

FLEXIBILIDAD JUDICIAL Y CONTRACTUALISMO

SUMARIO: I. *Principios generales del derecho del trabajo y desregulación judicial.* II. *El principio de in dubio pro operario.* III. *El principio de norma más favorable.* IV. *El principio de condición más beneficiosa.* V. *Una interpretación global.*

I. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DESREGULACIÓN JUDICIAL

En el intenso debate que ocupa a la doctrina laborista de los últimos años sobre el tema de flexibilidad y desregulación del derecho del trabajo, muy pocas líneas se han dedicado al papel de la jurisprudencia en la general evolución hacia un ordenamiento laboral con menos normas o con menos normas estatales, quizá debido al pensamiento de que poco o nada pueden hacer los jueces en una materia básicamente referida a una opción entre fuentes de regulación públicas o privadas. La mayor parte de los esfuerzos han analizado las alternativas privadas a la regulación estatal, ya en su vertiente colectiva, o bien en su vertiente singular, subrayando el nuevo equilibrio entre las fuentes de la relación laboral que emerge de ese forcejeo, por lo que de ordinario se plantea un debate entre legislación y negociación.

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido actuando en silencio desde 1980 en esa misma vertiente de fortalecer la autonomía privada en detrimento de la ordenación estatal, en una apuesta que, si bien en sus comienzos pretende aplicar exquisitamente los mandatos democratizadores de nuestra Constitución —especialmente con referencia a la proclamación del principio de autonomía colectiva de su artículo 37—, paulatinamente va a derivar hacia un posicionamiento que podríamos llamar “beligerante” en el propio equilibrio de los derechos de trabajadores y empresarios. Lo que voy a exponer a continuación es la historia de cómo una jurisprudencia marcadamente conservadora ha “derogado” todo el cuadro de principios hermenéuticos *pro operario* de nuestro derecho del trabajo, el cual había cristalizado en el curso de decenios a través de leyes, ordenanzas, convenios e incluso de la propia jurisprudencia, desde por lo menos la Segunda República hasta nues-

tros días, que por obra de la misma judicatura que en otros tiempos contribuyó a crearla, quedan ahora en cuarentena. Me apresuro a añadir que dicha jurisprudencia conservadora, emanada especialmente del Tribunal Central del Trabajo (TCT), corre paralela con líneas de dirección contraria que procuran limitar los poderes empresariales con base en la teoría general del derecho y en las orientaciones del Tribunal Constitucional; en efecto, la jurisprudencia reciente que ha creado la figura del despido (radicalmente) nulo por fraude a la ley,¹ los límites a las actuaciones públicas en huelgas de servicios esenciales,² la ampliación del ámbito del derecho del trabajo en sectores como los mensajeros,³ o la responsabilidad solidaria de los grupos de empresa con dirección y/o caja únicas,⁴ son ejemplos de cuán contradictorios resultan nuestros altos tribunales a la hora de pronunciarse. Probablemente algún día pueda emprenderse un análisis global del conjunto de la jurisprudencia emanada en estos años inciertos desde el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Central de Trabajo, pero ahora sólo nos interesa resaltar justamente esa contradicción, que deberá tenerse siempre presente a la hora de valorar las orientaciones conservadoras que analizaremos de seguido. De igual forma habremos de tener en cuenta que vamos a tratar de cuestiones muy discutibles, sobre las que nuestra doctrina científica ofrece mil y una teorías en la actualidad, y en donde el ordenamiento español ha quedado "suspendido" en el nivel más alto conocido en Europa de regulación garantista en el concreto aspecto de los principios hermenéuticos que pasamos a examinar; creo por ello útil dar a conocer una jurisprudencia que está cumpliendo en nuestro

¹ Desde la sentencia del Tribunal Central de Trabajo (TCT) de 11 de mayo de 1982, seguida de numerosas sentencias del propio TCT, como las de 13 de julio, 20, 22 y 24 de septiembre de 1983, 10 y 23 de octubre de 1984, 1 y 28 de febrero, 12 de marzo y 22 de octubre de 1985, o 23 de abril de 1986; y del Tribunal Supremo (TS), como las de 22 de junio de 1983, 27 de diciembre de 1984, 9 y 17 de enero de 1985, 30 de enero y 9 de mayo de 1986.

² Sentencia del TS, sala 5ª, de 5 de junio de 1987, declarando nulos los Decretos de la Generalidad de Cataluña núms. 159, 160, 161 y 162 de 1985, sobre designación de servicios mínimos en transportes, transformación y distribución de energía eléctrica, suministro de gas y abastecimiento de agua, hospitales, y asistencia social de determinados sectores de población, con ocasión de una huelga general en Cataluña.

³ Sentencias del TS de 26 de febrero de 1986 y del TCT de 16 de julio de 1986 y 18 de febrero de 1987; parecidamente, sentencia del TS de 26 de junio de 1986 sobre distribuidores de prensa, y del mismo Tribunal, de 13 de abril de 1987, sobre repartidores de pan.

⁴ Sentencias del TS de 1 de junio de 1978, y del TCT de 15 de octubre y 9 de julio de 1982, y 4 de julio de 1984.

país una sustancial labor reductora de cuanto había ido superando con el paso del tiempo los criterios "neutrales" en la concurrencia y la sucesión de normas. Derecho judicial fragmentariamente conocido, pero que ha borrado en silencio y con perseverancia un trazado específico de nuestra axiología laboral que todavía campeaba en solitario sobre el sendero común de la hermenéutica europea desde los años setenta.

Los manuales de derecho del trabajo español suelen enunciar todavía hoy hasta cinco principios generales del derecho del trabajo, deducidos durante décadas por la jurisprudencia a partir de la repetición de una misma regla en multitud de normas legales, reglamentarias y convencionales, y habiendo alcanzado alguno de ellos consagración expresa en una norma general. La larga dictadura franquista permitió y hasta estimuló la consolidación de dichos principios por diversas razones, entre las que podrían estar la necesidad de legitimar su autoritarismo, la existencia de principios parecidos en otros ordenamientos como el italiano, y la favorable situación económica mundial que se prolonga durante treinta años a partir de la segunda gran guerra. De esos principios sólo creo necesario detenerme en tres, concretamente, en el de *in dubio pro-operario*, el de norma más favorable, y el de condición más beneficiosa; los otros dos (el de estabilidad en el empleo y el de indisponibilidad de los derechos del trabajador) no presentan mayor interés al momento presente.

En efecto, el principio de estabilidad en el empleo fue desmontado concienzudamente por el propio legislador a través de numerosas normas sobre fomento del empleo temporal y sobre modalidades de contrato de trabajo desde 1979, de modo que la jurisprudencia poco tuvo que hacer ahí.⁵ De todas formas, y a la vista de la presunción (*iuris tantum*) de contratación indefinida que entra en juego cuando se incumplen los requisitos establecidos para los empleos temporales y para las modalidades contractuales aludidas, bien podían haber intervenido los tribunales con mayor rigor en la verificación de la prueba en contrario y en el respeto a los límites y cautelas legales que con todo se hallaban establecidos.⁶ Respecto al segundo principio, de indisponibi-

⁵ Estudié el tema en mi artículo "El final de un 'principio' (la estabilidad en el empleo)", *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón*, Madrid, 1980, pp. 467 y ss. Para la situación actual, véase Casas/Baylos/Escudero, *La flexibilidad del derecho del trabajo español: la promoción de la contratación temporal y la ascensión de la autonomía individual*, ponencia al Seminario de Derecho del Trabajo, Madrid/Bologna, Madrid, octubre de 1987, pp. 15 y ss. del texto multicopiado.

⁶ La jurisprudencia se ha limitado, a lo que puede observarse en la numerosísima

lidad de los derechos del trabajador contemplados por norma legal o convencional, el problema ha residido en que el legislador de la Ley 8/1980, Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET), al ampliar el radio de esta prohibición desde la inicial irrenunciabilidad en que el principio consistía hasta la indisponibilidad en todas sus manifestaciones (artículo 3.5), le ha restado credibilidad e incluso ha convertido el principio en un *boomerang* que puede perjudicar al mismo trabajador a cuya defensa acude; desde luego que la jurisprudencia podría también aquí haber adoptado una actitud menos concesiva en aspectos como la extinción por "mutuo disenso" y otras figuras donde la pseudo-transacción y la renuncia juegan un importante papel, aunque repito que la práctica inaplicación del mencionado principio no debe cargarse a la responsabilidad jurisprudencial.⁷

