



NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

INACTIVIDAD NEGOCIADORA Y DETERMINACIÓN CONTRACTUAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

STS de 7 de octubre de 2004

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO *

SUPESTO DE HECHO: La cuestión principal debatida en el supuesto que sirve de base a la STS de 7 de octubre de 2004¹ es la de si constituye atentado a la libertad sindical, por considerarse comportamiento antisindical, la suscripción de diversos contratos de trabajo, sin sometimiento a las retribuciones y condiciones establecidas en la normativa convencional aplicable, con la particularidad de no existir convenio vigente en el momento de celebración de los mismos.

Del relato de hechos probados se desprenden las siguientes consideraciones fácticas. La entidad Helicsa S.A., con centros de trabajo en distintas Comunidades Autónomas, suscribió un convenio colectivo de franja, «Convenio Colectivo de Pilotos de Helicsa», con los delegados sindicales del SEPLA (Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas), que actuaban en representación del colectivo de trabajadores afectados. Dicho convenio, firmado a principios de 1995, y publicado en BOE, fue denunciado en octubre de ese mismo año. Desde entonces no se ha conseguido la firma de un segundo convenio colectivo, aunque las partes firmantes han suscrito puntuales acuerdos sobre actualización de retribuciones y en diversas ocasiones han manifestado su interés en la negociación de un segundo convenio franja.

Queda acreditado que a lo largo de 2001 la patronal contrató, bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado y como trabajo en prácticas, a una pluralidad de pilotos con condiciones retributivas distintas a las previstas en el convenio y acuerdos referenciados. Según consta, el número de pilotos contratados en estas condiciones, mediante las

* Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ RJ 2004\6553.

modalidades de contratación temporal mencionadas o reconvertidos con posterioridad en indefinidos, se eleva a 32². Al menos 8 de estos pilotos presentaron demanda por esta causa, desestimada finalmente por el TSJ de Madrid, en sentencia de 2 de julio de 2002³.

Queda igualmente acreditado que al sindicato SEPLA están afiliados unos 40 pilotos de los 79 de la compañía y que dicho sindicato no ha obtenido representación electoral, por no concurrir a las elecciones a representaciones unitarias, aunque dos de sus afiliados han adquirido la condición de representantes como candidatos en las listas de CC.OO.

En la demanda de conflicto colectivo el SEPLA solicita: que se declare el derecho a la libertad sindical de este sindicato, y de su sección sindical en la empresa Helicsa, en todo aquello que afecte a los pilotos de dicha compañía; que se condene a la compañía aérea por conducta antisindical, consistente en la contratación individual masiva de pilotos, como supuestos de contratación fuera de convenio y con condiciones retributivas inferiores a las convencionales, y se declaren los efectos que ello lleva aparejados. Habiéndose producido un atentado a la libertad sindical y, como manifestación de ésta, una violación del derecho a la negociación colectiva del sindicato SEPLA. Y, por último, se solicita una indemnización por los perjuicios causados cifrada en 61.000 € por el propio sindicato.

RESUMEN: La STS de 7 de octubre de 2004, que resuelve este recurso de casación en unificación de doctrina, simplifica el fundamento del litigio en el sentido de entender que lo pretendido por el sindicato impugnante a través del procedimiento de conflicto colectivo se orienta claramente a la tutela del derecho fundamental de libertad sindical, en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, pretendiendo que se obligue a la empresa «a que negocie con el mismo, a través de su sección sindical en la citada empresa, cuanto afecte al colectivo de pilotos que presten sus servicios en ésta última»⁴; aunque termina concluyendo que lo solicitado por el SEPLA es «que se le permita llevar a cabo la negociación de un convenio colectivo franja que afecte al colectivo de pilotos que prestan los servicios en la

² F.D. Quinto.

³ JUR 2002\252196. De forma muy escueta, el TSJ de Madrid no considera probado que exista incumplimiento del convenio colectivo aplicable, que identifica con el convenio de 1995 denunciado y las tablas de actualizaciones de salarios pertinentes. Entiende el Tribunal que, «en conjunto y de forma global anual, compartimos el criterio de la Inspección de Trabajo y del Juzgador *a quo* en el sentido de que no perciben cantidades inferiores a las que les corresponden en función de su cometido y categoría profesional». F.D. Tercero.

⁴ F.D. Cuarto.

empresa demandada»⁵. Pretensiones asimiladas por el TS y que, sin embargo, no son idénticas.

El TS no estima que exista error en la apreciación de la prueba al no hacer constar en el relato de hechos probados que son 32 los pilotos contratados al margen del convenio y de los pactos vigentes en la empresa, incluidos algunos que han visto transformados sus contratos temporales en indefinidos, de un total de 79 pilotos de la empresa. Ya hay hecho probado que remite a prueba documental de la que se deduce lo pretendido por el sindicato demandante y esta adición fáctica se revela totalmente innecesaria a los fines del enjuiciamiento.

