

ILMO. SR. D. TOMÁS SALA FRANCO
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universitat de València.

ALGUNOS PUNTOS NEGROS DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Ilmo. Sr. D. Juan Martín Queralt.
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Académico



REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 95

© Tomás Sala Franco

ATIPIK FABRIK SL

www.atipikfabrik.es

ALGUNOS PUNTOS NEGROS DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de
Jurisprudencia y Legislación, pronunciado por el Ilmo.
Sr. D. Tomás Sala Franco

*A mis maestros
Efrén Borrajo Dacruz,
José Vida Soria (+)
y Juan Manuel Ramírez Martínez.*

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES	9
1. El punto de partida,.....	9
2. Un sistema de fuentes de una enorme complejidad.....	9
3. El Art. 3 del ET como único “bastión degenerado” del Sistema Español de Fuentes del Derecho del Trabajo.....	12
4. El tradicional desinterés de las Reformas Laborales por el Sistema de Fuentes del Derecho del Trabajo.....	13
II. EL DESENFQUE EN EL TRATAMIENTO DE LOS DENOMINADOS “PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO” Y PROPUESTAS DE FUTURO.....	13
5. El tratamiento desenfocado de los “principios del Derecho del Trabajo”.	13
6. La ausencia de una clara conciencia de la naturaleza jurídica de las normas laborales como “punto de partida” y como “punto de llegada”.....	16
7. El ordenamiento jurídico laboral español y la calificación jurídica de la imperatividad de las normas.....	18
8. Las propuestas de futuro.....	22
III. LA DEFICIENTE ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS NORMAS LABORALES Y PROPUESTAS DE FUTURO.	25
9. Una estructura normativa insuficiente	25
10. Las propuestas de futuro.	27
11. El deficiente contenido de las normas laborales.....	28
12. Los supuestos de dispositivización en el ET.	29
13. Los supuestos de delegación legal en la regulación de materias en el ET.....	38
14. Los problemas interpretativos que plantean las delegaciones parciales.....	55
15. Las propuestas de futuro.....	57
IV. DOS CUESTIONES PUNTUALES REFERIDAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTAS DE FUTURO.....	58

IV.1. LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE RESPETO DE LAS CONDICIONES MÁS BENEFICIOSAS CONVENCIONALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.	58
16. El “principio de igualdad de trato” y el “principio de no discriminación” en la doctrina del Tribunal Constitucional.	58
17. Las cláusulas convencionales de doble escala salarial en la jurisprudencia ordinaria.	59
18. La actual jurisprudencia constitucional.	65
19. La jurisprudencia comunitaria.	67
20. Las cláusulas convencionales de “garantía ad personam”, de “respeto de los derechos adquiridos” o de “respeto de las condiciones más beneficiosas”.	68
21. Las propuestas de futuro.	71
IV.2. LAS CONTRADICCIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS.	71
22. La complejidad del sistema español de negociación colectiva.	71
23. Algunas contradicciones jurisprudenciales criticables.	73
24. Las propuestas de futuro.	75
V. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ESTADO DE DERECHO.	76
25. La regulación unitaria de las fuentes, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.	76

ALGUNOS PUNTOS NEGROS DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL

1.- CONSIDERACIONES GENERALES

1.- El punto de partida.- Cuando pensé en un tema para desarrollar en esta intervención de toma de posesión en la Academia, inmediatamente me vinieron a la mente los “*fantasmas*” que los que me conocen bien saben que me han acompañado siempre a lo largo de mi vida profesional e investigadora: la seguridad jurídica o, mejor, la “*inseguridad jurídica*” y sus consecuencias, inconscientes para muchos -yo diría que para casi todos,- que vienen provocando sistemáticamente decepciones jurídicas en muchos. Y, dentro de esta temática, el maltratado y olvidado tema de las fuentes del Derecho del Trabajo.

Vuelvo pues al tema, cual “*martillo pilón*”, aunque con la conciencia clara de que de poco servirá.

2.- Un sistema de fuentes de una enorme complejidad.- Nadie duda de la importancia de las Fuentes del Derecho en un ordenamiento jurídico, tanto en el momento creativo de las normas como en el posterior momento aplicativo de las mismas.

Máxime, en un sector del ordenamiento jurídico como el laboral, donde se entrecruzan el derecho público (el derecho administrativo sancionatorio, el derecho administrativo estatu-

tario aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas, las actuaciones del Fondo de Garantía Salarial, las autorizaciones administrativas o las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), el derecho privado (el derecho contractual individual con base remota –aunque cada vez nuevamente más cercana- en el derecho civil y el derecho de la competencia con base en el derecho mercantil), el derecho internacional público y privado, el derecho comunitario y el derecho interno sustantivo y procesal especial en materia laboral.

Y donde, además, y sobre todo, ha surgido un nuevo derecho (el derecho colectivo o derecho sindical), donde nada es idéntico al derecho privado o al derecho público por la presencia de un “*interés colectivo*” distinto del interés privado individual de los empresarios y de los trabajadores y distinto igualmente del interés público.

Un sector del ordenamiento jurídico donde cada vez es mayor la importancia de un derecho internacional específico concretado en la actuación de la OIT y del Consejo de Europa, a través de los Convenios y Recomendaciones de la OIT y de la Carta Social Europea y en la actuación del Tribunal de Estrasburgo.

Un sector del ordenamiento jurídico donde la importancia del derecho comunitario de la Unión Europea en materia laboral también es cada vez mayor -pese a sus inicios de espaldas a los intereses sociales por estar orientada su creación a las libertades de circulación de mercancías y de prestación de servicios,- y a la considerable actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo.

Un sector del ordenamiento jurídico donde coexisten normas de rango legal de todas clases: leyes orgánicas y leyes or-

dinarias, Reales Decretos-Leyes y Reales Decretos Legislativos (textos refundidos, textos articulados y textos únicos), reglamentos administrativos de desarrollo legal, reglamentos autónomos de dudosa legalidad y reglamentos de organización administrativa.

Un sector del ordenamiento jurídico donde, pese a la inexistencia de un derecho elaborado por las Comunidades Autónomas, dada la competencia exclusiva y excluyente del Estado en materia laboral atribuida por el Art. 149.1.7 de la Constitución que, sin embargo, se incumple en ocasiones al confundirse la competencia ejecutiva autonómica con una inexistente competencia normativa, generándose conflictos de competencia importantes.

Pero, sobre todo, un sector del ordenamiento jurídico con un sistema de negociación colectiva de una enorme complejidad en el que se dan cita convenios colectivos de amplio contenido y acuerdos colectivos de contenido escaso; convenios colectivos estatutarios de eficacia jurídica normativa y personal aplicativa general o *erga omnes* y convenios colectivos extraestatutarios de eficacia jurídica contractual y personal aplicativa limitada; y múltiples acuerdos interprofesionales y de empresa de muy distinta naturaleza, finalidad y régimen jurídico.

Un sector del ordenamiento jurídico con una viva y amplia actuación de la autonomía individual a través de los pactos, expresos o tácitos, de condiciones contractuales más beneficiosas para los trabajadores.

Y con una reducida presencia, pero existente, de la costumbre local y profesional en determinados aspectos de la relación laboral.

Todo ello, sumado, presenta un Sistema de Fuentes mucho más complicado que el de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, sobre todo cuando, además, la regulación legal del marco operativo del Sistema de Fuentes se encuentra anclada en unas pocas normas obsoletas y escasamente evolucionadas.

3.- El Art. 3 del ET como único “*bastión degenerado*” del Sistema Español de Fuentes del Derecho del Trabajo.- El Art. 3 del ET constituye la única norma frontalmente reguladora en nuestro ordenamiento de las “*fuentes de la relación laboral*”, habiéndose convertido en la actualidad con el paso de los años en un precepto claramente obsoleto y, por ello, insuficiente, ambiguo y desenfocado.

Precepto insuficiente, por cuanto solamente se refiere a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, a determinados convenios colectivos (los convenios colectivos estatutarios), al contrato individual de trabajo y a los usos y costumbres locales y profesionales, obviando toda referencia a las normas comunitarias e internacionales y a las “*decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos*” a las que se refiere más tarde el Art. 41.2 del ET.

Precepto ambiguo, por cuanto no se refiere a las distintas modalidades de expresión de la autonomía colectiva ni a las distintas condiciones más beneficiosas contractuales, individuales y colectivas, escritas y no escritas.

Y precepto desenfocado, en la medida en que el juego combinado de las distintas fuentes viene regulado en el momento aplicativo y no en el momento normativo, como sería lo lógico en mi opinión.

4.- El tradicional “*desinterés y consiguiente olvido*” de las Reformas Laborales por el Sistema de Fuentes del Derecho del Trabajo.- Por otra parte, en ninguna de las más de veinticinco Reformas Laborales habidas hasta la fecha desde el año 1978 -fecha en la que se promulgó la norma básica laboral (el Estatuto de los Trabajadores),- se ha abordado esta importante cuestión, absolutamente fundamental para manejarse con una mínima seguridad jurídica en la aplicación de las normas laborales en sus múltiples relaciones entre ellas y con los contratos individuales de trabajo, evitando conflictos gratuitos; existiendo por ello un grave problema de inseguridad jurídica que, desgraciadamente, va acompañado de una jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia con abundantes contradicciones y lagunas.

Trataré en lo que sigue de hacer visibles algunos de los principales “*puntos negros*” de nuestro Sistema de Fuentes más sobresalientes en orden a su mejora.

II.- EL DESENFUQUE EN EL TRATAMIENTO DE LOS DENOMINADOS “*PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO*” Y PROPUESTAS DE FUTURO

5.- El tratamiento desenfocado de los “*principios del Derecho del Trabajo*”.- El primero de los “*puntos negros*” del Sistema de Fuentes del Derecho Español del Trabajo habría que situarlo a mi juicio en el tratamiento de los denominados “*principios del Derecho del Trabajo*”.

En efecto, con carácter general, el tratamiento de los denominados “*principios del derecho del trabajo*” ha sido claramente “*desenfocado*” por la legislación, por la jurisprudencia y aun por la doctrina, porque suele abordarse desde la perspecti-

va de la aplicación del Derecho del Trabajo y no desde la perspectiva de la creación de las normas laborales y porque se habla de “*principios*” -de imperatividad legal, de norma mínima o de norma más favorable,- como si de “*principios generales del Derecho*” se tratara y no es así.

En efecto, comienza la propia ley en el Art. 3.3 del ET hablando de “*conflictos aplicativos*”, sembrando así la confusión. Dirá este precepto legal:

“Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberá 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”.

Así pues, la ley habla de “*conflictos de aplicación*” de normas, situando el problema en el momento aplicativo y no en el momento legislativo o de creación de las normas laborales mismas que es donde se plantean estos problemas.

A mi juicio, sin embargo, más que de conflictos aplicativos o de concurrencia de normas, se trata de problemas de legalidad de las normas y, por ello, de un problema de validez normativa.

Así, una norma convencional ilegal no podrá concurrir con una norma legal. Sencillamente, se tratará de una norma nula, no existiendo por tanto concurrencia aplicativa de normas. Sólo a partir de normas válidas es posible que se plantee un conflicto de concurrencia normativa que, por lo demás, deberá resolverse, normalmente, aplicando la “*norma especial*”, siempre que esté válidamente establecida.

Si hablamos de concurrencia entre normas pactadas, esto es, entre convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa, el Art. 84 del ET establece el principio de no concurrencia entre los mismos y la aplicación del principio de prioridad en el tiempo salvo que lo permita expresamente un convenio marco o se trate de materias excluidas legalmente de la prohibición de concurrencia negociadas por un convenio colectivo de ámbito de comunidad autónoma o de empresa, grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en el convenio marco o se aplicará el convenio colectivo posterior, no aplicándose por tanto el Art. 3.3 del ET.

Y si nos referimos a la concurrencia entre convenios colectivos de eficacia contractual -los denominados convenios colectivos extraestatutarios- o entre éstos y los convenios estatutarios de eficacia normativa, al no ser para la jurisprudencia normas los primeros, tampoco debería aplicarse el Art. 3.3 del ET, ya que habla de conflictos entre “*normas pactadas*”; sin embargo, los Tribunales lo aplicaron criticablemente en alguna ocasión (por todas, STS de 30 de Noviembre de 1998, Rec. 68/1998), si bien con posterioridad se haya mantenido que la regla del Art. 3.3 del ET “*no rige para la concurrencia de un convenio colectivo estatutario y un pacto extraestatutario*” (por todas, STS de 15 de Noviembre de 2005, Rec. 1300/2006), resolviendo el conflicto a través de la aplicación del Art. 3.1 c) del ET (por todas, STS de 30 de Diciembre de 2015, Rec. 255/2014).