litigiosidad sobre contratos temporales, a mantener los límites más evidentes de la temporalidad, como puede ser, *v gr.*, la expresión de causa justificada en el contrato, o la propia escrituración del mismo. Sigue manteniendo la validez de sucesivos contratos temporales para sucesivas causas (sustituciones por distintos motivos, contratación temporal de distinto tipo, o con distinto programa de subvención: *cfr.*, por ejemplo, sentencias del TS de 20 de enero de 1987 y del TCT de 19 de noviembre de 1986 y de 3 de marzo de 1987), en los que quizá debería ser más estricto. Y en ocasiones se advierte incluso una posición favorable a la flexibilidad más allá de los límites normativos, que excede de la aplicación neutra del ordenamiento para actuar en contra de lo que pueda quedar del principio de estabilidad. Así, cuando estima que dos contratos para la formación sucesivos, primero de pinche y luego de *barman*, sin continuidad entre ambos por la existencia de un tiempo muerto de breve duración, no ofrece ningún motivo de ilicitud (sentencia del TCT de 16 de septiembre de 1986); o cuando desestima un recurso contra un contrato temporal de cuatro años de duración porque el actor no probó suficientemente la causa extintiva que alegaba (sentencia del TS de 6 de diciembre de 1985). Pero donde se ve con mayor claridad el despejo de la jurisprudencia por el antiguo principio de estabilidad y por las presunciones que pudieran considerarse vestigios actuales del mismo, es en la contratación temporal de los entes públicos: confundiendo estabilidad (laboral) con inamovilidad, una corriente jurisprudencial que arranca en 1985 mantiene la plena exoneración de las administraciones públicas respecto de los límites y garantías establecidos para esos contratos, negando su conversión en indefinidos cuando por ejemplo se prolongan durante varios años, pues considera que en las administraciones públicas rige el principio de mérito y capacidad para el ingreso de nuevo personal, y ello impide (?) la aplicación de aquellas garantías; sentencias del TS de 23 de abril, 9 de octubre, 28 de noviembre y 16 de diciembre de 1985, 4 y 29 de mayo, 15 y 30 de septiembre de 1986 y 21 de febrero y 10 de marzo de 1987. Ver nota siguiente.

⁷ Curiosamente, las escasas sentencias producidas en torno a la indisponibilidad de los derechos emanados de normas legales y convencionales mencionan en algún caso la supuesta renuncia al principio de estabilidad en el empleo para declarar nulos los pactos de temporalidad; así, sentencia del TCT de 12 de junio de 1984.

II. EL PRINCIPIO DE *in dubio pro operario*

La formulación clásica de este principio no presenta problemas, aunque la doctrina (y particularmente la conservadora) lo haya siempre contemplado con cierto recelo: en caso de dudas sobre la interpretación de una norma, el juez debe adoptar la alternativa más favorable al trabajador de las diversas posibles. Como se encargan de indicar algunas sentencias, es un principio excepcional que sólo opera en caso de duda razonable sobre el significado de una norma o sobre la aplicación de ella a un determinado supuesto de hecho; de ninguna manera permite al juzgador distorsionar la norma en beneficio del trabajador, o no aplicarla a un caso claro con el mismo propósito, trasponiendo la frontera de su cometido hermenéutico para asumir el papel de nuevo legislador, pues nos hallamos lejos de los postulados que se derivaron en Italia de la teoría del uso alternativo del derecho.⁸

Sin embargo, la jurisprudencia ha introducido en los últimos años algunas aplicaciones normativas que realizan esa trasposición de su papel, pero en sentido tan opuesto al *pro operario*, que bien podemos hablar de su eliminación, por no hablar de la aparición de un nuevo principio de *in dubio pro empresario*.⁹ La inflexión más significativa se ha producido, a mi entender, en la interpretación del artículo 35 de la LET, a cuyo tenor deberán abonarse las horas extraordinarias con “un incremento que en ningún caso será inferior al 75 por 100 sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria”. Por cuanto en algunos convenios colectivos el valor de la hora extraordinaria se había fijado en cuantía inferior al referido 75 por 100 de la hora ordinaria, pronto el TCT hubo de decidir si prevalecía el artículo 35 de la LET, enervando los artículos discrepantes del convenio, o si por el contrario debería prevalecer la cuantía fijada por éste, pese a su carácter peyorativo. Por supuesto, el problema no era exclusivamente de aplicación normativa, ya que presentaba además ribetes de otra interesante polémica en nuestro ordenamiento, la del papel del convenio colectivo y sus relaciones con la ley, materia en la que no vamos a

⁸ Sentencias del TS de 11 de marzo de 1977, 20 de enero de 1978, 31 de octubre de 1981, 3 de junio, 11 y 19 de octubre de 1983, citadas por Alonso García, *Curso de derecho del trabajo*, Barcelona, 1987, p. 288. El principio ha perdido total credibilidad en Italia, como puede observarse en Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Turín, 1984, pp. 71 y ss.

⁹ Para la jurisprudencia que sin ambages califica de “vieja teoría” el principio que nos ocupa, *vid.* Rodríguez-Piñero, “Ley Ordenanza laboral y ‘favor laboratoris’”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985, pp. 33 y ss.

entrar.¹⁰ Respecto al principio *pro operario*, nuestro objetivo aquí, entra en liza contra todo pronóstico al desatarse alrededor del artículo 35 de la LET la misma polémica que ya venía encendida desde la Ley de Jornada Máxima de 1931 con ocasión de los desarrollos y aplicaciones particulares del correspondiente precepto, normalmente por obra de la negociación colectiva, pero también de pactos individuales y de las reglamentaciones de trabajo de la dictadura, y que igualmente se había planteado con similar norma de la Ley de Relaciones Laborales de 1976: mientras unos entendían que lo imperativo era sólo el porcentaje de incremento (el 20, 50 o 75 por 100, en las sucesivas leyes mencionadas), otros consideraban imperativo tanto el porcentaje como la base o módulo de cálculo, a saber, el "salario de la hora ordinaria" en la Ley de Jornada y en la LET, el "salario ordinario" en la Ley de Relaciones Laborales, considerando por tal a la retribución íntegra percibida por hora.

El TCT decidió, en ya numerosas sentencias,¹¹ que en el mencionado artículo 35 sólo reviste imperatividad el porcentaje, otorgando plena

¹⁰ La doctrina científica ha prestado temprana atención al problema de la relación entre ley y convenio colectivo, y a ella me remito; pueden verse, entre otros, Rivero Lamas, "Normas estatales y convenios colectivos: los límites materiales de la contratación colectiva", *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, 73 (1979), pp. 15 y ss.; Rodríguez-Piñero/Del Rey, "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley", y de Alarcón, "Un concepto clásico de la relación entre ley y convenio colectivo", ambos en *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983, pp. 27 a 41 y 47 a 63, respectivamente; más recientemente, García-Perrote, *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, 1987, *passim*.

¹¹ En los años setenta, como se describe en la sentencia del TCT de 15 de noviembre de 1985, existían tres orientaciones diferentes en el propio TCT, a pesar del temprano posicionamiento del entonces presidente del Tribunal, profesor Alonso Olea, quien en su *Derecho del trabajo*, Madrid, 1974, p. 130, exponía ya la doctrina que serviría de apoyo a la más conservadora. El predominio de ésta no se produce hasta 1983, aunque aún quedan vestigios de las *pro operario* en alguna sentencia aislada. *Cfr.* sentencias TCT de 3 y 5 de julio de 1983, 20 de enero, 25 de septiembre, 22 de octubre y 12 de diciembre de 1984, 15 de abril, 7 de mayo, 18 de noviembre de 1985, 6 de marzo y 18 de noviembre de 1986, 28 de enero de 1987, y del TS de 17 de mayo de 1983, 10 de julio de 1984 y 15 de noviembre de 1985, en la orientación *pro domino* que comentamos; las del TS parecen haber consolidado definitivamente el criterio. García-Perrote, *op. cit.*, p. 385, considera decisoria, en cambio, la del TCT de 18 de noviembre de 1985. En la doctrina científica puede verse García Ninet, "La retribución de las horas extraordinarias", *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, 1976, pp. 203-204; González Ortega, "La retribución de las horas extraordinarias: la problemática del módulo para el cálculo de su valor", *Revista de Política Social*, 126 (1980), pp. 271 y ss.; Monge, *Las horas extraordinarias y las prolongaciones de jornada. Su problemática legal y práctica*, Pamplona, 1983; Durán, "Los pactos para la retribución de las horas extraor-

validez a los convenios que lo aplicaran a un módulo cualesquiera, siempre que al menos alcanzara al salario base de la hora ordinaria. ¿Cuáles son los argumentos técnicos alegados para sostener tan reducida interpretación? Aun reconociendo que el artículo 35 de la LET debe ser considerado como norma mínima o de derecho necesario, el TCT opta por no aplicarlo cuando existe convenio peyorativo en función de los siguientes razonamientos:

a) Oscuridad de la norma en cuestión. El artículo 35 de la LET, dice el Tribunal Central, es claro en cuanto al porcentaje del 75 por 100, pero no en cuanto a la base a la cual se aplica (el "salario de la hora ordinaria"), por lo cual obliga a acudir al Decreto de Ordenación del Salario 2380/1973, cuyo artículo 6 establece los criterios para la determinación de la citada base, aunque asignándoles un carácter subsidiario.¹² La cuestión, sin embargo, dista mucho de clarificarse en esa dirección, pues el carácter subsidiario se predica por el Decreto respecto de "pacto o disposición específica de ordenanza o reglamentación de trabajo en contrario", y la fórmula utilizada por el mismo Decreto para hallar la base de cálculo es una de las poquísimas con que nuestro ordenamiento nos abruma a quienes debemos explicarla o aplicarla: igual que sucede con otra conocida y difícil fórmula matemática, la del cálculo de la base reguladora para las pensiones de invalidez y vejez (Ley 26/1985), el legislador pretende con ella la mayor nitidez posible, ínsita en la precisión matemática, y dudo mucho que su intención de permitir cálculos discrepantes excediera de la mera utilización de otras fórmulas o de la directa fijación de una cuantía determinada, pero en ningún caso de retribuciones inferiores a la de-

