



**EDUARDO ROJO TORRECILLA.**

**CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

Con objeto del cumplimiento del tercer año de la entrada en vigor de la denominada “reforma laboral” llevada a cabo por el [Real Decreto-Ley 3/2012](#) y su posterior tramitación como [Ley 3/2012](#) de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y de la que hicimos un amplio seguimiento en [nuestra web](#), queremos realizar una serie de entrevistas a distinguidos juristas con el fin de conocer su opinión sobre determinados aspectos de la misma.

La primera entrevista que publicamos de esta serie nos la ha concedido el catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, **D. Eduardo Rojo Torrecilla**, que además de evaluador externo de nuestra [Revista de Trabajo y Seguridad Social \(RTSS.CEF\)](#), nos mantiene actualizados en su [blog](#) de obligada visita para todos los laboristas. Buena lectura de la entrevista.

#### CUESTIONARIO: Sección “Entrevista a...”

**La reforma laboral realizada a través del Real Decreto-Ley 3/2012 y su posterior tramitación como Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral tenía como finalidad la consecución de la flexibilidad interna en las relaciones laborales como alternativa a la destrucción de empleo, que permitiera a las empresas hacer frente a las oscilaciones de la demanda mediante mecanismos como las reducciones temporales de salario o de jornada con los que se evitara el despido.**

**¿Creen usted que la misma se ha conseguido?**

#### *Respuesta:*

Más allá del debate estrictamente jurídico, que no queda cerrado por las sentencias del TC que validan la reforma laboral<sup>1</sup>, como lo demuestran a mi parecer los contundentes votos particulares emitidos por tres magistrados en sentido radicalmente contrario a la tesis de la mayoría del TC, cabe plantearse si las medidas estrella de la reforma, han servido para fortalecer la cohesión social en el ámbito de las relaciones de trabajo y generar la creación de empleo estable y de calidad.

No es a mi parecer que se transita por esa vía con el establecimiento de un período de prueba de un año “en todo caso”, que separa su duración del período realmente requerido para demostrar las aptitudes y conocimiento de la persona trabajadora y que lo convierte en una medida tendente a facilitar la viabilidad jurídica de la decisión empresarial; tampoco la potenciación de la negociación colectiva de empresa en detrimento (podrá afirmarse ciertamente que no jurídico, pero si relevante desde un punto de vista fáctico) de la negociación sectorial, reclamada recientemente por cierto por la OCDE como vía más adecuada de regulación de las condiciones salariales; y qué decir del pretendido margen de flexibilidad en la extinción del

<sup>1</sup> A este respecto véase la noticia: [“El TC desestima el recurso de los grupos parlamentarios de PSOE e Izquierda Plural contra la reforma laboral de 2012”](#).



contrato por causas objetivas, ya sea individual o colectivo, que parecía querer abandonar el juicio de razonabilidad de la decisión empresarial y que no ha sido así, al menos parcialmente, como ya he indicado, por la intervención de los tribunales laborales al objeto de garantizar tanto el cumplimiento de su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado como del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva y el cumplimiento de la normativa internacional y europea; o la desregulación del contrato a tiempo parcial con el impacto que ello tiene sobre el respeto a la jornada de trabajo pactada y su distribución.

No transita por la vía de la cohesión social una norma que amplía considerablemente el poder de decisión unilateral del empleador en la modificación de las condiciones contractuales y convierte a los acuerdos y pactos de empresa en textos de valor jurídico muy disminuido. Porque, insisto, las reformas laborales, todas ellas, han de servir para fortalecer la cohesión social, y ello servirá ayudará también a la creación de empleo, aunque no sustituirá las decisiones de política económica necesarias para que ello sea posible. Y a mi parecer, con respeto al criterio del TC, no hemos ido en la normativa española por este camino.

Un tema concreto de la reforma que ha sido ampliamente debatido es de la vigencia de los convenios colectivos regulada en el [artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores](#). La Ley 3/2012 tiene una referencia concreta a los convenios denunciados en la disposición transitoria cuarta.

Con respecto a este asunto queríamos saber su opinión sobre dos recientes sentencias del Tribunal Supremo que abordan la prórroga de la ultraactividad de los convenios: una de fecha de 22 de diciembre de 2014 (rec. núm. 264/2014) sobre la empresa ATESE, y otra de 17 de marzo de 2015 (rec. núm. 233/2013) sobre el convenio colectivo de la empresa Air Nostrum.

