

**MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES  
DE TRABAJO Y PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONVENIO  
ESTATUTARIO**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco,  
de 19 de noviembre de 2013*

M<sup>a</sup> Inmaculada Benavente Torres\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El conflicto se plantea en el ámbito de una empresa dedicada a la prestación de servicios de limpieza a terceros, con una plantilla de 82 trabajadores en cuyos contratos de trabajo se estableció que resultaría de aplicación el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales. Más concretamente, sus condiciones de trabajo se han venido rigiendo por dicho convenio sectorial de Guipuzkoa, suscrito por la patronal ASPEL y los sindicatos ELA, LAB, CCOO, UGT y ESK el 23 de noviembre de 2007. Conforme al art. 4 de dicho convenio, la vigencia del convenio se extenderá por tres años, desde 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2009, quedando automáticamente denunciado el 1 de noviembre de 2009, fecha a partir de la cual podrán iniciarse las negociaciones del convenio que lo sustituya. Se indica además, que la “fecha de denuncia servirá para determinar la composición sindical de la Mesa Negociadora”. La comisión negociadora se constituye el 22 de abril de 2010 sin lograr alcanzar ningún acuerdo al menos hasta la fecha de la sentencia. El 1 y 5 de julio de 2013 la empresa demandada comunica a tanto a los trabajadores como a su representación unitaria que pese a la próxima expiración de la vigencia del citado convenio colectivo provincial el próximo 8 de julio se mantendrán, en consideración a las dificultades económicas que puedan suponer a los trabajadores como por razones de operatividad, informatización y gestión, determinadas condiciones de trabajo como son cuantía salarial, jornada, vacaciones y entidad de previsión voluntaria; el resto de aquéllas se regirán por la normativa legal vigente y el Convenio de Limpieza Estatal, publicado el 23-5-2013, y con vigencia desde dicha fecha al 21-12-2013. No obstante, la conservación de tales con-

\* Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

diciones de trabajo tiene dos limitaciones importantes, de manera que por una parte está prevista tan sólo para los trabajadores ya contratados y por otra, sólo hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en que decaerán igualmente. Además, la estructura salarial pasa desde ese momento y hasta la referida fecha límite a estar compuesta por el SMI (que califica como salario mínimo de convenio) y el resto pasa a ser “mejora voluntaria”, “no consolidable” y de “a cuenta”, es decir, absorbible y compensable con futuras subidas salariales del nuevo convenio. Unos días después, el 17 de julio de 2013, ASPEL remitió al Sindicato LAB escrito proponiendo nuevas fechas de reunión de la comisión negociadora con la finalidad de mantener abierta la unidad de negociación provincial, suspendiendo en cambio las más cercanas que estaban previstas. Asimismo comunica que a partir del 8 de julio resulta de aplicación el Convenio sectorial Estatal y en lo que aquél no regule, el Estatuto de los Trabajadores y que, no obstante, “ad cautelam” van a mantener las condiciones individuales de trabajo de los trabajadores ya contratados, en espera de que los Tribunales se pronuncien sobre los efectos de la ultraactividad, tras interposición por su parte de conato colectivo. El 23 de mayo de 2013 se publicó el I Convenio Colectivo Sectorial de Limpiezas y Locales, con vigencia prevista desde dicha publicación hasta el 31 de diciembre de 2013, con prórroga anual automática salvo denuncia expresa de cualesquiera de las partes firmantes en un preaviso mínimo de tres meses a la finalización de su vigencia inicial o cualquiera de sus prórrogas. El 1 de agosto de 2013 se presenta demanda de conato colectivo por ELA y el Comité de Empresa frente a la mercantil solicitando que se declare la nulidad o subsidiariamente injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con efectos de 8 de julio de 2013. Por su parte, CCOO, ELA y LAB presentan demanda de conato colectivo el 9 de septiembre de 2013 contra ASPEL, y es resuelta por el TSJ País Vasco en sentencia de 26 de noviembre de 2013 (nº sent. 2065) confirmando doctrina.

**RESUMEN:** Con carácter previo el Tribunal resuelve la excepción procesal por falta de agotamiento de la vía previa al proceso, cual es el planteamiento de su pretensión ante la Comisión interpretativa del Convenio Colectivo. Excepción que se rechaza por dos motivos: una, por ser de cumplimiento imposible tras la desaparición del convenio; otra, porque no se trata de interpretación del convenio colectivo sino de la valoración de la medida adoptada por la empresa al producirse su decaimiento. La cuestión jurídica de fondo que trata de resolver el Tribunal, la tesis sobre la que debe resolver según él mismo declara, es si se ha producido la contractualización automática de las condiciones de trabajo tras la finalización de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo estatutario. De ser así, tal y como sostiene la demandante, la alteración de las condiciones de trabajo llevada a efecto por la empresa supondría una modificación sustancial nula por no haberse seguido el procedimiento del art. 41.4 ET. La sentencia concluye que en una primera lectura del art. 86.3 ET, así como en

virtud del principio de modernidad (art. 83.2 ET) y de la consolidada jurisprudencia que rechaza el convenio colectivo como fuente de condiciones más benéficas, correspondería la aplicación directa e íntegra del convenio colectivo de ámbito superior. Sin embargo, en el caso de autos corresponde deslindar dos situaciones distintas que requieren un tratamiento diferente. El antedicho efecto sería predicable de aquellas materias efectivamente reguladas en el convenio superior que entra ahora a ser aplicable. Pero respecto de las que fueron objeto de regulación en el convenio provincial desaparecido y desatendidas en el estatal, la solución debe ser otra por cuanto se crea un vacío convencional que ni tan siquiera puede ser cubierto con el Estatuto de los Trabajadores. Respecto de éstas opta con claridad por mantener íntegras las condiciones de trabajo tal y como estaban reguladas en el desaparecido convenio provincial sin los límites subjetivo, material ni temporal fijados por la empresa. Las razones en las que funda dicha solución según expone son dos. La primera, por ser la solución más ajustada a los arts. 7, 9.2, 28.1 y 37.1 CE, así como al art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el art. 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 4 del Convenio OIT nº 98, y el art. 5 del Convenio OIT nº 154. De tales preceptos se deduce un principio de estímulo y fomento de la negociación colectiva entre sindicatos y asociaciones patronales, así como al convenio colectivo como instrumento por excelencia para la regulación sectorial de las condiciones de trabajo, estando por lo demás implicada la libertad sindical. Por consiguiente, la opción más respetuosa con la negociación colectiva, la libertad sindical y la voluntad de las partes es la sostenida por el Tribunal, una vez que la patronal a la que se supone aplicada la empresa en cuestión manifiesta su voluntad de mantener la aplicación de las condiciones laborales del desaparecido convenio, se aquietan a ello la otra parte, y ambas mantienen abiertas las negociaciones del nuevo convenio. En segundo lugar, por cuanto el mantenimiento unilateral de tan sólo ciertas materias por lo demás limitado en el tiempo, contraviene la voluntad manifestada por la asociación patronal, es contraria a la buena fe, en tanto no se ha dado explicación alguna satisfactoria ni se han consultado a los representantes de los trabajadores, y quebranta el sinalagma contractual. Por consiguiente, y respecto de aquellas materias reguladas en el desaparecido convenio provincial y no atendidas en el estatal, la decisión adoptada por la empresa, aparte de contravenir la decisión de la patronal del sector, constituir un atentado contra la negociación colectiva y la libertad sindical, menoscabar el principio de seguridad jurídica, suponer una selección arbitraria de materias –respecto de las mantenidas y sólo temporalmente– y afectar negativamente a un colectivo mayoritariamente femenino, constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo nula por no haberse seguido el procedimiento previsto en el art. 41.4 ET, carecer de causa legítima conforme a dicho precepto.