dinarias y su consideración jurisprudencial", *Documentación Laboral*, 8 (1983), pp. 56 y ss.; Pérez Espinosa, "La retribución de las horas extraordinarias", *Relaciones Laborales*, vol. I (1985), pp. 175 y ss.; García-Perrote, "Nuevos criterios en la retribución de las horas extraordinarias", *Relaciones Laborales*, vol. I (1986), pp. 591 y ss.; del mismo, *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, citado. A favor de la interpretación restrictiva se pronuncian, junto a Alonso Olea (quien lo mantiene enérgicamente en la última edición de su *Derecho del trabajo*, Madrid, 1987, en colaboración con Casas Bahamonde, p. 231), García Ninet, Monge y Durán López, entre otros; a favor de la interpretación *pro operario*, González Ortega, Pérez Espinosa y García-Perrote, en los lugares arriba indicados.

¹² El artículo 35 de la LET deja carente de precisión la base sobre la que haya de aplicarse el indicado porcentaje de incremento, indica la sentencia del TCT de 18 de noviembre de 1985. Dicho artículo no indica con absoluta precisión la base sobre la que aplicará el porcentaje mínimo, reitera la sentencia del TCT de 28 de enero de 1987.

ducible de la fórmula oficial.¹³ El “quiebro” del TCT admitiendo esas desviaciones a la baja suponen al menos una interpretación *contra operario*, cuando no una regulación alternativa a la del artículo 35, basculando para ello en los convenios colectivos.¹⁴

b) Artículo 37 de la Constitución y sinalagma de la negociación colectiva. En conexión con el argumento anterior, el TCT acude al reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, y al hecho de que ésta desemboca en convenios o pactos que implican una unidad armónica en el conjunto de sus contraprestaciones, un puro *do ut des* global donde la interferencia de una norma externa puede trastocar lo querido por las partes; en este sentido, dice el TCT, las partes negociadoras pueden distribuir los incrementos salariales como estimen más oportuno, de forma que a veces se asignará una cuantía inferior a las horas extra a cambio de aumentar el valor de otra partida salarial en el seno del mismo convenio. De ahí los reproches que en algún caso lanza el alto tribunal contra los trabajadores individuales que reclaman la mayor partida salarial del convenio y además la cuantía de la hora extra fijada por el artículo 35 de la LET: pretenden un doble lucro, afirma, con efecto práctico equivalente a la vulneración del principio de buena fe en la negociación colectiva, y que no puede ser judicialmente admitido, a diferencia de cuanto ocurriría si lo solicitado fuera la impugnación del convenio para obtener su ilegalidad por la vía del artículo 90.5 de la LET o por otra igualmente válida.¹⁵

A mi juicio, el argumento es plenamente aceptable en pura lógica de la negociación colectiva: los argumentos suponen una contraprestación global que ambas partes desean y que puede quedar deteriorada

¹³ Parecidamente García-Perrote, *op. cit.*, p. 384.

¹⁴ Aunque para ello deba forzar también la interpretación del Decreto de Ordenación del Salario: el “salvo pacto... en contrario” de su artículo 6 debiera haberse interpretado en el sentido habitual que se otorga al término “pacto”, comprensivo tanto de acuerdos individuales como colectivos.

¹⁵ Sentencias del TCT de 28 de noviembre de 1984 y 15 de abril de 1985, entre otras. Para Durán, *Los pactos para la retribución de las horas extraordinarias*, p. 63. “una intervención episódica y externa, en una óptica puramente individualista, y con una lógica de ‘regateo’ que ignora toda la complicada red de concesiones recíprocas necesarias para llegar a un acuerdo regulador del conjunto de las relaciones laborales entre las partes, puede alterar gravemente ese delicado equilibrio y lesionar el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales”. Aunque no se trata de un supuesto de duda hermenéutica, sino de concurrencia de norma, el mismo TCT aplicó el principio de norma más favorable para el trabajador al promulgarse la Ley 4/1983, sobre jornada de 40 horas, inhibiendo la aplicación de los numerosos convenios colectivos que habían fijado jornadas superiores para aquel año de 1983; ver nota 21.

por referencias externas. Claro que, entonces, igual podríamos decir del referente constitucional; así, por ejemplo, los convenios que fijan salario inferior para las mujeres por un mismo trabajo habrían de considerarse válidos en virtud de que ese equilibrio interno de las contraprestaciones; o los comportamientos antisindicales negociados por un comité de empresa a cambio de ciertas ventajas (por ejemplo, desindicalización de la empresa a cambio de estabilidad en el empleo); o la autorización para despedir *ad libitum* a trabajadores maduros a cambio de un fuerte aumento salarial. Como las partes negociadoras quieren ese particular *do ut des*, las normas estatales no pueden interponerse en el delicado equilibrio tan exquisitamente alcanzado por la autonomía colectiva. He aquí una nítida práctica de la flexibilidad en la jurisprudencia de nuestro país, interpretando una norma legal, el artículo 35 de la LET, en sentido contrario a como el viejo principio de *in dubio pro operario* hubiera sugerido.

Como vemos, los argumentos técnicos utilizados son bastante endeblés, y debe buscarse el discurso implícito, el argumento real o al menos una explicación alternativa ante un vuelco tan aparatoso. ¿Puede estar en la comodidad de los jueces del trabajo, abrumados por el número de asuntos planteados? No se nos oculta que para un magistrado resulta sobremanera sencillo aplicar la cuantía de la hora extraordinaria fijada por el convenio, en lugar de perderse en cálculos matemáticos ante los que cualquier jurista inicia un gesto de fastidio. Pero no parece que el Tribunal Central vaya a caer en esa práctica, más propia de los tribunales de instancia. Tan acusada interpretación judicial merece otra mejor interpretación doctrinal, que surgirá al final de este análisis, cuando hayamos contemplado las restantes orientaciones del TCT.

III. EL PRINCIPIO DE NORMA MÁS FAVORABLE

En su versión clásica, este principio significa el respeto a la regulación más favorable para el trabajador en supuestos de concurrencia de varias normas simultáneamente aplicables a una misma relación laboral o conjunto de relaciones laborales. La LET incorporó una dicción del principio notablemente mejorada, pues estableció en su artículo 3.3, tras un tenaz bloqueo parlamentario de los partidos opuestos a la mejora,¹⁶

¹⁶ Cfr. Briones/Sagardoy, *Estatuto de los Trabajadores. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, vol. I, pp. 118, 152 y 580, y vol. II, pp. 1201, 1380 y 1094. Un comentario en mi libro *Derecho sindical*, Madrid, 1986, p. 617.

que los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, *tanto estatales como pactadas*, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto. Mientras la cuestión del criterio selectivo dividía a la doctrina en la interpretación del periodo “lo más favorable... apreciado en su conjunto”, nadie planteaba dudas sobre el carácter omnicompreensivo de las normas afectadas por el principio, ante la rotundidad de la frase “tanto estatales como pactadas”, así como por la historia precedente: el concurso o conflicto puede hacer referencia a cualesquiera normas, desde las legales a las contractuales, donde se regulen condiciones de trabajo dispares. Amplitud del concepto de fuentes con larga tradición en nuestro derecho del trabajo, probablemente originada en la inspiración germánica de la primera Ley de Contrato de Trabajo de 1931.¹⁷ ¿Cuál ha sido la interpretación de la jurisprudencia?

Para el TCT, el artículo 3.3 de la LET y su consagración de lo más favorable juega en el conflicto de normas de distinto rango jerárquico, pero no en el conflicto entre normas del mismo rango, concretamente en el caso de concurso/conflicto entre convenios colectivos —digamos por ejemplo entre un convenio nacional y otro de empresa— no debe aplicarse, sino que entra en juego otro artículo de la LET, el 84, de enunciado altamente esotérico: un convenio colectivo no podrá ser afectado durante su vigencia por lo dispuesto en convenio de ámbito distinto, salvo que éstos sean acuerdos en la cumbre y versen sobre aspectos relacionales entre convenios. El argumento técnico para sustraer del artículo 3.3 de la LET y por ende del principio de norma más favorable a los conflictos entre convenios es, pues, el de que existe una norma más específica que se refiere a ellos. Para el lector ajeno a estos debates, la solución permanece sobremanera oscura, pues el artículo 84 puede ser interpretado de muy distintas formas. Pues bien, la jurisprudencia entiende que el mencionado artículo significa que en esta concurrencia prevalecerá el convenio primeramente existente,¹⁸ con inde-

¹⁷ Con independencia de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944 y del reconocido influjo ejercido por el doctrinal Proyecto Pothoff de 1923 de una *Allgemein Arbeitsvertragsgesetz*, publicado en *Reichsarbeitsblatt* (Amtl. Teil), núm 15 (1923), pp. 498 y ss., de donde puede derivar un contacto con el normativismo kel-seniano y su acepción dual del contrato como acto y como norma, el artículo 3 de la LET considera “fuente de la relación laboral”, que “regula” los derechos y obligaciones de las partes, al contrato de trabajo.

