ET, por lo que hay que acudir de manera inexorable a un complejo implícito –“complexus”– de principios que exceden de su texto y que no están, ni pueden estarlo, bajo su completa disposición, y que participan de su valor de norma positiva, a partir de una interpretación sistemática y axiológica del texto ex art. 3.1 CC y arts. 1.1, 9.1 y 10 CE–. Es evidente que el legislador podría haber resuelto directamente la cuestión, pero no ha sido así, probablemente porque confía tanto en que el “miedo al vacío laboral”, a la inseguridad reguladora, sea suficiente para lograr la necesaria presión sobre los trabajadores para la renegociación del convenio.

Pero, sea como fuere, hace tiempo que no es la voluntad subjetiva del legislador la que, sea cual sea –se insiste, aquí no queda nada claro que sea liquida-

dora de la unidad cuyo convenio claudica–, más bien lo contrario, siempre que se dinamice, eso sí–, sino el sentido objetivo de la norma leída en el contexto de un ordenamiento jurídico en el que no sólo debe encontrar validez, sino coherencia también. A este respecto, de nuevo es útil traer a colación lo sucedido en la tensión entre la “voluntad–ilusión legal” de eliminar expresamente el juicio de razonabilidad en el control de la legitimidad de los despidos económicos y el imperativo judicial de mantenerlo por exigencia de los principios jurídicos, formalizados o no en las normas internacionales. En este caso, resulta igualmente necesario llamar a la necesidad de soluciones que, estrictamente fundadas en Derecho, resulten las más razonables, ante la irracionalidad que supone el efecto “abismo laboral” del “post–San Fermín 2013”.

Tan urgidos estamos de una opción de este tipo que incluso los partidarios de la tesis de la ruptura se ven obligados a introducir algunas previsiones de cautela y de corrección de lo más dramático de su tesis. Así, una vez expirado el convenio entiende “*exagerado afirmar que el contrato de trabajo queda sujeto a las previsiones*” mínimas del ET, que consideran, aquí con razón, “una simplificación excesiva”, toda vez que lo que no se ha borrado, ni podría, es el principio jurídico de jerarquía normativa, así como la regla del *pacta sunt servanda* para todo lo que no sea convenio. Ahora bien, una solución de ese tipo no sólo generaría una extrema incertidumbre para todos, incluido el empleador, que en tal hipótesis tendría que determinar qué es aplicable y que no de forma directa, atendiendo no ya sólo a las previsiones legales y reglamentarias emanadas del Estado en las diferentes materias, sino al enorme cúmulo de Convenios Internacionales –OIT– y de normas comunitarias directamente aplicables. Si para un jurista avezado ya es difícil hacer esa lectura no es profético imaginar cuánto más lo será para un empleador, por lo general de muy reducidas dimensiones, incluso de las de más tamaño. Pero es que, además, se predica, con razón, una vigencia de todos los pactos contractuales –acuerdos colectivos de empresa o inferior, acuerdos individuales, escritos o no, condiciones más beneficiosas, de todo tipo–, e incluso de los “usos o costumbres” profesionales, que no son en nuestro sistema transparentes, pues no se publican, además de individualizadas, mientras que se quiere negar tal vigencia contractual a las fijadas, con mucha mayor claridad, transparencia, frecuencia y uso más fácil, por el convenio caducado normativamente.

Por tanto, esa tesis no es ninguna solución. Al contrario, causa adicionales problemas, que provoca más tensiones –conflictividad laboral contraria a la paz social, requisito de cohesión social pero también de valor económico–, bloqueos e inercias de las que resuelve. En cambio, la conservación del contenido normativo del convenio como contrato colectivo deja en manos del empleador, eso sí, con una básica exigencia de renegociación de buena fe ex art. 41

ET –no ya del art. 82.3 ET–, la continuidad de tales condiciones, que podrá modificar más fácilmente incluso que si rigiera plenamente el Derecho Civil común, garantizando la eficacia de lo pretendido legalmente, que no es sino el citado dinamismo regulador y de gestión. Por lo que, una vez más, el principio de reequilibrio de las prestaciones, que no es sólo típico de la norma laboral, por exigencias constitucionales y por imperativos de racionalidad, sino también del Derecho Contractual, quedaría preservado, pues la flexibilidad desmedida es arbitrariedad.

En consecuencia, el jurista *no sólo debe dar una respuesta técnica sino una solución que, siendo jurídicamente (la más) correcta, resulte también útil social y económicamente*. Desde esta perspectiva, una eventual decisión empresarial, que no se aplicará más que en contados casos tras esa "fatal" fecha, basada en hacer una presión para renegociar a la baja un nuevo convenio más acorde a sus intereses sobre la aplicación estricta, a partir del 8 de julio de 2013, del «suelo» normativo, sería contraria a un amplio catálogo de principios jurídicos, no sólo del "Derecho (Común) de los Contratos", sino de los *que integran el orden público laboral*, no ya de protección, sino incluso del hoy reforzado de defensa de la productividad.

Vuelvo a dejar en este momento a un lado la cuestión del ajuste–desajuste al principio de autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los convenios ex art. 37 CE, que nos sitúa en un plano de crítica jurídica aquí descartado expresamente, por estar más atendido en doctrina exceder de las competencias resolutorias del intérprete "ordinario", pues es misión de otro más cualificado institucionalmente –el TCO–. Hecho ese descarte, entre los principios jurídicos que sí habilitan a cualquier juez para dar una respuesta directa e inmediata, integradora del texto legal en el sentido de prohibir la ruptura –sentido negativo–, y asegurar la continuidad –sentido positivo–, aunque con una naturaleza jurídica mutada, al menos de forma parcial como veremos, de las condiciones pactadas colectivamente claudicadas normativamente, estarían:

- a) el *principio de protección de la confianza legítima*, trasunto del principio de seguridad jurídica –ATCO 179/2011–, según el cual, sin un colectivo de trabajadores ha disfrutado de unas determinadas condiciones de trabajo, no puede verse perjudicado por una decisión empresarial de rebaja de las mismas, si no hay un cambio de condiciones externas o internas que lo justifique, como por ejemplo el supuesto del art. 41 ET

Este principio se invoca más en el ámbito contencioso–administrativo –por influencia del TJCE (SSTS, 4ª, 29 enero 2013, 16 de noviembre de 2012) que en el social. Pero éste conoce también supuestos de protección de situaciones de confianza por (a) el transcurso del tiempo, (b) la buena fe de los sujetos e (c)

imperativos de equidad⁶. El principio de protección de la confianza legítima en una situación reguladora incierta aparece, en suma, como una técnica jurídica para mediar en el conflicto entre el principio de mera legalidad y el de seguridad jurídica, máxime cuando la aplicación literal o rigurosa de aquél lleva no ya sólo a quebrar ésta sino a resultados contrarios a la equidad (se invoca tanto el art. 106 LRJAP-PAC como el art.3.2 CC).