La jurisprudencia, por su parte, ha sido la creadora de las denominaciones de “*principio de norma mínima*” y de “*principio de norma más favorable*”, refiriendo los mismos a la solución de “*conflictos de concurrencia*” entre normas laborales.

Y, finalmente, la doctrina científica viene situando igualmente el problema en el plano de la concurrencia aplicativa de las normas y no en el plano legislativo o momento creador de las normas laborales, que es su lugar idóneo. Ejemplos de ello los tenemos en la mayoría de los Manuales de Derecho del Trabajo al uso, donde se tratan estos principios en el correspondiente Capítulo referido a la aplicación de las normas laborales.

6.- La ausencia de una clara conciencia de la naturaleza jurídica de las normas laborales como “*punto de partida*” y como “*punto de llegada*”.- En mi opinión, el problema es más sencillo y, al mismo tiempo, más complejo. Sin duda, la principal diferencia que existe entre las normas laborales y las normas del Derecho Común (civil o mercantil) reside en su naturaleza jurídica, entendida como “*alcance de su imperatividad*”, constituyendo ésta la principal peculiaridad del Derecho del Trabajo frente a otros sectores del ordenamiento jurídico.

Así, mientras en el Derecho Común las normas o son de naturaleza “*imperativa*” (de obligado cumplimiento en todo caso, impidiendo que normas inferiores en jerarquía o pactos y contratos puedan ser contrarios a las normas superiores: Art. 6.1 del Código Civil) o son de naturaleza “*dispositiva*” (sólo aplicables en ausencia de un pacto o contrato en contrario: Art. 6.2 del Código Civil), en el Derecho del Trabajo las normas laborales, además de “*absolutamente imperativas*” o de “*absolutamente dispositivas*” como en el Derecho Común, pueden ser “*relativamente imperativas*” o “*relativamente dispositivas*” si se quiere (a éstas se les denomina “*normas de derecho necesario relativo*”, por oposición a las normas “*absolutamente imperativas*” y a las “*absolutamente dispositivas*”). Estas normas constituyen así un “*tertium genus*” y son sin duda las más frecuentes.

Pero, aun dentro de estas “*normas de derecho necesario relativo*”, es preciso diferenciar entre aquellas normas -las menos- que establecen “*máximos*” o “*techos*” (por ejemplo, los límites de las Leyes de Presupuestos a los salarios del personal laboral de las distintas Administraciones Públicas) y aquellas otras -las más- que establecen “*mínimos*” o “*suelos*” de derecho imperativo para la negociación colectiva y/o para la contratación individual (por ejemplo, el Real Decreto anual sobre el salario mínimo interprofesional).

El esquema anterior, de por sí complejo, se complica a su vez enormemente en la medida en que algunas de estas “*normas de derecho necesario relativo*” -los “*suelos*” o “*mínimos*” imperativos,- pueden ser “*compensables*” o “*incompensables*” por la negociación colectiva y/o por la contratación individual, según se admita o no rebajar estos mínimos por el libre juego de la voluntad de las partes (colectivas o individuales) en los convenios colectivos y/o en los contratos individuales de trabajo a cambio de alguna “*compensación*”. No sucede lo mismo con los “*máximos imperativos*” que son siempre “*incompensables*”.

En definitiva, la mayor o menor imperatividad de una norma laboral (la absoluta o relativa imperatividad) se establece por razones de “*orden público*”, esto es, para la defensa de los “*intereses generales de la comunidad*”. Solo que en algunas ocasiones los “*intereses generales*” coinciden con los “*intereses de los empresarios*” (caso de las “*normas máximas*”), en otras con los “*intereses de los trabajadores*” (caso de las “*normas mínimas*”) y en otras más con el “*interés de todos los ciudadanos*” (caso de las “*normas imperativas absolutas*” o de “*derecho necesario absoluto*”).

De todo lo cual se deduce que las normas laborales (legales

y reglamentarias) cara a la negociación colectiva y/o la contratación individual y las normas laborales convencionales cara a la contratación individual pueden ser de cinco clases en atención al alcance de su imperatividad:

- a) Normas “*absolutamente imperativas*” que impiden siquiera la negociación colectiva y la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas.
- b) Normas “*relativamente imperativas*” configuradoras de “*máximos de derecho necesario*”, que permiten la negociación colectiva y/o la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas, siempre y cuando se respeten esos máximos.
- c) Normas “*relativamente imperativas*” configuradoras de “*mínimos de derecho necesario*”, que permiten la negociación colectiva y/o la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas, siempre y cuando respeten esos mínimos. Mínimos que, a su vez, pueden ser “*incompensables*” o “*compensables*” por la negociación colectiva y/o la contratación individual.
- d) Normas “*absolutamente dispositivas*” que permiten la negociación colectiva y/o la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas sin límite alguno, siendo aplicables únicamente en defecto de convenio colectivo y/o contrato individual.
- e) Normas “*mixtas*”, en parte “*mínimas imperativas*” (cara a la contratación individual) y en parte “*dispositivas*” (cara a la negociación colectiva en general o a cierta negociación colectiva, normalmente sectorial).

7.- El ordenamiento jurídico laboral español y la calificación jurídica de la imperatividad de las normas.- Trasladando este esquema de posibilidades normativas en atención al grado de imperatividad de las normas al ordenamiento laboral

español, tan sólo es posible encontrar tres preceptos legales en el Estatuto de los Trabajadores que, con carácter general, se refieran a los problemas de calificación del grado de imperatividad de las normas laborales, preceptos que, a mi juicio y avanzando conclusiones posteriores, no satisfacen mínimamente:

1º) En primer lugar, el Art. 85.1 del ET que, al regular el posible contenido de los convenios colectivos, señala que existirá una libertad plena de negociación “*dentro del respeto a las leyes*”, entendidas en un sentido amplio comprensivo de leyes y reglamentos, aunque sin otra especificación, lo cual, si bien se mira, es decir bien poco ya que lo que se quiere decir es que el convenio colectivo habrá de respetar lo que de imperativo tengan esas leyes.

2º) En segundo lugar, el antecitado Art. 3.3 del ET, precepto criticable en la medida en que es el único que pretende calificar el grado de imperatividad de las normas laborales estatales (legales y reglamentarias) en conflicto con las normas pactadas, esto es, con los convenios colectivos estatutarios, y no lo consigue.

Es cierto que el Art. 3.3 del ET señala que “*las normas pactadas deberán respetar los mínimos de derecho necesario*” pareciendo indicar que las normas estatales son siempre mínimas imperativas, indicando además la posibilidad de que el convenio colectivo mejore globalmente en cómputo anual lo dispuesto en ellas, esto es, pareciendo calificar esos mínimos (legales y reglamentarios) de absolutamente compensables. Pero se olvida el precepto de que hay normas estatales imperativas absolutas y dispositivas y de que existen mínimos que son incompensables.

Así pues, el Art. 3.3 del ET no soluciona, ni claramente ni

en su totalidad, los problemas de calificación del grado de imperatividad de las normas laborales estatales en relación con los convenios colectivos.

3º) En tercer lugar, el Art. 3.1 c) del ET que aborda la calificación de las normas estatales y convencionales respecto de la contratación individual, prohibiendo el establecimiento de “*condiciones (contractuales) menos favorables o contrarias a las mismas*”, pero sin calificar en ningún momento el grado de imperatividad de las mismas y no diciendo nada acerca de la posible “*compensabilidad*” de las “*normas mínimas*”.

Fuera de estos tres imprecisos e incompletos preceptos legales del ET no existe otra posibilidad que la de deducir trabajosamente de la literalidad de las normas el alcance de su concreta imperatividad. Y sucede, entonces, que en la mayoría de los casos no es posible deducir nada claramente por esta vía. Solamente en casos contados existen normas que se autocalifican claramente de “*absolutamente imperativas*”, de “*máximas*”, de “*mínimas*” (llegando en algún caso raro a calificarse de “*no compensables*”) o de “*dispositivas*”.

A título de ejemplo de esto último, cabría citar, entre otras, las siguientes:

- a) El Art. 17.2 del ET, donde se dice que “*podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente*”. Con ello se está autocalificando de “*norma imperativa absoluta*” por cuanto impide la negociación colectiva en estas materias.
- b) El Art. 26.4 del ET, donde se prevé la nulidad de “*todo pacto en contrario*” a la prohibición legal de asumir empresarialmente las cargas fiscales y de seguridad so-

- cial de los trabajadores. Se trata por ello de una “*norma imperativa absoluta*”.
- c) El Art. 34.1 del ET, donde se establece que “*la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual*”. Se trata de una “*norma mínima*” mejorable por convenio colectivo o por contrato individual de trabajo en beneficio del trabajador, pudiendo establecerse una duración máxima de la jornada menor.
 - d) El Art. 35. 1 del ET, donde se establece que la retribución de las horas extraordinarias “*en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria*”, configurando así una “*norma mínima*” mejorable por convenio colectivo o por contrato individual.
 - e) El Art. 37.1 del ET, donde se establece que el “*descanso mínimo semanal*” será de día y medio ininterrumpido, autocalificándose también de así de “*norma mínima*”.
 - f) El Art. 38.1 del ET, donde se dice que “*en ningún caso la duración (de las vacaciones) será inferior a treinta días naturales*”. Se trata igualmente de una norma claramente “*mínima*” por razón de su redacción.
 - g) El Art. 38.1 del ET, donde se señala que el período de vacaciones anuales retribuidas “*no (es) sustituible por compensación económica*”. En este caso la norma se autocalifica de “*mínima incompensable*” económicamente.
 - h) El Art. 84 del ET, donde se establece el principio general de la no concurrencia entre convenios colectivos estatutarios “*salvo pacto en contrario*”, autocalificándose por ello de “*norma dispositiva*”.

- i) El Art. 86.2 del ET, que establece la prórroga anual del convenio colectivo en el caso de falta de denuncia “*salvo pacto en contrario*”, autocalificándose de “*norma dispositiva*” para determinados tipos de negociación colectiva.

Fuera de los casos, ciertamente excepcionales, de autocalificación de las propias normas laborales, existe una gran inseguridad en orden a la calificación del grado de imperatividad de las normas laborales estatales cara a la negociación colectiva y/o a la contratación individual.

Así pues, será la jurisprudencia de los Tribunales la que tendrá que interpretar teleológicamente la “*ratio*” pretendida por la norma laboral y deducir, dificultosamente -y, a veces, contradictoriamente- su concreta naturaleza jurídica como norma “*imperativa absoluta*”, “*mínima*” (“*compensable*” o “*incompensable*”), “*máxima*” o “*dispositiva*”.

8.- Las propuestas de futuro.- No parece, pues, en conclusión a todo lo señalado, que la actual situación normativa sea la más adecuada, ni desde el plano técnico-jurídico ni desde el plano de la política del derecho, ya que, lejos de estar clara una cuestión capital como es la de las relaciones entre las normas estatales y convencionales y de todas ellas con los contratos individuales, se mantiene una notable inseguridad jurídica, solo salvada por una jurisprudencia, a su vez contradictoria.

A mi juicio, de cara al futuro, habría que apostar decididamente por la seguridad jurídica, aun siendo conscientes de las dificultades que sin duda ello conlleva, y establecer unas bases normativas sólidas y claras. Y si se quiere flexibilizar o hacer más rígido el ordenamiento laboral, hágase enhorabuena pero por la vía legislativa y no por la vía judicial, comprometiéndose los correspondientes sujetos creadores de las normas labora-

les (el Parlamento de las leyes, la Administración Pública de los reglamentos y los agentes sociales de los convenios colectivos) a calificar jurídicamente su alcance imperativo, liberando de tal faena a los Tribunales dado su carácter exquisitamente normativo y no aplicativo y, por ello, político y no judicial, respetando así la división de poderes del Estado.

En este sentido, propondría el siguiente esquema de regulación legal de las fuentes de la relación de trabajo en un nuevo Art. 3 del ET:

1º) En primer lugar, mantener el actual párrafo primero, enumerativo de las fuentes, si bien completándolo con la referencia a las normas comunitarias, internacionales y constitucionales.

2º) En segundo lugar, en el plano de las relaciones entre normas estatales legales y reglamentarias, mantener el “*principio de jerarquía normativa*” actualmente vigente, según el cual “*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*”, so pena de declararse por ello nulas de pleno derecho (Art. 3.2 del ET).