¹⁸ Así, entre otras, sentencias del TCT 20 de octubre y 7 de noviembre de 1981, 8 de mayo y 17 de junio de 1984, 19 de abril de 1985, 15 de enero, 21 de julio y 26 de diciembre de 1986.

pendencia de su contenido: criterio de *lex prior*. La picaresca ha hecho concretar aún más a los jueces, desde que algunas mesas negociadoras han procurado adelantarse a otras con objeto de firmar y publicar antes su convenio, que así devendría el único aplicable, por lo que los jueces han debido adelantar la proclamación del convenio "ganador" al que iniciara antes las negociaciones, y, ante casos hasta divertidos de mesas negociadoras que se apresuraban a constituirse antes que la rival para así ocupar el ámbito, llegan a considerar que la primera representación de trabajadores o empresarios que notifica a la autoridad laboral su intención de negociar con la contraparte (artículo 89.1 de la LET) será la ganadora en esta curiosa carrera contra reloj.¹⁹ Claro que para entonces el criterio se ha desvirtuado, pues ya no se trata de concurrencia de convenios, sino de representaciones o de mesas que están negociando de futuro. ¿Quiere de verdad el artículo 84 de la LET consagrar esta *reserva de ámbito* cuando dice que un convenio no podrá ser afectado por lo establecido en otro durante su vigencia? Tengo mis dudas, y voy a explicarlas. Pero antes, veamos cuál es el resultado práctico de la posición jurisprudencial.

Como indica Montoya, los conflictos entre normas de distinto rango prácticamente no tienen incidencia cuantitativa, y "es la concurrencia entre convenios colectivos la que ofrece mayores posibilidades de plantearse en la práctica".²⁰ El efecto real de la interpretación que comentamos es, pues, la inhibición del principio de norma más favorable. No por acaso se produjo un enorme forcejeo contencioso cuando, en una de las escasas situaciones de concurrencia entre ley y convenio, al promulgarse la reducción de jornada a cuarenta horas por Ley 4/1983, los tribunales debieron pronunciarse sobre si esa Ley prevalecía sobre los convenios entonces en vigor que fijaban jornadas más amplias.²¹

¹⁹ Cfr. el brillante análisis de Fernández López, "Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios", *Revista de Política Social*, 134 (1982), pp. 237 y ss. Martín Valverde, "Concurrencia y articulación de normas laborales", *Revista de Política Social*, 119 (1978), p. 29, lo consideraba un criterio "simplificador y restrictivo de la autonomía colectiva", refiriéndose a parecida norma en el artículo 27 del Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 1977, si bien lo asume posteriormente en "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo", en Borrajo (coord.), *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid, 1985, vol. XII/2, pp. 3 y ss., al interpretar el artículo 84 de la LET.

²⁰ *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1987, p. 218. Uno de los escasos ejemplos, por demás extremo, es planteado en las sentencias del TCT de 14 de junio de 1985 y 9 de abril de 1986, concurrencia entre convenios colectivos y convenios internacionales de la OIT. Otro ejemplo, el del conflicto entre la Ley 4/1983 y los convenios colectivos que habían fijado para ese año jornadas superiores; ver nota 21.

²¹ Sentencias del TCT de 30 de noviembre, 9 y 27 de diciembre de 1983, 13, 17

Analicemos ahora la virtualidad de los argumentos técnicos alegados en esta orientación jurisprudencial que comentamos. Además de las dificultades que presenta la misma aplicación del *lex prior*, su acogimiento como criterio de selección de normas en derecho del trabajo choca con las características de modernidad, adaptación a la coyuntura económica e incluso protección al trabajador que informan a esta rama del derecho; téngase en cuenta que numerosos convenios y pactos se vienen firmando en tiempos recientes con una duración prevista de tres años, durante los cuales ese ámbito de negocio quedará cerrado a cualquier modificación normativa que pretenda adaptarse a los cambios socioeconómicos producidos en el área. Es por eso que italianos y alemanes adoptan el criterio de temporalidad en los supuestos de concurrencia de convenios... pero en sentido inverso, esto es, como *lex posterior*, prevaleciendo el acuerdo posterior sobre el anterior,²² pues según se argumenta, de otra manera perdería espacio la autonomía colectiva.²³ Y precisamente para potenciar esa autonomía colectiva es para lo que sirve el artículo 84 de la LET en el sentido más técnicamente adecuado, que evite su colisión con el artículo 3.3 en punto de concurrencia de convenios. En efecto, la orientación jurisprudencial aquí comentada no surge inicialmente para interpretar los artículos de la LET, sino que nace antes bajo circunstancias normativas muy distintas a las actuales; en 1977, el preconstitucional Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo modificó algunos preceptos sobre la negociación colectiva, e introdujo una novedad que iba dirigida a controlar de alguna forma el derecho de huelga que se reconocía a los trabajadores en otro título del mismo cuerpo legal: durante la vigencia de un convenio y hasta tres meses antes de la terminación de la misma, no podrá negociarse otro convenio concurrente, decía su artículo 27.²⁴ Está claro que el TCT venía aplicando esta regla cuando se promulga la

y 25 de enero, 2 de julio y 19 de noviembre de 1984, 25 de febrero de 1985 y 18 de diciembre de 1986.

²² Cfr. Caruso, "Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello: una "svolta" tra continuità e rotura con il passato", *Il Foro Italiano*, I (1987), p. 518. En p. 517 considera al principio cronológico como la vía más breve y más fácil (una propia y verdadera trocha) para resolver la compleja problemática en análisis. Parecidamente D'Antona, "Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione", *Rivista Giuridica del Lavoro*, I (1986), pp. 8 y ss., y Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, pp. 176 y ss. Para Alemania, Daubler, *Das Arbeitsrecht I*, Reinbeck bei Hamburg, 1985, p. 140. Para Francia, Javillier, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1982, pp. 579-580, para la sucesión de convenios del mismo origen.

²³ Así, Hanau/Adomeit, *Arbeitsrecht*, Frankfurt, 1981, p. 31.

²⁴ Modificaba así a la Ley de Convenios Colectivos de cuatro años antes.

LET, y ve en su artículo 84 al heredero encargado de perpetuarla, sin tener en cuenta que el Decreto-Ley de referencia había nacido con la explícita voluntad de derogar determinados preceptos sobre negociación colectiva entonces vigentes,²⁵ mientras que se hacía muy difícil entender que el presunto heredero viniera a colisionar con, y en la práctica a inhibir a otro artículo de la misma LET, utilizando en el empeño una difícil redacción y un criterio verdaderamente extralaboral.

Una interpretación contextual del artículo 84 ha de dirigirse consistentemente por otros derroteros, y en concreto a mi modo de ver, por el de la autonomía negocial antes aludida. Las recientes sentencias del Tribunal Supremo italiano de 5 de marzo y 12 de julio de 1986 han puesto precisamente el acento en esta cuestión, manifestando que cada acuerdo colectivo tiene su propia competencia, la cual no puede resultar invadida por ningún otro convenio, por muy superior en ámbito que éste sea, pues

hace tiempo que fue abandonada la vieja tesis doctrinal y jurisprudencial que veía entre los diversos niveles negociales una rígida línea jerárquica... Por ello que de la autonomía organizativa y funcional de las instancias sindicales en los diversos niveles deriva una autonomía jurídica y fáctica de la actividad negocial por ellas ejercitada, sin que pueda configurarse ninguna relación de jerarquía entre ellas, salvo la hipótesis de conexión negocial entre fuentes diversas o de distinto nivel, mediante disposiciones de reenvío en ellas contenidas.²⁶

Y así debe entenderse el artículo 84 de la LET cuando establece que un convenio no podrá ser afectado por otro; así por ejemplo, aunque el sindicato que negoció el convenio local pertenezca y se subordine jerárquicamente a la federación que negoció el convenio provincial, uno y otro convenios disfrutan del mismo rango y en consecuencia el provincial no puede imponer o prohibir contenidos al local, ni condi-

²⁵ Expresamente, los artículos 5, 6, 12, 15, 16 y 18 de la Ley de Convenios Colectivos de 1973; implícitamente, el artículo 4 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, que decía: "En el supuesto de concurrencia de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, se aplicará aquella en la que se den las circunstancias siguientes: a) Que, apreciada en su conjunto, resulte más favorable para el trabajador."

