

# ÀREA D'ESTUDI I FORMACIÓ

GABINET JURÍDIC UGT CATALUNYA

Luis Ezquerro Escudero

ÀREA D'ESTUDI I FORMACIÓ .....	1
1.- Ley y convenio colectivo. Dos fuentes de derecho concurrentes en una misma materia. ....	1
2.- DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 37.1 CE.....	5
3.- ACTUAL REGULACIÓN Y OPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 86.3 ET. INEXISTENCIA DE CONVENIO COLECTIVO SUPERIOR. ....	7
3.1.- Ruptura del equilibrio e interés de los sujetos negociadores; favorecimiento a unos de los sujetos negociadores. ....	7
3.2.- Supuesto que conduce a la inexistencia de complementariedad y concurrencia entre convenio colectivo y ley. ....	12
4.- ARTÍCULO 86.3 ET. CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES POR TÁCITA RECONDUCCIÓN. ....	16

## 1.- Ley y convenio colectivo. Dos fuentes de derecho concurrentes en una misma materia.

Las premisas de la que partimos son las siguientes:

La ley es una indiscutida fuente de derecho que tiene capacidad para, entre otras materias, regular las condiciones laborales y, por ende, se incorpora de forma automática al contrato de trabajo.

El Convenio colectivo también es una fuente de derecho que regula las condiciones laborales, con igual eficacia general y también se incorpora de forma automática al contrato de trabajo. Y ello a pesar de su conceptualización como derecho constitucional dado que da como fruto regulaciones heterónomas que ostentan los requisitos de generalidad y abstracción propia de la norma legal (M.R. Alarcón Caracul). El Tribunal Constitucional, STC 280/ 2006 "...el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la Ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito...", igualmente STC 177/ 1988; ATC 217/ 1984. A nivel de TS: "Como ya tuvo ocasión de señalar la Sala cuarta del *TS en sentencia de 4 de mayo de 1994* , citada en la *STS de 21 de mayo de 2013* "ante todo se ha de tener en cuenta que los Convenios Colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, de modo que vienen a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas, por ser una

verdadera fuente de Derecho, tal como se desprende de lo que disponen el *art. 37-1 de la Constitución Española* y los *arts. 3-1-b ) y 82 del Estatuto de los Trabajadores...*" SAN 1706/ 2014, de 3 de febrero 2014.

Ambas fuentes de derecho tienen cobertura constitucional. Si bien, la Ley como tal es una expresión directa de la capacidad legislativa de las Cortes que ostentan la representación del pueblo español. Se trata por tanto del aspecto funcional típico de la actividad legislativa, connatural a este poder. Esta claro que ello afecta a los mecanismos de solución de conflictos cuando ambas fuentes de derecho concurren conflictivamente. La primacía de la fuente legal parece cuestión natural, STC 280/ 2006, "...3. El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución...".

De cualquier forma, esto excluye que la relación entre convenio colectivo y ley se resuelva bajo el criterio de imperatividad de la norma legal. Tanto el convenio colectivo como la ley, aunque no se confundan, tienen eficacia general. Y sus regulaciones se integran en los contratos de forma automática. La ley no impone su imperatividad al convenio, sino su primacía. Es fuente de derecho prevalente en caso de conflicto. En el ámbito laboral hay dos fuentes de derecho con amparo constitucional, la ley y el convenio colectivo, pero la primera es fuente de derecho general, frente al convenio que es sectorial y cuasi especial. Así lo reconoce el propio STC 177/1988:

"El Convenio colectivo es por definición una norma «sectorial», por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio)".

Ahora bien, hay también esenciales diferencias. El sujeto legislativo creador de la ley no puede hacer dejación de esta capacidad o prerrogativa. Ciertamente no puede negarse el criterio de oportunidad en la elaboración de las leyes, como tampoco el de obligación cuando la sociedad así lo requiere o se mandata por la propia Constitución. El legislador ordinario no puede ignorar y no utilizar su capacidad ordenadora de la sociedad mediante el uso de este instrumento que es la Ley.

Por el contrario, la negociación colectiva como fuente de derecho no impone a sus especiales legisladores la obligación de ordenarse. Parte de la premisa del interés de ambas partes, sujetos negociadores. El acompañamiento de este interés con la obligación legal de acudir a la llamada negociadora y estar obligado a negociar de buena fe, pero no a llegar a un acuerdo final, no son más que formas que acompañan al verdadero motor de la negociación colectiva: el concurrente interés de ambos sujetos negociadores en utilizar esta fuente de derecho por ser el mejor instrumento de adaptación a su realidad y por reflejar con precisión el equilibrio entre los intereses de las partes. La capacidad de autogobernarse como reconoce un sector doctrinal (Salvador del Rey Guanter).

No en vano, el convenio colectivo se constituye en la fuente legal natural para regular las condiciones laborales entre empresarios y trabajadores. Conforman el aspecto funcional de la libertad sindical, parte esencial de la actividad del Sindicato. "Como repetidamente ha declarado nuestra jurisprudencia, la libertad sindical comprende el

derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar "contenido esencial" de tal derecho; parte de este núcleo del art. 28.1 CE lo constituye, sin duda, la negociación colectiva de condiciones de trabajo, puesto que resulta inimaginable que sin ella se logren desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el art. 7 CE (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 73/1984, de 27 de junio, FFJJ 1 y 4; 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ 4; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2

Podría pensarse que dada la condición de fuente natural y especial del convenio colectivo éste debería prevalecer en caso de conflicto en atención a este especie de criterio de especialización. Esto no es así en la concurrencia formal (jerarquía normativa), pero sí en la material, porque en realidad ésta en su obligación de garantizar la negociación colectiva adquiere una estructura de regulación mínima, homogénea y garantista, incluso en su función subsidiaria. Deja amplio espacio material a la negociación colectiva para que ejerza su condición de norma sectorial del convenio colectivo. En definitiva, permite que prevalezca como regulación más adecuada y ajustada a los intereses de los sujetos a los que afecta. Y esto es connatural a su función garantista de la negociación colectiva derivada del 37.1 CE. Esta amplia libertad de la negociación colectiva ha sido reconocida en los trabajos preparatorios del Convenio 154 OIT al referirse a las materias objeto de negociación colectiva, indicando que «las partes gozan de plena libertad para determinar, dentro de los límites de las leyes y del orden público, el contenido de esos acuerdos y también, por tanto, para convenir cláusulas relativas a todas las cuestiones de trabajo y de vida, comprendiendo especialmente medidas sociales de todas clases » (OIT: *Relaciones profesionales*, Informe V (2), Conferencia Internacional del Trabajo, 34.ª reunión, 1951, págs. 53-54). Parte de la premisa que la función de la ley es de fijación de "límites" y, por tanto, la regla general es que sea el acuerdo colectivo quien ocupe este espacio material como objeto natural y propio.

Y para conseguir este marco objetivo donde la negociación colectivo es el principal instrumento auto-regulador de los intereses de los sujetos destinatarios de esta ordenación, la ley viene obligada a cumplir ciertas condiciones o requisitos:

Garantizar la paridad de los sujetos negociadores como punto de partida. Lo que supone una especial protección de la capacidad negociadora de los sindicatos como sujetos idóneos para conseguir esta paridad, tal como refleja la doctrina constitucional. STC 238/ 2005. "Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan, permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos" (STC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6)".