3º) En tercer lugar, en el plano de las relaciones entre las normas estatales y los pactos colectivos, sería necesaria la sustitución del “*principio de norma más favorable*” actualmente vigente en el Art. 3.3 del ET por el anterior “*principio de jerarquía normativa*”.

Para concretar y hacer operativo este principio, las normas legales deberían establecer claramente el alcance de su imperatividad (ver *infra*. III).

4º) En cuarto lugar, en el plano de las relaciones entre las normas estatales con los contratos individuales de trabajo rige actualmente el “*principio de condición más beneficiosa*” (Art. 3.1 c) del ET) y el “*principio de indisponibilidad*” por vía individual de los derechos reconocidos por disposiciones legales (y reglamentarias) de derecho necesario (Art. 3.5 del ET).

A mi juicio, como en el caso de los pactos colectivos, debería sustituirse en la ley el “*principio de condición más beneficiosa*” por el “*principio de jerarquía normativa*”, con las mismas consecuencias anteriores.

Por su parte, debería dejarse claro en la ley el carácter indisponible, antes o después de su adquisición, de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, salvo pacto en contrario, aclarando igualmente el alcance de la “*disponibilidad*” (si se refiere a las “*transacciones*” o solamente a las “*renuncias*”).

5º) En quinto lugar, finalmente, en el plano de las relaciones entre los distintos pactos colectivos y el contrato individual de trabajo, falta también claridad en cuanto al margen de la autonomía individual frente a la autonomía colectiva en el actual Art. 3.1 c) y 5 del ET ya que, si bien la ley establece el “*principio de indisponibilidad*” de los derechos reconocidos por convenio colectivo “*como indisponibles*”, habiendo sido jurisprudencia tradicional la de considerarlos derechos indisponibles salvo pacto en contrario, la jurisprudencia, criticablemente, sin llegar a invertir la regla anterior, ha extendido la salvedad indicando que “*también han de ostentar tal consideración aquellos mandatos convencionales que supongan desarrollo de normas de derecho necesario, o de carácter mínimo*” (por todas, STS de 6 de Febrero de 2000, Rec. 1394/1999).

A mi juicio, también debería prohibirse expresamente en la ley la denominada “*contratación individual en masa*” efectuada muchas veces para eludir o modificar el convenio colectivo aplicable y establecer por la vía contractual individual condiciones contrarias o menos favorables (según se tratara de normas imperativas absolutas o mínimas) no solo de los convenios colectivos sino también de los acuerdos colectivos. El Tribunal Constitucional ha mantenido en este sentido que son admisibles las mejoras cuantitativas pero no las modificaciones cualitativas de lo pactado colectivamente, aun cuando pudieran representar una mejora (STC 225/2001, de 26 de Noviembre).

Y debería igualmente establecerse en la ley claramente la opción por la disponibilidad o la indisponibilidad de los derechos reconocidos en los convenios colectivos (Art. 3.5 del ET), dado el cambio producido en la jurisprudencia acerca de la anterior presunción de indisponibilidad de tales derechos. En todo caso, mientras no se modifique la ley en tal sentido, sería conveniente que los convenios colectivos manifestasen expresamente su voluntad de disponibilidad o indisponibilidad de los derechos en él reconocidos para evitar problemas de interpretación por parte de los Tribunales.

III. LA DEFICIENTE ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS NORMAS LABORALES Y PROPUESTAS DE FUTURO

9.- Una estructura normativa insuficiente.- Otra de las grandes cuestiones que acechan a nuestro Sistema de Fuentes, relacionada sin duda con la anterior, es la de la “*pésima factura*” de la estructura de las normas laborales, en el sentido de que las normas laborales suelen ser incompletas en cuanto a su estructura.

A mi juicio, la estructura de una norma debería contar necesariamente con la presencia de “*tres elementos*” para poder ser calificada en consecuencia de “*norma completa*”:

1º) En primer lugar, debería existir un mandato normativo claro.

2º) En segundo lugar, como hemos visto anteriormente, debería delimitarse claramente el alcance imperativo de ese mandato normativo.

3º) Y, en tercer lugar, deberían explicitarse las sanciones aplicables en los casos de incumplimiento de ese mandato normativo: si una responsabilidad administrativa, contractual laboral, contractual civil y/o penal.

Y sucede en nuestra realidad que el legislador que hace las leyes, la Administración que las reglamenta o los interlocutores sociales que negocian los convenios colectivos no cumplen verdaderamente con su obligación, dado que las más de las veces las normas no suelen ser claras en su mandato normativo, no señalan expresa y claramente cuál sea su alcance imperativo y tampoco establecen las correspondientes sanciones para el caso de incumplimiento de ese mandato normativo, planteándose así una gran “*conflictividad gratuita*” que deben lógicamente resolver los Tribunales, con una importante dosis de inseguridad jurídica en su jurisprudencia, que “*invade*” además, probablemente así, la función normativa que desde luego no les corresponde constitucionalmente, lo que podría sin duda evitarse “*haciendo bien las cosas*”, esto es, elaborando una norma más completa y más clara.

10.- Las propuestas de futuro.- No parece tampoco, en conclusión, que la actual situación resulte ser la adecuada ni desde una perspectiva técnico-jurídica ni desde el plano de la política del derecho.

Aun siendo consciente de los riesgos que sin duda alguna conlleva la propuesta, creo que habría que apostar rotunda y decididamente en el futuro por la seguridad jurídica, proporcionando unas bases normativas sólidas y claras, comprometiéndose los sujetos creadores de las normas laborales (el legislador, la Administración y los agentes sociales) en el momento de su elaboración a cumplir con las tres reglas anteriores, liberando así a los Tribunales de la penosa tarea integradora que por lo demás no les pertenece dado el exquisito carácter normativo y no aplicativo y, por ello, político y no judicial del tema.

Por todo lo anterior, propondría lo siguiente:

1º) En primer lugar, una gran claridad en la redacción de los mandatos pretendidos por todos y cada uno de los preceptos (legales, reglamentarios y convencionales).

2º) Y, en segundo lugar, el establecimiento de una cláusula o disposición adicional en todas y cada una de las leyes, reglamentos laborales o convenios colectivos que, a semejanza de las normas legales sobre el Estatuto de la Función Pública, donde siempre hay una disposición adicional que establece qué concretos preceptos son “*básicos*” a los efectos de la legislación autonómica complementaria, que concretase expresamente el alcance de la imperatividad de los distintos preceptos y las sanciones o responsabilidades a imponer en caso de incumplimiento.

Y, para el caso de que se reconociese la imperatividad relativa mínima de una norma, debería establecerse también

el criterio a seguir en la comparación de las normas que, a mi juicio, debería ser el de comparar condición por condición o, en su caso, los bloques de conceptos cuantificables de la misma naturaleza (por ejemplo, las normas sobre tiempo de trabajo o las normas retributivas) globalmente y en cómputo anual.

En todo caso, lo que en algún tiempo pudo estar claro -tradicionalmente existía la “*presunción*” de que todas las normas laborales eran normas mínimas salvo las “*estructuras institucionales del Derecho del Trabajo*” (normas sobre capacidad, procesales o de representación de los trabajadores, por ejemplo) y las dispositivas que aparecían con la apostilla “*salvo pacto en contrario*”, - hoy no lo está, constatándose un cambio de sensibilidad interpretativa importante en este sentido.

11.- El deficiente contenido de las normas laborales.- Por lo que se refiere al contenido de las normas, resulta muy frecuente utilizar la técnica *del “reenvío”* de la ley a la negociación colectiva.

Son así muy frecuentes las remisiones de la ley a la negociación colectiva, bien dispositivizando determinados preceptos legales, bien delegando totalmente la regulación de determinadas materias o reclamando de la negociación colectiva la concreción de determinados mandatos legales.

Naturalmente, los efectos de los distintos tipos de remisión legal son diferentes. De esta manera:

a) En el caso de la dispositivización de la regulación de una determinada materia, admitiendo el pacto colectivo en contrario (“*salvo pacto en contrario*”), la norma legal sola-

mente se aplicará en defecto de norma convencional sobre esa materia.

b) En el caso de una delegación total respecto de la regulación de una materia, de no existir una expresa regulación en el convenio colectivo, no existirá regulación y la ordenación de esa materia pertenecerá al ámbito del poder de dirección y organización de la empresa del empresario.

c) Y en el caso de una delegación parcial respecto de la regulación de una materia, esto es, cuando se le pide a la negociación colectiva o a la contratación individual que concrete el contenido de una norma legal, se plantean varios problemas interpretativos de difícil solución para saber cuál es la norma aplicable.

En unos y en otros supuestos, las remisiones se hacen en unos casos a los convenios colectivos en general; en otros casos, tan sólo a los convenios colectivos sectoriales o supraempresariales; y, en otros más, a los acuerdos entre la empresa y los representantes del personal.

Por lo demás, en unos casos, la remisión legal se hace en blanco y, en otros, sometiendo la negociación colectiva a determinados límites legales.

12.- Los supuestos de dispositivización en el ET.- Son muchos los supuestos de dispositivización de preceptos legales localizados en el ET son los siguientes:

1) Art. 11.1.b) del ET: dispositiviza relativamente la duración del contrato de trabajo en prácticas respecto de los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o, en su defecto, de los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior:

“La duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar”.

2) Art. 11.1.d) del ET: dispositiviza la duración del período de prueba del contrato de trabajo en prácticas respecto de los convenios colectivos en general:

“La duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar”.

3) Art. 11.1.e) del ET: dispositiviza la fijación de la retribución mínima del contrato de trabajo en prácticas respecto de los convenios colectivos en general:

“La retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al sesenta o al setenta y cinco por ciento durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo”.

4) Art.11.2.g) del ET: dispositiviza la fijación de la retribución mínima del trabajador en formación respecto de los convenios colectivos en general:

“La retribución del trabajador contratado para la forma-

ción y el aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo. En ningún caso, la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”.

5) Art. 12.4.b) del ET: dispositiviza el régimen de interrupciones de la jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial respecto de los convenios colectivos en general:

“Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y esta se realice de forma partida, solo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo”.

6) Art. 14.1 del ET: dispositiviza la duración del periodo de prueba respecto de los convenios colectivos en general:

“Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. En el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo”.

7) Art. 15.1.a) del ET: dispositiviza la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado respecto de los

convenios colectivos sectoriales estatales o, en su defecto, de los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior:

“Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.”

8) Art. 15.1.b) del ET: dispositiviza la duración máxima y el cómputo de la duración de los contratos temporales eventuales respecto de los convenios colectivos sectoriales estatales o, en su defecto, de los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior:

“Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.”

9) Art. 26.3 del ET: dispositiviza el carácter no consolidable de los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa, respecto de los convenios colectivos en general:

“Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa”.

10) Art. 29.1. del ET: dispositiviza el recibo de salarios respecto de los convenios colectivos en general o, en su defecto, de los acuerdos de empresa:

“El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan”.

11) Art. 34.2 del ET: dispositiviza la distribución irregular de la jornada de trabajo respecto de los convenios colectivos en general y de los acuerdos entre la empresa y los trabajadores:

“Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”.

12) Art. 34.3 del ET: dispositiviza el límite de nueve horas diarias ordinarias de trabajo efectivo respecto de los convenios colectivos en general o, en su defecto, de los acuerdos de empresa:

“El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.”

13) Art. 34.4 del ET: dispositiviza el carácter de “*tiempo de trabajo no efectivo*” del período de descanso en las jornadas continuadas de más de seis horas respecto de los convenios colectivos en general:

“Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.”

14) Art. 35.1 del ET: dispositiviza la compensación mediante descanso de las horas extraordinarias respecto de los convenios colectivos en general:

“Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.”

15) Art. 35.4 del ET: dispositiviza el carácter voluntario de las horas extraordinarias respecto de los convenios colectivos en general:

“La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2.”

16) Art. 38.2 del ET: dispositiviza la duración y la planificación anual de las vacaciones respecto de los convenios colectivos en general:

“El periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción social fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente”.

17) Art. 39.2 del ET: dispositiviza los períodos legales establecidos de realización de funciones superiores a las del grupo profesional a los efectos de reclamar el ascenso o la cobertura de vacante correspondiente a las funciones realizadas respecto de los convenios colectivos en general:

“En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente.”

18) Art. 39.4 del ET: dispositiviza *“las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”* del Art. 41 del ET a los efectos de la movilidad funcional, cuando exceda de los límites que para ella prevé el Art. 39 del ET, respecto de los convenios colectivos en general:

”El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo.”