²⁶ Las sentencias pueden verse en *Il Foro Italiano*, I (1987), pp. 533 y ss. Sobre las cláusulas de autolimitación y reenvío puede verse mi artículo "La concurrencia de convenios colectivos", *Revista de Política Social*, 89 (1971), pp. 43 y ss.

cionarlo de otra forma. Sólo pueden interferir en aspectos relacionales los acuerdos en la cumbre de las organizaciones más representativas, añade el artículo 84, como excepción a la regla.

Bajo ese prisma, queda claro que nuestro ordenamiento se mantiene aferrado al viejo principio de norma más favorable, abandonado hoy día por los demás ordenamientos europeos en punto a conflictos entre normas del mismo rango.²⁷ Pero la jurisprudencia no parece dispuesta a reconocerlo, y mantiene un *lex prior* que no pertenece ya a nuestro momento legislativo, aunque engrane perfectamente con el momento comparado. ¿Por la comodidad de no tener que valorar cuál de los dos convenios, o incluso de los bloques normativos (según se consideren los criterios del conglobamiento integral o del homogéneo) resulta más favorable para los trabajadores? Debe haber otra razón más global, que consideraremos al final de este análisis.

IV. EL PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

En su formulación clásica, este principio nos sitúa en la sucesión de normas, de cualquier rango que sean, en cuya virtud se sustituye una regulación por otra nueva: nos hallamos ante una colisión normativa donde, a diferencia del concurso/conflicto de normas, sólo una de ellas resta en vigor, y justamente la última. El principio antedicho operaría en el sentido de respetar las situaciones más beneficiosas alcanzadas por la normativa anterior, para el caso que la posterior nada hubiera establecido al respecto: auténtico principio general, pues, que operaría en defecto de norma expresa, y que la jurisprudencia había deducido de la unánime inserción de cláusulas sobre respeto a los derechos adquiridos que se contenían en las bases de trabajo republicanas y posteriormente en las reglamentaciones de trabajo y los convenios colectivos de la dictadura. Por qué se mantiene durante tanto tiempo este respeto a los *vested rights* que en el resto de Europa tiene tan escaso arraigo, es cosa que parece guardar relación con razones tanto políticas como económicas: la enorme caída de salarios tras la guerra civil, la influencia del derecho de funcionarios y por ende de la doctrina de los derechos adquiridos sobre el derecho del trabajo durante el franquismo, parecen algunas de sus causas. Pensado como una fórmula complementaria al principio de norma más favorable, interviene en

²⁷ Aunque no totalmente. Así, la concurrencia de convenios de distinto ámbito se resuelve en Francia en líneas generales conforme a este principio: Javillier, *op. cit.*, p. 581.

un plano distinto al del cúmulo o concurrencia de normas: por expresarlo gráficamente, mientras la concurrencia se situaría en el eje vertical de coordenadas, dando el criterio de lo más favorable la prevalencia a la norma situada más arriba, la sucesión de normas se situaría en el eje horizontal de coordenadas, conservando el principio de condición más beneficiosa las huellas más avanzadas hacia la derecha cuando se produjera cualquier reflujó normativo. La "viscosidad de las normas" de que nos hablaba Giugni haría continuar sus efectos más allá de su derogación formal, como esa memoria volátil que pervive cuando ya se ha perdido la grabación de base. El caso de la detracción de impuestos y cuotas en el salario puede servirnos de referencia; habitual en muchos convenios y contratos anteriores a la LET el compromiso empresarial de asumir el pago de las retenciones salariales por tales conceptos, al indicar expresamente el artículo 26.3 de la LET la nulidad de estos pactos y la obligación consiguiente de detraer de las nóminas el importe de las referidas cargas, la jurisprudencia pasa a entender que ello debe hacerse sin detrimento del nivel salarial que los trabajadores habían alcanzado antes del artículo 26 de la LET.²⁸ Similar actitud adoptó, al menos en parte, en el caso de las indemnizaciones por terminación de obra dispuestas por el artículo 15.1 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976; suprimidas en la LET, un sector de la jurisprudencia entendió no obstante que constituía condición más beneficiosa que debía respetarse a los trabajadores que habían contratado bajo el imperio de aquella Ley.²⁹ Sólo cuando la nueva norma indica expresamente su voluntad de suprimir las ventajas obtenidas, de borrar las huellas más avanzadas, todos los trabajadores retroceden a la nueva posición.³⁰ Lo que nos interesa retener aquí es que, en la formulación clásica del principio, la condición más beneficiosa podía gestarse al abrigo de normas de cualquier rango: de la ley, de la voluntad de las partes, de convenio colectivo, de uso o costumbres.³¹

²⁸ Sentencias del TCT de 9 de febrero y 10 de septiembre de 1984.

²⁹ Sentencias del TCT de 4 de noviembre de 1982, 19 de enero, 29 de abril y 11 de octubre de 1983, 4 y 23 de febrero, 14, 20 y 27 de marzo, y 16 de octubre de 1984, y 19 de junio de 1986; y del TS de 17 de enero de 1983, 19 de junio de 1984 y 8 de agosto de 1986: *cfr.*, sobre ellas, González Velasco, "Irretroactividad de las normas laborales (la indemnización en los contratos para obra determinada)", *Revista de Trabajo*, 84 (1986), pp. 19-20.

³⁰ Así ocurrió, por ejemplo, con una antigua orden sobre el plus familiar de 1946, la cual decía en su artículo 33: "No se podrán invocar como derecho adquirido las situaciones personales más beneficiosas creadas al amparo de las disposiciones que por esta Orden se derogan."

³¹ Para la formulación en la jurisprudencia de la época, *vid.* Sala, "El principio

Pese a su respeto al principio en algún supuesto aislado recién visto, la jurisprudencia ha seguido en general una versión del mismo sumamente restrictiva: numerosas sentencias del TCT declaran que la condición más beneficiosa sólo puede ser aquella que otorga el empresario individualmente por encima de los mínimos exigibles por ley o convenio, pero nunca los que pudieran producirse en la sucesión de normas.³² Así pues, en este caso adopta el criterio opuesto al que adoptaba respecto del principio de norma más favorable para inhibir sus efectos: si en aquél aducía la *lex prior*, en éste alega la *lex posterior* para de tal manera evitar cualquier ventaja generada por encima de la concesión individual o plural.

¿Cuál es el argumento técnico utilizado para operar esa reducción de alcance? Para la orientación jurisprudencial que nos ocupa, la pura sucesión de normas únicamente puede desembocar en la aplicación exclusiva de la última, sin consideración a ningún vestigio de la anterior. Y de nuevo en materia de convenios colectivos se refuerza el alegato con la idea de que cada convenio forma un todo orgánico y ha de ser aplicado en su conjunto, no pudiendo admitirse la aplicación aislada y parcial de unas normas del mismo y la inaplicación de otras, según convenga a los interesados.³³ Resuena en todo ello el principio común de que la norma posterior deroga a la anterior, un *Ordnungsprinzip* tan conocido y viejo como el propio derecho, que rige en todo el ordenamiento español con muy escasas excepciones, centradas en el derecho penal (irretroactividad de las normas peyorativas respecto de hechos cometidos con anterioridad a la nueva norma).

de condición más beneficiosa", *Revista de Política Social*, 114 (1977), pp. 60 y ss. Para la doctrina, González Velasco, "Irretroactividad de las normas laborales", *cit.*, p. 59, en nota. Aún hoy se mantiene en tal sentido por Alonso García, *Curso de derecho del trabajo*, p. 291 y Alonso Olea, *Derecho del trabajo*, pp. 702 y ss. Cautelosamente afirmativo, parece, Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1987, p. 220. En el mismo sentido amplio, el artículo 39 del Decreto de Jornada 2001/1983, titulado precisamente "Condiciones más beneficiosas". El Tribunal Constitucional ha entendido del tema paralelo de los derechos adquiridos de los funcionarios en sus sentencias de 8 de octubre de 1986 y 6 de marzo de 1987, sobre minoración de retribuciones de funcionarios transferidos a otro organismo público, pronunciándose sin entrar en el fondo del asunto; para lo que aquí interesa, puede observarse que el concepto de derecho adquirido no tiene en cuenta la fuente de procedencia.

³² Sentencias del TCT de 29 de marzo, 10 de octubre y 15 de diciembre de 1983, 25 y 30 de mayo, 10 de julio, 16 de octubre y 14 de diciembre de 1984, 15 y 22 de enero de 1985, 4 de marzo, 16 de mayo y 26 de noviembre de 1986, y 15 de enero de 1987.

³³ Sentencias del TCT de 9 de marzo de 1984, 31 de mayo y 14 de noviembre de 1985.