Esto supone que la fijación de un marco legal objetivo que beneficie a un sujeto en detrimento de otro hace decaer el interés de dicho sujeto por la utilización de una fuente de derecho en la que de partida se encuentra en situación de desventaja (salvo que sea una medida de igualación). Y esta ventaja o desventaja puede tener su origen en la propia regulación de la negociación colectiva o bien en la regulación legal que ofrece

una regulación sustantiva alternativa más beneficiosa para uno de los sujetos negociadores. En tal caso, la ley opera como un acto de injerencia en un derecho de libertad especial cual es la libertad sindical, siendo además éste un principio básico de la OIT sobre negociación colectiva (Negociación Colectiva, normas de la OIT y principios de los órganos de control; Bernard Gernigon; Alberto Odero y Horacio Guido).

En relación directa con el anterior punto, la ley debe incentivar el interés de los sujetos negociadores por usar y utilizar esta especializada y propia fuente de derecho, de forma que la elección de estos por utilizar la misma tenga claros beneficios directos e indirectos.

Por último, el Estatuto de los Trabajadores en su condición de norma legal que puede concurrir en la regulación sustantiva de las condiciones de la prestación laboral, debe hacer un uso de esta capacidad acorde con su obligación de garantizar la negociación colectiva. Y esto le impide operar como regulación global y completa de mínimos. Su estructura se vuelve cada vez más compleja. No sólo por desregularse cada vez más en favor de la negociación colectiva, sino también porque cuando regula ciertas materias lo hace como norma defectiva o subsidiaria, a veces como norma complementaria en una regulación articulada entre ambas fuentes de derecho. No niega su capacidad como fuente de derecho en estas materias, así como tampoco su primacía jerárquica, pero también asume su obligación de admitir la realidad de esta otra fuente de derecho y dejar a ésta que opere en primer plano y ello porque éste es el modelo constitucional.

Ejemplo de ello ha sido la Ley 11/1994. Esta regulación legal en su exposición de motivos expresó su voluntad de remitir a la negociación colectiva a fin de que regulase las condiciones laborales en su globalidad, dejando a la ley como instrumento de límites y vacíos. Así incidió sobre ciertas materias consideradas sustanciales fijando mínimos legales o incluso máximos o regulación exclusiva, así como normación defectiva. En todo lo demás remitió en bloque a la negociación colectiva confirmada por nuestros Tribunales bajo argumentos de acomodo al modelo constitucional.

Roj: STS 3042/1998

Id Cendoj: 28079140011998100745

En el presente caso es muy claro que el convenio se ha negociado dentro del respeto a las leyes y a los mínimos de derecho necesario (artículo 85.1 y 3.3 del Estatuto); se negoció estando vigente el Real Decreto 1989/84 y publicada que fue la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que como afirma en su Exposición de Motivos, potencia la negociación colectiva y establece un "proceso de cesión de la norma estatal en favor de la convencional que responde plenamente al contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva", como ocurre con la nueva regulación del artículo 15 del Estatuto, sobre duración del contrato, que afecta a la materia que aquí nos incumbe. (igual, Roj: STS 3981/1998; Id Cendoj: 28079140011998100112)

Esto conduce a afirmar de forma categórica que el Estatuto de los Trabajadores actual no puede operar como bloque normativo completo de mínimos (suelo de mínimos), porque se encuentra desregularizado a favor de la negociación colectiva, criterio consolidado por la Ley 11/1994. Y este modelo viene exigido por la delimitación del artículo 37.1 CE. Ni el Estatuto de los Trabajadores, ni demás normativa legal, tiene una regulación completa de mínimos.

En esta obligación de garantizar la negociación colectiva la ley debe incentivar a los sujetos negociadores para que realicen sus propias regulaciones, más cercanas a su

realidad sectorial o empresarial. Pero también se encarga de no ofrecer ninguna situación de ventaja a ninguno de los sujetos negociadores que haga gravoso acudir a esta fuente de derecho. Y una regulación legal completa, global y de mínimos conduciría a este resultado. Y por otro lado transformaría a los convenios en simples normas de mejora lo que en modo alguno ha sido la voluntad del legislador constitucional.

Y sobre todo porque si la ley se comportase de esta manera estaría desincentivando el interés de los sujetos de esta fuente de derecho en utilizar la misma. Y cabe entender que este interés es un aspecto esencial que garantiza la negociación colectiva y cuyo desconocimiento convierte a esta fuente de derecho en sumamente inoperativa e ineficaz.

## **2.- DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 37.1 CE.**

Sin entrar en polémicas doctrinales, la premisa de partida es que la delimitación de un derecho constitucional es aquella que deriva de la propia regulación constitucional del mismo. Por tanto, esta no puede ser alterada por la legalidad ordinaria, al margen de los límites que puedan derivar de otros derechos y bienes jurídico constitucionales y, por tanto, externos a esta propia delimitación (STC 185/ 2003; "Nos situaremos, pues, no en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 333/ 1997 ).

La ley es fuente de derecho regulada de forma básica por la Constitución. Por el contrario, el convenio colectivo estatutario al que se llega por la negociación colectiva debe ser regulado por la ley ordinaria. Es de configuración legal. Ahora bien, la delimitación constitucional de este derecho no remite a la ley para dicha regulación sin más, al contrario le exige que garantice esta fuente de derecho. O sea, debe garantizar su existencia real y material.

El artículo 37.1 CE, impone este mandato constitucional a la ley: garantizar el derecho a la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores. Supone esto la exigencia de configurar un marco objetivo que dé cumplimiento a este mandato constitucional. Este marco legal se constituye en aspecto objetivo de este derecho constitucional que no puede ser desconocido por la ley. Y este marco objetivo siendo de libre configuración por el legislador debe respetar la exigencia constitucional de "garantía" de la negociación colectiva. Sea cual sea el sistema de negociación colectiva regulado por ley, ésta debe estar garantizada en su vertiente de convenio colectivo autorregulador de las condiciones laborales entre trabajadores y empresarios. Y ello porque deriva de la propia delimitación del artículo 37.1 CE.

En consecuencia una configuración legal del derecho a la negociación colectiva que niegue la existencia de la negociación colectiva como fuente de derecho en las relaciones laborales atenta a la exigencia de garantía que el artículo 37.1 CE, impone a la ley ordinaria. Y si además nos encontramos que se ciega la negociación colectiva de

los sindicatos en tal caso el art. 37.1 viene complementado por el 28.1 CE, de protección constitucional reforzada, tal como ha venido indicando la doctrina del Tribunal Constitucional: "Por tanto, negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora de los sindicatos implica una violación del derecho a la libertad sindical que consagra el art. 28.1 CE (SSTC 187/1987, de 24 de noviembre, 108/1989, de 8 de junio, 184/1991, de 30 de septiembre, 105/1992, de 1 de julio, 208/1993, de 28 de junio, y 74/1996, de 30 de abril, entre otras), lo resume STC 107/2000 de 5 de mayo del 2000".

Y cegar esta negociación colectiva puede hacerse a través de una regulación legal que niegue de forma expresa esta capacidad, o bien, indirectamente, restándole ámbitos y materias hasta dejarla vacía de contenido, o simplemente otorgándole contenidos y procedimientos pero contraponiendo una regulación legal alternativa de mínimos que ofrezca una situación de ventaja o especial interés a uno de estos especiales sujetos negociadores, de forma que carezcan de interés en alcanzar un acuerdo que sólo le puede ser más gravoso.

