

# EDJ 2014/237224

Tribunal Supremo Sala 4ª, S 22-12-2014, rec. 264/2014  
Pte: Virolés Piñol, Rosa María

## Resumen

*Ultraactividad limitada: Inexistencia de convenio de ámbito superior. Entiende el Pleno del TS que, deben mantenerse las condiciones laborales que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo, siempre que no sea de aplicación un convenio de ámbito superior, ya que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes, siguiendo así la postura jurisprudencial denominada "conservacionista" (FJ 3). Formulan votos particulares concurrentes los Magistrados Excmos. Srs. D. Luis Fernando de Castro Fernández y D. Miguel Ángel Luelmo Millán; y disidentes los Magistrados D. Antonio V. Sempere Navarro al que se adhieren D. Jesús Gullón Rodríguez, D. José Luis Gilolmo López, D. José Manuel López García de la Serrana y D. Jesús Souto Prieto y Dª María Milagros Calvo Ibarlucea.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 3/2012 de 6 julio 2012. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.  
dtr.4  
RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. Estatuto de los Trabajadores. TR  
art.86.3

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	8
VOTO PARTICULAR .....	8

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### CONVENIO COLECTIVO

##### NORMATIVA APLICABLE

Convenio colectivo y condiciones particulares de trabajo  
Otras cuestiones

##### VIGENCIA

Ultraactividad  
Denuncia

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Sindicato; Desfavorable a: Empresa/Empresario  
Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica dtr.4 de Ley 3/2012 de 6 julio 2012. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.  
Aplica art.86.3 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. Estatuto de los Trabajadores. TR  
Cita Ley 3/2012 de 6 julio 2012. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.  
Cita RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral  
Cita RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. Estatuto de los Trabajadores. TR  
Cita RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social  
Cita art.5.1, art.206.1, art.260 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra STSJ Illes Balears Sala de lo Social de 20 diciembre 2013 (J2013/293593)

### TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

SENTENCIA

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 22/12/2014

Recurso Num.: CASACION 264/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 17/12/2014

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>.: Rosa María Virolés Piñol

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Jesús Escudero Cinca

Reproducido por: rhz

Los derechos y obligaciones de los trabajadores son aquellos por los que se rigió su contratación, plasmados en el contrato de trabajo bien de forma expresa, bien por remisión al Convenio Colectivo de aplicación. Votos Particulares.

Recurso Num.: CASACION /264/2014

Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>.: Rosa María Virolés Piñol

Votación: 17/12/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Jesús Escudero Cinca

SENTENCIA NUM.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL PLENO

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez

D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D. Jordi Agustí Juliá

D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

D. Miguel Ángel Luelmo Millán D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesús Souto Prieto

En la Villa de Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado D. Miguel Perello Quart, en nombre y representación de ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 20 de diciembre de 2013, Procedimiento

11/2013 EDJ 2013/293593 , en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares contra la entidad Atención y Servicios, S.L. (Atese), Unión General de Trabajadores (UGT), Central Sindical Independiente de Funcionarios (Csi-Csif) y Comisiones Obreras de las Islas Baleares (CC.OO.), sobre demanda en materia de conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Carles Juanes Sitjar en nombre y representación de Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares. Y la Letrada D<sup>a</sup> Livia Martorell Perogordo en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores.

Es Ponente la Excma. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol, Magistrada de Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del sindicato Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares se presentó demanda de Conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia "con estimación de la demanda, se declare nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho la modificación efectuada a los trabajadores el pasado 2 de agosto de 2013, debiendo reponer a los actores a las condiciones laborales que disfrutaban con anterioridad a dicha modificación."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares EDJ 2013/293593 en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), debemos declarar y declaramos no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero.- En fecha 5 de noviembre de 2012, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE) denuncia la aplicación el convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, num. 70; Segundo.- En fecha 17 de noviembre de 2013 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de junio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio EDL 2012/130651 ; Tercero.- Que al abonarse la nómina de julio 2013, la empresa procedió a dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa; Cuarto.- Que en fecha 4 de septiembre de 2013 se celebró el acto de conciliación ante el TAMIB."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de ATENCIÓN Y SERVICIOS, S.L., siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas UNIÓN SINDICAL OBRERA DE LAS ISLAS BALEARES y por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar PROCEDENTE el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, y estimando la Sala que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y de su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, suspendiendo el señalamiento del día 3 de diciembre y trasladando la votación y fallo para el día 17 de diciembre de 2014, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulación de la demanda.-

Se presentó demanda de conflicto colectivo por la Unión Sindical Obrera de les Illes Balears, contra la empresa Atención y Servicios SL (ATESE), siendo llamados CSI-CSIF, CCOO y UGT, en la que solicitaba que "se declare nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho"

( sic) la modificación efectuada el 02-08-2013 por la empresa, refiriéndose al pago de la nómina de julio.

La cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio colectivo de aplicación denunciado el 5 de noviembre de 2010 continúa en ultraactividad superado el 8 de julio de 2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, como defiende la parte actora, alegando que el artículo 86.3 del ET EDL 1995/13475 regula un régimen de ultraactividad limitada sólo en defecto de pacto, entendiendo la parte actora que existe dicho pacto, por lo que no sería de aplicación la DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio EDL 2012/130651 .

SEGUNDO.- Sentencia recurrida EDJ 2013/293593 .-

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 2013 (procedimiento 11/2013) EDJ 2013/293593 , en la que estima la demanda partiendo de que la empresa lo que hace el 02-08-2013 es abonar la nómina del mes de julio en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa y del 8 al 31 de julio conforme a las condiciones de Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , y ello al haber denunciado la empresa la vigencia del convenio colectivo, haber perdido éste vigencia el 08-07-2013 como consecuencia de haber transcurrido el año de ultraactividad al que refiere el art. 86.3 ET EDL 1995/13475 y DT 4ª Ley 3/2012, de 6 de julio EDL 2012/130651 , no haberse negociado nuevo convenio y no existir convenio colectivo de ámbito superior. Entiende la Sala que tal comportamiento de la empresa no es admisible en aplicación

de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de noviembre de 2013 (Rec. 2065/2013), que determina que mientras no se negocie un convenio nuevo deben mantenerse las condiciones salariales pactadas.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, estima la demanda de conflicto colectivo y declara en la parte dispositiva de la sentencia, "no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo".

TERCERO.- Recurso de Casación.-

1.- Recurre en casación la empresa Atención y Servicios SL (ATESE), planteando dos motivos del recurso en los términos que se dirá, solicitando que se case y anule la sentencia desestimando la demanda.

USO y UGT se oponen al recurso en sus escritos de impugnación.

El Ministerio Fiscal interesa se estime el recurso, por entender que la nueva regulación del art. 86.3 ET EDL 1995/13475 no atenta contra el derecho constitucional a la negociación colectiva, por lo que de las dos posturas que podrían mantenerse en la interpretación del precepto (que las condiciones laborales tienen que ser las del convenio derogado como mejora voluntaria o aplicación del ET y SMI), el determinarse las condiciones laborales por la legislación vigente es perfectamente válido, por lo que es igualmente acorde a derecho la decisión de la empresa de abonar la nómina en la forma en que lo hizo.

2.- Razonamientos respecto al motivo primero de recurso

(Revisión de los hechos declarados probados).-

A.- Al amparo del art. 207 d) LRJS, por "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos con otros elementos probatorios".

Pretende el recurrente que se revisen los hechos probados primero y segundo y las apreciaciones fácticas de los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia, para hacer constar que la denuncia del convenio fue el 05-11-2010, la mesa negociadora se constituyó el 17-11-2010, y el convenio perdió su vigencia tras transcurrir el año de ultraactividad previsto en la Ley 3/2012, de 6 de julio EDL 2012/130651 el 08-07-2013, pretensión revisora a la que se opone Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares, y a la que acceden UGT y el Ministerio Fiscal.

Propone el Sindicato recurrente para dichos hechos probados la siguiente redacción:

"PRIMERO.- En fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS SL (ATESE) denuncia la aplicación del convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, num. 70".

"SEGUNDO.- En fecha 17 de noviembre de 2010 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de julio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio EDL 2012/130651".

La modificación de las afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto que interesa, se contrae a que se constaten correctamente las fechas de denuncia del convenio (5 de noviembre de 2010), y la pérdida de vigencia (8 de julio de 2013).

B.- Como recuerda la doctrina de esta Sala IV/ TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que " el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos:... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)- ha venido exigiendo para que el motivo alcance éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental (...) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

Apreciándose en el presente caso un error material de transcripción en cuanto a las fechas de denuncia del convenio colectivo, fecha de la constitución de la comisión negociadora, así como en la fechas de pérdida de vigencia, se acepta la modificación en cuanto a estos extremos concretos, al deducirse claramente de los documentos que se invocan.

3.- Razonamientos respecto al motivo segundo de recurso

(Infracción de normas jurídicas).-

A.- Planteamiento del motivo de recurso:

Al amparo del art. 207 e) LRJS, por infracción del art. 86.3 párrafo 4º ET EDL 1995/13475 en redacción dada por Ley 3/2012, y DT 4ª Ley 3/2012, por entender que puesto que la empresa denunció el convenio en el que no se contenía previsión alguna de ultraactividad, finalizando su vigencia en aplicación de la DT 4ª Ley 3/2012, el 08-07-2013, sin que exista convenio colectivo de ámbito superior, las condiciones de dicho convenio colectivo no pueden seguir aplicándose como si de un derecho adquirido se tratara, sin que sea de aplicación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26-11-2013 en que fundamenta su decisión la sentencia ahora recurrida, pues en la misma la cuestión es distinta y relativa a si es ajustada a derecho la aplicación de un convenio colectivo de empresa, regulándose en el mismo la aplicación de dicho convenio hasta que se firme otro nuevo.

Añade que la intención de la reforma es evitar la "petrificación" de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador, pudiéndose haber pactado un régimen de ultraactividad del convenio diferente al legalmente establecido con la reforma.

B.- El artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 dispone que:

"3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular, para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora, el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

Por otro lado, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio EDL 2012/130651 (en vigor desde el siguiente día 8 de julio), dispone que:

"En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor".