Sin embargo, la aplicación de tal regla sucesoria plantea aquí alguna dificultad; dando por sentado que, efectivamente, la norma actual es la única en vigor, ocurre que el principio de condición más beneficiosa no se está refiriendo a cuestiones de vigencia de normas, o en cualquier caso es una matización específica del derecho del trabajo situada más allá de la vigencia de las normas. Por supuesto que el principio admite que la única norma aplicable es la actualmente vigente, ¿quién podría negarlo? Sólo que cuando ésta no se pronuncia ni regula una ventaja que los trabajadores venían disfrutando con la norma derogada, el principio actúa interpretando esa laguna como la voluntad implícita de las partes de conservar dicha ventaja para quienes la vieran disfrutando. Las raíces que informaron inicialmente al principio se han debilitado mucho, y ya son raros los convenios que proclaman el respeto a los derechos adquiridos, extendiéndose en su lugar la fórmula del respeto a las concesiones particulares otorgadas a alguno o a algunos trabajadores. Probablemente la jurisprudencia esté levantando acta, a su manera, de esa evolución de los convenios. Pero entonces no ha advertido que hay un salto cualitativo entre el principio que nos ocupa y las nuevas cláusulas convencionales, que no hablan de supuestos de sucesión, sino de concurrencia: el respeto a las concesiones *ad personam* parece más un criterio para resolver el concurso-conflicto que la sucesión derogatoria de normas, y viene a ser, en consecuencia, una aplicación del principio de norma más favorable.³⁴

Así visto el problema, tal parece que la jurisprudencia ha incidido en un un error de calificación, adjudicando a un principio lo que más parece un criterio perteneciente al otro. Sin embargo, hay otra interpretación de mayor alcance, que propondré al terminar estos análisis de los diversos principios y a la vista de las características comunes de la jurisprudencia que los ha interpretado en los últimos años. El resultado práctico de la nueva orientación sobre condiciones más beneficiosas no es preciso ocultarlo por más tiempo: o bien ha reducido considerablemente el campo de juego del principio, o bien ha acabado con él, sustituyéndolo con el de *lex posterior*.

³⁴ Las reticencias jurisprudenciales a considerar el supuesto como un concurso de normas puede derivar de la tradicional consideración del contrato como figura no normativa. Pero en derecho del trabajo esta diferencia se desvanece casi totalmente por la dicotomía contrato-relación laboral y la prevalecencia del momento relacional sobre el contractual, haciendo que las propias partes lleguen a contemplar el contrato como un punto de referencia externo a ellas y dentro de la panoplia de regulaciones que encauzan la prestación a lo largo del tiempo. Véase Ghezzi/Romagnoli, *Il Diritto Sindacale*, Bologna, 1987, pp. 166-168. Cfr., también, *supra*, nota 15.

Cabe preguntarse si en un momento de crisis económica como el que vivimos podía sobrevivir de alguna forma un principio que aspira a mantener transitoriamente los vestigios de pasadas glorias. Hemos de apresurarnos a recordar que el principio tenía también sus limitaciones, como todo en derecho: la derogación expresa o tácita, la compensación expresa con las mejoras actuales y la absorción debida a los avances posteriores, permitían un ajuste final que evitaba los dientes de sierra en favor de las ondulaciones. Y esta manera más humana, pero definitivamente antieconómica, es justamente la practicada por numerosos convenios en el país más despiadadamente economicista de Occidente, los Estados Unidos: en base al llamado *Two-Tier System*, el nuevo convenio se aplica sólo a los nuevos trabajadores, conservando los antiguos el nivel de condiciones adquiridos.³⁵ Por desgracia, nuestra jurisprudencia ha visto el reverso de la medalla, y se ha pronunciado por la nulidad de intentos similares en la negociación colectiva española bajo la acusación de discriminatorios.³⁶

³⁵ Los *Two-Tier Pay Plans* especifican en los convenios colectivos que los empleados de nueva contratación percibirán un salario inferior al que vienen disfrutando los actuales trabajadores. Pueden ser de dos clases: permanentes, por toda la vida del contrato, o temporales, que permiten a los nuevos empleados una aproximación paulatina al nivel de los *seniors*. *Vid.* al respecto Bureau of National Affairs, *Wages*, Washington, 1984, pp. 29 y ss. Implantados masivamente en las grandes empresas norteamericanas en los convenios colectivos de 1983 y años siguientes, parecen empezar a declinar en 1986 especialmente en el sector pionero en introducirlo, el de la navegación aérea, ante la oposición del sindicato de pilotos: *Business Week*, 23 de febrero y 16 de marzo de 1987, pp. 29 y 33, respectivamente. Sin embargo, la importancia actual del sistema queda de manifiesto en un sondeo efectuado por el Bureau of National Affairs para 1987 sobre 181 empresas sindicalizadas, de las que un tercio contestó disponer de dicho sistema, y otro tercio que preveía implantarlo para dicho año: *Business Week*, 29 de diciembre de 1986, p. 43. Las ventajas indicadas para el sistema consisten en ser "una manera efectiva y humana de mantener bajos los costos de personal al tiempo de minimizar los despidos colectivos y los recortes salariales entre los trabajadores con antigüedad en la empresa"; como desventajas se señalan las fricciones y el descontento de los nuevos trabajadores contratados: *Business Week*, 29 de junio de 1987, p. 10, citando el *Informe Belous*.

³⁶ El "*Two-Tier System*" llega al TCT en 1986, cuando sendas sentencias de 25 de febrero y 26 de mayo anulan por discriminatorias las respectivas cláusulas convencionales que en el primer caso establecían incrementos y ventajas únicamente para los trabajadores ya empleados, y en el segundo consagraban diferencias retributivas entre los trabajadores ingresados con anterioridad y con posterioridad a una fecha. Probablemente el TCT ha aplicado analógicamente la doctrina que venía manteniendo respecto a los convenios excluyentes de los trabajadores temporales (entre otras, sentencias de 13 de enero y 18 de octubre de 1984, y 11 de diciembre de 1985), refrendada por el Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de mayo de 1987.

V. UNA INTERPRETACIÓN GLOBAL

A la vista de cuanto llevamos comentado, puede afirmarse que el cuadro de principios generales del derecho del trabajo, fatigosamente elaborado durante decenios y bajo las ideologías más dispares, ha quedado desmantelado por la jurisprudencia en el breve lapso de un quinquenio apelando a argumentaciones técnicas más que discutibles. El argumento implícito parece otro, y creo probable que en todos los casos desemboca en un mismo hilo conductor. En efecto, por encima de explicaciones pragmáticas sobre las intenciones simplificadoras de una judicatura agobiada por el número de asuntos, cobra fuerza a lo largo de las diversas líneas jurisprudenciales que nos han venido ocupando la idea de una visión y de un comportamiento político del TCT, que ha puesto en marcha una política del derecho de perfiles conservadores, o al menos *pro dominio*, por medio de un uso alternativo de los principios antevistos que ha determinado su consunción en la práctica. Del turbión provocado por esos cambios apenas sobreviven las concesiones individuales otorgadas por los empresarios y las escasas situaciones de concurrencia entre normas de distinto rango; lo demás ha desaparecido como por arte de magia, y aun ahora nos parece asombroso e increíble tan enérgico golpe de timón que incluso ha debido pasar en lo que hace al principio de norma más favorable por encima de la ley formal. Eran los finados unos principios entrañables, con numerosas grietas y desperfectos si se quiere, que convertían al edificio de nuestro derecho del trabajo en uno de los más proveyectos del continente, pero que, no obstante, funcionaban y nos infundían la imagen de solidez que emana de las antiguas construcciones.

Digamos que el TCT ha efectuado la reconversión del derecho del trabajo para adaptarlo a las necesidades corrientes, desgajando ciertas reliquias espléndidas, con las cuales estábamos seguros de hallarnos en un terreno distinto al del derecho civil, pero que distorsionaban grandemente la labor de las magistraturas. Ahora bien, esa desregulación judicial se efectúa adoptando una posición que excede en algo de la simplemente hermenéutica, pues llega hasta actitudes paralegislativas en sus resultados; de ahí que podamos hablar de esa política del derecho ejercitada simultáneamente en varias líneas de pronunciamiento y destilada a través de numerosas sentencias. Una política desde luego no concertada o coordinada entre los diversos magistrados, pero que tiene una fecha clave: el año 1983, es decir, el comienzo del gobierno

socialista y de su inicial política *pro operario* que se plasma en la jornada de cuarenta horas por Ley 4/1983; y así, la doctrina del TCT sobre horas extra que analizábamos al ver el principio de *in dubio pro operario* se gesta en las sentencias de 3 y 5 de julio de ese año, y la referente al principio de condición más beneficiosa prevalece a partir de las de 29 de marzo y 15 de diciembre del mismo.³⁷ En un caso especialmente significativo, el de la jornada en bancos y cajas de ahorros, la sentencia del TCT de 20 de junio de 1983, seguida por las de 28 de junio, 22 de septiembre y 28 de octubre del mismo año, y para las cajas de ahorro por la de 10 de febrero de 1984, rompe una línea de jurisprudencia mantenida por la misma sala del TCT que llega hasta la sentencia de 3 de junio de 1983, y pasa a negar las condiciones más beneficiosas obtenidas en anteriores convenios en cuanto a menor jornada diaria durante las tradicionales fiestas madrileñas de la Merced, al considerar que la jornada anual estaba ya suficientemente reducida. ¿Coincidencia de fechas meramente casual? No creo que el azar juegue tan profundamente. Más bien parece que el ambiente social presiona sobre los jueces para inducirlos a terminar con figuras de otros tiempos, sobre todo si recordamos la ofensiva a todos los niveles llevada a cabo por los empresarios en aquellos momentos contra la legislación de jornada.