En nuestro caso este imperativo se vincula a la tutela del equilibrio contractual efectivo, no sólo formal, que podrían verse en peligro si la pérdida de vigencia absoluta de las *mejoras convencionales* –condiciones profesionales– sobre las legales para los trabajadores de la unidad convencional claudicada con lleva aparejada la eliminación de las contraprestaciones fijadas para determinar el deber de prestación concreto.

Desde esta perspectiva, puede pensarse que la pérdida afectará a ambas esferas de regulación –derechos y deberes de prestación y facultades de organización–, con lo que no habría desequilibrio real. En ese caso el problema quizás no fuese de equidad en sentido estricto, pero sin ninguna duda sí de seguridad jurídica, porque el propio ejercicio del poder de organización y gestión se tornaría si no de imposible sí de difícil practicabilidad, porque el vacío no puede ser cubierto por ningún acto de autonomía individual. El ET prevé su dimensión reguladora colectiva –ej.: arts. 22.1 y 24.1 ET (clasificación profesional y movilidad funcional), art. 58.1 ET (poder disciplinario), entre otros– (VALDÉS DAL RÈ, F, 2012, p. 246).

El citado ATCO 179/2011 es el que, como nos recuerda la STS, 4ª, de 4 de diciembre de 2012, ofrece una oportunidad más reciente para evidenciar qué efectos puede tener la quiebra del principio de *protección de la confianza legítima*, en cuanto manifestación del principio de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE. Este conocido supuesto –control de constitucionalidad del RDL 8/2010– adquiere nueva actualidad con la Cuestión de Inconstitucionalidad presentada por la Audiencia Nacional contra el RDL 20/2012 en relación a la eliminación de la parte devengada de la paga extra de Navidad de los empleados públicos laborales –AAN 16/2013, 1 de marzo–. Más recientemente la SAN 31/2013, de 21 de febrero de 2013, invocando la doctrina de la STS, 3ª, de 15 de mayo de 2012, traía a colación del principio de confianza legítima como una garantía de clarificación del régimen aplicable ante textos normativos confusos e inciertos, siempre que, claro está, lo que se pretende no sea ilegal, lo que evidentemente aquí no sucede.

⁶ Vid. SSTS, 4ª, de 24 de septiembre de 1996 y 5 de mayo de 2003, que moderarán, pese al claro tenor legal en sentido contrario tras diversas modificaciones, la facultad de revisión administrativa de prestaciones indebidas–.

Ciertamente, podría contra–argumentarse, de un lado, que, precisamente, el principio cede ante un mandato legal claro, pues, como ha recogido recientemente la Sala Social del TS, cabe aceptar que las rebajas retributivas, y en general de condiciones de trabajo, establecidas por las “leyes de austeridad”, sean rebajadas, “por provenir de una Ley, fuente de derecho (necesario) prevalente sobre el convenio colectivo”. En estos casos se excluye que se trate de “una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debiera seguir el procedimiento del art. 41 ET, ni del art. 82.3ET” (STS 28 septiembre 2012, rcud. 3/2012). Pero, como se acaba de evidenciar, aquí la Ley ni dice expresamente eso ni se deduce de su finalidad.

De otro lado, podría recordarse, no sin razón, que esa protección no es muy diferente de la que derivaría del clásico principio laboral relativo a las “condiciones más beneficiosas” incorporadas a la relación obligatoria a través de diversas fuentes ex art.3.1 ET –contrato, decisión unilateral del empresario, usos o prácticas de empresa, e incluso pactos colectivos siempre que no sean normativos...–. Pero, precisamente, aquí estaría el problema, pues ya se vincule a la teoría de los “actos propios” ex *bona fidei* –tesis privatista (STS, 4ª, septiembre de 2004 y 28 de abril de 2005)– ya a la de los derechos adquiridos –tesis publicista–, resurgiría la comentada doctrina constitucional y jurisprudencial precedente de la inaplicación de tal técnica a condiciones nacidas de un convenio colectivo, por lo que seguiría siempre la suerte del producto de autonomía colectiva del que nacieron, sin posibilidad de mutación. No vamos a repetir lo que al respecto se ha dicho más arriba. A mi entender, el principio de confianza legítima –si se quiere entender qué significa realmente es de lectura imprescindible la sísmica, pero muy bien fundada, *STCO portugués 187/2013, 5 de abril*, que declaró inconstitucionales ciertos recortes de los salarios de los empleados públicos y las pensiones–, permite ir más allá del ámbito de garantías de la condición más beneficiosa, asegurando la continuidad, a falta de cambios relevantes en las relaciones, individuales y colectivas de trabajo, de todo el contenido normativo del pacto convencional decaído en su naturaleza normativa, con sus derechos y sus obligaciones para las dos partes, aunque al precio de su devaluación a contractuales⁷.

b) *La prohibición del enriquecimiento injusto del empleador impediría la rebaja hasta los mínimos legales sin un equivalente ajuste de los deberes profesionales.*

⁷ Por lo tanto, esa protección no se hace idéntica, como critica la tesis de la ruptura, a la petrificación –efecto que también preocupa eliminar a la jurisprudencia comunitaria y contenciosa en la materia (ej.: STS, 3ª, 16 de noviembre de 2012, FJ 5º, respecto a la legitimidad del poder reglamentario para modificar las ayudas a energías renovables–, sino a una disponibilidad razonable.

Es un “principio general del derecho”, con la fuerza jurídica derivada del art. 1.º 4 CC, que «*nadie debe beneficiarse injustamente a costa de otro*». Por su virtud, prohíbe a una parte obtener una “ventaja” o “beneficio patrimonial” basada sólo en el “empobrecimiento” –devaluación– de la otra parte sin causa lícita. Es, pues, una institución que, consagrada por una antigua doctrina judicial, tiene en nuestro ordenamiento una proyección general –art. 10.9. 3.º CC–, por tanto va más allá de normas particulares –la «*condictio ob turpem o iniustam causam*» o adquisiciones contrarias a Derecho en los 1255 y 1306 CC; el tipo genérico de la «*condictio sine causa*» en los arts. 361 y 383 CC, entre otros–. Requiere 3 presupuestos:

- 1.º) existencia de una ventaja o beneficio patrimonial en un parte, que puede consistir tanto en un incremento como en la evitación de una disminución
- 2.º) producción, en correlación, de un paralelo empobrecimiento –devaluación– en el patrimonio de la otra parte de la relación obligatoria
- 3.º) ausencia de causa que justifique ese desplazamiento patrimonial (aparte de otras muchas anteriores, STS, 1ª, 09 de febrero 2009 –rec. 2689/03–, y STS, 4ª, de 5 de mayo –rec. 1899/04–, de 17 de julio de 2008 –rec. 152/07– y de 5 de abril de 2010, rec. 119/2009).