**ÍNDICE:**

1. Dos grandes tesis confrontadas sobre las cláusulas de ultraactividad anteriores a la reforma
2. Pérdida de vigencia ultraactiva y la contractualización de las condiciones de trabajo
3. La libre disposición unilateral de las condiciones de trabajo decaídas
4. Conclusión y una propuesta intermedia de contractualización alternativa

## **1. DOS GRANDES TESIS CONFRONTADAS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE ULTRA ACTIVIDAD ANTERIORES A LA REFORMA**

Desde que con el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se pusiera un límite temporal a la ultraactividad se han suscitado no pocos interrogantes en torno a su correcta interpretación y efectos prácticos. Según se expone en su Exposición de Motivos, la finalidad de la reforma introducida en relación a la vigencia ultraactiva del convenio estatutario es la de dinamizar la negociación, fomentar la rápida y efectiva adaptación de los contenidos de los convenios a través de su renovación. Más concretamente, la razón de la limitación de la ultraactividad a dos años estriba en que *<<se pretende evitar una «petrificac ión» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador>>*. Ninguna razón particular ofrece después la L 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, para reducir de dos a un año el límite de vigencia ultraactiva subsidiario al pacto en contrario. Por tanto y pese a todo, sencillamente hemos de suponer que aquél posteriormente le pareció excesivo<sup>1</sup>. Pero aún esta declaración de intenciones ha sido un importante instrumento de clarificación exegética en apoyo de una y otras posturas en extremo divergentes. No obstante, hemos de ser más precisos, pues el año –antes dos– se computa, salvo pacto en contrario, desde la denuncia, con lo que en puridad la ultraactividad, es decir, la aplicación del convenio colectivo más allá de la duración inicial o prorrogada del convenio, no es lo que directamente se limita y ocupará un espacio normalmente menor.

Los interrogantes más importantes planteados en relación a la innovación legislativa versan sobre dos grandes cuestiones. Una de Derecho Transitorio, relativas al valor de los pactos y requisitos de aquéllos en los convenios o

<sup>1</sup> Por tales razones, valora positivamente la reducción a un año en consideración a que en la renovación de los convenios los procesos negociales no suelen sobrepasar el semestre; porque la dilatación del mismo es un síntoma de bloqueo negoci al que conviene acotar y derivar a los procedimientos autónomos de solución de con flictos; y por cuanto ante aquéllos se tenderá a buscar una respuesta en el descuelgue del convenio colectivo bloqueando por lo demás potenciales cambios de unidad de negociación: Navarro Nieto, F, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AAVV, “Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012” AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 987.

respecto de los convenios concertados con anterioridad a la reforma. Otra, relativa a los efectos del decaimiento del convenio, muy en particular cuando se aprecien como consecuencia de ello vacíos totales o parciales de regulación convencional. Pues bien, la sentencia objeto de nuestro comentario tiene un especial interés no sólo por su complejidad y riqueza argumental, sino porque aborda ambas cuestiones y, además, de manera confrontada.

Así, el voto mayoritario se centra en resolver el problema de la cobertura parcial de vacío convencional provocado con el decaimiento del convenio sectorial provincial. Parte de la consideración de que el conflicto no versa sobre la interpretación del convenio sino, por el contrario, sobre legitimidad del cambio unilateral de condiciones de trabajo no reguladas por el convenio sectorial estatal, una vez que el provincial efectivamente ha desaparecido como tal convenio. Y este, es uno de los escasos pronunciamientos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia sobre este concreto problema hasta la fecha, que además se salda a favor de la contractualización de las condiciones anteriormente reguladas en aquél como solución a la cobertura de dichos vacíos, una de las grandes tesis esgrimidas por la doctrina<sup>2</sup>.

El voto particular, en cambio, sí se pronuncia sobre la validez de los pactos anteriores a la reforma, precisamente en una línea contraria a la sostenida –por el momento– mayoritariamente por nuestros Tribunales, lo que igualmente le confiere interés. Y expresa, una visión radicalmente distinta a la del voto mayoritario respecto de la cuestión principal, alineándose entre aquellos sectores que rechazan la vía de la contractualización y aprecian en el grueso de las materias, por más que pueda pesar, una ampliación de los poderes empresariales con el límite de los mínimos de derecho necesario<sup>3</sup>.

Se deja así constancia práctica de un intenso debate que, como veremos, no parece tener aún soluciones definitivas, si bien en algunos de sus aspectos

<sup>2</sup> Por ejemplo, si bien utilizando diferentes mecanismos de contractualización: Casas Baamonde, M<sup>º</sup>E, “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, RRL, nº 6, 2013; Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad” normativa de los convenios: ¿en serio una “cuenta atrás” hacia el “abismo laboral” español?”, Temas Laborales, nº 120/2013, págs. 181 y ss.; Escudero Rodríguez, R, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, “La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012”, Ed. Cinca, Madrid, 2012, pág. 54.

<sup>3</sup> Por ejemplo: Durán López, F, “Hacia la libertad contractual”, Cinco días, 2-7-2013; Lantarón Barquín, “Repensando en la autonomía colectiva <<versus>> autonomía individual”, en AAVV-dir. J.L. Monereo y M<sup>º</sup> Nieves Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 235; Martínez Moreno, C, “La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad”, en AAVV –dir. J.L. Monereo y M<sup>º</sup> Nieves Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, cit., pág. 614; Mercader Uguina, J.R., “La reforma de la negociación colectiva en el RD-L 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en AAVV –dirs. I. García-Perrote y J.R. Mercader-, “Reforma Laboral 2012”, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 383; Navarro Nieto, F, cit., pág. 987.

se dan indicios de qué tesis doctrinales tienen más probabilidades de triunfar en sus elementos esenciales, y demuestra también que, pese a un intenso esfuerzo razonador, aún no se encuentran perplejos en sus argumentaciones. Finalmente y por su puesto refleja que en lo único que hay consenso es en que efectivamente transcurrido el año ..., sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral... desaparece el convenio colectivo como tal convenio estatutario. Todo lo demás está en cuestión.

No obstante, y como se advertía en líneas precedentes, algunas cuestiones se van clarificando, en espera a su confirmación por el Tribunal Supremo. Merece a la dispositividad de la regulación legal de la ultraactividad por los negociadores, claro está, salvo en el caso de las cláusulas de paz que deben decaer tras la denuncia del convenio. Y sobre todo, a un tema más espinoso cual es el de la validez y plena eficacia de las cláusulas que regulan aquella integradas en los convenios anteriores a la reforma y denunciados antes o después de su entrada en vigor. Al respecto es de resaltar la sólida y muy elaborada doctrina tanto de la Audiencia Nacional en las sentencias de 19 de noviembre (nº sent. 206), 23 de julio (nº sent. 149) ambas de 2013<sup>4</sup>, y del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2013 (nº sent. 57) que la hace propia, así como las del TSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2013 (nº sent. 879), y de Murcia de 28 de octubre de 2013 (nº sent. 1030), contando ésta última, al igual y en la misma línea que el de la sentencia objeto de comentario, con un interesante voto particular<sup>5</sup>. En definitiva, todas estas sentencias tras valorar las distintas posibilidades exegéticas han optado por una interpretación amplia del art. 86.3 ET conectado a la Disp. Transitoria 4ª de la L. 3/2012, de manera que se ha sostenido la legitimidad y plena eficacia de los pactos sobre ultraactividad anteriores a la reforma. Y ello por cuanto el art. 86.3 ET no establece una regla general de carácter imperativo sin excepción o matiz alguno en función del momento de su conclusión (art. 3.1 CCivil), pudiéndose alcanzar aquél en cualquier momento<sup>6</sup>. Por el contrario, el referido precepto otorga expresamente primacía a la voluntad de las partes, a la autonomía colectiva y, por consiguiente a ella habrá de estarse sin que en virtud del juego del principio de jerarquía normativa se imponga el límite a la ultraactividad. Por su parte, la Disposición Transitoria 4ª L. 3/2012 no excepciona del art. 86.3 ET a los convenios anteriores, sino que tan sólo viene a establecer el *diez ad quo* para el cómputo del plazo del año previsto en el referido precepto.