Por razones de temporalidad nos encontramos en el supuesto previsto en la norma.

Para un mejor entendimiento de la cuestión planteada, se hace necesario precisar los hechos que se constatan acreditados: a) En fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS SL (ATESE) denunció la vigencia del convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, y que había sido publicado en el IBOCAIB de 3 de junio de 1999, num. 70, en el que se pactó inicialmente una duración de tres años, hasta el 31 de diciembre de 2001 (art. 4); b) consta que el 17 de noviembre de 2010 se constituyó la mesa negociadora del convenio; c) en su art. 5 se señala que se prorrogará tácitamente año tras año, salvo que se produzca una denuncia expresa por cualquiera de las partes afectadas por el mismo, con un plazo de antelación de un mes respecto de la fecha de terminación de su vigencia o cualquiera de sus prórrogas; d) que la empresa demandada entendiendo que ha perdido vigencia el convenio de empresa en fecha 8 de julio de 2013, al haber transcurrido el año de ultraactividad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio EDL 2012/130651, y no existiendo un convenio colectivo de ámbito superior, ha procedido a abonar la nómina de julio de 2013 (mes en el que el convenio expiraba en su vigencia de la ultraactividad en aplicación del art. 86.3 ET EDL 1995/13475) de sus trabajadores en la forma expresada, es decir, "en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa" (hecho probado 3º).

Por ello se postula en la litis que se condene a la demandada a que respete las condiciones que los trabajadores venían disfrutando, al considerar que son las pactadas en el contrato de trabajo, y han pasado a formar parte del acervo patrimonial, mientras dure la relación laboral, a lo que accedió la Sala de instancia y se opone la empresa en casación.

2.- Razonamiento sobre la desestimación del segundo motivo de recurso.-

A.- La reforma laboral de 2012, operada por Ley 3/2012, de 6 de julio EDL 2012/130651, que sustituyó al RD-ley 3/2012, y con alguna modificación introducida por RD-ley 20/2012, de 13 de julio, modificó el artículo 86.3 del ET EDL 1995/13475 introduciendo

un párrafo final con el siguiente tenor literal: "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación".

Teniendo en cuenta el contenido de la DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio EDL 2012/130651 (en vigor desde el siguiente día 8 de julio) -antes transcrita- no cabe duda de su aplicabilidad al presente caso. El nuevo texto plantea algunas dudas interpretativas, esencialmente dos:

La primera es qué deba entenderse por convenio colectivo de ámbito superior, habida cuenta de que dicho ámbito puede referirse -dejando aparte el ámbito personal y el temporal, a los que también se refiere el artículo 85.3 del ET EDL 1995/13475 - bien el ámbito territorial o bien el ámbito funcional. O si se pueden combinar los dos ámbitos para determinar el convenio aplicable. O, si no, cual de ellos debe prevalecer. O si, habiendo varios convenios de ámbito superior -por ejemplo, dos convenios sectoriales, uno provincial y otro estatal, ambos superiores al de empresa que ha perdido su vigencia- debe escogerse como aplicable para sustituirlo el inmediatamente superior o el "de ámbito más superior de todos". Y todo ello, partiendo de la base de que, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tienen el mismo rango, independientemente de sus respectivos ámbitos más o menos extensos. Las preguntas se podrían multiplicar pero no procede porque, en el caso que se nos plantea, se da como probado que no existe convenio colectivo alguno de ámbito superior al de empresa que ha perdido vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad.

La segunda duda interpretativa se centra en determinar qué ocurre en un caso como el que, precisamente, se plantea por primera vez ante esta Sala IV del Tribunal Supremo, a saber: si no hay convenio de ámbito superior aplicable ¿cómo se regularán a partir de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión los respectivos derechos y obligaciones de las partes? La duda, en este caso, no consiste -como en el caso anterior- en interpretar qué ha querido decir el legislador cuando se refiere a un "convenio colectivo de ámbito superior" sino en colmar la laguna legal consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática.

Podemos decir que las soluciones que ha venido dando la doctrina científica y también la doctrina judicial son esencialmente dos y radicalmente opuestas, a saber:

Una primera tesis, que podemos denominar "rupturista", según la cual dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido.

Y una segunda, que denominaremos "conservacionista", según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.

B.- Por cuanto oportunamente se dirá, esta Sala entiende que la tesis jurídicamente correcta es la segunda.

Y ello porque, la aplicación de la que hemos denominado tesis "rupturista" podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el " objeto cierto que sea materia del contrato " y la " causa de la obligación que se establezca " ( arts. 1261, 1271 a 1273 y 1274 a 1277 Código Civil EDL 1889/1 ).

Y ello tanto más en un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente. Entre otras, las relativas a las peculiaridades del contenido de la obligación de trabajar ( art. 20.2 ET EDL 1995/13475 ), al sistema de clasificación profesional por medio de grupos profesionales ( art. 22 ET EDL 1995/13475 ), a la promoción profesional, la formación profesional en el trabajo, los ascensos y la promoción económica (arts. 22 a

25 ET EDL 1995/13475 ) con su indudable incidencia en la movilidad funcional y en los poderes organizativos empresariales, la estructura del salario y el carácter consolidable o no de los complementos salariales ( art. 26 ET EDL 1995/13475 ), la duración de la jornada de trabajo inferior a la legal, la distribución irregular de la jornada a lo largo de un año, la forma de compensación de las diferencias o el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria rebasando el límite máximo de nueve horas ( art. 34 ET EDL 1995/13475 ), formas de abono o de compensación de las horas extraordinarias ( art. 35 ET EDL 1995/13475 ), la planificación anual de las vacaciones ( art. 38.2 ET EDL 1995/13475 ), el régimen disciplinario salvo la sanción de despido ( arts. 54 y 58 ET) o las reglas para la constitución y funcionamiento de un comité intercentros ( art. 63.3 ET EDL 1995/13475 ) o para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa ( art. 67.1 ET EDL 1995/13475 ).

Lo cual quiere decir que, de aplicarse la que denominamos "tesis rupturista", se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. etc.

Habiéndose debatido si ante tal cambio sustancial de condiciones el trabajador podría pedir la extinción contractual indemnizada de su contrato de trabajo o incluso -como un sector doctrinal favorable a la tesis "rupturista" ha propugnado, para intentar paliar las

indeseables consecuencias de la imprevisión normativa- que al menos determinadas condiciones deberían quedar subsistentes (entre otras, salario, tiempo y clase de trabajo) para del tal modo evitar que el contrato quede sin causa. Por otra parte, una eventual defensa de las retribuciones contenidas en el convenio que ha perdido vigencia a través de la invocación de derechos fundamentales como la dignidad o igualdad, parece difícil de articular e insuficiente para paliar todos los defectos expuestos.

C.- Como hemos dicho, a juicio de esta Sala, la tesis jurídicamente correcta es la segunda, la que hemos denominado "conservacionista".

Para llegar a dicha conclusión, conviene recordar algunos elementos básicos de nuestro ordenamiento jurídico en general -y de ese sector del mismo que conocemos como Derecho del Trabajo- en lo que a la ordenación de los contratos se refiere. Como es bien sabido, el precepto clave del Derecho de los Contratos es el art. 1255 del Código Civil EDL 1889/1, directamente tomado del Código napoleónico, según el cual las relaciones jurídico- contractuales entre las partes se rigen por los pactos y condiciones que ellas mismas establezcan libremente, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público. Desde luego que ese principio general -el principio de la autonomía de la voluntad individual- rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado (así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la "fuerza vinculante de los Convenios" a que se refiere el art. 37.1 CE. EDL 1978/3879

A partir de ahí, el art. 3 del ET EDL 1995/13475 -uno de los pocos no afectados por las sucesivas reformas estatutarias- es meridianamente claro al señalar respecto a las fuentes de la relación laboral que:

"1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las Leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

4. Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo."

Como comentara -con buen criterio- un sector doctrinal, recién promulgado el ET, el art. 3 ET EDL 1995/13475, que se denomina "Fuentes de la relación laboral", contiene, por un lado, fuentes en sentido normativo - señaladamente las de las letras a) y b) y, por otra parte, fuentes en sentido obligacional: la letra c). En cuanto a las fuentes de la letra d) -los usos y costumbres- tienen un papel subsidiario, como deja claro el propio art.3 en su num. 4, y no procede detenernos en ello. Y decía esa doctrina que esa mezcla de fuentes normativas y obligacionales era acertada pues con ello se podía comprender mejor la relación entre unas y otras y su respectivo papel o función. Pues bien, es claro que para responder a la pregunta ¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador?, la respuesta es clara: en su contrato de trabajo. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo -como cualquier

otro contrato- tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico- obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes. Dicho lo cual, hay que hacer algunas precisiones adicionales:

a) Que eso es así tanto si el contrato se celebra por escrito como si se hace de palabra, dado el principio general de libertad de forma que -con las debidas excepciones- establece el art. 8 del ET. EDL 1995/13475

b) Que si alguna de esas condiciones contractuales no respetan los límites de derecho necesario establecidos por las normas estatales y/o convencionales colectivas se entenderán nulas de pleno derecho, pero "el contrato de trabajo permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley ", como dispone el art. 9.1 ET. EDL 1995/13475

c) Que, por lo tanto, las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales. Lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre -tanto si es indefinido como temporal- un contrato de tracto sucesivo, esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales. Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 del ET. EDL 1995/13475

d) Ese equívoco viene propiciado, además, por la enorme frecuencia con la que las partes que celebran un contrato de trabajo, en lugar de reproducir las normas legales y convencionales que entienden aplicables, acuden a la técnica de la remisión para establecer las condiciones laborales, indicando que (p.e.) "serán las que deriven del convenio colectivo aplicable". Pero dicha remisión es una técnica que no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de la misma. Y repetimos: ello es así aunque el contrato sea verbal; lo único que ocurrirá en tal caso es que el contenido obligacional establecido (vía remisión o no) en dicho tipo de contratos deberá ser objeto de prueba por otros medios distintos al de la forma contractual escrita.