La eventual exigencia de la prestación por parte del empleador en los mismos términos que antes del vencimiento del convenio, pero con unas condiciones de trabajo –no sólo las retributivas–, asentadas en los puros mínimos legales, supondría un claro empobrecimiento de los trabajadores de esa unidad convencional y un manifiesto enriquecimiento empresarial, que basaría una parte de su excedente en esa nueva ventaja. Por lo tanto, la cuestión se centra, una vez más, en determinar, teniendo en cuenta que sólo «resulta... de aplicación cuando el mismo carezca... de toda razón jurídica, de justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz...» (STS, 1ª, 18 de febrero de 2009, –rec. 1175/04–; STS, 4ª, 5 de abril de 2010, cit.), si ese desplazamiento patrimonial, esa transferencia de renta, desde el trabajador al empresario es reprochable jurídicamente o no por ampararse en una causa legítima. A este respecto, los partidarios de la tesis rupturista responderían que sí, pues es la propia Ley la que lo permitiría. Sin embargo, ya se ha evidenciado que tal regla no está escrita en el texto de la Ley, ni, precisamente, resultaría la más coherente con la lectura del mismo en este contexto normativo y de principios jurídicos, por lo que es manifiesto que la Ley no puede autorizar que el empleador siga disfrutando de la misma prestación pero ahora a un “precio” –condiciones de trabajo– menor, rebajado al mínimo legal.

- c) *La continuidad de las condiciones de trabajo –y organizativas– por su integración en el reglamento contractual es una exigencia de racionalidad y razonabilidad inherentes al principio de proporcionalidad y justo equilibrio de las prestaciones–contraprestaciones*

Soy plenamente consciente de que de nuevo vuelve el argumento al principio, porque en juego está, como se indicó en el apartado anterior, un paradigma o modelo de Derecho y, por tanto, un modo de comprensión de la interpretación de la Ley, pues quienes interpretan que tal causa de desplazamiento patrimonial tendría legitimación defiende una visión de la Ley bajo el tradicional principio de legalidad formal, mientras quienes creemos que tal posición no tiene defensa alguna desde un enfoque de razón jurídica (FERRAJOLI, L, 1999), apostamos por el principio de legalidad propio del Estado Constitucional de Derecho. La interpretación de las normas ha de realizarse en términos ajustados a la Constitución, tal como dispone el art. 5.1 LOPJ, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la disposición legal litigiosa haya de elegirse siempre «aquél que sea más conforme con las normas constitucionales» (SSTCO 39/1992, 192/2003, entre muchas más; SSTs, 4ª, 10 de diciembre de 2002, 22 de diciembre de 2008 y 10 de noviembre de 2009, entre otras). Entre esos mandatos está la vinculación del Juez no sólo a la Constitución sino al resto del Ordenamiento Jurídico –art. 9.1 CE–, que ya no responde sólo a parámetros de valoración formales sino también sustantivos.

Por tanto, para darle sentido coherente con ese Ordenamiento Jurídico, integrado tanto por reglas legales como por principios jurídicos y valores de índole social también, incluida la cohesión y la paz social –art. 10.1 CE–, no hay que acudir, como se dijo, al control de constitucionalidad, sino que puede hacerse también desde la clásica regla de “presunción de racionalidad de la opción del legislador” – «presunción de legitimidad»–, si bien esa racionalidad jurídica debe ser, a su vez, la resultante de un proceso de comprensión del texto legal conforme a un determinado ideal positivo de Justicia. De este modo, y frente a la renovada pretensión del legislador de ofrecer una imagen simplificada del control de legalidad de las decisiones empresariales, mantiene toda su vigencia, incluso se ve reforzada, la moderna visión compleja de la legalidad, que evidencia las continuas antinomias –falta de coherencia– y lagunas –falta de plenitud– de las normas. Una complejidad que resulta más acusada en la actual situación de reformas continuas e intensamente desestabilizadoras del orden jurídico democrático–constitucional, en especial en el ámbito de las instituciones reguladoras de relaciones de trabajo en general, y de la negociación colectiva en particular. De ahí la incorporación de vínculos o límites sustanciales –técnicas de garantías– positivos y negativos, a los poderes, públicos y privados.

Pues bien, en el cumplimiento de esta función de racionalización pragmática de las normas de reforma, la nueva apelación al control de razonabilidad⁸ de las reglas resultantes del proceso interpretativo no puede ser entendida, según critican quienes defienden la citada tesis rupturista-liberal-fatalista, como una función estrictamente de política del Derecho –creativa de una reescritura de la norma–.

Al contrario, es una exigencia de cultura y ciencia jurídicas, no paleo-positivistas, sino renovadas, porque expresa un juicio inherente a principios jurídicos de rango máximo, como el principio general de proporcionalidad de las situaciones jurídicas que se crean con la aplicación de las normas y las decisiones empresariales subsiguientes. Desde esta perspectiva, ante la profunda crisis-perturbación que el legislador ha introducido en los rasgos más estructurales del sistema negocial español (VALDÉS DAL-RÉ, F, 2012, p. 246), por no desbordar el tema analizado, parece claro que no hay más alternativa posible que la llamada a la razón jurídica.

Más concretamente, esto significa, para nuestra cuestión litigiosa, que la comprensión más razonable de la situación resultante tras la pérdida de vigencia normativa del convenio requiere salvaguardar un doble rasgo de toda regulación. De un lado, la coherencia reguladora de las condiciones de trabajo en cada unidad, evitando la falta –o el debilitamiento– de la correlación entre la “prestación debida” y sus condiciones de desarrollo y organización una vez decaída aquella vigencia y la “contraprestación debida” siguiendo esa misma norma. De otro, la plenitud reguladora de las relaciones laborales de la unidad afectada, asegurando, a falta de acreditación de causas o circunstancias modificativas o novadoras, que no se producen vacíos significativos de regulación. Con ello no se trata sólo de favorecer la posición del “interés-ley” del sujeto más débil, inherente al principio de Estado Social ex art. 1.1 CE–, sino también la del “interés-ley” del sujeto más fuerte, inherente al hegemónico hoy principio de defensa de la productividad ex art. 38 en el actual “Estado Mercado Total”. Eso es posible hallando un razonable equilibrio transaccional en las nuevas circunstancias creadas por el legislador de reforma, y que son, sí, insoslayables, a falta de decisión correctora por parte de la autonomía colectiva o del TCO, o de ambos. La razonabilidad no exige sólo un reparto equitativamente distribuido del conjunto de sacrificios que precise la situación, sino también de