<sup>4</sup> Véase comentario de Ginès I Fabrellas, A, "Vigencia de los convenios colectivos anteriores a la reforma laboral 2012 con cláusula de ultraactividad ilimitada", Actualidad Laboral, nº 1, enero 2014, págs. 39 y ss.

<sup>5</sup> Otras sentencias de interés, aún cuando no resuelven sobre dicha cuestión por estar aún dentro del año de la transitoria: SSTSJ Extremadura 23-7-2013, nº sent. 330; Andalucía/Granada 20-6-2013, nº sent. 1225, que no obstante parece negar la continuidad de los pactos anteriores a la reforma.

<sup>6</sup> Con amplio desarrollo, por ejemplo: STSJ Murcia de 28 de octubre de 2013 (nº sent. 1030).

Advertido esto, la dificultad estriba en que algunos de tales pronunciamientos, parecen exigir que el pacto previsto en el convenio anterior a la reforma no se limite ni a una referencia integradora del art. 86.3 ET, pues supondría la incorporación del acervo normativo vigente en cada momento de aplicación<sup>7</sup>, y ni tan siquiera a reproducir aquél<sup>8</sup>. No obstante, la Audiencia Nacional admite que la reproducción parcial del anterior precepto no enerva la conclusión de que tal fuese efectivamente la voluntad real de las partes, que demuestran haber hecho suya la regla legal subsidiaria que pudieron haber excepcionado, de manera que ésta no puede quedar invalidada por un mero cambio de régimen legal que tanto entonces como ahora opera subsidiariamente a la voluntad de aquéllas.

El voto particular aún cuando parte de que el convenio colectivo no contiene previsión alguna sobre la ultraactividad, se ocupa de desarrollar una tesis contraria a la expuesta y sostenida por el momento por la mayoría de los pronunciamientos judiciales examinados. Según el voto disidente, el art. 86.3 ET lo que establece es un año de prórroga desde su denuncia, con lo que habiéndose producido aquélla el 1 de noviembre de 2009, es claro que no corresponde seguir prorrogando a aquél más allá del 8 de julio de 2013, de conformidad con la Disposición Transitoria 4ª. El “pacto en contrario” no se refiere, por consiguiente y en opinión del magistrado, a la continuidad del convenio en vías de extinción<sup>9</sup>, sino a aquéllas cláusulas que tienen previsto un régimen de prórroga más allá del año dispuesto legalmente<sup>10</sup>. Por tanto, el pacto a que se refiere el art. 86.3 ET sólo puede encontrar efectividad en convenios posteriores al RDL 3/2012, a riesgo, caso contrario, de dejar sin efecto las intenciones perseguidas con la reforma, dado que son muchos los convenios que prevén su prórroga “vencido el plazo inicial de vigencia”. Como puede apreciarse, en estas afirmaciones hay una cierta confusión, como poco terminológica, entre prórroga y ultraactividad y una interpretación considerada, como hemos visto, excesiva e injustificadamente restringida del art. 86.3 ET, claramente dispositivo en todos los sentidos posibles y sin previsión de excepción alguna, tampoco deducible de la Disp. Transit. Cuarta.

<sup>7</sup> SSAN 19-11 y 23-7 de 2013 –utilizando a efectos dialécticos además el principio de conservación del negocio jurídico también ante la posible ambigüedad legal-, y del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2013 (nº sent. 57) que la hace propia.

<sup>8</sup> Parece apuntar esta posibilidad: TSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2013 (nº sent. 879).

<sup>9</sup> También en opinión de Durán López no es posible el pacto en contrario que suponga la superación del año legalmente establecido como margen de la ultraactividad, de manera que las partes podrán pactar prórrogas sucesivas del convenio, pero la regulación legal de la ultraactividad es indisponible y queda al margen de la voluntad de las partes pues no es en puridad vigencia del convenio (Durán López, F, “Hacia la libertad contractual”, Cinco días, 2-7-2013).

<sup>10</sup> Posible interpretación recogida también por: Sempere Navarro, A.V., “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Rev. Aranzadi Doctrinal, núm. 4/2013, BIB 2013\1423

Con similar resultado para el caso pero conceptualmente distinta pues realmente se basa en una valoración de la voluntad de las partes, es la reproducida como alternativa exegética descartada en muchas de las sentencias antes referidas y mantenida de momento *obiter dicta* por alguna aislada como es la del TSJ de Andalucía/Granada 20-6-2013, nº sent. 1225. También en esta línea es necesario hacer referencia al muy destacable voto particular de la sentencia del TSJ de Murcia de 28 de octubre de 2013 (nº sent. 1030), que es el que de los examinados expone con mayor claridad esta opción doctrinal aún cuando lo hace asumiendo como correcta la interpretación generalmente aceptada y planteando, en consecuencia, la inconstitucionalidad del art. 86.3 ET/2012 por posible vulneración de los arts. 9.2 (arbitrariedad y principio de seguridad jurídica) y 37.1 (grave vicio de conocimiento o consentimiento por modificación esencial de las bases del negocio jurídico) CE. En definitiva, esta posición doctrinal alternativa niega que los convenios anteriores a la reforma puedan incorporar ese “pacto en contrario” a que se refiere el actual art. 86.3 ET, puesto que los negociadores incorporaron dichas cláusulas en un contexto normativo muy diferente en el que, precisamente con tal expresión de voluntad, no pretendían exceptuar el régimen legal subsidiario como ahora se exige sino, por el contrario, asumirlo. Los pactos en contrario para dichos convenios tendrán que ser posteriores o coetáneos a su denuncia, pero quedan invalidados los acordados bajo la regulación precedente. Por consiguiente, la Disp. Transit. 4<sup>a</sup> viene a establecer un límite de un año, ese mismo a que se refiere el actual precepto, para los convenios denunciados con anterioridad que contengan esa cláusula similar, inercial a la del precedente art. 86.3<sup>11</sup>.