Dicho lo cual, es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Ahora bien, ¿significa eso contradecir el mandato del legislador de que el contenido normativo de dicho convenio colectivo pierda su vigencia? Ni muchísimo menos. Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET EDL 1995/13475, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET. EDL 1995/13475

CUARTO.- Por cuanto antecede, y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida si bien por las razones expuestas en el cuerpo de la presente resolución. Sin costas ( art. 235.2 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación formulado por la mercantil ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Palma de Mallorca) el 20 de diciembre de 2013, en el procedimiento de conflicto colectivo número 11/2013 EDJ 2013/293593, seguido a instancia del Sindicato UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), al que se adhirieron los Sindicatos CSI-CSIF, CCOO y UGT contra la empresa ahora recurrente. Confirmamos la sentencia recurrida por las razones expuestas en la presente resolución. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Jesús Gullón Rodríguez D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López D. Jordi Agustí Juliá

D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana

D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesús Souto Prieto

# VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Luis Fernando de Castro Fernández A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN num. 264/2014.

Acogiéndome a la facultad establecida en el art. 206.1 LOPJ EDL 1985/8754 y en coherencia con la postura mantenida durante la deliberación, muestro mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala en el sentido de manifestar que si bien coincido plenamente con ella en que la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo no excluye la posterior aplicabilidad de su régimen salarial, sin embargo discrepo respecto de la argumentación seguida al efecto -la «contractualización» de las condiciones de trabajo pactadas colectivamente-, por entender que tal mecanismo no solamente carece de base sólida y es incompatible con buena parte de nuestra doctrina en materia de negociación colectiva, sino que a la misma y satisfactoria conclusión puede llegarse por la vía -menos disfuncionante- de aplicar principios constitucionales y a través de la propia dogmática del negocio jurídico. Razones que acto continuo paso a exponer:

PRIMERO.- 1.- Dos cuestiones previas.- Como es lógico mi exposición ha de partir de la previsión contenida en el precepto que da origen a la litis, el art. 86.3 ET EDL 1995/13475 , que en su inciso final -tras la Ley 3/2012 - refiere que transcurrido el plazo de caducidad de un año desde la denuncia del Convenio, el mismo «perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

Previsión legal que genera -estoy de acuerdo con la sentencia- una inaceptable laguna que por fuerza ha de colmarse, habida cuenta de que el Derecho -lo mismo que la Naturaleza- «aborrece el vacío», lo que fuerza a señalar una fuente reguladora de los derechos y obligaciones de la relación laboral. Pero ello sobre la base de precisiones previas:

a).- La primera es que la identificación de esa fuente únicamente procede respecto de efectos pretendidos en este procedimiento, que son los salariales; es más, para algunas de las restantes condiciones incluso les resultaría inaplicable la argumentación que acto continuo efectuaré.

b).- La segunda es que las razones que en su momento expondré van referidas al supuesto de que trabajador y empresario no hayan pactado un salario específicamente cuantificado, pues en este caso la caducidad del convenio colectivo para nada puede afectar a ese expreso salario convenido; las argumentaciones posteriores se refieren, por ello, a los trabajadores contratados sin expresa cuantificación retributiva y a los que se les fijó por remisión al convenio colectivo.

2.- Posibles respuestas al dilema.- Volviendo al hilo de la cuestión, si un año después de la denuncia del Convenio Colectivo, éste - como el precepto dispone- pierde su vigencia y tampoco existe Convenio de ámbito superior que pase a regir el ámbito de aquél, la duda que se suscita - y el legislador no resuelve- es determinar el marco normativo por el que hayan de regirse las relaciones laborales hasta entonces disciplinadas por el convenio extinto.

Las posibles respuestas que se ofrecen son -a falta de acuerdo entre las partes o decisión arbitral- tan sólo dos: la regulación estatutaria con mínimos legales; y la precedente regulación ya extinta. Siquiera la primera de ellas ofrece -como se verá- se desdobra en una tesis «contractualista» que es la seguida por el criterio mayoritario (las condiciones del convenio colectivo continúan aplicándose porque se habían incorporado al contrato de trabajo), y la que defiendo en este voto particular, sosteniendo que la continuidad aplicativa del salario del convenio atiende al «equilibrio» entre las prestaciones y tiene apoyo en el principio de la buena fe.

SEGUNDO.- 1.- Rechazo de la tesis «rupturista».- En efecto, rechazo la primera de las posibilidades, la llamada «rupturista» que acepta la sentencia de que discrepo, en causa no solamente a consideraciones de índole constitucional -la dignidad de la persona y el derecho a la negociación colectiva-, sino a razones de índole práctica en orden a la viabilidad aplicativa de la que se ha calificado como tesis «derogatoria»; aparte de que entiendo que la opción por la tesis del «equilibrio de prestaciones» es la que más adecuadamente se ajusta a una razonable mecánica negocial.

2.- La dignidad de la persona como factor de rechazo.- En primer término porque desde una perspectiva exclusivamente constitucional, la posibilidad de que la prestación de servicios de todos los trabajadores afectados -cualquiera que hasta entonces hubiese sido su retribución- pase a ser retribuida con el SMI se compadece mal, en primer lugar con la suficiencia económica a la que en alguna ocasión -siquiera en relación a materias por completo alejada de la presente- se ha referido el Tribunal Constitucional, entendiendo que su garantía viene exigida por el principio del respeto a la dignidad humana que como derecho fundamental de la persona proclama el art. 10.1 CE EDL 1978/3879 (así, SSTC 113/1989, de 22/Junio, FJ 3; y 16/1994, de 20/Enero, FJ 4); y en segundo término, me parece que tampoco la indicada solución se muestra respetuosa con el derecho del trabajador -ex art. 35.1 CE EDL 1978/3879 - a «una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia», derecho al que el mismo Alto Tribunal ocasionalmente ha ligado a idea de «vivir dignamente» (así, STC 42/1990, de 15/Marzo, FJ 4), pues la interpretación que rechazo podría llevar -llevaría, más bien- a la drástica minoración de los ingresos familiares en términos tales que comprometerían los niveles de vida -o subsistencia- hasta entonces mantenidos (piénsese en el efecto que tal reducción al SMI habría de tener en trabajadores altamente cualificados y retribuidos muy por encima del suelo legal; o en otros a los que su anterior retribución apenas se ajustaba a sus necesidades familiares).

3.- La incidencia del derecho a la negociación colectiva.- Bajo este mismo planteamiento constitucional -siquiera enlazado con la legalidad ordinaria- entiendo que con la tesis «rupturista» sufriría el derecho a la negociación colectiva que consagra el art. 37 CE EDL 1978/3879 , pues la base de cualquier actividad negocial -el «alma del contrato», se ha dicho- es el libre consentimiento y éste dejaría de ser tal si en el presente caso -conforme al criterio «derogatorio»- la alternativa que a la parte social se le presentase fuese la de

aceptar la minoración de condiciones económicas propuesta por el empleador o el descenso -aún mayor- al SMI; en tales condiciones, que innegablemente minorarían el deseable «equilibrio entre partes de fuerza económica desigual» (son palabras muy reiteradas de la STC 11/1981, de 8/Abril LDPPL, FJ 22), mal puede sostenerse -ahora me remito a la aludida legalidad ordinaria- que el resultado de tan singular "negociación" fuese «la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva», como el art. 82.1 ET EDL 1995/13475 define el convenio colectivo; a lo añadir que en la práctica, esa situación supondría dejar al arbitrio de una de las partes -la empleadora- el cumplimiento del contrato, lo que expresamente rechaza el art. 1256 CC. EDL 1889/1 .

4.- La interpretación acorde a la Constitución como elemento decisivo.- A estos dos apartados acerca de la dimensión constitucional que ofrece la cuestión planteada, ha de añadirse el hecho de que la interpretación de las normas ha de ser acorde a la Constitución, de acuerdo con el art. 5.1 LOPJ EDL 1985/8754 , lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» ( SSTS 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4; y 192/2003, de 27/Octubre. SSTS -entre las recientes- de 26/03/14 -rco 61/13 -, FJ 7.2; y SG 17/07/14 -rco 32/14 -); porque -como se ha dicho por el máximo intérprete de la Carta Magna EDL 1978/3879 - «(l)a exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho implica, como presupuesto inexcusable... desde la STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1, la vinculación a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, de todos los poderes públicos, y por consiguiente también de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial ( arts. 9.1 y 117 CE EDL 1978/3879). Como este Tribunal afirmó ya en su STC 19/1982, de 5 de mayo, "es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme" a la Constitución, lo que significa elegir entre sus posibles sentidos "aquel que sea más conforme con las normas constitucionales" (FJ 7)» ( STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 3).

5.- Añadidas dificultades de índole práctica.- Aparte de ello, y aunque la reclamación de autos se limite a la exclusiva retribución, no está de más advertir que la tesis «rupturista» ofrecería en su aplicación un sinfín de dificultades desde un plano de estricta normación ordinaria, pues serían difícilmente salvables los obstáculos que para ambas partes se presentarían en multitud de aspectos de la prestación de servicios (adecuación titulación/actividad; jornada; horario; ejercicio de la actividad disciplinaria, etc.), amén de todos aquellos extremos sobre los que el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 se remite a la negociación colectiva, y respecto de los que forzosamente habría de negociarse de forma colectiva, pero precisamente en un contexto de imposibilidad de acuerdo en la nuclear cuestión salarial, de forma que -se quiera o no- la situación sería claramente precipitatoria de indeseable conflictividad laboral.

TERCERO.- 1.- La solución «continuista» como única aceptable.- Prescindiendo de esas últimas indicaciones de orden más bien práctico en materia ahora no cuestionada y que ciertamente no alcanzan a determinar el sentido de la norma aunque sí a destacar la complicada operatividad de la interpretación «rupturista» del precepto, lo cierto es que las consideraciones que hice en plano constitucional creo que abocan a la búsqueda de una solución que sea más deferente con los derechos - fundamentales y ciudadanos- a que precedentemente me he referido. Solución que encuentro en lo que se ha llamado solución «continuista», pero no por la vía de la «contractualización» --que rechazo- sino por aplicación de principios generales del Derecho.