19) Art. 46.3 del ET: dispositiviza la duración máxima de la excedencia por cuidado de familiares respecto de los convenios colectivos en general:

”También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.”

20) Art. 49.1.c) del ET: dispositiviza la cuantía de la indemnización por fin de contrato eventual o de obra o servicio determinado respecto de *“la normativa específica que sea de aplicación”*:

”A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.”

21) Art. 55.1 del ET: dispositiviza los requisitos formales del despido disciplinario respecto de los convenios colectivos en general:

“El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido”.

22) Art. 69.2 del ET: dispositiviza relativamente los plazos de antigüedad legalmente exigibles a los electores y elegibles por movilidad del personal, respecto de los convenios colectivos en general:

“Serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad.”

23) Art. 71.1 del ET: dispositiviza el establecimiento de nuevos colegios electorales respecto de los convenios colectivos en general:

“En las empresas de más de cincuenta trabajadores, el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados. Por convenio colectivo, y en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa, podrá establecerse un nuevo colegio que se adapte a dicha composición.”

24) Art. 86.2 del ET: dispositiviza la prórroga automática anual de los convenios colectivos en general:

“Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes.”

25) Art. 86.3 del ET: dispositiviza el mantenimiento de la vigencia de las cláusulas convencionales durante las negociaciones para la renovación del convenio, excepto aquellas cláusulas por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia del convenio, respecto de los convenios colectivos en general:

“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.”

En todo caso, esta dispositivización legal vendrá limitada por la aplicación de la doctrina del abuso de derecho del Art. 7.2 del Código Civil:

13.- Los supuestos de delegación legal en la regulación de materias en el ET.- Los supuestos de delegación legal al convenio colectivo en la regulación de materias, localizados en el ET, son los siguientes:

1) Art. 11.1.a) del ET: se remite a los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o, en su defecto, a los convenios sectoriales de ámbito inferior el establecimiento de los puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de un contrato de trabajo en prácticas:

“Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de este contrato.”

2) Art. 11.4 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la regulación de compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido y la fijación de los criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos:

“En la negociación colectiva se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.”

3) Art. 12.4.d) del ET: se remite a los convenios colectivos en general la reducción proporcional de los derechos del trabajador a tiempo parcial en función del tiempo trabajado:

“Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.”

4) Art. 12.4.e) del ET: se remite a los convenios colectivos en general los procedimientos de conversión voluntaria de un

contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial y viceversa o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial:

“A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquellos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo.”

5) Art. 12.4.f) del ET: se remite a los convenios colectivos las medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua:

“Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales”.

6) Art. 12.7 e) del ET: se remite a los convenios colectivos en general las medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo:

“En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo”.

7) Art. 15.1.a) del ET: se remite a los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, la identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la em-

presa que puedan cubrirse con contratos de obra o servicio determinados:

“Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”.

8) Art. 15.1.b) del ET: se remite a los convenios colectivos en general la determinación de las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales, así como la fijación de criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad y la plantilla total de la empresa:

“Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.”

9) Art. 15.5 del ET: se remite a los convenios colectivos en general el establecimiento de requisitos adicionales para prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal:

“Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a pre-

venir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

10) Art. 15.7 del ET: se remite a los convenios colectivos en general el establecimiento de medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores temporales a la formación profesional continua y de criterios objetivos y compromisos de conversión de contratos de duración determinada o temporales en indefinidos:

“Los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos. Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.”

11) Art. 16.2 del ET: se remite a los convenios colectivos en general el orden y la forma de llamada de los trabajadores fijos discontinuos:

“Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos.”

12) Art. 16.4 del ET: se remite a los convenios colectivos de ámbito sectorial la utilización en los contratos de fijos discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, así como los

requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos discontinuos:

“Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos”.

13) Art. 17.4 del ET: se remite a los convenios colectivos en general para establecer medidas de acción positiva que favorezcan el acceso de las mujeres a todas las profesiones: reservas y preferencias en las condiciones de contratación, así como en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que en igualdad de condiciones tengan preferencia las personas del sexo menos representado:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate”.

14) Art. 22.1 del ET: se remite a los convenios colectivos en general o, en su defecto, a los acuerdos de empresa para

establecer el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales:

”Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales.”

15) Art. 23.2 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la concreción de los términos del ejercicio de los derechos al disfrute de permisos de promoción y formación profesional y de adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para asistir a cursos de formación profesional:

“En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo.”

16) Art. 24.1 del ET: se remite a los convenios colectivos en general o, en su defecto, a los acuerdos de empresa el establecimiento del régimen de los ascensos:

“Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores:”

17) Art. 25.1 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la delimitación de los términos del derecho a una promoción económica:

“El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual.”

18) Art. 26.3 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la determinación de la estructura del salario:

“Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.”

19) Art. 29.1 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la fecha y el lugar del pago del salario:

“La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El periodo de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes.”

20) Art. 31 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la fecha de liquidación y pago de una de las dos pagas extraordinarias legales, la cuantía de tales gratificaciones y el prorrateo de las mismas en doce mensualidades:

“El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones.

No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades.”

21) Art. 34.2 del ET: se remite a los convenios colectivos en general o, en su defecto, a los acuerdos de empresa, para establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100 de la jornada de trabajo:

“Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible se-

gún lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.”

22) Art. 34.8 del ET: se remite a los convenios colectivos en general para regular los términos en que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral:

“En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días.”

23) Art. 36.2 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la determinación de la retribución específica del trabajo nocturno:

“El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos.”

24) Art. 37.3.d) del ET: se remite a los convenios colectivos en general para establecer la duración y la compensación económica de las ausencias para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal:

“Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.”

25) Art. 37.3.e) del ET: se remite a los convenios colectivos en general para la regulación del régimen jurídico de los permisos retribuidos para realizar funciones sindicales o de representación del personal:

“Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.”

26) Art. 37.4 del ET: se remite a los convenios colectivos en general para la regulación de los términos en que los trabajadores, hombres o mujeres, podrán acumular en jornadas completas el derecho a una hora de ausencia de su trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses:

“Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.”

27) Art. 37.8 ET: se remite a los convenios colectivos en general o acuerdos de empresa los términos en que los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo pueden ejercer, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social inte-

gral, los derechos a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a los trabajadores:

“Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a estas, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.”

28) Art. 40.1 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la regulación de los gastos propios y de familiares en el caso de movilidad geográfica:

“El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.”

29) Art. 42.7 del ET: se remite a los convenios colectivos que sean de aplicación para regular la capacidad de representación, el ámbito de actuación y el crédito horario de los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas cuando compartan de forma continuada centro de trabajo:

“La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.”

30) Art. 46.6 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la previsión de supuestos de excedencia y régimen jurídico de los mismos distintos de los legales:

“La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean.”

31) Art. 48.7 del ET: se remite a los convenios colectivos en general para regular los términos en que el/la trabajador/a deberá comunicar al empresario la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo:

“La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.”

32) Art. 49.1.d) del ET: se remite a los convenios colectivos en general la duración del preaviso en caso de extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador:

“El contrato de trabajo se extinguirá: d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.”

33) Art. 58.1 del ET: se remite a los convenios colectivos en general para la graduación de las faltas y sanciones de los trabajadores:

“Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.”

34) Art. 63.3 del ET: se remite a los convenios colectivos en general para la constitución y funcionamiento de los comités intercentros:

“Solo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de trece miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro.

En la constitución del comité intercentros se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente.

Tales comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación”.

35) Art. 64.7.b) del ET: se remite a los convenios colectivos en general para la regulación de la participación del comité de empresa en la gestión de obras sociales de la empresa:

“Participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares.”

36) Art. 64.7.c) del ET: se remite a los convenios colectivos en general para la regulación de la colaboración del comité de empresa con la dirección de la empresa en materia de productividad:

“Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos.”

37) Art. 67.1 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de la plantilla:

“Los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.”

38) Art. 68 e) del ET: se remite a los convenios colectivos en general la posibilidad de acumulación de horas de los representantes legales de los trabajadores:

“Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración.”

39) Art. 81 del ET: se remite al acuerdo con la empresa principal para regular los términos en que pueden hacer uso de sus locales las representaciones legales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada el centro de trabajo:

“En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios. La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

40) Art. 82.2 del ET: se remite a los convenios colectivos en general para la regulación de la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten:

“Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.”

41) Art. 83.2 del ET: se remite a los acuerdos interprofesionales y a los convenios marco la regulación de estructura de la negociación colectiva y de las reglas de concurrencia:

“Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.”

42) Art. 85.1 del ET: se establece el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, de planes de igualdad:

“Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.”

43) Art. 85.2 del ET: se remite a los convenios colectivos en general la articulación de procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos en el ámbito correspondiente. Se remite asimismo a la negociación colectiva para articular el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores:

“A través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente.

Asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.

b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para complementar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad”.

44) Art. 91.2 del ET: se remite a los convenios colectivos en general y a los acuerdos interprofesionales del Art. 83.2 y 3 del E.T. el establecimiento de procedimientos para la solución de los conflictos colectivos de interpretación y aplicación de los convenios colectivos:

“En los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos.”

14.- Los problemas interpretativos que plantean las delegaciones parciales.- Si bien las remisiones de carácter dispositivo y las delegaciones totales de regulación no plantean problemas de estructura, no ocurre lo mismo con las delegaciones parciales.

Si nos situamos en este último plano, tampoco existe seguridad jurídica alguna, surgiendo infinidad de problemas de carácter interpretativo. Básicamente, los tres siguientes:

1º) En primer lugar, cuando una ley llama a un convenio colectivo para complementar un determinado precepto, se plantea la cuestión de si existe libertad para negociar colectivamente esos aspectos complementarios o si, por el contrario, hay una obligación de negociarlos.

En principio, habría que decir que existe libertad de negociación con base en el Art. 85.1 del ET, aunque cabe que la ley exija obligatoriamente la negociación.

Así sucede, por ejemplo, en el caso de las *“cláusulas de inaplicación convencional”* a que se refiere el Art. 85.3 del ET (*“procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el Art. 82.3”*) y, más dudosa-mente, con los derechos de formación profesional de los Arts. 12.4 f) (*“Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales”*) y 23.2 del ET (*“En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo”*).

2º) En segundo lugar, se plantea la cuestión de saber cuáles son los límites legales que el acuerdo complementario del convenio colectivo tiene.

El problema se ha planteado singularmente respecto del Art. 15. 1 a) del ET, referido al contrato temporal de obra o servicio determinado. En él se remite a los convenios colectivos para *“identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”* y tal remisión plantea la cuestión de saber si el convenio colectivo viene o no limitado por la previa definición que la ley hace de lo que entiende por *“obra o servicio determinado”* a estos efectos, esto es, si se trata de una llamada para deslegalizar o para complementar el mandato legal.

3º) En tercer lugar, en el caso de las remisiones de la ley al convenio colectivo para complementar su mandato, se plantea igualmente la cuestión de cuando surge el derecho: ¿Del mero reconocimiento legal o a partir de la concreción convencional?

Esto sucede, por ejemplo, con el Art. 36.2 del ET, relativo a las retribuciones del trabajo nocturno, donde se establece que *“el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva”*; o con el Art. 23.2 del ET, respecto de los derechos de formación profesional (permisos y adaptaciones de jornada), donde se establece que *“en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos”* sin más límites que la no discriminación por razón de género.

15.- Las propuestas de futuro.- Así pues, tampoco en lo relativo a las relaciones de complementariedad entre normas estatales y convencionales existe una claridad suficiente en la actuación legislativa, constatándose igualmente un importante déficit de seguridad jurídica, déficit que debería colmarse, a mi juicio, estableciéndose en todos los supuestos de *“normas llamadas”* con una claridad meridiana cual sea la voluntad del legislador, atendiendo a las siguientes recomendaciones:

a) En primer lugar, procurar en la medida de lo posible establecer normas legales de carácter dispositivo, de manera que siempre exista una norma aplicable en defecto de acuerdo colectivo.

b) En segundo lugar, de optar, no obstante, por las delegaciones, totales o parciales, establecer claramente los criterios que deba respetar la negociación y procurar la negociación de todas aquellas materias sobre las que exista una delegación ya que, de no negociarse, no tendrán regulación alguna.

c) En tercer lugar, no invadir en la negociación colectiva el ámbito de regulación de las normas legales y reglamentarias imperativas, so pena de nulidad por ilegales de las correspondientes cláusulas convencionales.

IV.- DOS CUESTIONES PUNTUALES REFERIDAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTAS DE FUTURO.