Esto parte de la premisa de que la ley tiene un mandato constitucional para configurar una fuente de derecho como es el convenio colectivo con un espacio material propio. Esto evidencia que la ley opera en un doble canal: como instrumento legal que viene obligado a configurar otra fuente de derecho, convenio colectivo estatutario, con obligación de dotarle de un espacio material para que esta pueda ser real, existente y eficaz; y en segundo lugar, la ley como fuente concurrente con el convenio colectivo, propia fuente de derecho que puede regular directamente la materia que igualmente regula el convenio estatutario.

Y como conclusión final, derivada del 37.1 CE, es que siendo así, la ley no puede utilizar jamás el criterio de jerarquía normativa para dejar inoperativo y sin contenido al convenio colectivo como tal fuente de derecho. Ni la ley que configura la negociación colectiva estatutaria puede dejar inoperativo el convenio colectivo por defectuosa regulación de esta fuente de derecho. Ni la ley que de forma concurrente regula materias sustantivas de contenido laboral puede pretender realizar regulaciones absolutas y de totalidad en la materia aduciendo que todos ellos son imperativos legales aunque sea de mínimos. Esta impelida a garantizar esta fuente de derecho por mandato constitucional y esto le veda esta actuación, salvo contravención directa del artículo 37.1 CE.

Lógica consecuencia de ello, es que nos encontramos con dos fuentes de derecho que inciden o tienen como objeto regular las mismas materias. Dos fuentes que concurren sobre unas mismas materias. Y esto obliga a que el propio ordenamiento jurídico establezca un mecanismo jurídico de solución del conflicto cuando estas dos fuentes en su concurrencia generan una antinomia jurídica. Ahora bien, la existencia de este mecanismo de solución de conflictos entre ambas fuentes de derecho no puede ser excusa o argumento para imponerse de forma absoluta a una de ellas, en modo alguno esta pensado para ello. El criterio de primacía de la ley, no puede llevarnos a soslayar la primera obligación constitucional que deriva del artículo 37.1 CE, la garantía constitucional de la negociación colectiva por la ley. El incumplimiento de este mandato constitucional atenta de forma directa contra la delimitación del art. 37.1 CE, pero también afecta e incide en el 28.1 CE, y en el propio modelo constitucional representado, entre otros, por el art. 7 CE.

Esta fuente de derecho que es el convenio colectivo debe tener plena operatividad y realidad jurídico material, o sea, debe existir y ser plenamente operativa. Lo que supone negar que la ley pueda regular una puerta falsa cuyo resultado final consista en dejar a sectores productivos enteros a merced de la exclusiva regulación legal. Y menos admitir que esta regulación legal se pueda interpretar y aplicar como verdadera reforma constitucional que altere la delimitación constitucional del actual artículo 37.1 CE, argumentando que la Ley tiene absoluta competencia a la hora de configurar esta fuente de derecho, negando implícitamente su obligación de garantía en la negociación colectiva, así como ignorando la función natural de los sindicatos como sujetos tributarios por antonomasia de esta negociación colectiva.

La ley no puede dejar sin eficacia operativa y sentido natural a esta fuente de derecho que es el convenio colectivo en su función reguladora de las condiciones laborales de empresarios y trabajadores. Y esto ni siquiera por la vía de su regulación legal, puesto que ésta viene sujeta por imperativo constitucional a respetar la delimitación del artículo 37.1 CE. Y si estamos ante negociación colectiva supraempresarial también bajo el paraguas del artículo 28.1 CE.

En consecuencia, la configuración de un marco legal que deje sin operatividad el mandato imperativo y constitucional del artículo 37.1 CE, supone lesión clara del propio mandato constitucional. La configuración de un modelo legal ajeno a la previsión constitucional sobre negociación colectiva como fuente de derecho reguladora de las condiciones laborales entre trabajadores y empresario no puede resultar baladí, ni tampoco mera cuestión de legalidad ordinaria.

La ley en su condición de fuente de derecho con potestad para regular condiciones laborales que integran el contenido normativizado del contrato de trabajo no puede dejar sin espacio al convenio colectivo estatutario. Y ello, porque en su condición de instrumento normativo tiene un mandato constitucional de configurar esta última fuente de derecho con un espacio material para que pueda existir y ser operativo en términos reales. Esto supone que le obliga a concurrir con esta especial fuente de derecho en el ámbito laboral. Concurrencia obligada por mor del artículo 37.1 CE.

### **3.- ACTUAL REGULACIÓN Y OPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 86.3 ET. INEXISTENCIA DE CONVENIO COLECTIVO SUPERIOR.**

#### ***3.1.- Ruptura del equilibrio e interés de los sujetos negociadores; favorecimiento a unos de los sujetos negociadores.***

El actual artículo 86.3 ET, Reforma Laboral del 2012, ha obligado a los sujetos con capacidad negociadora a limitar su libertad negociadora para alcanzar un nuevo convenio colectivo. La finalidad es la búsqueda de dinamismo del proceso negociador

en aras de la adaptabilidad a las condiciones cambiantes de la empresa (Ley 3/ 2012, "Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa). Esto como cuestión de principio supone ruptura de la finalidad fijada constitucionalmente para este fuente de derecho. Ésta contempla la negociación colectiva como instrumento capaz de obtener un equilibrio de intereses entre los sujetos con capacidad negociadora, empresarios y trabajadores bajo el criterio de paridad e igualdad de armas (función igualitaria de la negociación colectiva, M.R. Alarcón Caracuel), y que ahora se rompe porque la ley establece un criterio de prevalencia empresarial. El interés empresarial prevalece sobre el interés de los trabajadores. La negociación colectiva debe ser dinámica y limitarse el período de negociación colectiva atendiendo al interés empresarial, el interés de los trabajadores queda subordinado a la consecución de este fin. Negar que esta medida no rompe la paridad e igualdad de los sujetos colectivos negociadores es una entelequia.

En este sentido no es dable ignorar las exigencias de Tratados Internacionales suscritos por España y que le vinculan caso del Convenio 154 de la OIT.

(C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154); artículo 8. Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva.)

Resulta harto evidente que la fijación de un plazo máximo para llegar a un acuerdo puede tener su dosis de racionalidad, pero esta es inversamente proporcional a la presión que impone a las partes para llegar a un acuerdo. A medida que el plazo es menor mayor es la presión para llegar a un acuerdo. Y si la celeridad tiene como único objetivo atender los intereses y problemas de la empresa esta presión atenta contra la libertad negociadora del otro sujeto que interviene en la misma, prioritariamente los sindicatos. Presión que se incrementa cuando no llegar a un acuerdo supone quedarse sin convenio colectivo aplicable. Su incidencia en la libertad de los sujetos negociadores es directa. La ruptura de la función de la negociación colectiva como instrumento que reequilibra la posición de los trabajadores. Y ciertamente se trata de una medida legal que acaba obstaculizando la libertad de negociación colectiva en los términos reflejados por el Convenio 154 OIT mencionado.