En relación con la primera ([empresa ATESE](#)) el supuesto de hecho planteaba qué ocurriría en el caso de expiración de la vigencia de la ultraactividad cuando *no* existiera convenio de ámbito superior. El Alto Tribunal dictaminó que los derechos y obligaciones de las partes que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de la vigencia del convenio colectivo deberían mantenerse, puesto que esas condiciones “ya estaban contractualizadas desde el momento en que se creó la relación jurídico-laboral”.

**¿Qué opinión le merece esta sentencia?**

*Respuesta:*

Es una sentencia importante, pero conviene recordar que resuelve una concreta cuestión y en los términos en que fue planteada en la demanda ante el TSJ de las Islas Baleares. De forma muy resumida, pero que recoge muy bien los amplios debates doctrinales y las resoluciones judiciales de la AN, TSJ y JS dictadas hasta la fecha de la sentencia, la Sala advierte de la existencia de dos corrientes jurídicas respecto a la interpretación del reformado art. 86.3 de la LET, que califica de “rupturistas” y “conservacionistas”, metiendo en el primer bloque a la doctrina y a las sentencias que han sostenido que “dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido”. En el segundo se incluye por el TS a quienes defienden que “dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes”.

El TS se decanta por la segunda tesis y pone el acento a mi parecer, con corrección jurídica, tanto en la



importancia de la regulación de la condiciones de trabajo en el contrato, ya sea directamente o por remisión expresa al texto del convenio aplicable, como al valor normativo del convenio como norma mínima de obligado cumplimiento para el contrato del trabajador al que es de aplicación. Más clara me parece que se encuentra explicada en el texto la primera tesis, pero creo que también se colige con claridad la importancia de la segunda y que llevaría a desestimar las voces que se apresuraron a sostener la pérdida del carácter o valor normativo del convenio tras esta sentencia, muy en especial en la afirmación contenida en el apartado B) del fundamento de derecho tercero al referirse, tras criticar la tesis rupturista por provocar una alteración sustancial de las condiciones de trabajo que transformaría, desequilibraría, la relación entre las partes y que podría dejar al contrato “sin los requisitos esenciales para su validez (...) como son el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca”, que dicha alteración desequilibradora se produciría aún más “en un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente”. Afirmación que hay que poner en relación con la expuesta en el último párrafo del fundamento de derecho tercero con la tesis de que “ni muchísimo menos” la tesis defendida de contractualización de las condiciones de trabajo significa contradecir la tesis del legislador de que el contenido normativo del convenio pierda su vigencia y que en ese momento deja de cumplir la función nomofiláctica propia del sistema jurídico.

La tesis de la sentencia se construye alrededor de la dicción literal del [art. 3 de la LET](#), regulador, con no precisamente exquisita técnica jurídica, de las fuentes reguladoras de la relación laboral, previo excursus doctrinal sobre la regulación de la ordenación de los contratos en el ordenamiento jurídico en general y del laboral en particular, poniendo el acento en la autonomía de la voluntad de las partes pero ciertamente muy matizada en el ámbito laboral por la normativa internacional, europea y estatal, así como por el resultado de la negociación entre los agentes sociales y la plasmación del acuerdo en una norma convencional. Por decirlo con las propias palabras del TS, “Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado ( así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la “fuerza vinculante de los Convenios” a que se refiere el [artículo 37.1 CE](#)”.

En relación con la segunda sentencia (empresa [Air Nostrum](#)), el voto particular planteaba una duda interesante sobre el momento en el que se debió suscribir el pacto. El voto estableció que hace falta un pacto sobrevenido *no* sirviendo a estos efectos la previsión contenida en el propio convenio colectivo.

#### ¿Qué opinión tiene del citado voto?

*Respuesta:*

La confirmación de la sentencia de instancia no es la respuesta jurídica que considera el magistrado Antonio V. Sempere que hubiera debido darse por la Sala al recurso de la parte empresarial, y de ahí que emita un voto particular (tan o más amplio que la fundamentación jurídica de la sentencia) en el que pone de manifiesto en su inicio una premisa previa de la que parte, esto es que el debate suscitado “es de pura interpretación normativa..”, así como también que formula el voto particular a efectos de un mayor enriquecimiento jurídico del debate, y que no tenía voluntad de trasladar “ad extra” sus tesis, pero que así lo hace finalmente porque “el resto de componentes de la Sala me ha encarecido que dé forma de voto particular (VP) a la postura defendida..”.