IV.1.-LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE RESPETO DE LAS CONDICIONES MÁS BENEFICIOSAS CONVENCIONALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.

16.- El “*principio de igualdad de trato*” y el “*principio de no discriminación*” en la doctrina del Tribunal Constitucional.- Una de las cuestiones “*enquistadas*” en nuestro ordenamiento es la referida a la diferente regulación del “*principio de igualdad de trato*” y del “*principio de no discriminación*”.

En la doctrina del Tribunal Constitucional interpretativa del Art. 14 de la CE, las cosas están claras. Así, en el Art. 14 de la CE se reconocen dos principios (por todas, STCO 34/1984, de 9 de Marzo):

1) Por un lado, en su párrafo segundo, el “*principio de no discriminación*”, que resulta aplicable tanto al ámbito público (leyes, reglamentos y convenios colectivos normativos) como al privado (en nuestro caso, a las relaciones entre empleadores y trabajadores) y que solamente prohíbe la desigualdad de trato entre dos trabajadores basada en una serie de causas legalmente previstas en el propio Art. 14 de la CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia

personal o social), más tarde ampliadas por los Arts. 4.2 c) (sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua , dentro del Estado español) y 17.1 del ET (edad, discapacidad, sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español).

2) Por otro lado, en su párrafo primero, el “*principio de igualdad de trato*”, que solamente resulta aplicable en el ámbito de las relaciones públicas entre el Estado y los particulares (en nuestro caso, a las leyes, reglamentos y convenios colectivos normativos en materia laboral y también a los empleados públicos, funcionarios o personal laboral en sus relaciones con las distintas Administraciones Públicas) y que prohíbe en general la desigualdad de trato entre dos trabajadores por cualquier causa, si bien esta prohibición no sea absoluta, admitiéndose la licitud un trato desigual cuando esté justificado en una “*causa objetiva, razonable y proporcionada*”, prohibiéndose así la arbitrariedad o el trato desigual injustificado.

La falta, sin embargo, de una regulación legal clara en el ET de estos principios ha exigido de la jurisprudencia un esfuerzo adicional a la hora de clarificarlos, incurriendo, dada la variedad de supuestos que pueden plantearse en la realidad convencional, en aparentes, o reales, contradicciones.

17.- Las cláusulas convencionales de doble escala salarial en la jurisprudencia ordinaria.- En relación con las cláusulas

sulas convencionales de doble escala salarial, la trayectoria de nuestra jurisprudencia ha sido ciertamente contradictoria.

Así, en un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aceptó la desigualdad retributiva basada en la fecha de ingreso en la empresa (la doble escala salarial establecida en un convenio colectivo estatutario) como el mantenimiento de un “*status más favorable*” del trabajador con base en el anterior convenio colectivo (por todas, SS.TS de 21 de Mayo de 1990, Ar/4481; de 24 de Octubre de 1995, Rec.3541/1995; o de 5 de Abril de 2001, Ar/4486).

En un segundo momento, la jurisprudencia daría un “*giro copernicano*” a partir de las SS.TS de 22 de Enero de 1996, Rec. 523/1995 y de 18 de Diciembre de 1997, Rec. 175/1997, manteniéndose esta doctrina, recientemente, entre otras muchas, en la SS.TS, en unificación de doctrina, de 8 de Octubre de 2019, Re. 3366/2018, o de 22 de Octubre de 2019, Rec. 1288/2018, 2616/2018, 2622/2018, 3690 y 3685/2018.

En esta nueva jurisprudencia se mantiene la nulidad de las cláusulas convencionales de doble escala salarial basadas exclusivamente en la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, a salvo que exista otra justificación objetiva, razonable y proporcional, por atentar contra el “*principio de igualdad de trato*” del Art. 14 de la CE. Quedará claro con esta nueva tesis interpretativa que no es posible aceptar que la fecha de ingreso en la empresa pueda justificar un trato retributivo desigual, por entender, con carácter general, que un convenio colectivo, dada su naturaleza normativa, no puede crear “*condiciones más beneficiosas de carácter individual*” o “*derechos adquiridos*” para el trabajador dado que las condiciones creadas por una norma (en este caso convencional) “*nacen viven y mueren con la norma*”; y, con carácter específico, que la fecha

de entrada en la empresa no constituye por sí sola una “*causa razonable*” justificativa de un trato retributivo desigual entre los trabajadores de una misma empresa.

La doctrina mantenida viene a ser, sintéticamente, la siguiente:

1º) Un convenio colectivo estatutario, como fuente normativa que es de las relaciones laborales, tiene que someterse al principio de igualdad de trato y no solo al principio de no discriminación por una serie de causas constitucional y legalmente enumeradas, a diferencia de los pactos individuales y las decisiones empresariales unilaterales que únicamente se encuentran sometidos al principio de no discriminación.

Así pues, el restablecimiento de la legalidad y de la igualdad vulneradas exigirá la anulación de la desigualdad con la consecuencia de la equiparación retributiva de los trabajadores afectados o, como señaló la STS de 1 de Octubre de 2019, Rec. 2417/2018, “*la existencia de una doble escala y su ausencia de justificación válida abocan a la declaración de nulidad parcial, es decir, a la generalización del nivel retributivo superior a favor de todas las personas (equiparación in melius), con independencia de la fecha en que hayan comenzado a trabajar*”.

2º) La igualdad de trato no es sin embargo absoluta, existiendo un margen para establecer diferencias retributivas entre los distintos trabajadores de la empresa “*siempre que tales diferencias sean razonables, objetivas, y proporcionadas*” en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso.

3º) La fecha de la contratación de los trabajadores en una empresa no puede ser por sí sola el único hecho diferencial jus-

tificativo de un tratamiento retributivo diferente en un convenio colectivo.

4º) Así pues, un tratamiento distinto de los salarios del convenio (cláusula de doble escala salarial) o de cualquier complemento retributivo, incluido el complemento de antigüedad, basado en la distinta fecha de ingreso del trabajador en la empresa resulta contrario al principio de igualdad de trato del Art. 14 de la CE, a menos que exista otra concausa objetiva, razonable, suficiente y proporcional que lo justifique.

5º) Respecto del complemento de antigüedad, para “*orillar*” lo dispuesto en el Art. 25 del ET (“*Promoción económica.1. El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente*”), se admite que aquellos trabajadores que ingresaron antes en la empresa se les reconozca un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que, a partir de ese día, cobren igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, no siendo aceptable que, a partir de una determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad de cuantía superior al que generan otros trabajadores trabajando el mismo número de años. En definitiva, se admite mantener el montante económico congelado del complemento adquirido conforme al anterior convenio colectivo, pero sin aceptar como “*derecho adquirido consolidable*” el anterior sistema de cálculo del plus de antigüedad.

6º) En cuanto a las causas distintas de la fecha de ingreso en la empresa, la jurisprudencia se muestra muy restrictiva en su aceptación, exigiendo no sólo que la medida esté

debidamente justificada sino también que no se plantee con vocación de permanencia hacia el futuro.

Normalmente se tratará de “razones de política de empleo”: la conversión de contratos temporales en contratos de indefinidos, la creación de puestos de trabajo o importantes inversiones en la sociedad titular de la empresa.

Ahora bien, la STS de 17 de Junio de 2002, Rec. 1253/2001 matizará que *“la creación de empleo puede ser un motivo poderoso para el establecimiento de cláusulas que, sin dicha motivación, serían ilícitas por contrarias al principio de igualdad que debe imperar en las normas de convenio colectivo que regulen situaciones iguales. Pero tal propósito, además de ser real y no una mera invocación justificativa, debe reunir una serie de caracteres para merecer la calificación de razonable. El primero de ellos es que la regularización de situaciones anteriores abusivas, o de legalidad más que dudosa, no puede ser premiada con ventaja alguna para el causante de la irregularidad. En este sentido, la transformación de contratos temporales en indefinidos, si por su número evidencia una superación de los limitados supuestos en que está permitida la temporalidad en nuestra legislación, es caso paladino de que el sacrificio que se impone, a cambio de legalizar situaciones irregulares, no es razonable”*.

En otras ocasiones, son razones de naturaleza distinta de la política de empleo las que se aceptan por la jurisprudencia para mantener el distinto tratamiento retributivo. Así:

a) El mantenimiento para los trabajadores anteriores de ciertos complementos *ad personam* al producirse con el nuevo convenio colectivo una alteración consistente en la reestructuración de categorías o escalas salariales en función de la per-

manencia en la empresa, cuando viene establecida para todos en régimen de igualdad (SS.TS de 3 de Octubre de 2000, Rec. 4611/1999 o de 20 de Junio de 2005, Rec. 29/2004).

b) Los sacrificios salariales que hubieron de aceptar en tiempos anteriores, junto a suspensiones de contratos y ERES diversos que condujeron a la viabilidad de la empresa y a que fuera posible la contratación de los nuevos trabajadores “*perjudicados*” por la supresión de unos pluses, considerándose proporcional el mantenimiento de los mismos a los trabajadores antiguos y su supresión para los nuevos.

c) El complemento retributivo diferencial trae su causa de la exigencia de una titulación oficial que conlleva una mayor cualificación y preparación profesional, lo que constituye un dato diferencial relevante que justifica razonable y objetivamente el trato retributivo desigual (SS.TS de 27 de Febrero de 2002, Rec. 139/2018 o de 29 de Febrero de 2020, Rec. 92/2018).

7ª) Es la empresa la que habrá de probar en su caso que concurren otras circunstancias justificativas del tratamiento retributivo desigual distintas de la fecha de ingreso en la empresa, “*sin que sea bastante a tal efecto la mera y genérica invocación a una política de mantenimiento del empleo que no se plasme en datos y actuaciones concretas, específicas y singulares que pudiesen servir de causa para mantener una diferencia retributiva*”.

8º) Cuando la desigualdad retributiva nazca de un convenio colectivo extraestatutario, con amparo en el Art. 37.2 de la CE que establece su “*fuera vinculante*”, si bien no normativa sino contractual, si bien la doctrina tradicional mantiene que solamente se encuentra sometido al principio de no discriminación

(por todas, STS 17 de Mayo de 2000. Rec. 4500/1999), la STS de 24 de Junio de 2019, Rec. 484/2019, dando un paso más respecto esta doctrina, ha mantenido que los sistemas de doble escala salarial basados exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, son contrarios al “*principio de igualdad de trato*” constitucional y al principio legal de igualdad retributiva por trabajo de igual valor, aunque estén establecidos en convenios colectivos extraestatutarios. Ahora bien, en este caso, el supuesto planteado venía referido excepcionalmente a un convenio colectivo extraestatutario que traía su causa directa de un convenio colectivo estatutario, formando con él un “*cuasi único bloque convencional*”, por la llamada hecha por este último al primero.

18.- La actual jurisprudencia constitucional.- La anterior jurisprudencia ordinaria viene a coincidir sustancialmente con la actual jurisprudencia constitucional, según la cual:

1º) La desigualdad retributiva nacida de un convenio colectivo estatutario se encuentra sometida al “*principio de igualdad de trato*” y no solo al “*principio de no discriminación*” por una serie de causas, exigiéndose por ello la presencia de una causa objetiva, razonable y proporcional que la justifique que, en ningún caso, puede serlo por sí sola la fecha de ingreso en la empresa de los trabajadores.

La concreta doctrina es la siguiente: “*La distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación*”

con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo” (por todas, SS.TCO 27/2004, de 4 de Marzo o 112/2017, de 16 de Octubre).

Esta misma doctrina se aplica a los complementos por antigüedad: *“La distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro”* (STCO 27/2004, de 4 de Marzo).

2º) Ello no obstante, hay ocasiones en que cabe admitir el establecimiento de dobles escalas salariales en los convenios colectivos estatutarios cuando las diferencias retributivas entre los trabajadores anteriores o posteriores a la vigencia del nuevo convenio colectivo resulte justificada suficiente, objetiva y razonablemente como *“medida de política de empleo”* (por todas, STCO 119/2001, de 20 de Mayo).

3º) La desigualdad retributiva nacida de la autonomía individual, esto es, de una decisión unilateral del empresario, se encuentra sometida solamente al *“principio de no discriminación”* y no al *“principio de igualdad de trato”* por las causas discriminatorias constitucionales y legales enumeradas (por todas, SS.TC 34/1984, de 9 de Marzo, 2/1998, de 12 de Febrero, 119/2002, de 20 de Mayo, 39/2003, de 27 de Febrero o 36/2011, de 28 de Marzo).