Y si además de quedarse sin convenio colectivo entramos en un vacío normativo cuya solución es la remisión a la amplia desregulación legal, en tal caso la actual regulación legal ha optado por gravar con un claro perjuicio directo e inmediato a los trabajadores mermando su capacidad negociadora y, cambiando los parámetros configuradores de la misma. La libertad en la autocomposición de intereses se ha roto, la paridad obtenida con esta institución también.

La finalidad pretendida por el artículo 86.3 ET rompe con la libertad de gestión que la Constitución Española ha dejado en manos de los sujetos colectivos. No podemos obviar que la negociación colectiva que se integra dentro de la actividad sindical, artículo 28.1 CE, es un derecho de libertad. Libertad de gestión en el aspecto formal de gestión del procedimiento de negociación colectiva sin injerencias externas y en el sustantivo de libertad configuradora de sus intereses en juego bajo el criterio de igualdad de las partes. Esta configuración de la negociación colectiva daba entrada al valor superior constitucional de Igualdad material. (STC 238/ 2005 "Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan, permite la negociación



equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos" (STC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6")

Y este valor esencial no supone simplemente un canto a la libertad negociadora de las partes, sino a la configuración constitucional implícita de una medida positiva que conforma la esencia de la negociación colectiva y cuyo desconocimiento afecta a este minimum esencial. La negociación colectiva pretende la equiparación de la posición de los empresarios y trabajadores a la hora de regular las condiciones de trabajo. Y por tanto, el resultado alcanzado en la misma supone una presunción de equilibrio entre prestaciones y contraprestaciones conseguido por la especial idoneidad del instrumento utilizado, de configuración constitucional, que garantiza una igualdad material de las partes negociadoras, superando la mera igualdad formal (BAYLOS GRAU, A., "Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo", RDS, núm. 1, 1998, pág. 13, y la bibliografía allí citada). La ruptura de esta paridad en el "interés negociador" acaba afectando a la existencia del propio interés como motor de la negociación colectiva.

Es cierto que se puede matizar que el interés prevalente de la empresa sólo se atiende si los sujetos negociadores así lo consideran, puesto que la regulación legal de la ultraactividad (86.3 ET) sigue siendo dispositiva o defectiva. (Roj: STSJ PV 1186/2013; Id Cendoj: 48020340012013100569. STSJ PV 1189/2013; Id Cendoj: 48020340012013100572. STSJ MAD 17030/2013, Id Cendoj: 28079340062013100913. STSJ GAL 10131/2013; Id Cendoj: 15030340012013105680. STSJ CAT 12989/2013; Id Cendoj: 08019340012013108195. STSJ AND 254/2014; Id Cendoj: 18087340012014100001). O sea que será la otra fuente de derecho, la negociación colectiva quién fijara como prevalente el interés del empresario o no al regular la ultraactividad.

Pero, en términos constitucionales no es dable ignorar que es la ley quién viene obligada a regular esta fuente de derecho y que debe configurarla bajo la delimitación constitucional del artículo 37.1 CE, en su relación de complementariedad con el art. 28.1 y también atendiendo al art. 7 CE. En este sentido es la ley quién debe crear un marco objetivo de negociación colectiva donde la confluencia de intereses bajo el criterio de paridad quede garantizado. Y a partir del actual 86.3 ET, queda en manos de la voluntad concorde de las partes enfrentadas en la negociación colectiva garantizar la pervivencia de la negociación colectiva, cuando esto es una garantía que el artículo 37.1 CE, exige a la ley; y por el contrario, es ésta misma ley la que ahora se encarga de romper la paridad de estos sujetos negociadores al convertir el buen funcionamiento de la empresa en el interés prevalente que debe guiar a los mismos.

La obligación de respeto a la Constitución es predicable respecto a la ley y al convenio colectivo sin lugar a dudas. Pero cuando la ley opera en su función de creación del marco objetivo del artículo 37.1 CE, dando lugar a la configuración legal de la negociación colectiva no sólo se plantea el respeto al bloque de constitucionalidad, sino si esta configuración legal cumple con las exigencias que derivan de la delimitación de este derecho constitucional en relación con los otros derechos y valores superiores de tipo constitucional. Su incumplimiento supone más que lesión del derecho fundamental, alteración de su regulación constitucional. En tales casos, la regulación legal altera la regulación constitucional del artículo 37.1 CE.

Y en tal sentido, la exposición de motivos del RDL 3/ 2012, y de la Ley 3/ 2012, al dejar de garantizar la paridad e igualdad de los intereses de los sujetos con capacidad

negociadora en los convenios colectivos, haciendo prevalecer el interés de la empresa, cambia la configuración y regulación constitucional, alterando sustancialmente el modelo constitucional. El efecto igualador de la negociación colectiva queda rota. Y la libertad en la gestión de los respectivos intereses como libertad subjetiva propia de la libertad sindical también, STC 177/ 1988. "Pero, además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular las condiciones de trabajo y productividad».

Pero, junto a ello, hay otra afectación al Principio de Igualdad en la aplicación de la ley, concretamente del artículo 86.3 ET. La libertad del convenio colectivo en la fijación de su equilibrio interno contiene una determinada configuración del principio de igualdad en la unidad de valor entre prestación y contraprestación. O sea entre grupos profesionales y salarios. Ya se dio una interesante definición en el Tratado de Roma de 1957, en su artículo 119, al prohibir la discriminación salario por razón de sexo y le daba el siguiente significado " a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo". En parecidos términos, nuestro Tribunal Constitucional, STC 31/ 1984; 34/ 2004, bajo el criterio de "a igual valor trabajo igual valor retribución". Y ahora, tras la Reforma Laboral, nos obliga a buscar la protección de este Principio de Igualdad, pero reformulando el mismo en términos de "a desigual valor trabajo cabe desigual valor retributivo".

Es cierto que resulta difícilmente defendible negar que una regulación legal global y completa como las antiguas Ordenanzas Laborales no pudiera cubrir el vacío del convenio y sustituir su equilibrio por un equilibrio entre prestaciones y contraprestaciones fijadas legalmente. Ahora bien, sí que es cuestionable que una regulación legal única y ajena a este equilibrio pueda ser utilizada desconociendo la diversidad existente de grupos profesionales y salarios en atención a los mismos. Esta pretensión sí que rompe el Principio de Igualdad en los términos expuestos. E impide una interpretación del 86.3 ET, que conduzca a que manteniendo una diversidad de prestaciones con desigual valor se pretenda aplicar un mismo valor de retribución (incluida una aplicación del salario mínimo interprofesional). Tras un convenio claudicante regulador de una diversidad de grupos profesionales, materias sujetas a negociación colectiva, mantener la ordenación profesional propia del convenio citado pero aplicando el salario mínimo interprofesional o bien homogenizar los salarios e incluso alterarlos por mor de la voluntad del empresario, supone una clara ruptura del principio de equivalencia del principio "valor trabajo/valor retribución" y en contrapartida la prohibición de que al manifiesto desigual valor se aplique igual retribución.