Coincido con la apreciación del magistrado de encontrarnos ante un debate de interpretación normativa, añadiendo por mi parte que para dicha interpretación hay que situar la norma en el marco del sistema jurídico de fuentes de la relación jurídico laboral, tomando plenamente en consideración la normativa internacional y europea de aplicación en materia de negociación colectiva, así como también el marco constitucional y la doctrina del TC sobre el art. 37, que no se agota ni mucho menos en la [sentencia 8/2015 de 22 de enero](#) que valida la reforma laboral.

La claridad, obviamente desde su óptica conceptual, con la que se manifiesta el voto particular, no se encuentra ni en el texto de las enmiendas ni el debate parlamentario del proyecto de ley resultante de la tramitación parlamentaria del RDL 3/2012<sup>2</sup>, ni en la exposición de motivos de dicho RDL y de la posterior Ley, y que incluso me atrevería a decir que pudiera no ser ahora la tesis más cercana al gobierno si hemos hacer caso a algunas manifestaciones de responsables (no citados por sus nombres y apellidos) a preguntas periodísticas sobre la sentencia de 17 de marzo y que afirmaron que los tribunales, y el TS en este caso, no hacían más que aplicar la reforma laboral.

Según el voto particular, el precepto tiene una claridad expositiva (no es esta precisamente la tesis de la mayor parte de la doctrina científica y de la judicial) que permite llegar a la conclusión de que la regla principal de “libertad de pactos” prevista en el texto ha de compatibilizarse con las reglas especiales que “los limitan”, por lo que la regla imperativa de duración máxima de la ultraactividad de un año salvo pacto en contrario lleva a que nos encontremos “ante norma de orden público, que se impone sea cual sea la voluntad inicial de las partes al suscribir el convenio colectivo”.

En apoyo de su tesis, que extrae de su explicación de la estructura del art. 86.3, acude a la exposición de motivos y a la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, que a mi parecer no fue un prodigio de argumentación y claridad conceptual sino todo lo contrario. No obstante, repárese en que la defensa de la tesis ahora sostenida tiene también un punto claro de crítica a la redacción de la norma, aunque luego se trate de salvar, ya que el magistrado afirma que “sin la debida claridad y al margen del juicio que ello merezca, la Ley 3/2012 quiso establecer un tope a la vigencia del convenio colectivo ya vencido y denunciado, extrayendo esa materia del régimen general autonomista”. Me viene inmediatamente a la cabeza, y lo dejo apuntado, la distinción entre la mens legislatoris y la mens legis a la que se refiere con cuidada atención la [sentencia de la AN](#) como uno más de los argumentos expuestos en la resolución judicial para defender la vigencia de la cláusula convencional del convenio, defensa de la que ahora se ha hecho también partícipe el TS.

Para concluir, y remitiendo a las personas interesadas a la lectura íntegra del detallado voto, se encuentra a faltar, al igual que en la sentencia, una mayor fundamentación del porqué de la nula importancia que el voto particular confiere a la normativa internacional y europea. Por último, y de forma plenamente incidental y sin mayor fundamentación, el voto acepta la contractualización de las condiciones de trabajo si no existiera convenio de ámbito superior, haciendo suya pues la tesis de la sentencia de 22 de diciembre de 2014, cuando el voto particular que defendió el mismo magistrado, y al que se adhirieron cinco miembros más del Pleno de la Sala, llegaba a algunas conclusiones semejantes pero en absoluto era idéntico, ni mucho menos, al texto de la sentencia.

Muchas gracias por su colaboración.

CEF.- Departamento de Documentación. Área Laboral  
[www.laboral-social.com](http://www.laboral-social.com)

<sup>2</sup> Consulte aquí la tramitación parlamentaria del RDL. <http://www.laboral-social.com/reforma-laboral-2012-contratos-despido-eres-bonificaciones-empleo-formacion-negociacion-colectiva-teletrabajo.html#convalidacion>