⁸ La omnipresencia de este control sustantivo del sentido de las Leyes de reforma resulta manifiesta. Además de las sentencias relativas a los juicios de validez de las decisiones de despido colectivo –SAN 18 de diciembre de 2012–, lo encontramos en relación a la adecuación entre la causa y las medidas de descuelgue –SAN 28 de enero de 2013–, o, por citar otro más reciente, en el fundamentado AAN 16/2013, de 1 de marzo respecto de la privación de la parte ya devengada de la paga extra de Navidad...

los derechos y deberes, pues la equidad no es “enemiga” de la productividad, más bien es su presupuesto, pues no sólo promueve la cooperación entre sujetos sino su paz social, y ambos, equilibrio y paz social, se integran en el orden público laboral constitucional.

d) *La devaluación del estatuto profesional colectivamente pactado hasta el suelo mínimo legal constituiría una degradación contraria al valor de la dignidad profesional, pero también personal, del trabajador ex art. 4.2. e) ET en relación al art. 10.1 CE*

Acabamos de evidenciar cómo asegurar un razonable equilibrio transaccional entre los intereses–posiciones de ambos sujetos de las relaciones obligatorias y de poder –asimétricos– laborales debe ser la guía principal para el intérprete del art. 86.3 ET (GÉNY, F, 2000, p. 485). A tal fin, debe identificar la técnica jurídica que permita mantener el contenido colectivo de la relación, al menos en lo sustancial, en provecho de ambas partes, esto es, en condiciones favorables a aquel equilibrio efectivo de su relación, pues lo contrario no sólo no se deduce del texto legal, sino que constituye una fuente de disfunciones para la finalidad perseguida por la reforma legislativa. Pero la misma dirección jurídica recibe del mandato jurídico–axiológico de evitar una comprensión unilateral de la reforma que lleve hasta límites extremos la estrategia de devaluación interna de las condiciones de trabajo como pretendido imperativo del principio de defensa pro–activa (recuperación) de la productividad, pues llegar hasta ese límite no es ya sólo una conclusión irrazonable y desproporcionada, además de una transferencia injusta de renta desde los trabajadores –Trabajo– a los empresarios –Capital–, sino que chocaría de raíz con el valor de garantía de un estatuto digno, profesional y personal, de los trabajadores de la unidad convencional claudicante ex arts. 4.2 ET y 10.1 CE

Precisamente, como sostuvo la STCO 192/2003, la aplicación judicial del Derecho es, “como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta”. Y si entre esos principios situaba con una especial posición la buena fe, se centró sin embargo en evitar interpretaciones judiciales que nos devolvieran a una época y a un modelo de relaciones laborales donde el trabajador “se devalúa a mera fuerza de trabajo” –FJ 7, in fine; también STS, 4, de 3 octubre 2012, que impide concurrir IT y vacaciones–, cosificando su estatuto personal y profesional, lo que sucedería si el único indicador fuese “su precio reducido” y la defensa de la “libertad de empresa”. Pero una devaluación de su estatuto de tal calibre o naturaleza, inherente a la tesis del retorno, tras la pérdida de vigencia del convenio, al mínimo o suelo legal –sea nacional o internacional–, salvo eventuales mejoras contractuales individuales pactadas, resul-

taría a todas luces incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal del art.86.3 in fine ET.

5.2. La técnica de incorporación de las condiciones pactadas al reglamento contractual: los deberes de recíproca protección ex bona fidei

Pese al amplio catálogo de argumentos, sistemáticos –coherencia de las normas de Derecho en juego– y axiológicos –contenido implícito derivado de los principios jurídicos que son de inexorable aplicación–, hasta aquí desplegados, que evidencian la mayor corrección de la tesis de la continuidad–conservadora (de la cohesión social) frente a la de la ruptura–liberal (económica), el trabajo de identificación de la respuesta al régimen aplicable a las condiciones de trabajo tras la claudicación del convenio como norma jurídica vigente no ha terminado. Aún precisa un paso más, el último y más concreto, relativo a la determinación de la técnica por la cual quedan incorporadas las condiciones de trabajo, y sus reglas de organización, pactadas en el convenio decaído como “*fuentes directas de las relaciones laborales*” de ese ámbito funcional, según el art. 3.1 ET en relación al citado art. 1258 CC. En otros términos, habiendo identificado la solución de justicia razonable –el primer ideal de toda regulación legal– conforme al fin –segundo ideal– que persigue la norma legal, al margen de que guste más o menos, siempre dentro de una concreta limitación de la actividad del intérprete –deja fuera la cuestión de constitucionalidad, por exigir un plano de crítica jurídica diverso al aquí contemplado–, ahora corresponde concretar el medio técnico a través del cual llevarla a cabo, es decir, practicarla en las condiciones dadas, pues eso favorece mayor seguridad jurídica –tercer ideal regulador–.

De este modo, los principios jurídicos invocados se impondrán en la aplicación del Derecho con un mayor vigor y ofrecerán, en sus resultados, más seguridad, sin perjuicio de evidenciar las contradicciones y lagunas que permanecerán por la radical desestabilización que la Ley provoca en la caracterización precedente del sistema, pasando de una garantía de vigencia ilimitada a otra de vigencia temporal, incluso perentoria, de la regla de ultra–actividad, salvo solución de autonomía colectiva. A este respecto, de nuevo se abre un amplio abanico de posibilidades para realizar esa concreción técnico–jurídica final, última, unas ya apuntadas en la doctrina científica que se ha ocupado del tema y otras no, al menos de momento. En este sentido, los medios para lograr ese fin podrían ser básicamente los siguientes:

a) *El recurso a la integración de la laguna legal conforme al procedimiento de la analogía, de modo que la pérdida de vigencia normativa del convenio estatutario pudiera llevar a la configuración de un convenio colectivo, pero extra-estatutario.*

No cabe duda que esta transformación de naturaleza jurídica resolverían importantes problemas de desajustes y vacíos por la pérdida de vigencia del convenio estatutario, de forma que bien pudiera integrarse el texto del art.86.3 ET incluyendo, por la vía interpretativa, esta referencia a la pérdida de “vigencia normativa”, no ya contractual (ESCUDERO RODRIGUEZ, R, 2012, p.54).