Ello no obstante, la STCO 36/2011, pareciendo dar un paso adelante, señala, en su Fundamento Jurídico Sexto, que *“una decisión empresarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, podría, aún sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprobable en la medida en*

que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria”.

19.- La jurisprudencia comunitaria.- La STJUE de 14 de Febrero de 2019 (Asunto *Horgan y Keegan c. Minister for Education & Skills, Minister for Finance, Minister for Public Expenditure & Reform, Ireland, Attorney General*, C-154/18, C-154/2018) parece admitir la licitud de la doble escala salarial implantada por una Circular que afectaba a los profesores de empresas públicas distinguiendo entre el personal docente en activo cuando se publica la Circular y el de posterior incorporación. Presentada una cuestión ante el TJUE, éste descarta que constituya “*una discriminación indirecta por razón de edad*”, en el sentido del Art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, afirmando que la razón del trato retributivo desigual no era la edad sino la fecha de ingreso en la empresa y que la fecha de entrada en la empresa no puede ser considerado un factor de discriminación por ser un “*elemento objetivo y neutro*”. Así, señalará:

“Respondiendo a la petición de decisión prejudicial planteada por el Labour Court (Órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de Seguridad Social, Irlanda), la sentencia considera que para el Derecho de la UE no hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente que ha ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado al de igual categoría. Primero, porque el objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años; segundo, porque la norma cuestionada adopta un «criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas

únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro”.

No obstante la manifiesta contradicción existente entre esta doctrina y la mantenida por nuestro Tribunal Constitucional y Supremo, ésta viene resuelta por el Tribunal Supremo declarando expresamente en su STS de 24 de Junio de 2019, Rec.484/2019, que, *“dado que nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, en interpretación del principio de igualdad y de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, tal doctrina interpretativa constituye una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida STJUE de 14 de Febrero de 2019”.*

Ciertamente, el Art. 8 de la Directiva 2000/78/CE establece que *“los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva”* y que *“la aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma”.*

20.- Las cláusulas convencionales de “garantía ad personam”, de “respeto de los derechos adquiridos” o de “respeto de las condiciones más beneficiosas”.- Entiendo que, de antiguo, existe un problema con este tipo de cláusulas convencionales, muy frecuentes en los convenios colectivos estatutarios y no siempre correctamente comprendidas por las partes que las negocian.

El problema reside en que existe una contradicción sustancial cuando, como hemos visto, solamente se admite la licitud de un diverso tratamiento retributivo en el convenio colectivo si existe otro causa distinta de la fecha de entrada en la empresa y, después, existe una cláusula general, considera válida, muy frecuente en los convenios colectivos, que establece el respeto de todas aquellas condiciones de cualquier naturaleza (retributiva o no) más favorables para los trabajadores establecidas en el anterior convenio colectivo y aplicable a los trabajadores antiguos por el simple hecho de haber ingresado en la empresa antes de la entrada en vigor del convenio colectivo posterior, esto es, teniendo en cuenta solamente la fecha de ingreso en la empresa.

Las cláusulas de “*garantía ad personam*”, de “*respeto de los derechos adquiridos*” o de “*respeto de las condiciones más beneficiosas*” (con estas diferentes denominaciones aparecen en los convenios colectivos) en algunas ocasiones, son cláusulas que simplemente imponen al empresario respetar aquellas condiciones (económicas o de otra índole; existiendo en este sentido cláusulas restringidas a las primeras y otras que se extienden a las segundas) disfrutadas a título individual por los trabajadores en base a su contrato de trabajo, más favorables (estimadas en su conjunto) que las establecidas en el convenio colectivo. Dicho de otra manera, lo que la cláusula establece en estos casos es que el convenio colectivo debe respetar las condiciones contractuales, expresas o tácitas (las nacidas de concesión unilateral del empresario o de un convenio colectivo extraestatutarios y convertidas en derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas de origen contractual normalmente por el paso del tiempo), dado el carácter mínimo de las condiciones convencionales.

Estas cláusulas, con este significado y finalidad, son perfectamente superfluas por cuanto, de no existir expresamente en el convenio, habrían de respetarse igualmente las condiciones contractuales más favorables al convenio con base en lo dispuesto en el Art. 3.1.c) del E.T.

En otras ocasiones, se pretende extender el respeto a las condiciones laborales y/o salariales nacidas de la costumbre anterior al convenio colectivo. En estos casos, ciertamente, son necesarias estas cláusulas por cuanto, según el Art. 3.4 del ET, *“los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones...convencionales...a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa”*. Así, dado el carácter naturalmente subsidiario de la costumbre, de no existir cláusula expresa en el convenio colectivo de respeto y mantenimiento (de *“recepción”* o *“remisión expresa”* en la terminología de la ley), se aplicaría el convenio colectivo y no la costumbre. Ahora bien, hay que reconocer que son muy escasas las costumbres laborales locales y profesionales existentes, tratándose más bien de usos de empresa, perfectamente identificables con concesiones unilaterales del empresario convertidas en derechos adquiridos de los trabajadores o condiciones más beneficiosas de origen contractual, subsumibles pues en el supuesto anterior.

El problema surge, finalmente, cuando, a la vez que lo anterior, se exige también el respeto de las condiciones más favorables para los trabajadores disfrutadas por éstos en base al convenio colectivo anterior, estableciendo de esta manera un trato desigual entre los trabajadores contratados con anterioridad a la fecha de aplicación del convenio y los contratados con posterioridad, sin otra justificación que la fecha de la contratación e ingreso en la empresa.

21.- Las propuestas de futuro.- Dado su carácter frontalmente atentatorio del “*principio de igualdad de trato*” del Art. 14 de la CE, sería recomendable cohonestar la doctrina interpretativa acerca de las cláusulas convencionales de doble escala salarial con las cláusulas convencionales de respeto de las condiciones más beneficiosas nacidas del convenio colectivo anterior, mejorando la redacción de estas cláusulas y, sobre todo, parece necesario un control de legalidad más estricto de las mismas por parte de la autoridad laboral competente a la hora del depósito y registro del convenio colectivo, evitando así frustraciones, confusiones y dudas interpretativas.

IV.2.- LAS CONTRADICCIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS.

22.- La complejidad del sistema español de negociación colectiva.- Abordaré por último un aspecto fundamental de nuestro Sistema de Fuentes: el relativo a las contradicciones existentes acerca de la naturaleza jurídica de los convenios y acuerdos colectivos coexistentes en nuestro microcosmos negocial.

En nuestro ordenamiento coexisten varios tipos de pactos colectivos, todos ellos amparados por el Art. 37.1 de la Constitución, cuya naturaleza y régimen jurídico no está lo suficientemente claro, planteando sobre todo especiales problemas de concurrencia entre ellos. Así:

a) Los convenios colectivos (pactos colectivos de contenido amplio) y los acuerdos colectivos (pactos colectivos de contenido reducido).

b) Dentro de los convenios colectivos, los convenios colectivos estatutarios y los convenios colectivos extraestatutarios, según estén o no regulados por el Título III del ET.

c) Dentro de los convenios colectivos estatutarios, los convenios colectivos ordinarios, los convenios colectivos marco y los convenios colectivos mixtos.

d) Y, dentro de los acuerdos colectivos, los acuerdos colectivos interprofesionales (marco o sobre materias concretas) y los acuerdos colectivos supraempresariales o de empresa de muy distinta finalidad:

- Los acuerdos colectivos de empresa sustitutivos de convenios colectivos estatutarios en determinadas materias (Art. 22.1 del ET: el sistema de clasificación profesional; Art. 24.1 del ET: el régimen de los ascensos; Art. 29.1 del ET: el recibo de salarios; Art. 31.1 del ET: la fijación de la fecha de cobro de la segunda paga extraordinaria; Art. 34.2 del ET: la distribución irregular de la jornada a lo largo del año; Art. 34.3 del ET: el límite de nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo; Art. 67.1 del ET: la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla).

- Los acuerdos colectivos de empresa de inaplicación de convenios colectivos estatutarios.

- Los acuerdos colectivos que ponen fin a una huelga o a un conflicto colectivo.

- Los acuerdos colectivos de empresa modificativos de condiciones de trabajo de naturaleza contractual y sobre traslados colectivos.

- Y los acuerdos colectivos de fusión o absorción de empresas.

23.- Algunas contradicciones jurisprudenciales criticables.- A partir de este amplísimo panorama convencional y de la afirmación constitucional de la “*fuerza vinculante de los convenios*” (Art. 37.1 de la Constitución (“*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*”)), tras muchos debates doctrinales y jurisprudenciales interpretativos iniciales, se ha llegado a la consideración generalizada de que existen dos tipos de pactos colectivos en atención a su eficacia jurídica y personal aplicativa: los pactos colectivos estatutarios de eficacia normativa y personal general o “*erga omnes*” y los extraestatutarios de eficacia contractual y personal limitada, reconduciendo a estas dos categorías, directamente o por equiparación, los distintos pactos colectivos existentes.

Ahora bien, lo sensible y criticable desde una perspectiva de seguridad jurídica mínima que, con posterioridad, la jurisprudencia se manifieste contradictoria con la anterior afirmación de principio, confundiendo los planos a la hora de establecer las consecuencias de la misma.

En efecto, son muchas las contradicciones jurisprudenciales advertidas a lo largo de estos años. De esta manera:

1ª) Tras afirmar el Tribunal Supremo rotundamente la eficacia jurídica contractual y no normativa de los convenios colectivos extraestatutarios (por todas, STS de 19 de Febrero de 2001, Rec. 296472000), contradictoriamente con esta naturaleza contractual atribuida, viene a atribuirle efectos típicamente normativos.

Así, ha establecido que en el supuesto de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro extraestatutario se aplicará el principio de norma más favorable del Art. 3.3 del ET (STS de 30 de Noviembre de 1998, Ar/10047); que la irrenunciabilidad de derechos del Art. 3.5 del ET resulta aplicable a los derechos nacidos de convenios colectivos extraestatutarios (STCT de 12 de Noviembre de 1987, Ar/2484) y que un contrato individual no puede contradecir lo dispuesto en el convenio colectivo extraestatutario, primando las condiciones convencionales sobre las pactadas y disfrutadas a título individual (SS.TS de 2 de Febrero 1994, Ar/784, de 1 de Junio de 2007, Rec. 71/2006 o de 16 de Julio de 2014, Rec. 110/2013).

2ª) Tras afirmar igualmente con la misma contundencia la naturaleza normativa y no contractual de los convenios colectivos estatutarios (por todas, SS.TS de 7 de Octubre de 1992, Ar/7619 o de 4 de Mayo de 1994, Ar/7725), cuando hubiera transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, en ausencia de un convenio colectivo de ámbito superior, considera el Tribunal Supremo que el convenio colectivo mantendrá la aplicación ultraactiva de sus condiciones con carácter contractual (por todas, STS de 20 de Diciembre de 2016, Rec. 217/2015).

3ª) O también, en relación con los acuerdos colectivos de empresa sustitutivos de convenios colectivos estatutarios en determinadas materias (ver supra), pese a su carácter sustitutivo de un convenio colectivo estatutario, debiendo por ello lógicamente tener la misma eficacia jurídica normativa y general que ellos, la jurisprudencia los ha calificado de pactos colectivos de eficacia contractual (STS de 24 de Enero de 2013, Rec. 42/2012), si bien en “*obiter dicta*” venga a señalar que hubiera sido preferible incluirlos como anexo del convenio colectivo estatutario de referencia; lo cual no soluciona el problema por

cuanto estos acuerdos colectivos sustitutivos también existen en el caso de que no haya siquiera un convenio colectivo estatutario.

24.- Las propuestas de futuro.- A la vista de la anterior complejidad y de las señaladas contradicciones jurisprudenciales, de continuar, ésta debería a mi juicio clarificarse mediante el establecimiento de dos medidas absolutamente básicas para garantizar una mínima seguridad jurídica. A saber:

1ª) En primer lugar, delimitar en la ley la eficacia jurídica (normativa o contractual) y personal (general o limitada) de todos y cada uno de los pactos colectivos (convenios y acuerdos).

En este sentido, yo volvería a la primitiva interpretación del término constitucional “*fuera vinculante*” como equivalente a “*eficacia jurídica normativa*”, atribuyendo esta eficacia normativa a todas las manifestaciones de la autonomía colectiva nacidas al amparo del Art. 37.1 de la CE y distinguiéndolas solamente por su eficacia personal aplicativa, general o limitada, en función de las partes que las negociaron.