Esto nos guía directamente a la segunda cuestión derivada de la anterior, la posible opción de rellenar el intencionado vacío que el legislador ha dejado en el artículo 86.3 ET, remitiendo a la regulación legal del ET y demás normativa legal. Interpretación que consideramos se realiza contra el artículo 37.1 de la Constitución

## **Motivos.**

Tal como hemos comentado, la negociación colectiva se basa en primar a los sujetos que ostentan el interés directo sectorial y profesional que deben regular, convirtiéndolos en sujetos de esta fuente de derecho (especialmente los sujetos colectivos sindicales que son los que realmente cumplen con la función equiparadora). Supone esto que ellos son los que negocian y se auto-regulan, fijando los equilibrios que atienden a sus intereses convergentes y divergentes. Y esto es fruto y consecuencia del modelo constitucional.

Y esta configuración parte de una premisa, ambos sujetos negociadores tienen un interés mutuo en utilizar dicho mecanismo. La Constitución contiene un mandato implícito en tales términos, necesario para garantizar esta fuente de derecho; la paridad de los intereses de los sujetos tanto de forma previa a la utilización de este instrumento negociador, como durante su desarrollo.

Y como requisito necesario para la consecución de este objetivo la ley no debe operar como regulación global alternativa, sino ocupar el espacio natural que garantiza esta fuente de derecho. Garantiza una cierta homogeneidad en aquellos aspectos más básicos o de mínimos, así como excluir a la negociación colectiva de ciertas materias que por su carácter de orden público o interés general y universal así lo requieran.

En nuestro caso la garantía de la negociación colectiva como fuente de derecho requiere no sólo que la ley regule el procedimiento, sino que mantenga un marco objetivo tendente a incentivar el interés de las partes o sujetos cualificados en llevar a cabo este proceso negociador. Lo contrario, desincentivar a estos sujetos cabría entenderlo como marco objetivo contrario al mandato constitucional.

Y la solución de remitir al ET y demás normativa legal (STSJ de Catalunya, sentencia de 15 de mayo 2014, recurso 1532/ 2014), al margen de que este bloque normativo no pretende conseguir dicho fin, supone que si ello fuera aplicable nos estaría conduciendo a lo siguiente:

Si el ET y demás normativa legal se constituyen en regulación de absolutos no mejorables, en tal caso, excluiría a la fuente de derecho que es la negociación colectiva y contravendría el art. 37. CE, que exige la concurrencia de dos fuentes de derecho, la ley y el convenio colectivo.

Si el ET y demás normativa legal se constituyen en un suelo global de mínimos, en tal caso, se rompe el equilibrio entre los sujetos negociadores en la negociación colectiva. Una de las partes ya no tiene especial interés en utilizar esta fuente de derecho. Se desincentiva la misma por mor del artículo 86.3 ET. Y el motivo es tan sencillo como diáfano. ¿Para qué va acudir la patronal o el empresario a negociar un convenio colectivo cuando éste siempre incrementará este suelo de mínimos legales?. ¿Que interés puede tener el empresario en perjudicar su propia posición de legal ventaja?.

Y esto a la postre rompe el modelo constitucional en su propia esencia. La ley ha buscado una solución para alcanzar un acuerdo negociado dentro del proceso de negociación colectiva que desincentiva la voluntad de alcanzar un acuerdo final, o sea, un convenio colectivo. Y ello precisamente porque a las patronales empresariales o al empresario no les interesa; la regulación legal les ofrece la alternativa de acudir a estos

mínimos legales convirtiéndose de forma automática en una regulación in peius, sustancialmente in peius para el trabajador y enormemente beneficiosa para el empresario.

La interpretación consistente en considerar que el vacío legal del artículo 86.3 ET, cuando no hay convenio superior, conduce a la aplicación de la ley supone aplicar este precepto legal en contravención con el texto constitucional que fija un mandato para que la ley garantice la negociación colectiva, no para que la desincentive. Y esto es lo que se obtiene de aplicar el artículo 86.3 ET, bajo este criterio exegético. Rompe el punto de partida de la negociación colectiva al dejar sin interés real a uno de los sujetos para sumar su necesaria aportación en el proceso auto-regulador de sus intereses en juego y ello porque la ley le ofrece mejores condiciones y le ofrece más amplias posibilidades a su poder de dirección y especificación, o cuando menos a su autonomía privada como se argumentara más adelante.

Esta es la primera duda de constitucionalidad.

### **3.2.- Supuesto que conduce a la inexistencia de complementariedad y concurrencia entre convenio colectivo y ley.**

Pero hay otra duda de constitucionalidad siguiendo la línea anterior. La interpretación y aplicación del artículo 86.3 ET, superado el plazo máximo de ultra-actividad de los convenios colectivos, considerando que hay una remisión en bloque a la ley como única fuente de derecho claudicante (Antonio V. Sempere Navarro; STSJ de Catalunya, sentencia de 15 de mayo 2014, recurso 1532/ 2014) (en el supuesto de no existir convenio colectivo superior, el cual debe ser del mismo ámbito, SAN 1495/2014; Id Cendoj: 28079240012014100065). Esta interpretación del citado precepto legal supone una infracción del artículo 37.1 CE, al dejar inoperativa la negociación colectiva como fuente de derecho, así como atenta contra la doctrina constitucional que considera que la negociación colectiva sectorial da cumplimiento no sólo al artículo 37.1 CE, sino art. 28.1 y 7 CE. STC 238/ 2005:

"...; parte de este núcleo del art. 28.1 CE lo constituye, sin duda, la negociación colectiva de condiciones de trabajo, puesto que resulta inimaginable que sin ella se logren desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el art. 7 CE (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 73/1984, de 27 de junio, FFJJ 1 y 4; 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ 4; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2 y 5; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; y 145/1999, de 22 de julio, FJ 3); 107/2000."

La pretensión de que la regulación global que atempera los intereses contrapuestos de los sujetos negociadores de un convenio de sector pueda ser sustituida íntegramente por la regulación legal como única fuente de derecho conduce que se niega la concurrencia de ambas fuentes de derecho en el ámbito laboral. Y este es un principio ínsito en los fines que derivan del artículo 7 CE y que se concreta en el artículo 37.1 CE. Por esta vía indirecta, la regulación legal del artículo 86.3 ET consigue dejar inactiva la negociación

colectiva como fuente de regulación en la defensa y promoción de intereses de trabajadores y empresarios, en los que ellos mismos se auto-regulan.

La ley no puede convertirse en la única fuente de derecho en regular las condiciones laborales de un sector o subsector económico porque lo impide el artículo 37.1 CE que obliga a la coexistencia del convenio colectivo con ésta. Y esto lo han reconocido indirectamente pronunciamientos de Tribunales Superiores, caso del TSJ del País Vasco

Roj: STSJ PV 1186/2013  
Id Cendoj: 48020340012013100569  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.  
Sala de lo SocialSede: BilbaoSección: 1

*Resulta claro que el legislador se muestra a favor en cualquier caso de la negociación colectiva laboral, que viene contemplada en el art. 37.1 de la Constitución Española como un derecho de los representantes de los trabajadores y de los empresarios que deberá ser garantizado por la ley, y que está ligada a los derechos fundamentales de libertad sindical y de asociación, así como a la búsqueda de los intereses económicos y sociales que debe ser promovida por los poderes públicos ( arts. 7 , 9.2 , 22 y 28.1 de la Constitución ). En igual sentido se manifiestan el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el art. 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Convenios n° 98 (art. 4) y n° 154 (art. 5) de la OIT.*

.....  
**Pues bien, llegados a este punto, y partiendo de que la modificación legal operada en cuanto a la vigencia de los convenios colectivos no busca la supresión de la negociación colectiva sino su uso para la adaptación de las condiciones de trabajo a las nuevas circunstancias, hemos de considerar que la voluntad del legislador no ha ido dirigida a llenar los vacíos generados tras la pérdida de vigencia de los convenios con la normativa básica (Estatuto de los Trabajadores), que, como es sabido, tampoco da cobertura a muchos aspectos fundamentales de la relación laboral o que, en algunos de ellos, incluso hace una remisión a la negociación colectiva.**

Roj: STSJ PV 3/2014  
Id Cendoj: 48020340012014100002  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.  
Sala de lo Social; Sede: Bilbao...)