Ahora bien, de todos es conocido que la construcción jurisprudencial dominante le atribuye eficacia persona limitada, con lo que una eventual extensión a todo el ámbito exigiría actos contractuales de adhesión (SSTCO 108/1989 y 121/2001; SSTS, 4ª, 14 de diciembre de 1996, 1 de junio de 2006 y 16 de diciembre de 2009, entre muchas). En consecuencia, no nos resuelve el problema porque presupone siempre de la integración de actos dependientes de la autonomía individual para tener eficacia general, y es evidente que supone seguir devolviendo al empleador un poder superior al de los trabajadores sobre la suerte de una situación jurídica que no puede quedar sólo al albur de una de las partes

b) *Metamorfosis, tras la pérdida de vigencia normativa, de las condiciones de trabajo del convenio decaído en “condiciones más beneficiosas”, individuales o colectivas.*

Bajo una fuente –pacto– u otra –decisión unilateral, expresa o tácita–, la mayor parte de los autores que proponen la tesis de la conservación de las condiciones de trabajo, pese a la pérdida de vigencia del convenio, nos sitúan en este “escenario técnico-jurídico” clásico. Tales condiciones no traerían causa del art. 37.1 ET sino del art. 3.1 c ET. Ahora bien, con independencia de las diferencias tanto constructivas como aplicativas de cada una de las vías propuestas, para conseguir ese mismo resultado de continuidad bajo el paraguas del viejo principio de protección de las “condiciones más beneficiosas”, lo cierto es que en todos los casos se plantean algunos problemas interpretativos relevantes. Primero, el condicionamiento a un acto de autonomía individual, expreso o tácito –conducta tenida por concluyente– del empleador (CRUZ VILLALÓN, J, 2012, p. 414). Por lo tanto, en estas lecturas la posición de éste en la relación laboral, amén de la organización, presentaría un extremado desequilibrio a su favor, al liberarse de una norma objetiva que determine su vinculación a tales condiciones, cualquiera que sea la voluntad

de una de las partes –el convenio también regula obligaciones profesionales del trabajador, no sólo derechos, con lo que quedan en entredicho ambos, derechos y obligaciones, con la pérdida de vigencia–, y siempre sin perjuicio del pacto colectivo que puedan alcanzar. Segundo porque, en cualquier caso, se trata de una respuesta parcial a los problemas causados por el inevitable vacío de regulación que genera la aplicación del art. 86.3 ET. Un vacío que, se insiste, no sólo va a perjudicar a los trabajadores, aunque éstos sean los que sufrirán más su impacto negativo, sino también a los empresarios. Hay materias reguladas en el convenio, en especial relativas al poder de gestión y organización empresarial, que no responden al concepto de “condiciones más beneficiosas”, por lo que se abriría al respecto no ya incertidumbre sobre su vigencia, sino incluso dificultad, o imposibilidad, de ejercicio empresarial (VALDÉS DAL-RÈ, F, 2012, p. 246).

c) La incorporación de las condiciones pactadas en convenio estatutario a las relaciones de trabajo como “*usos convencionales*” o “*usos profesionales*” ex art. 3. 1 d) y 4 ET

Antes aludíamos a la nostalgia que produce esta suerte de “eterno retorno” a la “Ley común” –algo así como el “retorno del hijo pródigo” a la “casa del padre”– para hallar una protección y razonabilidad jurídicas que la norma laboral no daría por sí misma. Ahora casi rubor da traer a colación una reflexión sobre una fuente jurídica más antigua, propia del Derecho Consuetudinario –“Derecho Consuetudinario Profesional”–, a fin de hallar *una garantía más objetiva de continuidad de lo vivido como norma de carácter profesional* durante todo el tiempo que estuvo en vigor el convenio y que pierde su vigencia normativa ex art. 86.3 ET. No obstante, la llamada a los “usos profesionales” o “usos convencionales” (GÉNY, F, 2000, p. 324, que refiere a los “usos de comercio”) es lícita en virtud de los arts. 3.4 ET y art. 1258 CC.

En total coherencia con ese precepto, el art. 3.1 d) ET, considera como fuente de las relaciones de trabajo, junto a la “costumbre” –fuente del Derecho objetivo ex art. 1.1 CC–, a los “usos profesionales”. Éstos son, según el art. 3. 4 ET, subsidiarios –“*en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales*–, salvo *remisión expresa*. En consecuencia, se daría, al menos en apariencia, el presupuesto para invocar su aplicación, pues la pérdida de vigencia del convenio colectivo ex art. 86.3 ET genera un vacío regulador incluso incorporando condiciones por la vía de actos de autonomía individual, de forma que hallar otra norma ayudaría a que resulte lo menos disfuncional posible. Además, el ET está plagado de remisiones al valor de los “usos” –profesionales, convencionales o “de empresa”– como fuente para concretar el alcance de los derechos y las obligaciones –art. 20.2 ET (regularidad del

poder de dirección), art. 29.1 ET (condiciones de pago del salario), 64.7 ET (extensión del deber de vigilancia de los representantes al cumplimiento de los "usos de empresa"). También en el art. 153 LRJS (la modalidad procesal de conflicto colectivo incluye las demandas sobre "*prácticas de empresa*").

La cuestión se centrará, pues, en determinar si la vigencia durante un tiempo, más o menos prolongado, de las condiciones pactadas en convenio da lugar, en ausencia de acuerdo que sustituya al claudicado, a *usos profesionales*.

De este modo, pérdida ex art. 86.3 ET su "alma de ley" –STS, 4ª, 5 abril de 2010–, la aplicación como uso profesional impediría que quedaran sólo como "cuerpo contractual", por tanto más fácilmente disponible, para emerger como "fuente objetiva" del ordenamiento laboral, aunque tenga un carácter más subordinado, menor. Si bien, tampoco habría que magnificar esta debilidad, pues el convenio, pese a derivar su poder de la Constitución –STS, 4ª, 28 febrero de 2007, no de la Ley–, está siendo devaluado en extremo por la jurisprudencia en el contexto de crisis.

Sin duda este es un tema muy sugerente y que merecería un análisis más detenido, pues creo que la respuesta es menos evidente que lo que podría indicar la posición tradicional. En este sentido, no faltan sentencias recientes que apelan a los "usos", como un criterio básico para valorar la legitimidad de ciertos comportamientos de los sujetos de la relación laboral –por ejemplo, para determinar la existencia de un derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa las SSTs, 4ª, de 26 de septiembre de 2007 y 6 de octubre de 2011; para el papel de las "buenas prácticas", en relación a las regulaciones de empleo en los grupos de empresa, vid. SAN 25 de febrero de 2013–. La conexión entre convenio y uso profesional ha sido evidenciada tradicionalmente por la doctrina que se ha ocupado de este tema, de modo que si en el origen los convenios colectivos han sido un importante instrumento de recepción normativa de precedentes usos y/o costumbres profesionales, con posterioridad, la potencia del convenio como norma profesional por antonomasia habría desplazado la necesidad, e incluso la utilidad (FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O, 2007, p. 253). De ahí, que los rasgos de los usos–costumbres en el ámbito laboral se identifiquen no con pautas generales sino "localizadas" en ciertos ámbitos y "profesionales" –ligadas a un sector de actividad o profesión–.