En mi opinión, esta tesis minoritaria acierta en poner el énfasis en la valoración de una voluntad de las partes expresada en un contexto legal muy diferente. Dispositivo sí, pero con una supletoriedad legal en sentido completamente opuesto al actual. En tales condiciones efectivamente puede resultar complejo conocer cuál fue la auténtica voluntad de las partes, pues efectivamente en uno y otro momento la Ley coadyuva a respuestas y equilibrios negociadores muy distintos. Pero distanciándome de esta postura, considero que la mayor diligencia no está, como hemos visto, en asumir la validez formal de los pactos anteriores a la reforma. Por el contrario, la mayor complejidad se manifiesta en los supuestos en que no se dejó constancia de pacto expreso alguno, o en los que se remitieron al art. 86.3 ET, o, en el mejor de los casos, transcribieron casi literalmente aquél. Si se acepta sin discusión casuística que en tales casos al no dejarse constancia de pacto específico –siendo entonces innecesario– no hubo voluntad, es decir, acuerdo de los negociadores de sos-

<sup>11</sup> En esta línea, por ejemplo: Sempere Navarro, A.v., “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Rev. Aranzadi Doctrinal, núm. 4/2013, BIB 2013\1423.

tener la vigencia ultraactiva del convenio hasta su sustitución o el abandono de las negociaciones<sup>12</sup>, o si se mantiene sin discusión posible que la voluntad de las partes era asumir la redacción legal que en cada momento correspondiese cuando entonces era otra muy distinta y ambas disponibles en sentidos opuestos, entiendo que igualmente se prescinde sin más de la posible voluntad implícita de aquéllos. Y sin embargo, hasta ahora nuestros Tribunales no se han mostrado tan inflexibles en la valoración y análisis de la regulación convencional de la vigencia de los convenios estatutarios. Por el contrario, los esfuerzos de interpretación de la voluntad de aquéllas en los diversos apartados del convenio ha sido una constante, y hasta el momento ha bastado que la voluntad de las partes sea clara, inequívoca, al separarse de la regla general, sin necesidad de que sea formalmente explícita<sup>13</sup>. Si el principio de jerarquía normativa legitima las alteraciones introducidas en el convenio por el imperativo legal, considero que difícilmente alcanza soluciones tan radicales e inobjetables cuando la propia norma se declara dispositiva y hasta supletoria de la voluntad de los negociadores. En tal caso, en este caso, lo que procede es dar efectivamente preeminencia a dicha voluntad en aplicación de las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss), sin exigencia incondicionada de acuerdo específico si a partir de otros indicios es cognoscible la voluntad de aquéllos en tal sentido de mantenimiento del contrato. Al efecto, también pueden resultar útiles las reglas del art. 3 Ccivil, como puedan ser los convenios colectivos precedentes o el contexto, como de hecho vienen utilizando nuestros Tribunales. Es más, a partir de estas premisas podría llegar a asumirse en su versión menos conciliadora, la inclinación de la balanza a favor del mantenimiento del convenio pues en principio, las partes pudieron limitar o eliminar la ultraactividad y no lo hicieron, luego su voluntad primigenia es de suponer –puede contribuir a suponer– que fue asumir en ese y no en otro sentido, la que durante 32 años ha sostenido el legislador.

## **2. PÉRDIDA DE VIGENCIA ULTRA ACTIVA Y LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. LAS RAZONES DEL VOTO MAYORITARIO**

Aún queda por abordar la cuestión más difícil y original que resuelve la sentencia, en definitiva, los efectos, las consecuencias del decaimiento del con-

<sup>12</sup> Es sabido, que antes de la reforma de 2012 la ultraactividad del convenio inferior se mantenía salvo pacto en contrario hasta su sustitución por un nuevo convenio, pero no más allá de la ruptura de las negociaciones (por todas: SSTS. 20-6-2012, rec. Cas. 31/2011; 10-12-2012, rec. Cas. 48/2012; 24-4-2012, rec. Cas. 141/2011; 17-5-2004, rec. 101/2003; 6-11-1998, rec. 1688/98).

<sup>13</sup> Por ejemplo, véase: SSTS. 29-1-2013, rec. Cas. 49/2012 y 2-7-2009, rec. Cas. 44/2008.

venio colectivo estatutario. Porque en ningún momento se pone en cuestión que el convenio ha decaído; como ya se anticipó, no se alega ni se aprecia que haya cláusula de ultraactividad en el convenio provincial y ni tan siquiera se considera que éste se mantenga por decisión del convenio nacional. Por otra parte, tampoco se duda de que tal sea lo previsto en el art. 86.3 ET en defecto de pacto en contra. Finalmente, también hay consenso, y así lo mantiene la sentencia, en que a partir del 8 de julio de 2013 lo que procede es la aplicación del convenio superior, en este caso el estatal, pues efectivamente y como prevé el art. 86.3 ET, lo hay. A partir de ahí, todo lo demás está en cuestión, y muy en particular ante imprevisión legal expresa de efectos para los casos en los que se aprecie un vacío total o parcial de regulación convencional por no existir convenio superior aplicable o resultar éste de alguna manera, como en nuestro caso en opinión del voto mayoritario, insu? ciente.

El grueso de la doctrina, y previsiblemente de los Tribunales como nuevamente muestra nuestra sentencia, se dividen nuevamente en dos grandes posibilidades. Por un lado los que pese al decaimiento del convenio de? enden el mantenimiento de su contenido como condiciones contractualizadas, bien por convertirse aquél en condiciones más bene? ciosas de carácter colectivo<sup>14</sup>, bien por derivar de la nueva naturaleza extraestatutaria del convenio estatutario desaparecido<sup>15</sup>, o por convertirse en cláusulas incorporadas al reglamento contractual ex art. 1258 CCivil, como expresión de los principios de seguridad jurídica, con?anza legítima, buena fe y equidad, vinculados a la tutela del equilibrio contractual<sup>16</sup>. Sin embargo, las dos primeras vías de la contractualización de las condiciones anteriormente reguladas por el convenio extinguido han sido prontamente cuestionadas incluso por los defensores de dicha conservación. Así, es doctrina sostenida por el Tribunal Supremo que los convenios colectivos no pueden ser fuente de condiciones más bene? ciosas (vid. arts. 82.3 y 4,

<sup>14</sup> Casas Baamonde, M<sup>º</sup>E, “La pérdida de la ultraactividad...”, cit., págs. 20 y ss.; Escudero Rodríguez, R, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora...”, cit., pág. 54.

<sup>15</sup> Escudero Rodríguez, R, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora...”, cit., pág. 54.

<sup>16</sup> Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad” normativa de los convenios: ¿en serio una “cuenta atrás” hacia el “abismo laboral” español?”, cit., págs. 185, 211 y ss.

y 86.4 ET)<sup>17</sup>. Tampoco se explica suficientemente el fundamento jurídico que sirva de instrumento a esa metamorfosis del convenio estatutario desaparecido en extraestatutario<sup>18</sup>, ni cómo podría aplicarse éste sin adscripciones individuales si quiera tácitas, habida cuenta su consabida eficacia personal limitada y que requerirían, repárese, también el acuerdo del empresario<sup>19</sup>.

Ya anunciamos que el voto mayoritario de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de noviembre de 2013, sostiene la contractualización de las condiciones del convenio sectorial provincial decaído que no estuviesen reguladas en el convenio estatal aplicable a partir del 8 de julio. Y mantiene su aplicación a todos los trabajadores, también a los de nuevo ingreso<sup>20</sup>, “sine die” en tanto esté abierto el proceso negociador de su sustitución. Las previstas en el convenio estatal sí serán de directa aplicación tal y como dispone el art. 86.3 ET y puesto que, como hemos dicho, el convenio colectivo decaído no puede ser fuente de condiciones más beneficiosas. Concretamente las materias reguladas en el convenio estatal son: estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios, subrogación del personal, prevención de riesgos laborales, régimen disciplinario, clasificación profesional, formación para el empleo, modalidades de contratación, período de prueba, igualdad de trato y oportu-

<sup>17</sup> Por todas: SSTS. 8-7-2010, rec. 248/2009; 26-9-2011, rec. 149/2010. Como, añadidamente, también se rechaza que las condiciones pactadas en el convenio extraestatutario se mantengan como condiciones más beneficiosas tras perder vigencia (Navarro Nieto, F, “La reforma del marco normativo...”, cit., págs. 987 y 988). Además, tampoco resolvería el problema la utilización de éste concepto, pues su nacimiento y vigencia depende de una voluntad unilateral del empresario, y no todos los aspectos que regula un convenio colectivo se ajustan a dicho concepto de condición más beneficiosa: Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad”...”, cit., págs. 215, 221 y 222.