Que los jueces poseen opiniones políticas y las reflejan en sus sentencias no es nada nuevo: también la ciencia es sesgada. Si acaso podríamos lamentar la desconexión de tales actitudes, la falta de una concertación como la producida en el "aséptico" periodo de la dictadura a través de los plenos del TCT, porque así cabe lograr una cierta racionalidad que ahora brilla por su ausencia: no solamente hallamos tendencias discrepantes entre el conservadurismo de las orientaciones aquí comentadas y las existentes en otras parcelas del derecho del trabajo procedentes del mismo Tribunal, sino que incluso hallamos contradicciones entre la doctrina global expuesta sobre una materia y las específicas referidas a algún aspecto concreto de dicha materia, como hemos visto se producen entre condición más beneficiosa y retenciones fiscales en nómina. A mi modo de ver, la mayor disparidad se ha producido entre el *lex prior* sustentado para reducir al principio de norma

³⁷ En determinados casos ha sido fundamental un pronunciamiento del TS para consolidar en el TCT una de las orientaciones existentes en torno a una cuestión. Así ocurre, por ejemplo, con la sentencia del TS de 17 de mayo de 1983 respecto de las cuantías pecorativas de las horas extraordinarias (*cf.* nota 9), o con la de 22 de junio de 1983 para la doctrina de los despidos nulos por fraude a la ley (*cf.* nota 1).

más favorable y el *lex posterior* utilizado con el mismo cometido respecto al principio de condición más beneficiosa; creo evidente la conveniencia de una simplificación en dirección hacia el principio de orden y de la norma posterior, acorde con otros ordenamientos europeos, y el TCT debería hacer gala de la necesaria flexibilidad para reforzar sus comportamientos.

Lo que realmente nos interesa aquí de toda esa jurisprudencia es ver hacia dónde se encamina.

La práctica anulación de los principios generales del derecho del trabajo, acompañada del uso de principios comunes de la teoría general del derecho, significa por lo pronto una pérdida de identidad notable, siquiera en sede teórica, cuya intensidad aún es difícil apreciar. Los jueces laborales pasan a aplicar los mismos principios que cualquier tribunal civil, con las contadas excepciones que restan, y por ahí seguramente se filtrará buena parte de la filosofía del Código Civil, vale decir, de la igualdad formal entre partes a despecho de los poderes que detenta una de ellas. El neoliberalismo que el legislador saludaba al fomentar la contratación temporal encuentra un cálido apoyo en esta conservadora jurisprudencia del TCT. Si bien el esfuerzo del alto tribunal por la homogeneización del derecho del trabajo a costa de los viejos principios *pro operario* se efectúa matizadamente, cediendo el paso a la voluntad de las partes, sí, pero las partes colectivas en la negociación supraindividual; cierto que la reducción del principio de condición más beneficiosa a sólo las concesiones individuales otorgadas por el empresario nos da la impresión de un respaldo a la voluntad singular, pero siempre alegándose la voluntad colectiva como justificación de que el convenio posterior sustituye *in toto* al anterior; por lo demás, el *affaire* de las horas extraordinarias indica hasta qué punto el TCT utiliza la autonomía colectiva para hacer saltar incluso una regulación legal de mínimos que se estima distorsionante del equilibrio negocial del convenio.³⁸ Todo un edificio de normas garantistas acrisoladas poco a poco en un siglo de derecho del trabajo comienza a sentir el retumbar de sentencias demoledoras, que han empezado por socavar los cimientos o principios generales. Pero, se repite, la jurisprudencia laboral se muestra cansada de utilizar constantemente dos pesos y dos medidas, a saber: la intervencionista de las normas estatales y la privada de la voluntad de las partes, y se vuelca con bastante audacia en el reforzamiento de la segunda..., en su vertiente colectiva. En es-

³⁸ Recuérdense los argumentos expuestos por la jurisprudencia para validar las cuantías inferiores de las horas extra. *Cfr. supra*, nota 13.

pecial los convenios se utilizan como arma tanto contra las normas y principios estatales como contra la voluntad individual de los trabajadores. Numerosas sentencias reprochan a éstos su egoísmo por pretender beneficiarse de lo establecido en el convenio y de las mejoras que le aportan las normas de mínimos o los principios generales, situando como único punto de referencia posible el espacio acotado y armónico del convenio colectivo. El convenio se erige en conventículo, en círculo cerrado, y tal parece como si el TCT reajustara el viejo axioma del *quod non est in codex non est in mundo*.³⁹

Dentro de lo que cabe, la privatización en sede colectiva puede calificarse como un mal menor dentro de la onda flexibilizadora. Frente a la pura desregulación efectuada por gobiernos impacientes, cuyo efecto devolutivo se divisa en las últimas tendencias norteamericanas por la rerregulación,⁴⁰ la remisión a la autonomía colectiva parece contar con la garantía del control sindical, y en tal sentido se contempla positivamente por muchos. No es mi propósito entrar a discutir en este momento las carencias del sindicalismo y de la autonomía colectiva en España, con uno de los índices de afiliación más bajos del mundo occidental y la tensa pugna de organizaciones y de comités enfrentados. Únicamente diré que la negociación colectiva al uso en nuestro país, de contenido casi exclusivamente normativo, no es la más apropiada para las necesidades de la flexibilidad, de carácter organizativo y gestional, si lo pretendido es el abandono de la rigidez de las normas estatales y la adaptación a la coyuntura de cada momento. Es probable que el TCT no hubiera evolucionado hacia la autonomía colectiva, por las razones técnicas expuestas y por las históricas del paternalismo anterior, si el Tribunal Constitucional no le hubiera recordado con energía y en multitud de asuntos el rango constitucional de aquélla, discutiblemente encastrada al efecto en la libertad sindical.

³⁹ "...la posibilidad de ejercer una acción tendente a la efectividad de unos derechos concretos, en contra de lo estipulado en aquél (convenio), daría lugar a una situación de auténtico abuso de derecho, prohibida por el artículo 7 CC, en cuanto que supondría la gestación global de unas cláusulas convenientes en su integridad para impugnar después alguna concreta": sentencia del TCT de 15 de abril de 1985. "...el cual (convenio) no debía ser roto por normas proteccionistas aisladas de la legalidad general que rompería el equilibrio del convenio, el cual forma un todo orgánico": sentencia del TCT de 18 de noviembre de 1985.

⁴⁰ Cfr. el artículo "Is Deregulation Working?", *Business Week*, 22 de diciembre de 1986, pp. 48 a 53. En general se denuncia que la supresión de normas públicas conduce a que los más fuertes impongan sus normas, que, pronto, establecen rigideces privadas en perjuicio del libre mercado. Los conceptos utilizados para definir estos fenómenos alcanzan ya niveles absolutamente cacofónicos.

La feliz interposición de la autonomía colectiva en el fenómeno de la desregulación judicial es una de las características a contabilizar en la síntesis final. Hay otras dos características que creo informan asimismo la evolución del TCT en esta materia.

Por una parte, el aferrarse exclusivamente a un texto convencional, despreciando las mejoras que en la concurrencia, en la sucesión y en la interpretación normativas acudieran a complementarlo (de nuevo, con reducidas excepciones), nos retrotrae a algo conocido por el ordenamiento español desde 1942. Como un efecto natural del neoliberalismo, lo que parece nuevo huele ya a rancio. Pues los jueces, cansados de conglobar y comparar, de reconocer injertos y de compensar unas normas con otras, anhelan llegar a la misma situación que el "principio de unidad de empresa" estableciera para las Reglamentaciones de trabajo de la dictadura: una sola reglamentación en cada empresa,⁴¹ como también un solo sindicato (vertical) y una sola voz (patronal); demasiada simplicidad en aras de la simplificación.⁴² El TCT parece dirigirse tendencialmente a consagrar un solo convenio como regulador de cada ámbito laboral. Por el contrario, aún no se ha enfrentado a los convenios franja ni a los pactos colectivos de eficacia limitada, que distorsionan en idéntica proporción ese principio de unidad recuperado de la forma aludida, lo cual quizá pueda explicarse por la novedad de esos fenómenos aún poco conocidos entre nosotros.⁴³

⁴¹ Artículo 5, Ley de Reglamentaciones de Trabajo, de 16 de octubre de 1942. Su expresa aplicación a la negociación colectiva, en sentencia del TCT de 29 de marzo de 1985.

⁴² Convergen estos criterios judiciales con un pretendido "principio de comparación global" a cuya virtud se aplica una única norma en conflicto, que en su conjunto sea más favorable: sentencias del TCT de 7 de julio de 1972, 1 de marzo de 1976, 19 de febrero de 1981, 22 de junio y 4 de julio de 1983, *cit.* por Alonso Olea/Casas, *Derecho del trabajo*, p. 701. Y que en ocasiones ha llegado a alguna aberración, como a comparar la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y la LET de 1980 para estimar aplicable la segunda por ser más favorable en su conjunto: sentencias del TCT de 20 y 21 de octubre de 1981, y del TS de 17 de enero de 1983; *vid.* González Velasco, "Irretroactividad de las normas laborales", p. 81.