Desde luego, no era su voluntad suprimir ese sistema basado en los tres pilares mencionados y ni siquiera se puede pensar en que se pretendiera suprimir o menoscabar aquel derecho constitucional a la negociación colectiva. No solo porque se trate de que el constituyente quiso que trabajadores y empresarios actuasen lo que se consideraba era un derecho, **el de negociación colectiva, sino porque quiso que se garantizase ese derecho y que los convenios que se alcanzasen por tal vía trascendiesen su valor de simple pacto entre partes para llegar a darle valor vinculante, según el artículo 37 número 1 de la Constitución.**

(En iguales términos STSJ PV 2/2014).

En atención al marco objetivo que debe crear la ley por mor del artículo 37.1, 28.1 y 7 CE, esta jurisprudencia viene a realizar una interpretación de acuerdo a la Constitución y niega que el 86.3 ET suponga un reenvío en bloque a la ley cuando no hay convenio superior. Igualmente niega que por esta vía se pueda alterar el modelo de negociación colectiva centrada en la negociación en el ámbito de empresa ya colectiva, ya privada, o incluso en la aplicación unilateral del empresario.

La primacía de la ley no es argumento para obtener este fin porque éste es un mecanismo legal de solución de conflictos entre fuentes de derecho concurrentes sobre

las mismas materias, pero nunca un mecanismo para hacer que la ley opere como única fuente de derecho. El artículo 37.1 CE, garantiza la concurrencia de la negociación colectiva, aunque sea la denominada estatutaria, con la ley como fuentes heterónomas con capacidad para regular las relaciones laborales.

Y mucho menos se puede pretender dejar sin contenido al convenio colectivo para de esta forma dotar al empresario de una capacidad unilateral omnímoda y sin límites en la fijación de nuevas condiciones laborales que es lo que está ocurriendo en la práctica. La posibilidad de esta interpretación y aplicación es un fraude constitucional en sí misma considerada. A esta posibilidad contribuye, el hecho de que el artículo 86.3 ET, no impone un plazo similar y con igual criterio imperativo y perentorio para que la negociación colectiva se vuelva a retomar y recuperar su condición de fuente de derecho en el sector donde el convenio colectivo ha claudicado.

La regulación actual permite mantener sine die la claudicación de un convenio colectivo de sector. Es cierto que se puede argumentar la libertad de los sujetos negociadores para retomarlo cuando así lo consideren. Pero no es este el argumento nuclear, sino en qué medida se puede utilizar el argumento de la claudicación de un convenio colectivo para: dar por rotas la negociación colectiva en curso bajo el argumento de la dificultad negociadora para llegar a un acuerdo con el añadido de que la parte empresarial, ante dicha dificultad y superación del plazo de un año, dé por roto el proceso negociador; y hasta cuándo considera el empresario que puede utilizar el argumento del convenio claudicante para negarse a retomar la negociación colectiva. Y si el artículo 86.3 ET le da pie y amparo legal para ello.

Y ante dicha tesitura cabe considerar que esto conlleva un cambio en la configuración constitucional de la negociación colectiva. La previsión constitucional del art. 37.1 CE exige a la ley dos cuestiones: que configure la negociación colectiva como instrumento natural de regulación de las condiciones laborales entre empresarios y trabajadores; así como su concurrencia con esta fuente de derecho, tal como se deriva del 149.1.7 CE. La interpretación de este último precepto constitucional no deja sin efecto el primero, para nada. El propio artículo 85 ET, supone un reconocimiento ex lege de materias que son propias de la negociación colectiva como contenido propio de esta fuente de derecho que además entra en conflicto con el 86.3 ET. Y la remisión al respeto a las leyes lo único que significa es el reconocimiento de la posible concurrencia conflictiva y el criterio legal de solución del conflicto, primacía de la ley.

La conclusión final es clara, la ley en ningún momento puede dejar inactiva y sin virtualidad la negociación colectiva porque incumple la obligación de garantía que le exige el artículo 37.1 CE. Ni siquiera para regular el tiempo máximo del proceso negociador. Lo pueden hacer los sujetos negociadores, pero no la propia ley como regulación configuradora de la negociación colectiva. La negociación colectiva es un derecho constitucional que se enmarca dentro de un derecho de libertad de tal rango, la ley es una fuente de derecho que lo que hace "prima facie" es asumir las obligaciones que la Constitución le impone. Y en el presente caso se le impone por ésta una obligación de garantía. Por este motivo, ante el convenio colectivo claudicante por superación del plazo máximo de ultraactividad sin convenio colectivo superior la solución no puede ser una remisión en bloque a la Ley. Esta solución como cuestión de principio rompe con el modelo constitucional que obliga a mantener un espacio complementario o concurrente ley versus convenio colectivo y deja a la ley como único

instrumento regulador de las relaciones laborales. Esta interpretación rompe con la garantía objetiva que el artículo 37.1 CE, exige a la Ley.

Y el presunto carácter transitorio de la situación contemplada en el 86.3 ET no es dable alegarlo porque el mandato constitucional no admite excepciones. Y porque como hemos comentado, en contrapartida el artículo 86.3 ET no precisa duración alguna máxima en este vacío convencional que limite esta transitoriedad. El artículo 86.3 ET, en su regulación de conjunto, en realidad, lo que hace es imponer un plazo máximo para dejarlo inactivo en términos absolutos el convenio denunciado y no una fórmula segura para alcanzar un pronto acuerdo.

Concluyendo, una determinada regulación legal no puede dejar inoperativo un derecho constitucional en toda su extensión. La imputación de responsabilidades a los sujetos negociadores por su tardanza en alcanzar un nuevo convenio colectivo no es causa ni válida ni legítima, porque esto supone tanto como decir que el interés de llegar a un acuerdo es unívoco o de carácter público. El Estado impone a los sujetos negociadores un perjuicio legal por no llegar a un acuerdo en atención a un interés público que viene viciado. Pero cuando este interés se hace residir en el ámbito de uno de los sujetos (interés de la empresa en tener la máxima flexibilidad en la gestión de la misma) y este interés se eleva por el legislador a interés prevalente y público, lo que hace es negar la función natural de la negociación colectiva alterando el modelo constitucional. El artículo 38 CE se transforma en un derecho ultra fundamental, por imperativo implícito del legislador ordinario haciendo decaer tanto al artículo 37.1 como 28.1 CE, e ignorando el art. 7 CE.

La configuración constitucional conlleva la existencia de dos fuentes de derecho cuyo objeto de regulación es una misma realidad. Y ahora por mor del vacío del artículo 86.3 ET, en el caso de inexistencia de convenio colectivo superior, esta configuración se convierte en un marco legal que posibilita y promociona la negación de esta dualidad que debe garantizarse a nivel constitucional. Queda la regulación legal como única fuente de derecho operativa y material.