No considera aplicable dicha doctrina al supuesto de la pérdida de la ultraactividad del convenio cuando no se está ante un supuesto de sucesión normativa pues dicha doctrina se enmarca precisamente en tal tipo de conflictos: Casas Baamonde, M<sup>a</sup>E/García Quiñones, J.C., “Cuestiones jurídicas sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Informe 314, <http://start.mysearchdial.com/results.php?q=Cuestiones+jur%C3%AAdicas+sobre+la+ultraactividad+de+los+conv+enios+colectivos%E2%80%9D&a=dsites0101&f=1&category=web&cd=2XzuyEtN2Y1L1Qzu0EtD0C0ByE0EtD0A0D0C0CyD0AyEtD0D0tN0D0Tzu0SyByEyBtN1L2XzutBtFtBtFtCyDtFtCyDzytBtN1L1CzutDzytDtCtG1T&cr=654790962&uref=null&start=1>, págs. 12 y 13.

<sup>18</sup> Martínez Moreno, C, “La vigencia del convenio colectivo estatutario...”, cit., pág. 614.

<sup>19</sup> Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad”...”, cit., pág. 221.

<sup>20</sup> Este también es uno de los aspectos más discutidos, pues incluso defendiendo la contractualización de las condiciones y precisamente por ello, no todos los autores alcanzan a tutelar a los trabajadores de nuevo ingreso: Casas Baamonde, M<sup>a</sup>E/García Quiñones, J.C., “Cuestiones jurídicas...”, cit., pág. 15. Así describe también esta postura: Cruz Villalón, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en AAVV –dirs. I. García-Perrote Escartín/J.R. Mercader Uguina-, “Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 414. En contra, en aplicación de la doctrina sobre doble escala salarial, en tanto la prohibición de discriminación es igualmente predicable respecto de la autonomía individual: Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad”...”, cit., págs. 226 y 227.

tunidades/planes de igualdad. El convenio provincial regulaba las seis últimas referidas, junto a otras tantas que no han sido abordadas en el estatal: jornada de trabajo, vacaciones, horas extraordinarias, licencias y excedencias, retribuciones, jubilaciones anticipadas, mejora de la prestación por IT, riesgo durante el embarazo, revisión médica anual, póliza de seguros, personal con capacidad disminuida, ropa de trabajo, sustituciones, lugar habitual del puesto de trabajo, despidos por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo, garantías sindicales, entidad de previsión voluntaria, y fecha de pago del salario.

Pero, ¿en base a qué argumentos se produce la contractualización elusiva del vacío normativo?, y ¿cuál es el instrumento legal por el que aquéllas no previstas en el convenio estatal pasan del convenio fenecido a integrarse en el contrato?. La sentencia con claridad de?ende el automatismo de la integración, sin identi?cación del arti?ce del cambio y rechaza la tesis de las condiciones más bene?ciosas. Por otra parte, en algunos de sus argumentos parece acercarse a la tercera de las tesis –antes referida– propuestas por la doctrina. Desde luego, y aún cuando no identi?que el medio de dicho trasvase, sencillamente automático, sí ofrece razones para sostener la persistencia de su aplicación.

La primera justi?cación a la que alude es la sustancialidad de las condiciones afectadas por el vacío convencional en el desarrollo de las relaciones individuales de trabajo, añadiendo que el Estatuto de los Trabajadores no contiene ninguna forma de cobertura de aquél. Pese a que en esencia comparto el razonamiento, considero que aquí ya podría hacerse alguna objeción de importancia, puesto que todas ellas no tienen ni el mismo calado ni cabe apreciar respecto del común la ausencia de regulación legal e incluso contractual. Así, de las mencionadas, las salariales –incluida la estructura– y las relativas a la jornada de trabajo, también en sus aspectos cualitativos fundamentales, efectivamente son esenciales. Tanto es así que constituyen el objeto del contrato, y son de una transcendencia colectiva indudable tanto por la materia sobre la que recaen como por el impacto general de la medida, y que al igual que la clasi?cación profesional y el régimen disciplinario que sí estaban cubiertas, requieren de una regulación colectiva (arts. 22, 24, 31 ET) o, en su defecto mediante contrato individual (arts. 25, 26, 34, 38 ET), a la que remite sin regulación supletoria el Estatuto de los Trabajadores<sup>21</sup>. Pero ese no es el caso, por ejem-

<sup>21</sup> Por ello se ha defendido que las condiciones fundamentales como son las de salario y tiempo de trabajo que forman parte del intercambio contractual, sí queden contractualizadas hasta ser sustituidas por otras nuevas, bien por contrato individual bien colectivo: Durán López, F, “La vigencia del convenio colectivo”, Cinco días, 13-2-2007. También desde otra perspectiva, recuerda que el contrato de trabajo es un contrato de compraventa de fuerza de trabajo, siendo tales condiciones el objeto jurídico, social y económico del contrato de trabajo y, consiguientemente, de la negociación colectiva: Ruiz Castillo, M<sup>a</sup>M., en J, en Ruiz Castillo, M<sup>a</sup>M y Escribano Gutiérrez, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 83.

plo, del grueso de la regulación de las horas extraordinarias, ni de las licencias y excedencias, riesgo por embarazo, garantías sindicales, etc... (arts. 35, 37, 46 ... ET). También la decisión del sostenimiento provisional de la entidad de previsión social puede justificarse en atención a la necesidad de dotarle de una mayor estabilidad en tanto se resuelve dicha situación transitoria, y, en cualquier caso, porque de no existir obligación de mantenimiento siempre podría responder a su libre voluntad en tanto sea lícita en derecho. Por otra parte habría que analizar las particulares relaciones establecidas entre este concreto convenio y los contratos afectados, pues éstos, por ejemplo, podrían suponer una mejora efectiva de aquél o una concreción de su dispositividad en tales condiciones esenciales, lo que impediría la contractualización de su decadente regulación y la apreciación misma del vacío regulador. El voto mayoritario, por el contrario, considera arbitraria la selección de las materias que mantiene la empresa, hace tabla rasa sin analizar pormenorizadamente la regulación contenida en el convenio –que podría ser eventual o puntualmente de máximos, ej. jornada-, y traslada al contrato todas y cada una de las prescripciones de aquél, luego esa, el vacío regulador, no debe ser la razón principal de su decisión.

Podría considerarse, en cambio, una causa de fondo alternativa, a la que sin embargo la sentencia no le concede valoración explícita alguna; y es que se deja constancia en el Hecho Probado Primero que en los contratos se estableció que resultaría de aplicación el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales. ¿Acaso sea esa la razón de su completa inclusión en los contratos individuales?. En cualquier caso, tampoco esto puede considerarse signifi cativo ni lograría paralizar el efecto del art. 86.3 ET, pues, salvo pacto en contrario, se entendería en principio reenviada a la duración temporal o vigencia de dicha norma<sup>22</sup>.

En segundo lugar la Sala advierte que sus razonamientos están determinados por las peculiaridades del caso que parecen determinar o convertirse en una de las dos razones principales por las que decide esta fórmula de cobertura de vacíos. Veamos cuáles son éstas y las justificaciones que aportan a la solución. La primera peculiaridad es que el proceso negociador sigue abierto. La segunda, es que la propia asociación patronal negociadora, a la que no se cuestiona que pertenezca la empresa demandada, ha decidido mantener las condiciones de los trabajadores ya contratados “*ad cautelam*” en tanto se pronuncian los Tribunales sobre los efectos de la pérdida de la ultraactividad del convenio respecto de las relaciones laborales individuales. Y la tercera particularidad son las etéreas razones de “operatividad, informatización y gestión” que alega la empresa para respetar determinadas condiciones por un tiempo limitado. También aquí las objeciones son trascendentes.