2ª) Y, en segundo lugar, regular la concurrencia entre las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva, estableciendo los criterios para la solución de los conflictos aplicativos de esta naturaleza, bien mediante la aplicación del principio de prioridad en el tiempo, del principio de especialidad, del principio de favorabilidad para el trabajador o del principio de complementariedad, debiendo en todo caso dejar un margen de libertad a las propias partes negociadoras.

V.- EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ESTADO DE DERECHO

25.- La regulación unitaria de las fuentes, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.- En definitiva, de todo lo anterior se deduce la necesidad de una regulación legal unitaria de las distintas fuentes de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral en un nuevo Art. 3 del ET que, partiendo como el actual de la enumeración de las distintas fuentes si bien completándola, regulará detalladamente las relaciones entre todas ellas.

Sólo respetando la necesaria claridad en la redacción de las normas elevaremos el principio de seguridad jurídica, reconocido en el Art. 9.3 de la Constitución a elemento básico de la justicia laboral, obviando pleitos innecesarios o gratuitos y abandonando la posición judicialista del *“uso alternativo del Derecho”*.

Sólo así contribuiremos a la consolidación de un efectivo Estado de Derecho en el que cada poder asume su propia responsabilidad con todas sus consecuencias. Como ha señalado PÉREZ LUÑO (La seguridad jurídica. En, Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid. 2021. Pag. 1080), *“el establecimiento de unas pautas de previsibilidad en el ordenamiento jurídico constituye el presupuesto y la función de un Estado de Derecho”*

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO EN LA RAVJL DEL DR. TOMÁS SALA FRANCO.

Excelentísima Señora Presidenta de la RAVJL,
Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades,
Académicos, Señoras y Señores:

En el cementerio protestante de Capri hay una sepultura con un reloj de sol y una cita de Mazzini escrita en inglés : “*no existe la muerte, sólo el olvido*”. Muchos de los que, en la Facultad de Derecho, vivimos el atardecer de la década de los sesenta siempre nos asiremos a recuerdos resistentes al olvido: los viejos maestros – Don Adolfo, Don Víctor, Don Diego –; los que venían de la Sub 21 y luego fueron piezas maestras de la nacional: Broseta, Díez Picazo, Córdoba, Vicente – Arche, mi maestro ... Y al hilo de aquellos compases estaban quienes, como Tomás, fueron también epígonos de un mundo irrecuperable: Vicente Montés, Paco Vicent, Paco Sosa Wagner, Javier Boix...

La trayectoria de Tomás está ahí. Le dieron el Vittorio Emanuele en Bolonia, sacó la Cátedra, se convirtió en manantial del que brotaron sin cesar Catedráticos de Universidad... Y, por encima de todo, fue leal a su mundo, a su Facultad y a su Universidad, cultivando el legado de otro grande – su padre – y arando, sembrando y mimando el legado que continuará otra jurista de raza, su hija Gemma, pata negra como jurista y, por encima de todo, excepcional persona. Y aquí estamos hoy, Tomás. Han pasado muchos años. Han pasado muchas cosas. Pero

nos une un pasado siempre presente. Y con tu llegada a esta casa rendimos también homenaje a algunos de los que debieron estar y ... no estuvieron. Cosas de Valencia. Recordar hoy, aquí y ahora, a Vicente Montés es un deber que cumple con orgullo quien , cuando tuvo el honor de pronunciar el discurso inaugural del Curso universitario en el Paraninfo de la vieja Nave , eligió como padrinos a los profesores Montés y Sala . Volvemos a estar juntos los tres.

Toma posesión como Académico y lo hace reflexionando sobre lo que para mí es el tema de nuestro tiempo : la seguridad jurídica. El mismo explica el por qué de su elección:

“Cuando pensé en un tema para desarrollar en esta intervención de toma de posesión en la Academia, inmediatamente me vinieron a las mente *“los fantasmas”* que los que me conocen bien saben que me han acompañado siempre a lo largo de mi vida profesional e investigadora : la seguridad jurídica o , mejor, la *“inseguridad jurídica”*...”

La verdad es que somos legión quienes pensamos que en la España nuestra, y no sólo para quienes hemos mamado el Derecho, es el problema. Hace un par de años un grupo de amigos - entre los que había juristas de altos vuelos : Álvaro Rodríguez Bereijo, Rodrigo Bercovitz, Miquel Roca, Eduardo Torres Dulce, Felipe González – dieron en encontrar un problema que les diera ocasión de reunirse para hablar del ello. Y lo encontraron sin mucho peregrinaje, con la aquiescencia inmediata de quienes, vinculados a otros campos - - Isidro Fainé, Carlos March - convinieron en los problemas que en España estaba generando la creciente inseguridad jurídica. Cuando nos dejó quien había sido el padre de la idea – Matías Cortés - el proyecto se ralentizó. Por eso celebré, con contenida alegría ,

que Tomás vertiera sus reflexiones sobre eso , al parecer tan sencillo, y a lo que se ve tan difícil de conseguir. Porque , a fin de cuentas, qué es la seguridad jurídica. Algo muy simple. Como todo lo que es grande. Nos lo dice Tomás, citando a Pérez Luño:

“... el establecimiento de unas pautas de previsibilidad en el ordenamiento jurídico constituye el presupuesto y la función de un Estado de Derecho”.

Tomás Sala proyecta la seguridad jurídica sobre lo que denomina *algunos puntos negros del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo español*.

El campo examinado no puede ser más fértil en problemas. En muy buena medida porque es terreno fronterizo en el que se entrecruzan el Derecho Público ,el Derecho Privado, el Derecho Internacional Público y Privado, el Derecho Comunitario y el Derecho interno, tanto sustantivo como procesal. Y como todo terreno fronterizo, pleno de heridas, haciendo bueno aquello que decía Stefan Zweig de las fronteras nacidas con los nacionalismos del XIX : las fronteras fueron heridas abiertas en un cuerpo que antaño podía recorrerse libremente de arriba abajo , de lado a lado, hasta que esa bestia del nacionalismo sembró de dificultades los caminos que siempre habían sido de libre recorrido.

La promiscuidad normativa se agudiza con la injerencia normativa de las Comunidades Autónomas que, interesadamente, confunden su competencia ejecutiva con una inexistente competencia normativa ; confusión que se acentúa con un ordenamiento en el que la regulación de la negociación colectiva alcanza una complejidad sólo pareja a la impericia de quienes asumen galones que nada tienen que ver con el Derecho .

Si a ello le añadimos el inexplicable silencio con que las fuentes del Derecho han sido testigos de las más de 25 reformas laborales habidas desde 1978 y el equívoco tratamiento que legislación, jurisprudencia y doctrina han dado a los *Principios de Derecho del Trabajo*, podremos ir comprendiendo por qué Tomás Sala califica el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores – única norma que regula frontalmente las fuentes de la relación laboral – como precepto *obsoleto, insuficiente, ambiguo y desenfocado*. O, lo que es lo mismo : único bastión degenerado del sistema español de fuentes del Derecho del Trabajo.

Las reflexiones contenidas en este magnífico trabajo obedecen a una estructura muy suya: se deja constancia de las quiebras del sistema, pero se da un paso más: se apuntan soluciones. Y se apuntan – y eso es lo que les confiere un valor especial – trascendiendo generosamente el ámbito laboral, meta que sólo es alcanzable cuando, como es el caso, quien escribe no es sólo un laboralista, es mucho más: es jurista de una pieza. Sólo desde esa altura puede acometerse la elaboración de un nuevo art. 3 del Estatuto de los Trabajadores con la concisión y precisión con que se lleva a cabo tan ingrata labor.

Repárese en algunas de las conclusiones que se formulan. Sobre ellas me quiero detener porque ponen de relieve la altura del jurista que hoy se incorpora a esta casa.

I

Al apuntar la inseguridad jurídica existente en el ámbito de las relaciones entre las normas estatales y convencionales y de todas ellas con los contratos individuales, se da cuenta de cómo esa notable inseguridad jurídicas es sólo salvada por una Jurisprudencia – “ *a su vez contradictoria* ” -, pero dejando constancia de que

“... si se quiere flexibilizar o hacer más rígido el ordenamiento laboral, hágase en hora buena, pero por la vía legislativa y no por la vía judicial, comprometiéndose los correspondientes sujetos creadores de las normas (el Parlamento de las leyes, la Administración Pública de los Reglamentos y los agentes sociales de los convenios colectivos) a calificar jurídicamente su alcance imperativo, liberando de tal faena a los Tribunales , dado su carácter exquisitamente normativo y no aplicativo y, por ello, político y no judicial, respetando así la división de poderes del Estado ”

Se trata, como se ve, de poner cada cosa en su sitio. Cosa, al parecer, nada fácil en los tiempos que corren.

Lo que ha pasado con el **Impuesto municipal de plusvalía** es bien indicativo de ello. En Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 26/2017, de 16 de febrero, el Tribunal concluyó que el impuesto era inconstitucional

“en aquellos supuestos en los que se somete a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica, esto es aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión”

La Sentencia, referida al ordenamiento foral guipuzcoano, se reiteró unos días más tarde – el 1 de marzo – en relación con el ordenamiento foral de Álava y con posterioridad, en los mismos términos, se proyectó sobre el sistema común, esto es, sobre el sistema tributario estatal. Con el transcurso del tiempo el mismo Tribunal Constitucional ha reiterado la inconstitucional que entraña el sujetar a gravamen transmisiones que no conlleven incrementos de valor en relación con el precio satisfecho cuando se adquirió el terreno cuya transmisión ahora se sujeta a gravamen.

Fueron muchas las críticas que se formularon al pronunciamiento del Constitucional. Especialmente porque el Tribunal insistió reiteradamente en la constitucionalidad del impuesto, cual si temiera desmerecer la labor del Legislador, dejando en el aire muchos interrogantes, a los que ha tenido que ir haciendo frente con el paso del tiempo. Circunstancia que no se hubiera producido si se hubiera pronunciado como exigían las circunstancias, esto es, declarando la inconstitucionalidad del Impuesto y obligando así al Legislador a tener que aprobar una nueva Ley que regulara el tributo declarado inconstitucional.

No se hizo así, pues el Tribunal, melindroso, reiteró :

“Antes de pronunciar el fallo al que conduce la presente Sentencia, debe dejarse bien sentado que el Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos no es, con carácter general, contrario al texto constitucional, en su configuración actual”. (FJ 7)

Naturalmente tan condescendiente comportamiento con el Poder Legislativo debía ser correspondido por éste, que debía dictar una nueva Ley que subsanara la inconstitucionalidad parcial que había sido declarada por el Tribunal. Éste así lo ponía de manifiesto:

“... la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que sólo corresponde al Legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana “ (FJ 7)

Estábamos en febrero de 2017. Han pasado cuatro años y medio. El Poder Legislativo no ha dicho una palabra. Ha hecho mutis por el foro. Y los problemas siguen suscitándose. Ésta es la seguridad jurídica que prima por estos pagos. Naturalmente las Administraciones Locales han seguido girando liquidaciones por un impuesto que ha sido declarado... un poquito inconstitucional. Y, naturalmente también, los contribuyentes siguen reclamando ante los Tribunales de Justicia. Los dos poderes actúan : la Administración Local y los Tribunales de Justicia. Quien debía actuar – el Legislativo - , expresamente llamado a ello por el Tribunal Constitucional, sigue callado. Hace unos días, el pasado 26 de octubre, el Pleno del Tribunal Constitucional ha vuelto a pronunciarse reforzando y extendiendo la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto municipal de plusvalía (recurso 4443/2020). Lo que no hicieron las Cortes Generales, se ha visto obligado a hacerlo el Gobierno, aprobando el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (publicado en el BOE del 9 de noviembre). Un Gobierno que , con su habitual querencia al Decreto-Ley y su rechazo a los debates parlamentarios , ha agravado aun más la inseguridad jurídica generada en torno a este impuesto. Lo que en este ámbito se va a producir a partir de este momento – peticiones de devolución, efectos de la STC, aplicación del impuesto regulado por este DL, etc. –

es una historia que mucho me temo no tenga nada que ver con el Derecho. Ya lo verán.