Sin duda este desplazamiento ha sido, y es, muy positivo, y no ha de sufrir alteración. Pero, siendo la propia Ley la que discute la autoridad y tradición del convenio estatutario como norma prevalente, en defecto de un pacto de continuidad de su vigencia, ¿no cabría recuperar excepcionalmente esa conexión, haciendo de las cláusulas convencionales usos profesionales, en tanto son desplazados nuevamente por un nuevo convenio o acuerdo? No puede ignorarse, en sentido contrario, la referencia del art.1.2 CC, según la

cual no son costumbres los “*usos jurídicos meramente interpretativos de una declaración de voluntad*”. La razón es obvia, pues son fuentes objetivas del Derecho y, en consecuencia, no pueden vincularse sólo a declaraciones derivadas de la autonomía de los individuos contratantes, debe trascender el ámbito relacional individual.

En mi criterio, la restrictiva vigencia de los “usos profesionales”, y la propia insistencia, como se viene repitiendo, en la singularidad de las cláusulas convencionales como normas, no permitiría alcanzar una solución razonablemente cierta al respecto, más bien lo contrario. Por lo que no creo que ahora mismo esta vía aporte la “fecundidad” y “operatividad” requeridas ante la incertidumbre legal, a falta de una reflexión más detenida al respecto.

d) Incorporación de las “cláusulas pactadas” claudicantes al reglamento contractual de las relaciones de trabajo como deberes de protección ex bona fidei

Precisamente por ese cúmulo de limitaciones que venimos evidenciando respecto del mejor modo de articular técnicamente la continuidad de las cláusulas convencionales, una vez hayan decaído en su vigencia normativa ex art. 86.3 in fine ET, solución en todo caso más cabal y recta, por así exigirlos los principios jurídicos referidos, que la de la ruptura, generadora de un vacío de regulación degradante, habría que seguir perfeccionando el instrumento técnico en virtud del cual se consiga una mayor minimización de tales desajustes, que genera la Ley no la interpretación. Al contrario, ésta pretende poner orden jurídico atendiendo a la finalidad de la Ley dentro de los límites de razón jurídica, e incluso de economía de las organizaciones, que halla. Y es en esa dirección interpretativa en la que la referencia a un principio jurídico nuclear en esta construcción de razonable continuidad, el de la buena fe, vuelve a emerger operativa.

En efecto, según el art. 1258 CC, además de a los usos –para nosotros convencionales o profesionales–, los contratos de trabajo obligan también a todos los deberes de conducta, y de organización, que deriven de la buena fe. Aquí ésta no actúa ya como sistema de límites a las conductas de los sujetos –art. 7 CC–, evitando un ejercicio de sus derechos y facultades de un modo perjudicial para sus recíprocos intereses, que es la vertiente antes referida. Ahora, su invocación trae su otra faceta objetiva de *fuentes de integración directa de derechos y deberes en el contenido normativo de las relaciones obligatorias* (STS, 4^a, 19 de julio de 2010; STSJM, n. 659/2012, de 8 de octubre). Este principio, reactualizado hasta el paroxismo en su lucha contra la pretensión legal de volver al viejo principio de estricta legalidad formal, se identifica con un sistema de reglas basado en la recíproca “aten-

ción a los intereses de la otra parte", debiendo esta pauta inspirar la conducta de empresarios y trabajadores –STS, Sala 4ª, 24 de septiembre de 2012–⁹.

Ese sistema exige la predeterminación cierta de "las reglas de funcionamiento" en el seno de la organización laboral –para las reglas de uso de los equipos informáticos de interés la STS, 4ª, 26 de septiembre de 2007–. Pues bien, en este contexto, y sin necesidad de ir ahora más allá de esta reflexión, a fin de sistematizar y racionalizar esta función integradora del contenido normativo de los diversos contratos, en especial tomando como referencia constructiva las relaciones de trabajo, se ha construido por la doctrina civilista la institución de los "*deberes recíprocos de protección*", que tanto modulan como complementan los deberes de prestación. El resultado de la integración es una configuración mucho más compleja y articulada de todos y cada uno de los derechos, deberes, facultades, cargas, poderes... etc. en torno a las diferentes relaciones obligatorias, siendo un paradigma de esa relación obligatoria unitaria compleja las relaciones de trabajo en el seno de una organización productiva.

En ellas tienen lugar una extensa e intensa secuencia de derechos y deberes coordinados en un nexo de carácter funcional complejo pero unitario. Desde esta perspectiva, los "deberes de protección" gravan por igual, recíprocamente, sobre cada una de las partes de la relación obligatoria, a fin de conservar de forma íntegra sus respectivas esferas jurídicas, tutelándola no ya sólo respecto de posibles invasiones lesivas –deberes/derechos de respeto–, que la existencia misma de la relación rinde más fáciles en razón del contacto social que realizan con ello, sino también favoreciendo la facilitación del interés de cada una de ellas a través de obligaciones positivas –derechos/deberes de cooperación–. Un contenido básico de ellos es la garantía de seguridad y la cooperación a la realización de la utilidad patrimonial que cada parte espera de la prestación correspondiente, pudiendo encontrar diferentes fuentes –contractual, convencional, usuales o consuetudinarias...), coincidiendo la doctrina en el papel central que a tal fin ocupa la buena fe contractual u obligacional ex art. 1258 CC y su valor de "cláusula normativa general o abierta".

En este sentido, y aunque es indudable que la construcción civilista originaria se vería claramente desbordada para las situaciones que aquí comentamos (CABANILLAS, 2000) estoy convencido de que permite dar una mayor seguridad a la articulación técnica de deber–derecho recíproco de conservar las condiciones de trabajo, de empleo y de organización de las relaciones de

⁹ En este caso se trataba de fundamentar la exigencia de denuncia individualizada de la terminación del contrato de interinidad por supresión del puesto de trabajo, a fin de no hacer inoperativo, en ausencia de norma escrita que lo desarrolle, el requisito de denuncia previsto en el art. 49.1 c) ET. En sentido análogo, ahora para justificar el requisito legal del art. 49.1 d) ET "en las exigencias de la buena fe" vid. STS, 4ª, 31 de marzo de 2011

trabajo para la satisfacción de sus necesidades. Podría, así, cumplir de forma más coherente con los objetivos típicos de la norma colectiva ahora decaída por un designio expreso del art. 86.3 ET, esto es la pacífica convivencia en los lugares de trabajo a fin de obtener la satisfacción de sus intereses.