2.- Inconvenientes de la posición «contractualista».- La tesis mayoritaria, consistente en que siguen aplicándose las condiciones previstas en el Convenio Colectivo caducado porque habrían pasado a integrarse en cada contrato de trabajo desde que éste fue suscrito, a mi juicio es opuesta a la regulación de la negociación colectiva y a la doctrina de la Sala acerca de ella y de la condición más beneficiosa (CMB), haciendo que la misma - creo- se desestabilice en gran medida. Sostener -como se hace- que aquellas condiciones -las del Convenio Colectivo- «estaban ya contractualizadas desde el mismo momento (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral»:

a).- Contradice frontalmente la propia regulación estatutaria de las fuentes de la relación laboral, puesto que el art. 3.1 ET EDL 1995/13475 distingue -como categorías independientes- entre las condiciones derivadas del convenio colectivo (apartado b)) y las que la voluntad de las partes incorpora al contrato de trabajo (apartado c)), con lo que a mi entender es claro que para el legislador aquéllas -las del convenio- no se incorporan al nexo contractual.

b).- Se opone a nuestra doctrina relativa a que la incorporación de una CMB al contrato de trabajo únicamente puede producirse «en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» (últimamente, SSTS 16/10/13 -rco 101/12 -; 05/02/14 -rcud 124/13 -; y 12/11/14 -rco 13/14 -).

c).- Es incompatible con la afirmación de que no cabe aceptar la existencia de CMB de origen normativo, concretamente tener por fuente el convenio colectivo, entre otras razones porque únicamente puede tener su causa en la «libre voluntad del empleador» y porque ello obstaría a la innegable posibilidad de convenios regresivos ( SSTS 10/02/95 -rec 2351/93 -;...; 08/07/10 -rco 248/09 -; y 21/10/14 -rco 308/13 -); posibilidad que si ya era sostenible antes de la reforma del ET por la Ley 11/1994 (19/Mayo), con mayor motivo pasó a serlo con posterioridad, al haberse optado claramente por la adscripción de nuestro sistema negocial al principio de modernidad del convenio colectivo, reconociendo la facultad al posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente ( SSTS SG 16/07/03 -rec. 862/02 -;...; 15/06/10 -rcud 680/09 -; y 15/09/10 -rco 18/10 -).

d).- En todo caso se ha de observar que en el supuesto de que el contrato de trabajo efectúe la determinación retributiva por remisión (« el salario será el previsto en el convenio colectivo»; o expresiones similares), la fórmula empleada no supone sino que la remuneración ha de seguir la suerte del fijado en el convenio, tanto en su incremento como en su disminución, pareciendo que la caducidad del pacto colectivo habría de significar -exclusivamente- una laguna contractual que necesariamente ha de cubrirse, pues de lo contrario -absurdo aparte- el contrato se hallaría privado de sus esenciales requisitos de objeto y causa.

3.- Consecuentes disfunciones.- Ahora bien, si se acepta la tesis mayoritaria de la que discrepo y la consiguiente incorporación al contrato de las condiciones previstas en el convenio colectivo -lógicamente a título de CMB- resultaría que las mismas habrían de respetarse por un hipotético nuevo convenio, pues la CMB mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable (así, entre tantas anteriores, SSTS 14/05/13 -rco 96/12 -; 16/10/13 -rco 101/12 -; y 12/11/14 -rco 13/14 -). Con lo que se imposibilitaría toda negociación que no llevase a mejorar -cuando menos a equiparar- la regulación colectiva anterior, incluso aunque las circunstancias económicas o de mercado aconsejasen lo contrario; o lo que es igual volveríamos a un modelo de negociación colectiva caracterizado superado primero por el ET y posteriormente - con mayor claridad- por la Ley 11/1994, superando la irregresividad o intangibilidad de lo pactado en convenio colectivo.

Y a lo dicho nada obsta que la Sala haya admitido la CMB de naturaleza colectiva, porque la Sala requiere que se trate de un beneficio ofertado unilateralmente por el empresario y concedido sin «contraprestación» a una pluralidad de trabajadores ( SSTS 30/12/98 -rco 1399/98 -;... 04/03/13 -rco 4/12 -; y 12/11/14 -rco 13/14 -); requisitos a los que en manera alguna responden las condiciones pactadas en convenio colectivo.

CUARTO.- 1.- El equilibrio de las prestaciones como tercera vía.- En mi opinión, aunque no procede esa contractualización de las condiciones pactadas en el convenio ya caducado, ello tampoco significa - dado que la tesis «rupturista» me parece en no escasa medida contraria a derechos constitucionales- que no sea factible llegar al mismo resultado, pero por diferente vía.

Para llegar a tal conclusión parto de la base de que el legislador se limita a declarar que acaecidas las circunstancias que refiere, el convenio «perderá... vigencia» y «se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior». Nada dispone para el supuesto de que tal convenio de superior ámbito no exista, y en la misión de determinar en tal supuesto cuál haya de ser la fuente de la relación laboral -en lo que al salario corresponde- al menos nos encontramos, como he referido, con que: a) la posible opción por el SMI no parece opción acorde a derechos constitucionalmente protegidos; y b) la «contractualización» de las condiciones fijadas en el convenio caducado no encaja con la doctrina de la Sala en torno a la negociación colectiva y a la CMB.

Así las cosas, la obligada aplicación del salario del convenio ya extinguido, entiendo que encuentra apoyo en las siguientes consideraciones:

a).- El legislador no ha declarado expresamente que esté suprimida la ultraactividad de las condiciones salariales previstas en el convenio extinguido, y aunque lógicamente haya de entenderse que por regla general así será, como evidencia la supresión del texto que en el art. 86.3.2 ET EDL 1995/13475 la establecía («En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio»), de todas formas se presenta razonable entender persistente cuando menos la retribución hasta entonces percibida, habida cuenta de que la otra posibilidad aplicativa -el SMI- ofrece una cierta deficiencia constitucional, tal como más arriba he querido justificar, y por ello - como algo hay que aplicar- parece que el supuesto se hace acreedor de la misma función de garantía que la Sala ha atribuido a la indicada regla (SSTS 10/07/01 -rec 2973/00 -; 31/03/10 -rco 77/09 -; y 12/03/12 -rco 4/11 -).

b).- En apoyo de esta solución interpretativa también puede invocarse -aparte de ese argumento «por exclusión»- el siempre deseable equilibrio de las prestaciones, y más concretamente el que necesariamente ha de mediar entre el trabajo y el salario, y del que precisamente la Sala ha hecho uso en muy numerosas ocasiones y para las más variadas materias (valgan de ejemplo en cuestión retributiva, las referencias al principio contenidas en las SSTS 14/02/08 -rco 119/06 -; 01/12/08 -rcud 4322/07 -; 29/01/09 -rcud 4396/07 -...).

2.- La buena fe como presupuesto de la solución ofrecida.- El referido equilibrio descansa muy primordialmente en la obligada buena fe, principio que -conforme a nuestra jurisprudencia- «forma parte esencial del contrato de trabajo... como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte» (así, literalmente, la STS 19/07/10 -rcud 2643/09 -). Sin que se deba olvidar -entre nuestras recientes afirmaciones- que «la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC EDL 1889/1 , precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga (derecho; facultad), hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE.... En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe "es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para" los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como "condicionamiento" o "límite adicional"... De manera que -ello es una consecuencia obvia- con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho... ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales» ( STS SG 17/07/14 -rco 32/14 -, FJ 5.2).

En tal sentido he de indicar que no parece ajustado a la obligada buena fe que el fracaso en la negociación de un nuevo convenio colectivo se considere por la empresa como acontecimiento que legitime reducir drásticamente la retribución que hasta entonces percibían los trabajadores afectados, precisamente invocando una redacción legal -la del nuevo art. 86.3 ET EDL 1995/13475 - que cuando menos presenta cierto grado de oscuridad, pues si hasta la referida fecha el salario no podía sino ser considerando adecuada contraprestación al trabajo realizado, en tanto que había sido fijado de común acuerdo por la empresa y los representantes de los trabajadores, en ningún caso podía pasar a ser indebida contraprestación sin que se hubiesen producido circunstancias excepcionales que ni tan siquiera se alegan. Es más, si esa reacción pudiera entenderse legalmente justificada, está claro que tal posibilidad reductora del salario se convertiría en indudable factor desmotivador de la propia negociación colectiva; algo que incuestionablemente no ha querido el legislador.

3.- Las posibles consecuencias distorsionantes.- Finalmente me parece obligado observar que si bien es innegable que la referida solución puede dar lugar -entre otras posibles consecuencias no pretendidas- a futuras situaciones que pueden ser censurables desde la perspectiva del principio de igualdad, de todas formas considero que ello no debe atribuirse a la tesis mantenida en la sentencia o en este voto particular, sino a la propia modificación legal, que afectó a una pieza clave de la ya de por sí compleja negociación colectiva y -a lo que entiendo- no alcanzó al resto de las disposiciones con aquella relacionadas e imprescindibles para que tan delicado sistema funcionase de manera eficaz y sin distorsiones.

Madrid, 22 de diciembre de 2014

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Miguel Ángel Luelmo Millán A LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2014

RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN núm. 264/2014

Aun compartiendo el fallo de la sentencia de la Sala, entiendo necesario efectuar unas muy breves precisiones al amparo del art 260.1 de la LOPJ EDL 1985/8754 que constituyen la justificación de mi voto favorable al mismo, por no recogerse en su texto, al menos del modo en que me parece que debieran figurar.

A) El art 37 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , al consagrar en su num.1 el derecho a la negociación colectiva así como la fuerza vinculante de los convenios, reconoce al primero como un factor determinante en el logro de la paz social, la cual, a su vez, se erige como elemento indispensable en el Estado social y democrático de Derecho, cuya declaración se realiza en su art 1.1.

No abrigando la Sala especiales dudas acerca de la constitucionalidad del art 86.3 del ET EDL 1995/13475 en la redacción dada al mismo por la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio EDL 2012/130651 -de lo que, a título particular, no me encuentro tan seguro- lo que se impone, en todo caso, es una interpretación restringida del mismo por lo que a la cuestión objeto de litigio se refiere, para no correr el riesgo de abrir un portillo, siquiera sea indirectamente, a la extinción de la propia negociación como derecho y como instrumento más idóneo para la finalidad antedicha.