<sup>22</sup> Valdés Dal-Rè, “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, <http://www.ugt.es/actualidad/2012/septiembre/boletin11accionsindical-doc/JORN-Ponencia%20Fernando%20Valdes.pdf>, pág. 27.

Así, el hecho de que continúen las negociaciones actualmente no es causa legal – y sólo lo será convencional si así se pacta – de que se sigan aplicando aquéllas una vez decaído el convenio colectivo. De hecho, su continuidad no es sino consecuencia del mantenimiento del deber de negociar en tanto no se hayan roto las negociaciones pese a la desaparición del convenio, pues por decisión del estatal y la estructura negocial que ¿ja, dicha unidad de negociación no queda absorbida respecto de las materias afectadas, cuya competencia reguladora se la atribuye a las unidades de negociación inferiores. Como acertadamente ha reconocido la doctrina, la pérdida de la ultraactividad no conlleva inexorablemente la pérdida de la unidad de negociación<sup>23</sup>. Habrá por consiguiente que valorar si, como en este caso, se mantiene dicho deber en aplicación de los arts. 89.1, 83 y 84 ET. Por otra parte, ¿en qué se justifica el mantenimiento de dichas condiciones “en tanto prosigan las negociaciones para la ¿rma del nuevo convenio provincial”? Realmente, la única justificación que puede tener la solución elegida por el Tribunal es la de interpretar el art. 86.3 ET en el sentido de que la pérdida de vigencia ultraactiva fundamentalmente supone la pérdida de la tutela de la unidad inferior. Pero ésto no es lo que se dice ni se argumenta en aquélla.

Optando, como hace la sala por interpretar que el art. 86.3 ET supone, salvo pacto en contrario, el ¿n del propio convenio, es cierto que pese al cambio legal, podría tener sentido mantener aquél o sus condiciones laborales cuando las negociaciones se alargasen escasamente por encima del año, de manera que podría considerarse irracional una interpretación inÀexible de la limitación al año del tiempo de la negociación que atentase contra la propia ¿nalidad del precepto y los arts. 28.1 y 37.1 CE. Pero en este caso, repárese en que la denuncia del convenio se hizo automáticamente el 1 de noviembre de 2009, y la mesa negociadora se constituyó el 22 de abril de 2010. A la fecha de la sentencia, el 19 de noviembre de 2013, aún no hay convenio provincial. Y era precisamente ésto lo que se pretendía combatir por el legislador desde la reforma del RDL 7/2011, y aún más decididamente en la de 2012. Por otra parte, el supuesto interés negociador de ambas partes, y más concretamente de la patronal, se salda en la suspensión de las reuniones más cercanas para convocar otras más dilatadas en el tiempo.

También discrepo en las razones vinculadas a esa supuesta desobediencia de la empresa respecto de la decisión adoptada por la Asociación Patronal. La sentencia, da por supuesto que la empresa esté a¿liada a aquélla, da por supuesto que deba obedecerla, y da por supuesto que con aquella declaración, hecha por lo demás a uno sólo de los sindicatos negociadores y el “aquietamiento” de éste, demuestra que el convenio ha sido ¿niquitado por voluntad

<sup>23</sup> Casas Baamonde, M<sup>a</sup>E, “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, cit., págs. 15 y 16.

legal, no de los negociadores y que surja, entiendo yo que debe ser así, una especie de pacto implícito, que como digo, es de obligado cumplimiento para la empresa. Sin embargo, de unas meras declaraciones, a más señas de carácter unilateral, no cabe deducir pacto alguno<sup>24</sup>. De hecho, es mucho deducir que había aquietamiento de los sindicatos cuando fueron ellos los que posteriormente plantearon un conflicto colectivo en contra de la patronal y por tales pretensiones, resueltos pocos días después de esta sentencia a su favor, concretamente el 26 de noviembre de 2013. Repárese por lo demás, que concluida la vigencia ultraactiva, la aplicación del mismo bajo esas condiciones de “acuerdo” tendría que revestir, entiendo yo, la forma de convenio extraestatutario, como de hecho parece asumir la sentencia cuando se alude a la afiliación, no constatada, de la empresa. Pero ni tan siquiera el pacto extraestatutario –y no sólo el estatutario- puede prescindir de la forma escrita o al menos del acuerdo expreso de los negociadores. El principio de seguridad jurídica exige la manifestación expresa, inequívoca y constatable de la voluntad concordante de las partes y, por supuesto, de su contenido<sup>25</sup>. Y por otra parte, considero más que cuestionable que el convenio extraestatutario pueda imponerse incondicional y directamente a los afiliados de los negociadores y, más concretamente, en contra de su voluntad, sin alegación siquiera de los Estatutos de la Asociación a la que se le supone afiliada. Finalmente, si realmente los actores sociales pretendían extender la vigencia ultraactiva del convenio, habría sido tan fácil como acordar precisamente eso antes del 8 de julio, y sencillamente no lo hicieron entonces, y ni tan siquiera después.

En tercer lugar, la otra gran razón principal del sostenimiento de las condiciones de trabajo del convenio decaído, es que los “vacíos” se cubrirían en el propio marco de la negociación colectiva, es la más respetuosa con la voluntad de los negociadores –nuevamente con referencia al comunicado empresarial y al aquietamiento de sus interlocutores-, así como con <<varios derechos, principios y valores de raigambre constitucional y comunitaria y con determinadas normas internacionales ratificadas por España>>, y que por supuesto son los arts. 7, 9.2, 28.1, 37.1 CE, el art. 28.1 de la Carta de los Derechos

<sup>24</sup> Así, la STS 30-9-2013, nº rec. 97/2012, exige que la denuncia del convenio sea expresa, y niega que la constitución de la mesa negociadora sea una denuncia tácita, pues para ello se requeriría de actos concluyentes de negociación de un nuevo convenio colectivo incompatibles con la vigencia de este otro y que aceptan las partes esa forma no legal de denuncia.

<sup>25</sup> Por razones de seguridad jurídica, con apoyo en el apartado 2.1 de la Recomendación nº 91 OIT de 1951, y por cuanto el Tribunal Supremo viene exigiendo que los acuerdos parciales alcanzados a lo largo del proceso negociador sean incorporados al texto final del convenio colectivo, plasmado por escrito y rubricado por los negociadores: Fernández Artiach, P. y Lalaguna Holzwarth, E., “Artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores: validez del convenio colectivo”, en AAVV-coords. F. Pérez de los Cobos y J.Mº Goerlich-, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 367 a 370.

Fundamentales de la Unión Europea, el art. 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los arts. 4 y 5 respectivamente de los Convenios OIT nº 98 y 154. Con la referencia a tales normas y preceptos se pretende apoyar su decisión en un principio que aquéllos recogen de estímulo y fomento de la negociación colectiva laboral entre sindicatos de trabajadores, así como en los vínculos entre negociación colectiva y libertad sindical. Por consiguiente, en virtud de tales principios no puede, en contra de la voluntad de los negociadores y más aún si continúan las negociaciones, hacerse tabla rasa de unas condiciones de trabajo ?jadas por el convenio pericido, a las que se remitían los contratos de trabajo, sin que con tal novación los trabajadores vean en absoluto alteradas sus obligaciones. La legitimación del comportamiento de la empresa redundaría en un serio perjuicio de la negociación colectiva, pues la determinación de las condiciones de trabajo se remitiría a una negociación con los representantes unitarios o directamente con los trabajadores, con importantes consecuencias en el plano de la competencia interempresarial y un debilitamiento del papel del sindicato. Así mismo, la degradación de las condiciones laborales redundaría en un serio perjuicio de la negociación colectiva futura del convenio sectorial provincial.