Se puede argumentar que esto también ha venido ocurriendo en actividades y sectores residuales donde no ha existido convenio sectorial, ni empresarial durante diversos espacios de tiempo. Pero la propia solución que ofrecía el legislador al remitirse a figuras como la extensión o adhesión a convenios colectivos existentes conducía a la negociación colectiva como solución natural. De todas formas es la ley la que tiene un especial mandato constitucional de garantizar la coexistencia de la negociación colectiva con la propia ley como norma sustantiva. Y ahora es la ley la que promociona una regulación legal contraria a esta finalidad constitucional. Y además en unos términos de absoluta indefinición, pues deja igualmente en el vacío el tiempo que tras claudicar el convenio colectivo puede permanecer esta situación de posible reenvío a la norma legal.

## **4.- ARTÍCULO 86.3 ET. CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES POR TÁCITA RECONDUCCIÓN.**

Otra posible solución ante el convenio claudicante que ha cesado en su ultraactividad sin que exista convenio concurrente superior es considerar que las condiciones laborales se han contractualizado por tácita reconducción o por degradación del convenio colectivo claudicante (STSJ PV 1186/2013; Id Cendoj: 48020340012013100569. STSJ PV 1189/2013 Id Cendoj: 48020340012013100572), o bien, por mor de la autonomía de las partes del contrato de trabajo, e incluso en atención al poder de dirección y especificación del empresario.

El contrato de trabajo no es fuente de derecho pero sí que es fuente de obligaciones y tiene capacidad para regular sus propias condiciones. La propia negociación colectiva no puede llegar al extremo de dejar sin espacio a la autonomía individual. Y uno de los mecanismos que utiliza este instrumento para ocupar sus espacios es rellenar aquellos que no han sido regulados ni por la Ley, ni por el convenio colectivo (STC 208/1993). Por tanto, podría ser un título jurídico para autocomponer sus condiciones internas.

En esta situación tenemos que si el artículo 86.3 ET, deja inoperativo el convenio colectivo como fuente de derecho por el transcurso del tiempo máximo de negociación y la ley, por su lado, no puede operar como regulación global alternativa, en tal caso la lógica más práctica nos conduce a este instrumento legal, acudiendo a su capacidad auto-reguladora.

El problema que acaece es el siguiente:

Esta contractualización sólo puede obtener carta de naturaleza o bien por imperativo legal y el artículo 86.3 ET, no se lo da; o bien, por mor de la voluntad de las partes, autonomía de voluntad. Al menos en las condiciones de neta naturaleza contractual. Ahora bien, en este reenvío a la autonomía privada nos encontramos con el problema de la adhesión *intuitu personae* del empresario y en cambio adhesión en masa de los trabajadores, o bien, aplicación del principio de mutuo acuerdo selectivamente dado por el empresario en aquellas materias que le interesa y dejando de aplicar el resto de condiciones a los trabajadores o a determinados grupos de ellos.

La primera opción, contractualización automática y en masa de todas aquellas condiciones convencionales, pero que han claudicado. Y tiene la ventaja de mantener el equilibrio interno de las prestaciones así fijadas en el mismo. Igualmente, mantiene el mutuo acuerdo en bloque como algo tácito que se impone por igual a ambas partes, trabajador y empresario, sin ventajas o desventajas *ab initio*. En tal sentido, impide que una de las partes del contrato acabe configurando el artículo 86.3 ET, como una real ampliación de sus facultades, no jurídica, pero sí fáctica, como consecuencia de un resultado legal que sin decirlo el legislador sabe que se va a producir por la concurrencia de otras instituciones o facultades legales. Garantiza a las partes dos cuestiones: ambas se encuentran con el mismo problema, vacío convencional, así como una prestación laboral que ya viene configurada en su totalidad por el convenio



colectivo claudicante que sigue operando con igual estructura y organización al día siguiente del convenio claudicante; al seguir operando o interaccionando ambos sujetos bajo las mismas premisas de ordenación y regulación del proceso productivo, supone que ambas lo hacen bajo el único título jurídico que tienen, la mutua y voluntaria aceptación en la pervivencia de estas condiciones, pero bajo esta concorde voluntad tácita. En consecuencia, tácita reconducción de los sujetos contractuales pero en su globalidad. Ninguno puede romper esta ordenación de conjunto salvo que acuda a los mecanismos legales del artículo 41 ET o similares.

Esta solución es la que mejor garantiza la paridad y la neutralidad de los efectos del artículo 86.3 ET. Aunque ciertamente no resuelve la relación de aquellas materias que la ley remite a la negociación colectiva, como materias exclusivas de ésta, o la imposibilidad de incorporar al contrato de trabajo las normas de organización y procedimiento o aquellas imposibles de regular vía contractual.

Ahora bien, hay otra segunda opción amparada en la autonomía privada, pero que acaba provocando el incremento de facultades del empresario. Parte de la premisa de que el empresario determina qué materias o condiciones mantiene y cuales cambia sin atender a más interés que el suyo. En ningún caso tiene más título jurídico que el contrato de trabajo, salvo acudir a su poder de dirección, organización y especificación que en principio no pueden justificar estas prerrogativas exorbitantes.

Incluso para el caso de admitir en el plano teórico que el vacío del convenio remite a la ley y demás normativa legal, al ser una opción de imposible cumplimiento dada su amplia desregulación, se produce este problema citado de contractualización dada la citada desregulación. Es decir, el empresario se encuentra con la existencia de amplios vacíos legales que procede a rellenar como requisito necesario para mantener la actividad empresarial.

En ambos casos, el único título jurídico del empresario es el contrato de trabajo. Y como el mismo es bilateral y recíproco para fijar su contenido requiere un acto de consuno o concordancia de voluntades. Y no sólo en su voluntad de suscribirlo, sino también de fijar sus propias condiciones. Ahora bien, en el presente caso, nos encontramos ante una situación de decaimiento del contenido del contrato de trabajo sobrevenida. Y sin embargo, ello no es causa de resolución del contrato. La relación laboral se mantiene y permanece una vez que el convenio colectivo ha claudicado y no hay convenio superior. Y sin embargo el contenido del contrato decae por no haber regulación legal que pueda darle plena cobertura y porque el convenio colectivo de referencia ya no resulta aplicable.

En sede teórica deberíamos entender que si decae el contenido del contrato de origen convencional y este no puede ser integrado por ningún otro contenido de automática incorporación, en tal caso debemos acudir al mecanismo regulador del contrato de trabajo, pero atendiendo a las vías o requisitos constitutivos del mismo. Y el requisito esencial, constitutivo de la relación laboral, pero también de su contenido es la voluntad acorde de las partes contractuales. Si bien no podemos olvidar que la ley concede ciertas prerrogativas unilaterales al empresario para especificar el contenido de la prestación laboral, pero nunca serían título suficiente para llegar a estos extremos.