A través de ellos, que van más allá de las condiciones individuales de trabajo para afectar también a las propias de la organización, y sin perjuicio de su articulación con los invariables preceptos que llaman a la autonomía colectiva –clasificación profesional, poder disciplinario...–, es posible mantener un estándar de calidad socio-laboral básico acorde con el paradigma de trabajo decente exigido por la OIT. En última instancia, la buena fe como fuente de integración del contenido normativo de los contratos no sólo respeta un canon ético de regulación sino también eficiente, integrando de manera equilibrada ambas voluntades

6. ¿Y CON LOS TRABAJADORES DE NUEVO INGRESO QUÉ?: LA ACTUALIDAD DE LAS DOBLES ESCALAS REGULADORAS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Es llamativo que, cualquiera que sea la posición que se mantenga respecto de esta cuestión interpretativa, todas claudican en torno a la posibilidad de ofrecer una mínima tutela a los trabajadores “de nuevo ingreso”. Éstos parecen quedar extra-muros de cualquiera de los esfuerzos por mantener un mínimo de protección razonable. A mi juicio, una exclusión de estas características tampoco puede aceptarse, jugando ahora sí directamente el principio constitucional de prohibición de todo tipo de discriminación, así como el de igualdad de trato, salvo que exista causa razonable y objetiva que legitime la diferencia ex art. 14 CE.

Más concretamente, hemos de tener en cuenta que el situar la diferencia reguladora únicamente en la fecha de ingreso de los trabajadores, esto es, antes o después de la pérdida de vigencia del convenio como norma, constituye una referencia inconstitucional. Habría que traer a colación las sentencias, que hoy adquieren protagonismo ante la proliferación, de las “dobles escalas salariales”¹⁰. En este sentido, para la STCO 27/2004, si el único criterio que justifica un dispar régimen laboral es la fecha de incorporación de los trabajadores, estamos en una ruptura manifiesta del “*equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores*”. Por tanto, al desfavore-

¹⁰ Vid. para el reciente pacto de empleo-competitividad de NISSAN (febrero 2013) un interesante estudio de Molina Hermosilla, O. “*La garantías del derecho al empleo: una revisión de la doble escala salarial a la luz de su capacidad generadora de empleo*”. RTSS-CEF, n. 360/2013, pp. 77 y ss.

recer su posición respecto de aquéllos más antiguos incurre en una discriminación prohibida – también SSTS, 4ª, 17 y 18 de junio de 2010, *Recurso de Casación Ordinario n. 148 y 152/2009, respectivamente*–. Este tratamiento dispar puede tener acomodo en el enfoque productivista que auspicia el actual modelo de relaciones laborales pero no en la perspectiva social que impone el principio social (art. 9.2 CE).

Cierto, esta doctrina se fija para impedir tratamientos normativos colectivos de ese tipo, basándose en la naturaleza mixta del Convenio Colectivo, como norma jurídica y como contrato normativo, por tanto por su mayor vinculación al sistema de fuentes. Pero es claro que resulta predicable también respecto de decisiones de autonomía individual, si bien, por tratarse de un ámbito de "relaciones entre particulares" o "privadas", el control de adecuación o ajuste al principio de igualdad es más laxo, no así el de discriminación, pues este derecho ha de tener el mismo contenido y alcance para todo tipo de actos –STCO 177/1988–.

7. ¿SE ABRE LA VEDA REGULADORA PARA NUEVOS ESTABLECIMIENTOS?: LA FUNCIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL

Un tercer frente abierto ante la eventualidad de la decadencia de una norma colectiva sectorial es la relativa a las condiciones de trabajo para las empresas de nuevo establecimiento en el sector. En este caso, la inexistencia de norma sectorial no puede ser cubierta ni por la conservación de la precedente, aun como contenido contractual, ni por la prohibición de trato desigual no objetivado, pues su posición contractual profesional se crearía *ex novo*. Ciertamente, de prosperar la configuración de esa regulación como auténticos "usos profesionales" del sector de referencia, podría pensarse en la existencia de ese vínculo objetivo normativo. Pero ya hemos visto que no hay solución razonablemente cierta. Por eso, al margen de servir para evidenciar la importantísima función económica de la negociación colectiva de sector, tanto para conseguir una cierta igualdad de condiciones –ideal de justicia–, cuanto para evitar un modelo de competitividad basada en la reducción de costes laborales, con la consiguiente promoción del dumping social, poco más parecería poder establecerse en defensa de una vinculación razonable de los nuevos empresarios, y nuevos trabajadores por lo tanto, a los estándares profesionales antes fijados en el convenio colectivo claudicante.

No se niega que esta tercera cuestión es la más difícil de resolver en Derecho. En todo caso, y como ilustra la experiencia del Derecho Social de la Unión Europea y la concurrencia entre libertad de prestación de servicios y la vigencia de los estándares de regulación laboral del país de acogida, la cuestión

admite una doble lectura. De un lado, la jurídica, y de otro de política socio-laboral. En el plano estrictamente jurídico, hay que atender a la gama de posibilidades de negociación colectiva persistentes en la normativa estatutaria, que no han quedado derogadas, aunque ahora parezcan lejanas.

De igual modo, aunque no existe reconocido hasta el momento una regla o principio de “*igual salario a igual o equivalente trabajo*” para las diferentes empresas, dada la autonomía de la voluntad, no menos cierto es que sí cabe invocar el *principio de prohibición de dumping social interno*. En este sentido, habría que explorar más el campo de las normas de protección de la competencia desleal, de nuevo trasunto de la buena fe. En este sentido, parece claro que unas *prácticas de regulación laboral en empresas* de nueva creación que se muevan claramente por debajo de los estándares profesionales vigentes, si quiera como contractuales en el sector, son lesivas de los intereses económicos y profesionales del resto de trabajadores, por lo que cabe abrir perfectamente procedimientos de conflicto colectivo contra ellas. Precisamente, desde un punto de vista ya más netamente de política socio-laboral, es evidente que una empresa que se mueva por debajo de los estándares del sector, fijados a través de la norma convencional que ha venido regulando la materia hasta la caducidad de la regla de vigencia normativa ultra-activa, generará una enorme conflictividad, que eleva los costes de esas empresas, por lo que, más allá de la presión laboral sindical, la empresa tendrá interés en mantenerse dentro de esos estándares.