B) No cabe olvidar que el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos, registrado y publicado por Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo (BOE 14 de junio de 2013), aunque anterior a la reforma legal, recomienda, en primer lugar, la renovación y actualización de los convenios en aras a la competitividad de las empresas y la estabilidad en el empleo de los trabajadores y agilizar e intensificar los procesos negociadores en curso, a fin de propiciar el acuerdo antes del término legal de vigencia de los convenios y que previamente a la finalización de dicho plazo, los negociadores se comprometan a seguir el proceso de negociación, garantizando durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso el mantenimiento del convenio vencido, añadiendo que cada una de las partes podrá decidir que la negociación está agotada y, por tanto, instar la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario, de acuerdo con su punto séptimo, concluyendo que para la resolución de las situaciones de bloqueo de las negociaciones las partes negociadoras deberán acudir a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos establecidos en el ámbito del Estado y de carácter autonómico e instando a las organizaciones firmantes del II AENC a promover cuantas acciones resulten necesarias para el impulso y la renovación de los convenios colectivos.

C) Sólo pocas fechas después se produce la mencionada reforma, y si bien en el punto IV del Preámbulo de la ley se dice, textualmente, que "con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año", ello no impide, a mi entender, la hermenéutica referida del precepto renovado, manteniendo su literalidad pero situando en un término medio, cuando se trata de la naturaleza (salarial) del derecho debatido, el período extintivo de la referida ultraactividad convencional, aunque un sector, al menos, de la doctrina más acreditada entienda que ello suponga la denominada "contractualización" de las condiciones de trabajo, que estaría en contra del objetivo marcado en la norma reformadora.

D) Lo cierto es que el salario constituye el derecho primordial del trabajador y debe preservarse, en lo posible, de los avatares normativos cuando ya se ha incorporado al acervo económico particular fruto de la relación laboral y en tanto en cuanto no se haya producido, al menos, una compensación proporcional a su reducción en el contenido obligacional de la misma para aquél.

En este sentido podría invocarse la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil EDL 1889/1 , que establece que "los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas", y éste es un principio de intertemporalidad que creo extrapolable al caso presente, siquiera sea como regla general y "mutatis mutandis", con mejor respeto de la seguridad jurídica, del propio prestigio legislativo y de las indudables expectativas de los trabajadores afectados, llevando su aplicación, en definitiva, a salvaguardar la situación ya existente en cada caso y a diferencia de lo que acontecerá con los trabajadores de nueva contratación.

E) Esto, con toda probabilidad, entronca con la cuestión de la condición más beneficiosa y la sostenida jurisprudencia que niega que un convenio colectivo sea un instrumento apto para establecerla, pero, en estas condiciones, sería una condición sobrevenida y

excepcional, ya que mientras el convenio rigió, no era tal. De otro modo se incurriría en una suerte, aunque sea atípica, de expropiación de derechos que puede constituir un estímulo para evitar de futuro la negociación, que es, precisamente, lo que la propia norma niega.

F) En consecuencia y resumen, que puede afirmarse que existen derechos y derechos y, en concreto, que el derecho al salario, como piedra angular, para el trabajador, de la relación laboral misma, no debe verse afectado por la reforma en la más estricta dimensión literal de su regulación cuando se trata de personas que tienen incorporado el contenido convencional al respecto en su contrato, porque la propia norma permite atenuar dicha consecuencia con una interpretación restringida en lo cronológico y en lo material, de modo que se entienda que si se dice que transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo éste perderá vigencia "y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación", ello no impide que si tal convenio superior no existe, se mantenga la ultractividad circunscrita a este punto singular, porque la norma no lo niega expresamente sino en términos generales que consideran el convenio como un todo generador de derechos y obligaciones recíprocos, debiendo tenerse presente la finalidad de la reforma laboral en este aspecto, y ya textualmente reproducida, que dice no querer más que favorecer la propia negociación colectiva y evitar la petrificación convencional y que no se demoren en exceso nuevos acuerdos, pero no rebajar el nivel salarial alcanzado como medida económica anticrisis aunque haya de ser también antisocial, porque, de ser así, se estaría procediendo a una especie de replanteamiento de los términos de la relación por ministerio de la ley y en detrimento de una sola de las partes, a quien a partir de la pérdida de la vigencia convencional, se estaría dando no sólo menor retribución sino también menor valor a su trabajo.

G) De este otro modo, se mantiene, de manera más homogénea, el equilibrio prestacional entre los sujetos de dicha relación, lo que supone, ante todo, un principio de equidad y de justicia distributiva, representando ello, por otro lado, una mejor forma de preservar el principio de seguridad jurídica y de precaver, por esa vía hermenéutica, el riesgo de destrucción o, cuanto menos, de descompensación del sinalagma contractual en que la propia relación laboral descansa.

Madrid, 22 de diciembre de 2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Antonio V. Sempere Navarro A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 264/2014 Y AL QUE SE ADHIEREN EL PRESIDENTE EXCMO. SR. DON Jesús Gullón Rodríguez Y LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. DON José Luis Gilolmo López, DON José Manuel López García de la Serrana Y DON Jesús Souto Prieto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, formulo Voto Particular (VP) a la sentencia dictada en el recurso de casación 264/2014.

#### MOTIVACIÓN

Como sucede en todo problema de orden colectivo, la solución idónea no es otra que la derivada de un acuerdo suscrito por las partes legitimadas para la negociación ( arts. 37 y 28 CE EDL 1978/3879). Y aquí se trata, nada menos, de saber qué sucede cuando desaparece del panorama normativo un convenio colectivo, sin aparente sucesión. Es muy significativo el contenido del Acuerdo Interconfederal suscrito por los agentes sociales más representativos de ámbito estatal el 23 de mayo de 2013 (poco antes de que se actualizara el problema de "los convenios colectivos que pudieran resultar afectados por la posible pérdida de la vigencia"). Para evitar situaciones de incertidumbre, recomiendan agilizar las negociaciones; garantizar la pervivencia del convenio vencido mientras prosigan las negociaciones del nuevo; desbloquear los procesos atascados acudiendo a mediación o arbitraje.

La reflexión precedente, en cierta forma "poniendo la venda antes de sufrir la herida", anticipa que ninguna de las respuestas al alcance del intérprete va a poder igualar a la emanada de la propia autonomía colectiva.

El obligado respeto al criterio asumido por la Sala está acompañado por la desazón, intelectual y personal, que me provoca el haber sido incapaz de asumir los planteamientos mayoritarios en una materia tan relevante y sensible como la que se discute en la que era deseable una posición unánime. Sin embargo, me es imposible compartir lo esencial de la sentencia.

En ella se recurre a la construcción de toda una doctrina acerca de la pervivencia del contenido del convenio desaparecido (puesto que estaba ya contractualizado) cuando el pleito suscitado únicamente refiere a la pervivencia o no de los salarios percibidos. Al igual que en el Pleno, no trato de esquivar un debate de alcance tan general (con la ventaja de dar a conocer el criterio de este Tribunal), pero considero que debíamos haber atendido más a los concretos datos del caso, a su materia y alcance; entre otras cosas, porque nos desenvolvemos en el marco de un recurso extraordinario en el que la congruencia procesal ha de preservarse especialmente.

En concordancia con ello, expongo seguidamente las consideraciones jurídicas en que se basa mi discrepancia, con la mayor claridad y concisión de que he sido capaz.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Por remisión, se asumen los antecedentes de hecho que recoge la sentencia objetada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERA.- Los términos del debate.

Tanto los antecedentes de hecho cuanto los Fundamentos de la presente sentencia propician la obtención de una cabal idea sobre el tenor de lo discutido. Se aceptan expresamente las descripciones normativas y procesales que los Fundamentos Primero y Segundo de la sentencia contienen, así como la estimación del primer motivo del recurso (revisión fáctica).

Sin perjuicio de ello, ahora interesa recalcar algunos aspectos que ayudan a centrar el alcance y los términos de la pretensión ejercitada ante la Sala Balear.

#### A) La pretensión ejercitada.

Estamos ante un supuesto en que a) La vigencia de convenio colectivo de empresa ha finalizado. b) Ha mediado denuncia. c) Ha transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 86.3 ET. EDL 1995/13475 d) No existe convenio de ámbito superior. e) A partir del día siguiente al de finalización de la vigencia del convenio, la empresa aplica las retribuciones propias del SMI.

Sobre esos sencillos hechos, el sindicato USO presenta una demanda de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT).

La demanda no pide que se aplique el convenio colectivo en cuestión, cuya pérdida de vigencia presupone. Reclama porque la empresa ha privado a sus empleados, sin previa tramitación de procedimiento alguno, de unas condiciones que son inherentes a sus contratos de trabajo. Lejos de interesar la aplicación del convenio colectivo y denunciar su incumplimiento, se ataca la decisión patronal de alterar de unas condiciones de carácter contractual.

Los demandantes no reclaman la aplicación de un convenio de ámbito superior, ni se menciona precepto alguno en que se base, en concreto, la petición; de hecho, los Fundamentos de Derecho aluden, de forma genérica, a cuatro normas de cabecera (Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , Ley de la Jurisdicción Social, Convenio colectivo del sector y Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 ), de las cuales hay una inexistente (convenio sectorial), otra instrumental (LRJS) y una tercera ajena al debate (LGSS EDL 1994/16443 ).

Mayor precisión ofrece el suplico de la demanda, pues: a) Identifica la pretensión como "reclamación de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo"; b) pide que se declare nula la decisión empresarial; c) interesa la reposición, a los trabajadores, de las condiciones " que se pactaron en sus contratos de trabajo y pasan a formar parte del acervo patrimonial del trabajador durante su relación laboral con la empresa".

#### B) La sentencia de instancia.

La sentencia dictada por la Sala del TSJ de las Islas Baleares estima la demanda y ordena la reposición de "las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado convenio colectivo".

Su fundamentación jurídica invoca y aplica la doctrina de una sentencia dictada por la Sala homónima del País Vasco donde se postula la aplicación transitoria del convenio colectivo que ha perdido vigencia.

#### C) La presente sentencia.

La resolución de la que discrepo, de manera comprensible, comienza entroncando con el enfoque asumido en la de instancia. El segundo párrafo del FJ Primero de nuestra sentencia explica que " la cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio colectivo....continúa en ultraactividad....". Ya se ha visto que ese no es el planteamiento del conflicto colectivo; la demanda parte de que la vigencia del convenio ha decaído y, por tanto, no continúa desplegando su fuerza.