En una primera aproximación ya resulta del todo desproporcionado pretender justificar una presunta capacidad del empresario en rellenar estos vacíos sobrevenidos por mor de su capacidad o facultad de especificación que le concede la ley o le reconoce como inherente al desarrollo y ejecución del contrato de trabajo. Supera con mucho los límites de la misma que se ampara en la dirección, control y buen fin de la prestación contratada. En ningún momento dicha capacidad llega a otorgar al empresario la fijación ex novo o de forma sobrevenida de condiciones modificativas o extintivas del contrato de trabajo, salvo los supuestos establecidos en la ley.

Pero, además, esta pretensión cuando el vacío contractual alcanza al núcleo esencial de la mayoría de las condiciones básicas y también auxiliares del mismo, afectando a la esencialidad del propio contrato de trabajo, no sólo su propio equilibrio interno más básico, sino la propia reconocibilidad del contrato de trabajo. Un contrato de trabajo alterado de forma unilateral por una de las partes contratantes en todos sus aspectos no sólo nucleares, sino también accesorios derivados de los anteriores nada tiene que ver con la actual figura del contrato de trabajo.

Y en tal perspectiva, el único argumento que le queda al empresario es acudir a la admisión de la figura de los contratos en masa. El empresario ante el convenio claudicante impone sus condiciones buscando la aceptación tácita del trabajador bajo argumento de que este vacío debe rellenarse para que la prestación laboral sea real y operativa. El primer problema surge porque la relación laboral esta viva y permanece tras el convenio colectivo claudicante por lo que la ausencia de voluntad del trabajador en aceptar estas condiciones no tiene carácter constitutiva de una relación laboral existente, sino impeditiva de una configuración unilateral de las mismas por mor de la voluntad unilateral del empresario.

Es decir, en los contratos en masa, el trabajador no le queda más remedio que aceptar el contenido del contrato de trabajo impuesto por el empresario porque si no acepta las mismas no se formaliza el contrato, no se constituye el mismo. Pero ello ocurre así porque en este supuesto la concurrencia de voluntades es requisito necesario en el nacimiento de la relación laboral. Pero en nuestro caso ya existe y no decae por la mera aplicación del artículo 86.3 ET. En consecuencia, la imposición de facto que puede llegar a aplicar el empresario sobre el trabajador en el contrato ab initio no es trasladable al presente supuesto.

Pero este cambio cualitativo también afecta a la naturaleza de una posible introducción en masa de las condiciones globales del contrato estando éste ya vigente. Estando en vigor un contrato de trabajo y dotado de contenido la ley sólo otorga al empresario facultades para modificar sus condiciones concretas, nunca otorga facultades empresariales unilaterales para que pueda renegociar su contenido en términos globales y en caso contrario imponerlo. Y esta argumentación, como hemos dicho, es aplicable incluso para el supuesto de rellenado de huecos dejados por una normativa legal que se pretendiese aplicar como suelo de mínimos.

Esta presunta capacidad trasciende al instrumento del contrato como forma de pactar condiciones que en muchos casos se ha tildado de *intuitu personae*, y supone superponerse con la autonomía colectiva y ocupar su espacio. Cuando hablamos de regulación de condiciones de trabajo que se imponen e insertan en los contratos de trabajo con carácter de globalidad, homogeneidad y alteridad colectiva (o sea que estas

condiciones guardan inseparables interacciones entre ellas dando lugar a una regulación general que supera las individualidades dando lugar a una verdadera estructura de ordenación global de las relaciones laborales dentro del ámbito de la empresa), en tal caso, esta función realizada indirectamente por el contrato de trabajo trasciende su función natural y pasa a realizar la función natural de la negociación colectiva.

Si a lo anterior unimos que en realidad es el empresario quien determina qué condiciones del convenio colectivo claudicante mantiene y cuales remite a la ley, esto supone que la autonomía de voluntad del empresario adquiere todo el espacio que era propio de la negociación colectiva ocupando la misma. Ello viene reforzado por la reciente doctrina jurisprudencial que dando respuestas a estos problemas considera que la contractualización de las condiciones se deberían discutir en todo caso en el seno o ámbito de la empresa, dejando fuera de juego a las patronales empresariales (SAN 1495/2014; Id Cendoj: 28079240012014100065), esto reafirma el protagonismo absoluto del empresario en su ámbito empresarial. Y su capacidad exclusiva para interpretar y aplicar la posible contractualización, si la misma acaba siendo la solución dada a este vacío expresamente dejado por el legislador (en la mayoría de los casos que vienen resolviendo los Tribunales Superiores se parte de la unilateral actuación de los empresarios a la hora de dejar de aplicar el convenio colectivo que ha perdido su total vigencia y a la hora de fijar las nuevas condiciones laborales), ignorando la función natural que la Constitución otorga tanto a Sindicatos como a Asociaciones empresariales:

STC 281/ 2005

Hemos dicho con reiteración que los sindicatos, al igual que las asociaciones empresariales, son entes de relevancia constitucional inmediatamente protegidos por la Constitución (por todas, STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 7, y las que allí se citan), y que debe favorecerse, por tanto, el cumplimiento de la función que en un régimen democrático se atribuye a los sindicatos en beneficio, no sólo de los intereses de los trabajadores, sino del interés público, que reclama unas organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción (STC 99/1983, de 16 de noviembre, FJ 2).

Y en todo caso, la configuración de la autonomía de voluntad como instrumento para regular en masa las condiciones contractuales de una empresa ataca frontalmente y desconoce la autonomía colectiva como figura cualificada para negociar estas condiciones en estos términos de globalidad y homogeneidad. Las condiciones de trabajo con carácter de generalidad, homogeneidad (aplicación en masa), sólo pueden ser reguladas como tales por la Ley o el Convenio colectivo, en ningún caso por la autonomía privada. Al provocar este efecto jurídico, el artículo 86.3 ET reitera su carácter inconstitucional, negando la negociación colectiva como fuente de derecho a favor de la autonomía privada.

Y esto supone clara contravención de la doctrina constitucional, como lo refleja, la Sala Primera. Sentencia 107/2000, de 5 de mayo de 2000 (BOE núm. 136, de 7 de junio de 2000). "En definitiva, de la doctrina constitucional expuesta se desprende que no puede la autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- proceder a la regulación de las condiciones de trabajo cuando, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la presencia de los representantes sindicales en la función negociadora (STC 208/1993, de 28 de junio)". Es cierto que la autonomía colectiva no puede ahogar a la autonomía privada, pero la

regulación global y general de las condiciones laborales compete a la autonomía colectiva (STC 105/ 1992).

Concluyendo, la posibilidad de que el contrato de trabajo trascienda a su función natural y se convierta en instrumento natural para regular las condiciones generales entre empresario y trabajador bajo criterios de homogeneidad y globalidad atendiendo a todas las interacciones que derivan de esta regulación armónica supone asumir la función propia de la negociación colectiva, ocupar su espacio dejando inoperativa la autonomía colectiva. Y por tanto contravenir el artículo 37.1 CE, cuando no el artículo 28.1 CE, al negar la capacidad negociadora de los sindicatos como originaria y propia de esta negociación y dejar ocupado su espacio natural por el contrato de trabajo. Pero esta opción ataca más frontalmente este aspecto de la autonomía colectiva cuando es el empresario quién ofrece las nuevas condiciones en masa a los trabajadores esperando su mutua aceptación bajo diversas premisas, entre ellas el mantenimiento de los puestos de trabajo en la empresa.

**Autor: Luis Ezquerra Escudero.**