8. CONCLUSIÓN: DE LEYES LABORALES SEMBRADORAS DE MIEDO A PRINCIPIOS JURÍDICOS GARANTES DEL PRIMADO DE LA RAZÓN

El legislador ha querido corregir las evidentes inercias derivadas de la regla de prórroga ilimitada de los convenios colectivos, ignorando no ya sólo las aperturas que experimentó en este tiempo por obra de una jurisprudencia contraria a la “des-petrificación”, sino también el ideal de seguridad jurídica que precisa una intervención tan intensa como ésta, en especial si se produce la ausencia de un convenio colectivo superior aplicable. A falta de éste, para cuya selección no hay tampoco certeza, trabajadores y empresarios se ven abocados a sufrir gélido viento que sopla extra-muros de la norma convencional, con la consiguiente presión, ante esa inquietante amenaza de vacío o “abismo laboral”, para que renegocien a “toda costa” uno nuevo. La *fuerza vinculante* de otrora debe transformarse en *reconocimiento*, de modo que, de una u otra forma, se pretendería hacer descansar la vigencia de las pautas de conducta y las reglas de organización del trabajo en la voluntad o aceptación de los sometidos a ese Derecho. Sin embargo, un efecto tan perturbador del modelo constitu-

cional debería haberse fijado de modo expreso y no quedar inconcluso en el texto del art. 86.3 ET.

Al margen del juicio de constitucionalidad que merezca, derivar del silencio legislativo que el reconocimiento de las reglas profesionales debe hacerse depender de una función de la voluntad de uno sólo de los sujetos a los que debe vincular, no sólo quiebra aquél modelo constitucional sino que resulta contrario a los *principios de razón jurídica que ordenan esta materia*. Una lectura elemental de los mismos nos dice que es un imperativo hallar la fuente en virtud de la cual suponga que se reconoce mediatamente lo que, de un modo coherente con el Derecho vigente positivo, es decir, el practicable socialmente, no puede dejar de ser reconocido. El orden de vida en común en el seno de las empresas, una vez vencida la vigencia normativa del convenio de aplicación, no puede ser abandonado a las estrictas concepciones–voluntades de los individuos, sino que debe ser unívocamente determinado por una posición que esté por encima del interés de cada uno, pero que presuponga su aceptación de encontrarse en esa situación. Precisamente eso es lo que significa la integración de buena fe del contenido normativo de las relaciones laborales.

Cierto, la justicia del equilibrio transaccional inherente a la tesis conservadora, si bien como regulación contractual, por tanto disponible ex art. 41 ET, cualquiera que sea la vía técnica que se siga, significa dignidad profesional, equidad prestacional y paz social. Pero también implica el valor de la eficiencia, porque la llamada a los suelos mínimos legales y a la individualización de las condiciones de trabajo, que está en el trasfondo de la tesis de la ruptura–libertad, entraría en contradicción muy fragante con un modelo productivo basado en mejorar las capacidades de competir del conjunto de los factores productivos de la empresa. La reducción de los costes del trabajo en vez de la innovación sería su principal señal, con lo que su efecto, más allá de la pura devaluación del trabajo a factor de rentabilidad, contrario al principio social del Estado Constitucional de Derecho, hoy muy deteriorado pero no invalidado o inoperante, sería de un empobrecimiento de la empresa a medio plazo.

En suma, no es posible dejar de reconocer que existen principios jurídicos, hallados por la razón y cultura jurídicas, así como por la conciencia social, a los cuales elementos variados y movibles de la vida social dan su carácter positivo, pero cuya existencia están fuera del mundo de las contingencias y eventualidades. Estos principios jurídicos, de razón justa, no se confunden con las puras concepciones de equidad, obra únicamente del espíritu individual del intérprete, sino que responden a la auténtica realidad o "naturaleza de la cosas", por lo que no apoyan una pura hipótesis, incluso científica, sino una solución fecunda y efectiva para la esfera de vida social que aspira a ordenar (GENY, F., 2000, pp.434–435), aquí las condiciones de trabajo –y de su organización– decaído el convenio por el vencimiento de la ultra–actividad.

Por supuesto, la solución más equitativa y eficiente sería la proporcionada de forma consensuada por los propios interlocutores sociales, complementando la solución legal, de modo que se dé una respuesta adecuada a cada circunstancia. Pero no cualquier solución vale, pues, cuando menos, y al margen de su contenido efectivo, debería tratarse de un instrumento con suficiente rango normativo como para promover soluciones ciertas. Sin embargo, y sin aquí ignorar que quizás sea el único hoy posible, lamentablemente por el deterioro extremo en que se haya el Diálogo Social y la negociación colectiva, resulta manifiesto que el pacto tenido en mayo de 2013 no está ni en su forma ni en su fondo en condiciones de ofrecer soluciones razonablemente seguras a esta compleja e incierta situación. Por lo que mucho nos tememos que deberá seguir siendo la ineficiente, pero inexorable, re-judicialización del sistema español de relaciones laborales la que aporte alguna luz en este interminable túnel en que la crisis, y sobre todo la reforma, están convirtiendo nuestro día a día en el mundo del trabajo.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFONSO MELLADO, C. L.: «*La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad*». Disponible en:
http://www.observatorionegociacioncolectiva.org/comunes/recursos/99998/doc/126879_La_reforma_de_la_negociacion_colectiva_en_la_Ley_3-2012__La_vigencia_del_convenio_y_el_problema_de_la_ultraactividad..pdf
- ASIG ROIG, R. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*. Marcial Pons. 1995
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Los deberes de protección del deudor*. Civitas. 2000.
- CRUZ VILLALÓN, J. “*Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012*”. AAVV. (García-Perrote, I– Mercader Uguina, J.). Lex Nova. Valladolid. 2012
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “*El RDL 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva*”. AAVV. Negociación Colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012. Ediciones Cinca. Madrid. 2012.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1999.
- GRAY, J. *Misa negra. La religión apocalíptica y la muerte de la utopía*. Paidós. 2008.
- GENY, F. *Métodos de Interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*. Comares. 2000

- GOÑI SEIN, J.L. “*Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada*”, Aranzadi Social, n. 9/2013
- MERINO SEGOVIA, A. “*La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012*”. RDS, 57/2012
- MONEREO PÉREZ, J.L. *Modernidad y capitalismo. Max Weber. El viejo Topo*. 2013.
- RADBRUCH, G. *La Filosofía del Derecho*. Comares. Granada. 1999
- SALA FRANCO, T. “*La reforma de la negociación colectiva*”, en AA.VV. *La reforma laboral en el Real Decreto–Ley 3/2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012
- SEMPERE NAVARRO, A.V. “*La duración de los convenios tras la reforma*”, Aranzadi Doctrinal un. 10/2013, BIB 2013\302).
- VALDÉS DA-RÈ, F. “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*”. RRL, n. 23/24. 2012.