En el núcleo de la Fundamentación, nuestra sentencia abraza sin reservas la tesis de que hay " pérdida de vigencia del convenio en cuestión ", locución repetida y explicada en los párrafos finales (" Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia "), e incluso recordada en el Fallo ("Confirmamos la sentencia recurrida por las razones expuestas en la presente resolución").

#### D) El Voto Particular.

Sobre tales premisas, no hay necesidad de reproducir los preceptos que inciden sobre la cuestión o los antecedentes, máxime cuando se comparte la estimación del primer motivo del recurso.

Este VP comparte con la sentencia una importante coincidencia en el punto de partida (el convenio ha perdido su vigencia) y contempla con agrado el resultado (no rebajar retribuciones) pero discrepa radicalmente de los argumentos acogidos por los Fundamentos Jurídicos y entiende que ni la demanda ni la sentencia de instancia han dado argumentos válidos para llegar al resultado en cuestión.

Las bases a partir de las que debería haberse afrontado la resolución del recurso de la empresa son las siguientes:

El convenio del que dimanaban los salarios pretéritos ha perdido su vigencia y es inaplicable.

La solución al problema no puede estar predeterminada por el deseo de alcanzar determinado resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que debamos otorgar.

Los derechos de una norma derogada o caducada ya no están incorporados a los contratos sobre los que se proyectaba. Procede examinar la pretensión a la vista de diversos prismas constitucionales o legales para determinar si cabe reducir el salario cuando el convenio pierde su vigencia.

SEGUNDO.- Pérdida de vigencia del convenio por transcurso del plazo de ultraactividad.

El primer paso relevante para resolver la cuestión que plantea la demanda (y el recurso de casación) consiste en precisar el lugar que corresponde a un convenio colectivo en el que concurren las circunstancias descritas en el apartado A) del anterior expositivo. A la vista

de la DT 4ª de la Ley 3/2012 y del art. 86.3 ET EDL 1995/13475 la respuesta debe ser firme: cuando transcurra el año de ultraactividad dejará de tener cualquier tipo de vigencia por así quererlo el legislador.

No lo entiende de ese modo la sentencia de instancia, pero lo cierto es que son muchos los argumentos (algunos acogidos por el recurso de casación) a partir de los cuales tal conclusión parece inescapable. Es pertinente recordar alguno de ellos:

1) Pese a su origen contractual, el convenio es una verdadera norma que debe desplegar sus efectos durante el tiempo que indica, por así requerirlo la seguridad jurídica ( art. 9.3 CE EDL 1978/3879 ).

2) Que exista una laguna o vacío como consecuencia de la desaparición de una norma no permite postular la continuidad transitoria de su vigencia pues lo procedente en tales casos puede ser la analogía ( art. 4.1 del Código Civil EDL 1889/1 (CC)) o el recurso a los Principios Generales del Derecho ( art. 1.4 CC EDL 1889/1 ).

3) La pérdida de vigencia dispuesta por la Ley para los convenios que agotan su ultraactividad no va acompañada de distinciones o excepciones; *ubilex non distinguet*...

4) Los antecedentes históricos juegan en contra de la pervivencia del convenio. Frente al anterior art. 86.3 ET EDL 1995/13475 ("En defecto de pacto... se mantendrá en vigor el contenido normativo"), el vigente es drástico al indicar lo procedente en casos como el enjuiciado: " perderá, salvo pacto en contrario, vigencia ".

5) La Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, sin pretender concederle más valor que el auxiliar de la interpretación, abunda en esta conclusión: "Se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo (...). Se pretende evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año".

6) El *iter legis* (el debate parlamentario) y los actos posteriores del Gobierno que impulsó la redacción del art. 86.3 aplicable al caso (Programa Nacional de Reformas 2012) apuntalan esa idea de pérdida de vigencia.

7) El eventual acudimiento a las Disposiciones Transitorias 1ª y 4ª del CC permite mantener la aplicación de normas derogadas para "las acciones y los derechos nacidos", pero ello no comporta que perviva la norma (el convenio) y que pueda generar nuevos derechos.

8) Pretender la aplicación de la Transitoria Segunda del CC ("los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma") podría salvar la validez de los acuerdos contractuales, pero no de una norma como es el convenio.

Conclusión de todo ello, por tanto, es que a partir del 8 de julio de 2013 dejó de estar en vigor el convenio colectivo de empresa y, por tanto, sus previsiones en materia retributiva. Esta importantísima premisa choca con la base argumental sobre la cual construye su solución la sentencia de instancia (apoyada en otra del TSJ del País Vasco).

El convenio ha dejado de existir, con todas las consecuencias que ello comporta desde el punto de vista de las fuentes de derechos y obligaciones, fiscalización de cumplimiento, invocación a efectos procesales, existencia de una unidad de negociación colectiva viva, imposición del contenido del convenio a nuevas contrataciones, imposibilidad de que opere en los casos en que la Ley se remite a lo que establezca un convenio, etc.

Cuando la sentencia de la que discrepo repasa las tesis "conservacionistas" da a entender que sus partidarios comparten la idea de que el convenio ha perdido su vigencia. Quizá por ello no presta apenas atención a esta premisa y la abraza sin especial argumentación.

Pero lo cierto es que una parte de la doctrina (la sentencia recurrida y la del País Vasco) ha entendido que la evitación de vacíos reguladores, como el de nuestro caso, debía resolverse manteniendo la aplicación transitoria del convenio colectivo en ultraactividad.

Para que el primer paso de este VP quede justificado, dadas las muy relevantes consecuencias prácticas que de ello se siguen, ha parecido necesario exponer las razones que lo respaldan.

TERCERO.- Dos precisiones metodológicas.

Como ha quedado expuesto, el Convenio de ATESE dejó de aplicarse con efectos del último día en que la empresa abona los salarios conforme a lo en él previsto.

La empresa entiende que, a partir de ahí, puede abonar a sus empleados el SMI y en el recurso razona que ello no le reportará beneficio competitivo especial porque eso es lo usual en las empresas "del sector", en parte porque no existe un convenio de tal ámbito, pero introduce este dato fáctico sin haber interesado oportunamente la revisión de hechos. Por tanto, más allá de la decadencia del convenio que se vino aplicando, no hay razón alguna que podamos tener en cuenta para cimentar la minoración retributiva que se combate.

Esta advertencia respecto del recurso debe acompañarse de otras dos observaciones acerca del método para afrontar su resolución.

A) No cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias.

La solución al problema que el conflicto colectivo plantea no puede estar predeterminada por el deseo de alcanzar cierto resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que debamos otorgar. Si la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico ( art. 9.1 CE EDL 1978/3879 ) abocan a resolver un problema de modo determinado, el intérprete no puede alterar su conclusión porque

le desagraden las consecuencias de ella. No cabe construir unos argumentos ad casum para alcanzar la solución deseada a costa de prescindir del mandato de las propias leyes.

La regulación del art. 86.3 ET EDL 1995/13475 y preceptos concordantes acerca de qué sucede cuando un convenio finaliza la ultraactividad y no hay otro de ámbito superior suscita graves dudas interpretativas. La sentencia mayoritaria descarta que las previsiones del convenio colectivo expirado queden sin aplicación porque: 1º "se producirían indeseables consecuencias"; 2º el legislador se apoya en el convenio colectivo en temas muy relevantes; 3º se podría producir una alteración sustancial del negocio jurídico.

El anterior razonamiento se antoja un tanto circular; las causas y los efectos se justifican recíprocamente y parecen apuntar hacia la petición de principio. Se acepta que el convenio ya no rige, pero a la vez se sostiene que ello genera efectos indeseables y que sin convenio el marco de relaciones laborales carece de algunos elementos imprescindibles. Acto seguido se opta por defender la continuidad material de las previsiones del convenio, pero bajo otro título jurídico. Esta posición, autodenominada como "conservacionista", entronca con el principio de autonomía de la voluntad y con "el carácter contractual de la fuente" de las obligaciones laborales, al margen de dónde emanen.

En nuestro criterio, si se piensa que el vacío dejado por el convenio colectivo es jurídicamente inaceptable puede entenderse que se sostenga la pervivencia del convenio cuya ultraactividad ha finalizado (como la sentencia de instancia); que se ataque la inconstitucionalidad de una regulación (la del art. 86.3 ET EDL 1995/13475 y concordantes) generadora de resultados inasumibles; en fin y sin ánimo exhaustivo, o que se acuda a la analogía para encontrar el convenio más afín con el desaparecido y así replicar la solución legal para cuando aparece uno de ámbito superior.

Sin embargo, las bases conceptuales sobre las que se asienta la tesis "conservacionista" mayoritaria nos parecen inasumibles. En el Fundamento Cuarto de este Voto se expondrá las razones de tal disidencia.

#### B) Inconvenientes de la tesis acogida.

La sentencia descarta las llamadas tesis "rupturistas" por las perniciosas e inaceptables consecuencias que comporta. Sin duda son variados los problemas e inconvenientes que surgen si se opta por una interpretación de ese corte.

Pero eso no significa que la solución adoptada por la sentencia de la que discrepamos carezca de contraindicaciones, como ella misma recoge en su tramo final. A título de ejemplo cabe evidenciar las siguientes:

¿Sirve el contrato para albergar la gradación de las faltas y sanciones que se remite legalmente al convenio colectivo ( art. 58.1 ET EDL 1995/13475 ) ?

¿Pasan a ser disponibles los derechos que eran indisponibles para el convenio ( art. 3.5 ET EDL 1995/13475 )?

¿Qué sucede con todas las previsiones que respecto del contrato en prácticas puede contener un convenio colectivo ( art. 11.1 ET EDL 1995/13475 ), pero no un contrato de trabajo?

¿Sigue valiendo el sistema de informar a los trabajadores sobre existencia de vacantes para permitir cambios de tiempo completo a parcial o viceversa ( art. 12 ET EDL 1995/13475 )? ¿Y las previsiones sobre horas complementarias, que puede contener el convenio, pero no el contrato?