En mi opinión, ésta, en sus referentes constitucionales, podría haber sido la argumentación jurídica más sólida del voto mayoritario y bien podría haber contribuido a fortalecer la exigencia de su modificación mediante el procedimiento del art. 41.4 ET. Sin embargo, tras su alusión, en lugar de profundizar en razonamientos de corte constitucional, se mezclan éstos y hasta pasan a un segundo plano respecto de valoraciones que bien podía haberlas asumido el legislador en su amplio margen de discrecionalidad, pero que no corresponde imponerlas al juez. Así, difícilmente puede asumirse que la razón pueda ser la evitación del descenso de la negociación al nivel de empresa, pues es más que evidente que la representación unitaria –y, preferentemente, la sindical– puede negociar convenios colectivos en dichos niveles y hasta que éstos prevalezcan sobre los sectoriales<sup>26</sup>. Puede ser deplorable para muchos que con ello y con la actual regulación del descuelgue y muy en particular con la posibilidad de acuerdo con comisiones ad hoc no sindicales se haya facilitado la rebaja de las condiciones laborales como medida de competencia interempresarial<sup>27</sup>. Pero, precisamente por eso, no parece que su evitación sea la ?nalidad primordial

<sup>26</sup> Véase, críticamente respecto dicha interpretación del art. 37.1 CE sostenida por el TC y su intensa remisión al legislador ordinario, que integra en el mismo en igualdad de condiciones para la negociación colectiva tanto a los sindicatos como a la representación unitaria e, incluso, a las comisiones ad hoc: Ruiz Castillo, M<sup>a</sup>M., en J, en Ruiz Castillo, M<sup>a</sup>M y Escribano Gutiérrez, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 44.

<sup>27</sup> Navarro Nieto, F, “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, Temas Laborales, núm. 120, pág. 237.

con la que deba interpretarse la norma. La pérdida de las condiciones disfrutadas puede dificultar su recuperación en la negociación en curso, pero precisamente esa capacidad de ajuste era la que se perseguía, como tampoco puede negarse en la actualidad el carácter reversible del ordenamiento laboral<sup>28</sup>.

Por último, el voto mayoritario declara que la actuación de la empresa modificando unilateralmente la mayor parte de las condiciones de trabajo, manteniendo sólo algunas temporalmente para los ya contratados, sin consultar previamente a los representantes de los trabajadores y sin ofrecer ninguna explicación satisfactoria, es contraria al principio de buena fe, dispuesto en los artículos 1256 y 1258 del Código Civil, y quebranta el principio de equivalencia de las prestaciones contractuales, dado el sinalagma existente entre el trabajo desarrollado por los trabajadores y las contraprestaciones a cargo de la empresa en su consideración conjunta. En consecuencia, la alteración de las condiciones de trabajo tendría que hacerse a través del procedimiento previsto en el art. 41 ET.

Nuevamente parece que los argumentos jurídicos no están suficientemente cerrados. Así, es doctrina sentada por el Tribunal Supremo que una vez concluida la vigencia del convenio extraestatutario, el empresario podrá adoptar decisiones unilaterales de carácter colectivo sin seguir el procedimiento previsto en dicho precepto. Según su jurisprudencia, dichas decisiones no serían modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo pues la culminación de vigencia del pacto libera a éste del cumplimiento de su obligación al no serles predicables la ultraactividad del art. 86.3 ET, y sin que tampoco puedan aquéllos ser origen de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo<sup>29</sup>. El voto mayoritario tendría que explicar, entiendo yo, qué diferencias con el convenio extraestatutario explicarían ahora un criterio tan diferente. Y no lo hace. Por otra parte, atribuir un comportamiento inspirado en la mala fe al que sólo da cumplimiento a la Ley, o cree ejercer los derechos que aquélla le atribuye en situaciones de incertidumbre jurídica, no es tampoco atendible. La mala fe como el fraude de ley, son sanciones jurídicas y sociales que no pueden degradar ni degradarse como armas arrojadas ante el mero desacuerdo objetivo, cuánto menos tan subjetivo. Finalmente, si existe un quebrantamiento del deber de negociar, tendría éste que identificarse positivamente y no pretender su fundamento en un supuesto <<... *arquetipo de conducta general que debe ne los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder...*>>. Quiero decir con esto, que no basta alcanzar la razón con el resultado; por el contrario, considero que el principio de seguridad jurídica y

<sup>28</sup> Escribano Gutierrez, J, en Ruiz Castillo, M<sup>º</sup>M y Escribano Gutiérrez, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 174.

<sup>29</sup> SSTS. 22-7-2013, rec. Cas. 106/2012; 14-5-2013, rec. Cas. 285/2011; 9-2-2010, rec. Cas. 105/2009.

demás derechos constitucionales del art. 9.2 y 24.1CE, exigen cuidar al máximo el valor los argumentos que sirvan de sostén a la decisión, tanto más cuanto más novedosa e innovadora, en definitiva, pionera sea.

### 3. LA LIBRE DISPOSITIVIDAD UNILATERAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DECAIDAS. LA SOBRIEDAD DE UN VOTO PARTICULAR

El voto particular sigue por así decirlo una línea más positivista en relación a los efectos de la pérdida del convenio. Con argumentos más tradicionales y aparentemente concordantes con la jurisprudencia sobre condición más beneficiosa y principio de modernidad del convenio colectivo, niega que el convenio estatutario decaído pueda de alguna manera seguir aplicándose, sin hacer salvedad material alguna, pues “... *un convenio extinguido no es título jurídico ni de nada ni para nada...*”<sup>30</sup>. Niega, al igual que hicimos nosotros, que el mantenimiento de las negociaciones justifique la continuidad en la aplicación del convenio, que además considera *contra legem*, al ser claro el tenor literal del art. 86.3ET, así como contrario a la voluntad de las partes. Por último, considera que la decisión de las empresas de mantener si bien limitadamente algunas de tales condiciones de trabajo, “*no es sino una renuncia parcial y transitoria de derechos...*”, resultándole -como a nosotros- incomprensible que tal actitud se convierta en un motivo más para obtener una sentencia adversa en el presente conflicto. Para concluir, también el voto particular llama la atención sobre el papel del juez y parece señalar de un marcado voluntarismo a la solución y argumentación del voto mayoritario.

Como vemos, ahora la sentencia nos ofrece esa otra visión que asume como principal efecto del decaimiento del convenio y ante el posible vacío convencional, la aplicación en lo posible del Estatuto de los Trabajadores y la ampliación de los poderes unilaterales del empresario. Y como únicas posibilidades de cobertura de dicho vacío, las que aporte la propia negociación colectiva o la vía de la reglamentación sectorial estatal de la Disposición Adicional

<sup>30</sup> Por todas, por ejemplo: SSTs. 12-3-2012, rec. 4/2011, en aplicación del precepto anterior a la reforma de 2012: “Y, específicamente, con respecto a la regla del art. 86.3ET, nuestra propia Sala también ha establecido que la misma “*está concebida en este precepto legal como norma disponible por la autonomía colectiva (“En defecto de pacto...”)*, para conservar provisionalmente cláusulas del convenio anterior durante la negociación del convenio siguiente (“...se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio”), y no (...) para cubrir un vacío normativo surgido a raíz de la conclusión del convenio siguiente ya celebrado”.