Más recientemente, nos hemos encontrado con otra situación en la que el principio de seguridad jurídica salta por los aires. Lo que ha dado pie a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condene a España a indemnizar a una entidad mercantil como consecuencia de que el Tribunal Supremo haya mantenido una disparidad de criterios ante cinco casos idénticos, concluyendo el TEDH que no encuentra motivo alguno que justifique las distintas conclusiones mantenidas ante situaciones idénticas, lo que conlleva que nuestro Tribunal Supremo haya quebrantado el principio de seguridad jurídica, socavando la confianza de la ciudadanía en el Poder Judicial y vulnerando el derecho de la entidad mercantil a un proceso equitativo, garantizado por el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. (**Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección Tercera, de 14 de septiembre de 2021, case of *Inmovilizados y Gestiones S.L. v. Spain* (Application nº 79530/17)**)

La compañía acudió a Estrasburgo al considerar que era “arbitrario” declarar admisibles dos recursos sobre cuestiones de derecho y declarar inadmisibles otros tres que eran de “idéntica naturaleza”.

La mercantil era propietaria de un inmueble en el municipio de San Lorenzo del Escorial, expropiado parcialmente en 2011 por el Concejo Municipal, lo que dio lugar a cinco procesos administrativos judiciales relacionados con cinco terrenos. La compañía presentó cinco recursos, examinados todos en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM).

Cuatro años más tarde, en 2015, la empresa interpuso cinco recursos de casación ante el Supremo contra las cinco sentencias del TSJM. En 2016, el Alto Tribunal en dos casos falló a favor y anuló las resoluciones impugnadas; en los otros tres casos, desestimó los recursos.

El TEDH ha confirmado que los cinco recursos de casación interpuestos afectaban a las mismas partes procesales y se basaban en los mismos motivos legales. Y ha destacado que el Supremo, *“con el mismo juez actuando como ponente en el procedimiento de admisibilidad de los cinco recursos”*, dictó *“diferentes resoluciones”*.

El TEDH, aun cuando, como asegura, no es su función comparar las decisiones judiciales emitidas por los tribunales nacionales, en este caso “no encuentra motivo para justificar las distintas conclusiones”.

Aun cuando la Abogacía del Estado adujo en favor del Estado español que había habidos cambios legislativos que justificaban las diferencias existentes, el Tribunal europeo concluye que “no puede aceptar el argumento del Gobierno de que el cambio legislativo sobre la regulación de los recursos de apelación sobre cuestiones de derecho fue el motivo de la inadmisibilidad de los recursos”.

En este sentido, ha recordado que el nuevo marco legal está en vigor en España desde 2016 y está relacionado “con el objetivo interés casacional y no era aplicable a los recursos interpuestos por la empresa”.

El TEDH ha subrayado que *“uno de los aspectos fundamentales de la regla de derechos es el principio de seguridad*

jurídica” y que “decisiones contradictorias en casos similares derivados del mismo tribunal” puede violar ese principio y “socavar la confianza pública en el Poder Judicial”.

Lo que pone de manifiesto esta Sentencia y lo que ha pasado – y sigue pasando de forma absolutamente injustificada - con el Impuesto municipal de plusvalía acentúa, con singular crudeza , el desdoro con que el Legislador español desoye lo que manifiestan los Tribunales comunitarios acerca del contenido mínimo del principio de seguridad jurídica

En fecha reciente – **29 de abril de 2021** – el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Asunto : C – 504/19** -señalaba :

*51. Sobre este particular, por lo que respecta, en primer lugar, al **principio de seguridad jurídica**, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, **este principio exige, por un lado, que las normas jurídicas sean claras y precisas y, por otro, que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas.** En concreto, dicho principio exige que una normativa permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (sentencia de 11 de julio de 2019, *Agrenergy y Fusignano Due*, [C180/18](#), [C286/18](#) y [C287/18](#), [EU:C:2019:605](#), apartados [29](#) y [30](#) y jurisprudencia citada).*

*52 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha recordado que el principio de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras (sentencia de 21 de junio de 2007, *ROM-projecten*, [C158/06](#), [EU:C:2007:370](#), apartado [26](#) y jurisprudencia citada).*

De otra parte, la seguridad jurídica tampoco puede configurarse como garantía única y exclusiva de la estabilidad. La seguridad jurídica conlleva la adaptación a las nuevas realidades sociales y la consiguiente

superación de los institutos jurídicos caracterizados por su anquilosamiento y distanciamiento de esas nuevas realidades sociales.

Un ejemplo reciente lo tenemos en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2020**, en la que el Tribunal concluyó que una liquidación firme, consentida por el sujeto pasivo, podía ser anulada cuando, con posterioridad al consentimiento prestado por el sujeto pasivo, el TJUE declara contraria al Derecho Comunitario la Ley española que se había aplicado para girar la liquidación. La doctrina de los actos firmes y consentidos – tan cara a la Administración -, salta por los aires. Sus ecos apenas han comenzado a escucharse. La Administración permanece insensible a lo que ha dicho el Tribunal Supremo. Algo que se repite con frecuencia y a lo que no debiéramos acostumbrarnos.

La *ratio decidendi* es muy clara : la primacía del Derecho Comunitario exige la plena efectividad del mismo. La consecuencia es evidente : el Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

Las consecuencias derivadas de la vulneración del Derecho Comunitario por la legislación española exige:

- a) Una ***modificación radical del concepto de acto firme y consentido***, en el que tradicionalmente se ha amparado la Administración Pública para dejar inermes los efectos de tales actos.
- b) Una ***revisión profunda de las causas de nulidad de los actos administrativos***.
- c) Una ***reparación efectiva por el Estado de las consecuencias sufridas por quienes han sido destinatarios de actos administrativos que posteriormente son declarados contrarios al Derecho Comunitario. Incluidos, claro está, los perjudicados por actos firmes y consentidos***.

- d) *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador no puede convertirse en salvoconducto de la existencia de unos actos administrativos que el TJUE ha declarado contrarios al ordenamiento comunitario.*
- e) *Atendiendo a la jurisprudencia comunitaria recaída sobre los principios de efectividad y equivalencia, debe configurarse como objetivo esencial el restablecimiento del Derecho Comunitario vulnerado, más allá de la reparación económica de los perjuicios ocasionados por tal vulneración.*

La doctrina del acto firme y consentido y la necesidad de que el ciudadano – especialmente el contribuyente – se aquiete al mismo y no pueda instar su revisión es especialmente gravosa e injustificada cuando, como ha ocurrido en el caso resuelto por la Sentencia de 16 de julio de 2020, la Administración ha actuado quebrantando claramente el principio de buena administración.

De ello queda debida constancia en el texto de la propia Sentencia. El propio juzgador reprocha a la Administración su participación en los hechos sobre los que tantas veces se acuna el concepto de acto firme y consentido :

“... el emplazamiento al Reino de España en el proceso por incumplimiento, efectuado antes de consumarse el procedimiento determinante de la liquidación, no provocó en la Administración que seguía aplicando la ley interna luego declarada quebrantadora del derecho de la Unión, la necesidad de advertir de tal circunstancia a los ciudadanos no residentes en la misma situación de pendencia legal

tributaria, dado que el expediente no estaba concluido a la fecha del emplazamiento, sino en trámite y con plazo suficiente para ello, dada la previa formulación de la demanda frente al Reino de España. No se dio traslado previo de los contenidos de la demanda de la Comisión ni se informó cumplidamente ni se suspendió el procedimiento liquidatorio del ISD instado por el representante del Sr. Martin , a la espera de la resolución del TJUE, no para que éste accionara en ese procedimiento en que no podía ser parte legitimada, sino para conocer toda la información precisa disponible para decidir recurrir o no recurrir el acto. Ello, deduce el Sr. Martin no sin razón, le provoca indefensión y un grave quebranto económico, pues tal ausencia de traslado del emplazamiento -más bien tal ausencia de información, cuando menos, así como el silencio de la Oficina en su trámite, con la posibilidad de haberlo suscitado en el trámite de alegaciones previas a la liquidación, le han originado, en su opinión, indefensión al recurrente...”

La conducta de la Administración es sumamente criticable. Pero las consecuencias de esa conducta son muy desiguales: el ciudadano se encuentra ante un acto firme y consentido, mientras la Administración , que ha colaborado en la vigencia de un acto a la postre declarado ilegal, se limita a ver reprochada su actuación...sin consecuencias ulteriores para la autoridad o funcionario que ha llevado a cabo la actuación. Actuación que, a la postre, sí genera consecuencias dañosas para el Tesoro Público. Así son las cosas. Hoy y aquí.

II

Subraya el nuevo académico la necesidad de que cada pieza esté donde debe estar. Especialmente cuando estamos hablando de los poderes en los que se articula – o trata de hacerlo – el Estado de Derecho. Y eso no es fácil, al parecer.

Véase, si no, como tras recordar lo obvio – la estructura de la norma - , concluye, con reflexión que también trasciende el terreno laboral, que :

- “las mas de las veces las normas no suelen ser claras en su mandato normativo
- no señalan expresa y claramente cuál sea su alcance imperativo y
- tampoco establecen las correspondientes sanciones para el caso de incumplimiento de ese mandato normativo”

La conclusión es clara :

“(se genera) una gran ‘‘conflictividad gratuita’’ que deben lógicamente resolver los Tribunales , con una importante dosis de inseguridad jurídica en su jurisprudencia, que ‘‘ invade’’, además, probablemente así, la función normativa que desde luego no les corresponde constitucionalmente, lo que podría sin duda evitarse’’ haciendo bien las cosas’’... “

Si la estructura del Estado de Derecho se pone en cuestión cuando cada uno de los poderes no hace lo que debe hacer, cuando la deficiencia se asocia a la estructura de la norma la

consecuencia es obvia: se genera una conflictividad gratuita que hace tambalear también el papel atribuido teóricamente a cada uno de los poderes del Estado.

Tanto cuando las Cortes Generales dejan de hacer lo que están obligadas a hacer como cuando el trabajo realizado por esas mismas Cortes Generales es técnicamente deficiente la conclusión es la misma: los Tribunales de Justicia están obligados no ya a aplicar la norma – que es su función originaria – sino a recrear una norma ausente o técnicamente deficiente. Y eso es, justamente, lo que no debe hacer un Tribunal de Justicia. Ni es lo suyo, ni puede renunciar a su independencia para adentrarse en el debate político.

Siguen vigentes las palabras de **Perfecto Andrés Ibáñez** dichas en 2006 :

“La idea de una jurisdicción como poder independiente de decir el derecho con imparcialidad, frente a todos, para decidir en casos de conflicto, no es el sueño estético de jueces o juristas ensimismados. Es una opción reiteradamente suscrita por mayorías abrumadoras en momentos de crecimiento democrático”.

III

No nos encontramos ante un trabajo acotado al ámbito del Derecho Laboral. El trabajo, afortunadamente, va mucho más allá.

Prueba evidente de ello es el examen de la **jurisprudencia constitucional sobre el “principio de igualdad de**

trato” y el “principio de no discriminación”. En este punto, aun cuando se deja constancia de las contradicciones en que ha incurrido el Tribunal Constitucional – propiciadas por una regulación clara de estos principios en el Estatuto de los Trabajadores - , el autor pone de manifiesto los problemas surgidos en relación con la interpretación y aplicación de las cláusulas convencionales de doble escala salarial.

No puedo por menos de dejar constancia en este punto del ingente trabajo realizado por el Tribunal Constitucional sobre esta materia y del contraste existente con el liviano esfuerzo dedicado al examen de estos mismos principios en el ámbito del ordenamiento tributario. No es este lugar ni momento para extenderme sobre ello. Sí lo es, sin embargo, para dejar constancia de la laxitud con la que nuestro Tribunal Constitucional se ha venido pronunciando acerca del contenido del art. 14 de la Constitución cuando se proyecta sobre los tributos. Que la desigualdad en el pago de tributos es una condición indisolublemente asociada al Estado de las autonomías se ha interiorizado tanto que se ha aceptado la constitucionalidad de unas diferencias fiscales que, se quiera o no, son absolutamente rechazables desde la recta intelección del art. 14 de nuestro texto constitucional.

Esta posición del TC sería aceptable si se analizara conjuntamente el ingreso y el gasto público, de forma que un mayor gasto público y una consiguiente mejor atención de necesidades privadas podría constituir un visado válido para incrementar las cargas fiscales de quienes se ven beneficiados por ese incremento del gasto público. Cuando las cosas no responden a ese esquema, cuando todo el mundo – incluidos los Tribunales de Justicia – han obviado , injustificadamente, ese

análisis conjunto del ingreso y del gasto parece que el Tribunal Constitucional debiera examinar con mayor tino las desigualdades fiscales y su posible quiebra del art. 14 CE.

IV

Concluyo.

Gracias, Tomás. Por tantas cosas. Por haberme permitido estar contigo; por tu lección y por tu ejemplo.

Juan Martín Queralt.

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Valencia. Noviembre de 2021.