¿Qué régimen aplicamos a las previsiones que tenía el convenio desaparecido y que resultan menos favorables que las supletorias de la norma heterónoma (por ejemplo, en materia de periodo de prueba, conforme al art. 14.1 ET EDL 1995/13475 )?

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

¿Es posible sostener la validez de un sistema de clasificación profesional ajeno a los cauces colectivos que marca la Ley ( art. 22.1 ET EDL 1995/13475 )?

Sin necesidad de alargar más el listado de materias: no parece posible que se apoye en el contrato la virtualidad de temas donde la posibilidad de regular solo se reconoce al convenio colectivo (superar la duración máxima del periodo de prueba prevista en el ET; establecer las falta y sanciones de los trabajadores; etc.) o a los acuerdos colectivos (sistema de clasificación profesional).

Derivadamente: si las condiciones contractualizadas no pueden referirse al contenido íntegro del convenio acaba fragmentándose su regulación y apareciendo desequilibrios tan preocupantes como el que se quiere evitar.

¿Cómo explicar que a partir de una norma ya inexistente se han generado derechos contractuales si toda nuestra jurisprudencia recoge el principio de que las condiciones más beneficiosas no pueden derivar de los convenios colectivos? ¿Cómo entender que el contenido del convenio privado de vigencia mantiene su virtualidad como pacto individual? ¿O es que la inserción (de cuanto contiene un convenio colectivo) en el contrato solo opera, justamente, cuando el convenio ya no existe?

¿Qué sucederá con las condiciones contractualizadas cuando se aprueba un convenio posterior que las altera? ¿Habrá que acudir a su MSCT? ¿Es admisible esa pérdida de virtualidad para el nuevo convenio colectivo?

Si cualesquiera derechos y obligaciones que discurren entre la partes de una relación laboral se han incorporado al contrato y permanecen aunque desaparezca el instrumento normativo que los generó, ¿cómo explicar que la derogación de unas normas afecte a quienes trabajaban bajo su amparo?

¿Cómo explicar, por ejemplo, que convenios posteriores rebajen derechos de los anteriores y la jurisprudencia afecte, de manera indubitada a quienes resultan perjudicados?

No se trata de exagerar las consecuencias prácticas sino de poner de relieve que la solución acogida consigue un resultado encomiable desde el punto de vista de la Justicia material, pero comporta una "petrificación" de condiciones laborales selectiva e insegura; sacrifica conceptos y principios axiales; rebaja la relevancia que al convenio colectivo y a la ley corresponde en nuestro sistema de fuentes; paga un fuerte peaje conceptual; en fin, abdica del valor normativo de los convenios, fragmenta su contenido y confiere al pacto individual un inusitado valor.

Sin embargo, como queda expuesto, todos estos inconvenientes (enumerados a título ilustrativo) no impedirían abrazar la solución referida si entendiéramos que es la procedente en Derecho. Esta es la clave de la cuestión: que no se compartan las premisas fundamentales de la solución "conservacionista", en su versión contractualizadora.

CUARTO.- Discrepancia con las bases argumentales de la sentencia.

La sentencia expone detalladamente las razones de su decisión, de imprescindible lectura para contextualizar este Voto. Entendemos que su solución se fundamenta en cuatro grandes ideas o afirmaciones, ninguna de las cuales suscribimos. Veamos por qué.

Principio autonomista.- Se afirma que el principio autonomista reflejado en el artículo 1255 CC EDL 1889/1 "rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral".

No compartimos tal apreciación. En el Código Civil EDL 1889/1 no aparece un precepto similar al artículo 3.5 ET EDL 1995/13475 pues las diferencias con el art. 6.2 CC EDL 1889/1 son notables; tampoco hay en la legislación laboral posibilidades de excluir las leyes aplicables de modo tan amplio al que domina la ordenación de los contratos civiles. Que exista posibilidad de pactar individualmente el alcance de los respectivos derechos u obligaciones laborales ( art. 3.1.c ET EDL 1995/13475 ) no significa que las normas de ambos sectores del ordenamiento posean las mismas características o que el correspondiente contrato disfrute de márgenes de maniobra comparables.

El Derecho común de los contratos presupone la igualdad entre las partes, mientras que el ordenamiento laboral parte de su radical subordinación ( art. 1.1 ET EDL 1995/13475 ); de ahí que se proteja al trabajador frente a eventuales renunciaciones de sus derechos ( art. 3.5) o que los acuerdos individuales solo puedan actuar mejorando el tenor de los prescrito por normas heterónomas o convenios ( art. 3.1.c ET EDL 1995/13475 ). En realidad, el propio Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento nació huyendo del dogma autorregulador del artículo 1255 CC EDL 1889/1 y de las perniciosas consecuencias que su vigencia práctica comportaba para los más débiles.

En nuestros días el contrato de trabajo es una institución normada que desempeña un escaso papel regulador. Posee una funcionalidad generadora de derechos y obligaciones solo a título complementario, fundamentalmente para mejorar las previsiones normativas; ello, a salvo de casos especiales como los de altos cargos, artistas, deportistas profesionales o asimilados.

De ahí el modo en que la jurisprudencia se aproxima a la interpretación de las cláusulas contractuales (presuponiendo que el trabajador se adhiere a lo propuesto por empleador). De ahí la frecuente utilización de modelos documentales en los que se plasma un contenido tipo. De ahí la escasa repercusión práctica de que se desarrolle una actividad laboral sin pacto específico alguno, porque el contenido de derechos y obligaciones viene dado "desde fuera".

Desde luego, la fuerza de obligar de un convenio no puede venir del contrato. Haya remisiones o no del segundo al primero. Por descontado, lo mismo vale para cualquier otro tipo de norma.

En suma: el principio autonomista del art. 1255 CC EDL 1889/1 no rige sino muy matizadamente en el ordenamiento laboral, que lo ha sometido a toda una reconversión.

Sede de la regulación de derechos y obligaciones.- Explicando la mezcla de fuentes normativas y obligacionales, se dice en la sentencia: "Para responder a la pregunta ¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador? La respuesta es clara: en su contrato de trabajo".

La sentencia identifica acertadamente la dos funciones principales que cumple el contrato de trabajo (constitutiva y reguladora), pero al tiempo parece prescindir de la primera y pretender que su entramado todo de derechos y obligaciones dimana de la autonomía individual de la voluntad.

No compartimos la idea de que las condiciones laborales se regulan en el contrato y por el contrato. Que los derechos y obligaciones se integran en el negocio jurídico de referencia en modo alguno significa que el mismo sea su instrumento regulador. ¿El contrato regula el derecho de huelga? ¿El despido se regula en el contrato? ¿Es el contrato de trabajo quien regula el derecho a la salud laboral y a la prevención de riesgos laborales?

Los derechos y obligaciones están regulados por el cuadro de fuentes que contempla el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , mezclando, es verdad, fuentes normativas y fuentes obligacionales, fuentes del Derecho y fuentes de derechos, pero en modo alguno dando a entender que el contrato se erige en regulador único de los derechos y obligaciones.

En suma: los derechos y obligaciones del contrato de trabajo se regulan por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (incluyendo convenios colectivos, Leyes, reglamentos, etc.) así como por el propio pacto individual con los márgenes ya expuestos, amén de los usos o costumbres y de las concesiones empresariales.

El contrato de trabajo como regulador.- El papel nomofilático de las normas estatales y convencionales, dice la sentencia, " no nos debe llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1ET ".

Aquí se cree algo diametralmente opuesto. Los derechos y obligaciones del contrato de trabajo se regulan por las leyes y convenios colectivos (lógicamente, con arreglo a los principios de jerarquía, modernidad, etc.); también por los propios acuerdos individuales, en la medida que jueguen dentro del campo acotado por las referidas fuentes legales o convencionales.

El concepto anfibológico de contrato de trabajo (negocio consensual, relación de tracto sucesivo; causa y efecto; acuerdo de voluntades y realidad material; documento escrito; etc.) quizá juegue una mala pasada y dificulte el entendimiento conceptual. Mas es lo cierto que la lectura del artículo 3.1 ET EDL 1995/13475 muestra que los derechos y obligaciones de la relación laboral se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por los convenios colectivos, y también "por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo", además de los usos y costumbres.

Basta el propio tenor de la norma para objetar seriamente el aserto en que la sentencia basa su respuesta al segundo motivo del recurso empresarial.

Cuando un convenio colectivo obliga a que la empresa pague un complemento de subsidio por IT, ¿por qué es un "equivoco" entender que el derecho de los trabajadores se regula por la LGSS EDL 1994/16443 y el convenio colectivo? Que ese derecho enriquezca el entramado de contraprestaciones recíprocas no significa que la ratio obligandi radique en el contrato de trabajo.

Si así fuera, ¿carecería de sentido la jerarquía normativa, porque todos los derechos "se regulan por el contrato de trabajo"? ¿Supone ello abdicar de la fuerza normativa propia del convenio colectivo en nuestro Derecho? ¿El contrato es la fuente de las obligaciones y derechos porque sobre él se proyectan todos? Y si cada norma sigue siendo la fuente de tales derechos y obligaciones, ¿qué significa o añade esa contractualización?

Del mismo modo que la publicación en el BOE (o periódicos equivalentes) de las normas (inclusive convenios) en modo alguno significa que compartan una misma jerarquía, la traslación de las previsiones de normas o reglamentos a una relación laboral dista mucho de que se contractualice. El contenido de un convenio no cobra vida independiente, convirtiéndose en contractual, cuando se convierte en realidad respecto de cada contrato de trabajo.

Desaparición del convenio y de su contenido.- Concluye la sentencia que " cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad... estaban ya contractualizadas " y permanecen aunque "el convenio colectivo pierde su vigencia".

No compartimos ese aserto. Las previsiones de un convenio no abandonan la norma que las alberga para desplazarse a los contratos e independizarse de su generador. Si así fuera no se comprende que cupiera la inaplicación del propio convenio ("descuelgue") por la vía del art. 82.3 ET EDL 1995/13475 ; si así fuera podría pactarse individualmente la rebaja de los contenidos del convenio, en contra de lo dispuesto por el art. 3.1.c ET EDL 1995/13475 , porque un pacto individual puede alterar el contenido del contrato.