⁴³ Por ejemplo, ha aceptado sin discusión que un acuerdo colectivo negociado como convenio *erga omnes* pero al cual faltaba algún requisito para ello, valga como pacto colectivo de eficacia limitada "automáticamente", pese a que esta conversión plantea una cierta problemática técnico-jurídica; ver sentencias del TCT de 23 de septiembre de 1985, 27 de octubre de 1968 y 7 de julio de 1987 en el sentido expuesto. Por otra parte, técnicos y cuadros de grandes empresas privadas y públicas han negociado numerosos convenios franja a través de secciones sindicales y de otras representaciones, los cuales han sido impugnados por los comités de empresa, siendo revalidados no obstante por los tribunales bajo el razonamiento —incongruente con el de convenio único, mantenido en otros casos— de que "pueden coexistir distintos convenios colectivos que afecten a determinados sectores..., posibilidad

Por otra parte, en abierta contradicción con la línea privatizadora que sirve para abolir los principios generales *pro operario*, la jurisprudencia procede a reforzar los poderes excepcionales del empleador en la relación laboral consagrados en las normas legales, aunque supongan una fuerte contradicción con la regla civilista de igualdad de partes. En efecto, el clima que se respira en la jurisprudencia de los últimos años en materia de extinción del contrato de trabajo parece ir por este camino, aun cuando, desde luego, no sea una tendencia unívoca: acompañando la aparición de los despidos radicalmente nulos —mérito que corresponde en su iniciación al Tribunal Constitucional y al Supremo, como es sabido, pero cuya consolidación pertenece al Central—, la doctrina judicial sobre despidos por mala fe y abuso de confianza (difusión de informaciones perjudicial a la empresa, negociaciones de comercio e industria por cuenta propia o ajena, etcétera), agrava la regulación de la LET en una interpretación a veces *praeter legem* que amplía así las facultades del empleador.⁴⁴ En materia de novación objetiva del contrato por voluntad

de esa coexistencia conforme al principio de la autonomía de la voluntad que informa la negociación colectiva": sentencia del TCT de 30 de enero de 1984; en igual sentido, sentencias del TCT de 20 de abril y 5 de octubre de 1983, 18 de mayo y 15 de octubre de 1984, 18 de enero, 27 de mayo y 19 de junio de 1985. Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1984 en el mismo sentido. Por último, alguna sonada sentencia admite la validez de convenios que excluyen a amplios colectivos de trabajadores a pesar de la doctrina contraria a la exclusión de los trabajadores temporales expuesta en nota 32, remitiendo al empleador la fijación de sus condiciones de trabajo; así, la sentencia del TCT de 14 de abril de 1987 desestima el recurso interpuesto contra un convenio de este tenor porque "la voluntad de los negociadores del pacto queda bien patente... y si en el supuesto ahora analizado deja el convenio al criterio de la empresa la utilización de determinados medios o procedimientos para establecer el sistema de remuneración, pues en eso consiste la política salarial, no se puede sostener, como la sentencia impugnada entiende, que la empresa, haciendo uso de la facultad que le reconoce el convenio, se ha excedido en la ejecución de tales atribuciones..., y por tanto, la fuerza vinculante del convenio y el principio *pacta sunt servanda* legitiman la conducta empresarial globalmente considerada".

⁴⁴ La "transgresión de la buena fe contractual" se ha convertido en la causa de despido más utilizada de los últimos años, a la vista de la gran masa de sentencias referidas a ella. El TS (la intervención aquí del TCT es pequeña, como se sabe) realiza una interpretación extensiva de la causa, según puede verse, por ejemplo, en los mínimos resquicios que deja a la realización de cualquier actividad o esfuerzo durante la baja por incapacidad laboral transitoria (sentencia del TS de 7 de diciembre de 1984: es válido el despido por desplazarse en coche a una finca y allí subir una escalera, efectuar algunos disparos de escopeta y atender (?) una pequeña huerta, en trabajador herido en la planta del pie; sentencia de TS de 3 de enero de 1985: es despido procedente el del trabajador dado de baja por dorsalgia que acude al lugar de la cabalgata de Reyes, de cuyo comité organizador es miembro, y allí imparte orientaciones y directrices; sentencia del TS de 7 de mayo de 1987: convalida el despido de trabajador en baja por gonalgia, obligado a guardar reposo

unilateral del empleador, la jurisprudencia observa un escrupuloso acatamiento de lo legislado, que excede con mucho de cuanto se permite en puro derecho privado a la voluntad unilateral de las partes; comprendiendo desde luego la utilidad de la norma, pero recalcando asimismo la lejanía con lo dispuesto para la novación objetiva por el Código Civil, merece recordarse que nuestro artículo 23 de la LET permite al empleador ordenar a su contraparte tareas distintas a las contratadas, debiendo alegar una mera necesidad perentoria o imprevisible cuando las dichas funciones pertenecen a categoría inferior. En otros países, y a despecho de hallarse sometidos a fuertes críticas neoliberales, la legislación laboral se halla más apegada a los postulados civilistas, y se resiste a la modificación unilateral de lo pactado.⁴⁵ El tema requiere un tratamiento mucho más matizado que el aquí expuesto, pues la falta de objeciones de la jurisprudencia a una legislación tan dúctil como la laboral debería contrastarse con otros comportamientos ajenos más escorados aún *pro domino*, y entre los cuales cabe citar incluso a los sindicatos y comités firmantes de no pocos convenios donde las potestades modificatorias del empleador llegan a extremos insospechados; sin embargo, creo innecesario demostrar que, en sí misma considerada, la jurisprudencia del TCT es proclive a mantener e incluso a reforzar los poderes exorbitantes del empleador. En otras palabras, aquellos viejos principios de jerarquía, de obediencia y de fidelidad hallan en la doctrina de los altos tribunales una corriente de simpatía bastante alejada de la vista anteriormente para los principios *pro operario*.

Si esto es así, y los poderes exorbitantes del empleador resultan consolidados e incluso potenciados por la jurisprudencia, cabría pensar en una orientación judicial hacia otro campo del derecho en las antípodas del derecho civil; una orientación muy distinta a la de privatización del derecho del trabajo, que conduciría a ese otro reino de los poderes exorbitantes y la supremacía especial, el derecho administrativo. Re-

relativo, por haber acudido a festivales musicales; etcétera), o en la interpretación de la concurrencia "desleal" del artículo 21 de la LET como causa de despido por mala fe (sentencia del TS de 13 de marzo de 1986: es despido procedente el de empleado que realizaba proyectos también para otras empresas de la misma actividad; sentencia del TS de 25 de febrero de 1986: válido el despido de empleado de una tienda de automóviles por administrar una tienda de motocicletas; sentencia del TCT de 23 de abril de 1986: despido procedente el de mecánico que trabaja también para otro taller de la misma actividad; etcétera). Ver, además, nota 5.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, para Italia, Chera, "Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 3/4 (1984), pp. 392 y ss.

párese en que el derecho administrativo ha evolucionado a su vez hacia una cierta democratización en toda Europa siguiendo el ejemplo de los países anglosajones, por lo cual la distancia entre ambas ramas del derecho no se halla tan marcada como en otros tiempos. Sin embargo, también aquí encontramos diferencias obvias que disuaden de tal posibilidad; así, mientras en la relación laboral el último argumento del trabajador frente a situaciones abusivas es la extinción indemnizada de la relación, en derecho administrativo no se permite semejante posibilidad al administrado, volcándose las garantías en torno a la nulidad del acto administrativo y a la responsabilidad del ente administrador.

¿Cómo valorar, en definitiva, las tendencias jurisprudenciales que hemos tenido ocasión de examinar? ¿Hacia dónde pueden orientarse los tribunales en su función aplicativa del derecho del trabajo, una vez que se han soltado amarras de las más importantes señas de identidad? Creo que estas orientaciones posindustriales no nos aproximan a ninguno de nuestros habituales polos de referencia, privado y público; el derecho del trabajo parece mantener, así, una personalidad redefinida, a la espera en todo caso del final del debate sobre las relaciones ley-convenio, apenas comenzando en nuestro país, y que parece cristalizar paulatinamente en un derecho del trabajo de la diversidad, pertrechado con una variedad de niveles protectores a tenor de los distintos grupos de trabajadores.

A la jurisprudencia que hemos venido analizando corresponde el mérito innegable de haber "modernizado" nuestro ordenamiento laboral al reducir aquellos principios aplicativos a unos términos estándares. Sólo que el garantismo público expresado por los viejos principios se minimiza ahora en beneficio de una negociación colectiva ajustada a la baja, muy próxima a la *concession bargaining*, donde una patronal relativamente fuerte no encuentra interlocutor equiparable en unos sindicatos enfrentados y empobrecidos: se han retirado las muletas a una autonomía colectiva aún convaleciente. ¿Será para bien?

Antonio OJEDA AVILÉS