7ª ET<sup>31</sup>, e incluso la autonomía individual<sup>32</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA INTERMEDIA DE CONTRACTUALIZACIÓN ALTERNATIVA

El debate en torno a la interpretación del art. 86.3 ET y sus consecuencias aplicativas es como mínimo tan interesante como interesado. De hecho se ha provocado una mayor dificultad en la interpretación del precepto por haberse generado posturas que parecen buscar a toda costa soluciones atrincheradas a favor de una u otra de las partes en conflicto o de un concepto personal de justicia. Pero por encima de todo, la discusión está plenamente justificada no ya por lo novedoso sino por lo rupturista de la opción legal, y la incertidumbre generada por los elocuentes silencios de la norma. Ante tales dificultades dogmáticas, la sentencia del TSJ del País Vasco de 19 de noviembre de 2013 aborda el núcleo duro de las consecuencias más profundas del precepto, en definitiva, los efectos del decaimiento del convenio en un supuesto de vacío convencional y los márgenes subsiguientes de los poderes empresariales. Y lo hace asumiendo la contractualización automática de todas y cada una de las anteriores condiciones previstas en el desaparecido convenio y no reguladas en el estatal aplicable y extendiéndolas, por lo demás, a los trabajadores de nuevo ingreso.

Sin restarle mérito a un pronunciamiento pionero, probablemente valiente y comprometido, considero, como he dejado en evidencia en páginas anteriores y -por supuesto- aún a riesgo de equivocarme, que la decisión del Tribunal es intuitiva pero que no acierta a dar en el blanco de los argumentos precisos. Así, la contractualización de las condiciones esenciales de la prestación previstas en el convenio decaído del supuesto, en definitiva y en sentido amplio, jornada y salario, efectivamente puede resolver transitoriamente el vacío regulador -si efectivamente existe tras análisis del contrato o de su efectiva prestación-, y hacerlo con plena independencia de si persisten o no las negociaciones de su renovación. Su fundamento se encontraría en argumentos propios de la Teoría general de los contratos, de manera que lo trascendente es que el objeto del contrato de trabajo tiene que existir y ser fijado por acuerdo, individual o colectivo, independiente del arbitrio de una de las partes, y que el ordenamiento laboral no se ocupa de ello, sino tan sólo de prever sus límites tutelares lo

<sup>31</sup> Por todos: F. Navarro Nieto, "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva", cit., pág. 988.

<sup>32</sup> Durán López, F., "La vigencia...", cit.,; Escribano Gutiérrez, J., en Ruiz Castillo, M<sup>CM</sup> y Escribano Gutiérrez, "La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo", cit., págs. 181 a 185.

que, obviamente, no es lo mismo. Por el contrario y salvo casos extremos de pequeñas dilaciones, no se puede justificar el sostenimiento del resto o, mejor, del grueso de las condiciones previstas en la norma colectiva desaparecida, ni aún mantenidas las negociaciones de la renovación del convenio. Para aquéllas la conclusión es que ni hay vacío, ni se han generado condiciones más beneficiosas, ni corresponde su aplicación ex arts. 82.3 y 4 y 86.3 y 4 ET. Una vez decidido ésto, no puede sino concluirse la aplicabilidad del art. 41 ET respecto de esas condiciones esenciales, ya sea la modificación individual o colectiva y, en éste caso, afirmar con certeza el deber de negociar que en él se funda. También los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE, pueden contribuir decisivamente a fortalecer la dimensión colectiva y sindical del proceso de negociación a nivel de empresa, bien a través del propio art. 41.4 ET, bien a través de la iniciativa sindical de negociación de convenio a dicho nivel, nuevamente con un incuestionable deber de negociar (art. 89.1 ET). Y desde luego, en mi opinión, ambas vías y razones serían suficientes para la prohibición de los pactos en masa. Finalmente, es cierto que nuestros Tribunales vienen negando la contractualización y exigencia del cauce del art. 41 ET cuando se trata de la realización de un convenio extraestatutario. Sin embargo, considero que esta doctrina no es necesariamente trasladable al caso del convenio estatutario fenecido y respecto de estas condiciones esenciales. En tanto que el carácter contractual, obligacional, del convenio extraestatutario sencillamente desplaza de manera temporal las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, el carácter normativo del convenio estatutario le otorga una vocación de auténtica sustitución, provocando en su caso la nulidad parcial, irrecuperable en consecuencia, de aquéllas que lo contradigan. Una y otra situación, como vemos son ontológicamente distintas y tras su decadencia, la del convenio estatutario, en el común de los casos ya no habrá hogar a donde regresar. Y ahora, muy sinceramente, salvo mejor criterio.

## BIBLIOGRAFÍA

- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>E, “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, RLL, nº 6, 2013.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>E/GARCÍA QUIÑONES, JC., “Cuestiones jurídicas sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Informe 314, <http://start.mysearchdial.com/results.php?q=Cuestiones+jur%C3%ADdicas+sobre+la+ultraactividad+de+los+convenios+colectivos%E2%80%99D&a=dsites0101&f=1&category=web&cd=2XzuyEtN2Y1L-1Qzu0EtD0C0ByE0EtD0A0D0C0CyD0AyEtD0DtN0D0Tzu-0SyByEyBtN1L2XzutBtFtBtFtCyDtFtCyDzytBtN1L1CzutDzytDtCt-G1T&cr=654790962&uref=null&start=1>.

- CRUZ VILLALÓN, J., "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en AAVV –dirs. I. García-Perrote Escartín/J.R. Mercader Uguina-, "Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", Lex Nova, Valladolid, 2012.
- DURÁN LÓPEZ, F, "Hacia la libertad contractual", Cinco días, 2-7-2013.
- DURÁN LÓPEZ, F, "La vigencia del convenio colectivo", Cinco días, 13-2-2007.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, "La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012", Ed. Cinca, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y LALAGUNA HOLZWARTH, E., "Artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores: validez del convenio colectivo", en AAVV-coords. F. Pérez de los Cobos y J.Mª Goerlich-, "El régimen jurídico de la negociación colectiva en España", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GINÈS I FABRELLAS, A, "Vigencia de los convenios colectivos anteriores a la reforma laboral 2012 con cláusula de ultraactividad ilimitada", Actualidad Laboral, nº 1, enero 2014.
- LANTARÓN BARQUÍN, "Repensando en la autonomía colectiva <<versus>> autonomía individual", en AAVV-dir. J.L. Monereo y Mª Nieves Moreno-, "El sistema de negociación colectiva en España", Thonson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.
- NAVARRO NIETO, F, "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva", en AAVV, "Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012" AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NAVARRO NIETO, F, "El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos", Temas Laborales, núm. 120.
- MARTÍNEZ MORENO, C, "La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad", en AAVV –dir. J.L. Monereo y Mª Nieves Moreno-, "El sistema de negociación colectiva en España", Thonson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.
- MERCADER UGUINA, J.R., "La reforma de la negociación colectiva en el RD-L 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad", en AAVV –dirs. I. García-Perrote y J.R. Mercader-, "Reforma Laboral 2012", Lex Nova, Valladolid, 2012.

- MOLINA NAVARRETE, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad” normativa de los convenios: ¿en serio una “cuenta atrás” hacia el “abismo laboral” español?”, *Temas Laborales*, nº 120/2013.
- RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>M y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, *Rev. Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013, BIB 2013\1423.
- VALDÉS DAL-RE, “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, <http://www.ugt.es/actualidad/2012/septiembre/boletin11accionesindical-doc/JORN-Ponencia%20Fernando%20Valdes.pdf>