El legislador indica claramente que cabe acudir a la MSCT respecto de "condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos..." ( art. 41.2 ET EDL 1995/13475 ) mientras que la modificación de "condiciones en trabajo establecidas en los convenios colectivos" es inaccesible para el procedimiento de MSCT ( art. 41.6 ET EDL 1995/13475 ), todo ello señal inequívoca de que no resulta indiferente el origen de los correspondientes derechos. Los ejemplos podrían multiplicarse si acudimos a la Ley de Infracciones en el Orden Social, a la Ley General de Seguridad Social o a la mayoría de normas que contemplan el contenido del nexo laboral y atienden a su origen.

En nuestro criterio, la contractualización ab origine que postula la sentencia carece de recepción expresa o tácita en precepto alguno; sin embargo, a partir del artículo 3.1.c la jurisprudencia ha elaborado el principio de condición más beneficiosa para proteger los derechos que no poseen origen normativo. La traslación de esa protección a los contenidos contractuales albergados en normas carentes de vigencia corresponde a las disposiciones transitorias de las nuevas leyes.

En suma: esa especie de transubstanciación que implica el pasar desde un envoltorio normativo a otro contractual se antoja ajena a nuestro sistema de relaciones laborales, donde los derechos y obligaciones inciden en el contrato de trabajo sin perder las características de su fuente. Que un mandato normativo se proyecte sobre determinado contrato de trabajo (en cuanto relación laboral) en modo alguno comporta que se haya contractualizado.

QUINTO.- Situación de los derechos regulados por el convenio que pierde su vigencia.

Aparquemos las razones de la discrepancia y recapitemos nuestro hilo argumental: 1º) El convenio colectivo de ATESE no está vigente. 2º) El contenido de las normas (convenios inclusive) no se contractualiza por el hecho de proyectarse sobre la relación laboral. 3º) No existe convenio de ámbito superior, se carece de pacto colectivo que ordene la situación y el legislador calla al respecto.

En esas condiciones, ¿cómo han de disciplinarse los derechos y obligaciones de las partes? Tal y como se ha apuntado, no existe una respuesta unívoca sino que debería examinarse cada concreta materia (el salario aplicable, en nuestro caso), a fin de determinar el

alcance de los respectivos derechos cuando ha desaparecido la norma que albergaba alguno de ellos. De este modo, por ejemplo, las consecuencias pueden ser diversas en materia de sanciones para el trabajador, duración de los contratos para obra o servicio, clasificación profesional, derechos sindicales, diligencia exigible o retribuciones aplicables.

Este casuismo no es nada deseable, pero resulta consecuencia ineludible del descrito cuadro de premisas y del tenor del vigente Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 . Porque lo innegable es que ni el convenio despliega sus efectos, ni el contrato puede servir como instrumento para perpetuar su mantenimiento.

En el caso de ATESE, el conflicto colectivo surge porque la empresa ha rebajado los salarios que venía abonando. La retribución es un elemento esencial del contrato de trabajo ( art. 1.1 ET EDL 1995/13475 ), que posee un nivel mínimo garantizado ( art. 27 ET EDL 1995/13475 ) y que la empresa considera que es el pertinente.

Lo espinoso del tema casa mal con la escueta fundamentación de los demandantes (más allá de la afirmación de que los niveles retributivos ya se han incorporado al contrato de cada trabajador), con la censurada fundamentación de la sentencia de instancia (basándose en la vigencia transitoria del convenio desaparecido, lo que descarta nuestra sentencia) o con la escasa construcción del recurso por parte de la empresa (convinciente para descartar la virtualidad de lo que el convenio caducado prescribía, apenas insinuator de las razones para abonar el SMI).

Dicho de otro modo: que se rechace la pervivencia del convenio o su contractualización no comporta que la demanda hubiera debido fracasar, sino que deberían haberse expuesto las razones por las que se considera ilícita la conducta empresarial, ante lo cual ATESA podría haber cimentado la licitud de su conducta más allá de exponer la argumentación sobre decadencia del convenio, que nos parece acertada.

Puesto que el anterior debate no ha tenido lugar, tampoco posee mucho sentido exponer ahora con detalle los posibles cauces a cuyo través podría controlarse la validez de la conducta empresarial; bastará con mencionar alguno de ellos:

a) La dignidad del trabajador ( art. 10.1 CE EDL 1978/3879 ; art. 4.2.e ET EDL 1995/13475 ) puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.

b) El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho ( art. 7.2 CC EDL 1889/1 ) son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.

c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla ( art. 89.1 ET EDL 1995/13475 ).

d) La analogía ( art. 4.1 CC EDL 1889/1 ) o las costumbres profesionales (art. 3.1.d ET) pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.

e) La irregresividad retributiva, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso podría apuntalar la idea de que el empleador no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.

f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad que su respeto ( art. 37.1 CE EDL 1978/3879 ).

SEXTO.- Resolución del caso.

Los párrafos precedentes quieren trasladar la idea de que podría ser jurídicamente reprochable la minoración del salario que se venía pagando a partir de unas líneas argumentales diversas a las desplegadas hasta ahora por los trabajadores.

Lo cierto es que, en nuestro criterio, no se ha aportado un argumento hábil para descartar que la conducta empresarial (abonar el SMI) sea ajustada a Derecho. De este modo se precipita una consecuencia permitida por el ordenamiento y percibida como injusta por los trabajadores, pero que no compete remediar al intérprete del Derecho. Por supuesto, cabe que los trabajadores acudan a medidas de presión o de huelga ( art. 28 CE EDL 1978/3879 ), que se inste la negociación de un nuevo convenio ( art. 89.1 ET EDL 1995/13475 ), etc.

Esta solución respecto del salario no es trasladable a otras muchas materias, en las que la desaparición del convenio ni afecta a un elemento esencial de la relación laboral, ni compromete los mismos valores constitucionales. Que ciertas previsiones del convenio dejen de tener vigor incluso puede ser conveniente para los trabajadores, del mismo modo que ATESA, en lugar de abonar el SMI, podría haber generado una condición más beneficiosa (ahora sí) en caso de haber seguido abonando las retribuciones precedentes de modo voluntario.

Pero, como queda dicho, nada de todo esto aparece en el debate del procedimiento culminado por esta sentencia. Por todo ello, el recurso de la empresa debiera haberse admitido y, de conformidad al art. 202.3 LRJS, desestimada la demanda pues -dentro de los términos en que aparece planteado el debate- no se han aportado los argumentos necesarios para que consideremos antijurídica la conducta de la empresa, al margen de la valoración que desde otros puntos de vista pueda merecernos.

Madrid, 22 de diciembre de 2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL EDL 1985/8754 RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 22 DE DICIEMBRE DE 2014 EN EL RECURSO DE CASACION núm. 264/2014.

Ciertamente la regulación legal plantea un problema de difícil solución pues como apunta la sentencia una de las mas llamativas consecuencias es la de reducir a unas mínimas condiciones, los mínimos legales, a todas las funciones y categorías. El modo en que se cierra el artículo 86.3 del E.T. EDL 1995/13475 reproducido en el tercero de los fundamentos de Derecho revela una ausencia total de previsión de las radicales consecuencias que se siguen a su aplicación, contando con su tenor literal, de la que es exponente la situación que da origen a la demanda. No podemos sin embargo compartir la fórmula adoptada en la sentencia para conjurar tales efectos, aduciendo el papel nomofilático de las normas estatales y convencionales porque ese papel está sujeto a la vigencia de ambas. Ni la norma estatal derogada va a seguir configurando las cláusulas de un contrato ni tampoco puede ocurrir con las del Convenio Colectivo.

Hay que partir de un aspecto característico de la relación laboral y es cuan poco integra el contrato de trabajo la autonomía de la voluntad y en que medida mayoritaria se nutre del Convenio Colectivo. Cuando este desaparece, el contrato entre empresa y trabajador queda desguarnecido, de cuanto integra el núcleo y el complejo del clausulado. Tal vez una medida menos traumática habría sido la de prever la congelación de las condiciones que regían al término de la vigencia, pero no ha sido así de las consecuencias habría previsto al menos una congelación de las condiciones convencionales pero no ha sido así con lo que se vuelve al punto de partida.

Una ley derogada no puede regir una relación jurídica y un convenio colectivo superado el límite de su vigencia tampoco. Teniendo en cuenta que el único soporte que se le permite al contrato a partir de ese momento es el de la ley y la distancia cualitativa entre sus previsiones y las condiciones últimamente disfrutadas en virtud del convenio. Sin embargo tampoco esa figura resuelve la cuestión que se suscita pues nos devuelve o bien a un terrero inexistente, el de la condición más beneficiosa o al de una proporcionalidad anterior que, jurídicamente, ha sido borrada de la realidad por haberlo sido de la legalidad quepa garantizar su supervivencia como conjunto de condiciones degradado a extraestatutario pues allí donde falta la imposición normativa, debe existir el consentimiento y éste se halla ausente del lado empresarial.

De todo lo anterior se desprende que no existe en la norma ningún elemento que por vía de interpretación teleológica o con amparo en la analogía permitía acceder a una solución como la que adopta la sentencia por lo que el recurso interpuesto debía haber sido estimado.

Resta determinar si la empresa puede seguir exigiendo a sus trabajadores las mismas funciones que venían desempeñando a todos los niveles, una vez que previsiblemente va a aumentar su jornada en cómputo anual, a reducir muy posiblemente vacaciones y días de descanso, a cambio también de perder una parte de su facultad sancionadora al tener que limitarse al artículo 54 del E.T. EDL 1995/13475, las mismas funciones. La primera figura tener in mente es la del enriquecimiento injusto a la vista de la desproporción instalada en la relación empresa-trabajador. Solo reduciendo a todo su personal a la condición del peonaje, cualquiera que fuera de su categoría habría una aproximación al nuevo régimen salarial.

Madrid, a 22 de diciembre de 2014.

Publicación. En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrado D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol, el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández, el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Luelmo Millán, el voto que formula el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, al que se adhieren el Presidente Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez y los Magistrados Excmos. Sres. D. José Luis Gilolmo López, D. José Manuel López García de la Serrana y D. Jesús Souto Prieto, y el voto que formula la Excma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079149912014100006**