Rechaza igualmente el TS, por inoperante, la intención del sindicato de que quede acreditada su legitimación para negociar un convenio colectivo franja a través de las distintas comunicaciones remitidas por los pilotos, en el sentido de reconocer la legitimación de este sindicato para negociar el convenio colectivo correspondiente a dicho sector profesional. Por el contrario, el TS afirma que la legitimación negocial escapa a la voluntad de las partes interesadas, y que deben permanecer diferenciados los conceptos de legitimación negociadora e implantación sindical en un ámbito determinado. Una cosa es que de los 79 pilotos de la compañía 40 se encuentren afiliados al SEPLA y de forma individualizada una gran mayoría de pilotos haya manifestado y comunicado a la empresa, sospechosamente, su voluntad de que negocie dicho sindicato en representación del colectivo, y otra muy distinta es que se haya acreditado la legitimación que requiere el art. 87 ET, en concordancia con lo dispuesto en el art. 80 del mismo texto legal. En consecuencia, aún siendo más que notoria la implantación del sindicato en el sector de trabajadores para el que pretende aplicarse el convenio franja, no se acredita la legitimación según las reglas y procedimientos que dispone el Estatuto para esta modalidad convencional⁶. Aunque la legitimación en los convenios franja, aun después de la reforma legal de 1994, sigue

⁵ F.D. Cuarto.

⁶ F.D. Noveno. Evidentemente nos situamos en el terreno de la negociación estatutaria, porque si de un convenio o pacto extraestatutario se tratara, ni las reglas de la legitimación ni las de la notoria implantación servirían para determinar la competencia negociadora, ya que el TC ha venido a afirmar que en estos casos el empresario es libre para decidir el interlocutor con quien habrá de negociar. Para el supuesto de la STC 121/2001, de 4 de junio, el empresario tiene competencia para elegir la sección sindical con quien negocia, sin que, por otra parte, el ejercicio de esa libertad unilateral implique lesión alguna para el contenido esencial del derecho de libertad sindical. De esta doctrina se ha hecho eco la jurisprudencia ordinaria. «La singularidad más relevante del modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la amplia libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor». STSJ de Murcia de 23 de diciembre de 2004 (JUR 2004\317815).

planteando algunos interrogantes⁷, no duda el TS en convalidar la legitimación del SEPLA para negociar el convenio franja de 1995, pese a no haber obtenido audiencia electoral, cuando es sabido que el criterio de la implantación se ha vinculado a dicha audiencia⁸, requiriendo, además, el posterior acuerdo mayoritario de los trabajadores que vayan verse afectados por el convenio. Para el TS, el único aspecto relevante de la legitimación se circunscribe a la falta de acuerdo formal de los trabajadores, según el procedimiento del art. 80 ET, sin poner en cuestión que el nuevo convenio franja que se intenta en sustitución del anterior pueda llevarse a cabo por una sección sindical sin audiencia electoral⁹.

En relación con este mismo tema, el TS descarta el argumento del sindicato de que la empresa se niega a reconocerle legitimación para negociar un convenio franja de pilotos, a través de su correspondiente sección sindical. Entiende el órgano judicial que sucede justo lo contrario: se la reconoció para firmar un convenio en 1995, y desde 1996 ha intentado negociar con este mismo sindicato un convenio que sustituyera al anterior¹⁰.

En cuanto al tema de fondo, la violación del derecho de libertad sindical en una de sus manifestaciones fundamentales, la del derecho a la negociación colectiva, no estima el TS que se haya producido violación alguna, desde el momento en que queda acreditado que el sindicato demandante y la empresa demandada ya suscribieron en 1995 un convenio franja de pilotos, y de igual modo consta que, al menos desde 1996, existe un intento continuado de suscribir nuevo convenio de este tipo. Por consiguiente, no puede entenderse lesionado el derecho a la negociación colectiva de este sindicato por parte de la empresa. Y ello no queda contradicho por la circunstancia de que la empresa haya recurrido en numerosas ocasiones a la contratación laboral

⁷ Sobre la legitimación sindical en los convenios franja, *vid.* ALFONSO MELLADO y FABREGAT MONFORT, «La legitimación negocial en el ámbito de la empresa». *REDT*, 2003, núm. 115, págs. 86 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, *La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1999, págs. 90 y ss.; NOGUEIRA GUSTAVINO, *Sindicato y negociación colectiva franja*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2001, págs. 239 y ss. y espec. págs. 296 y ss.; AGUT GARCÍA, *El sindicato en la empresa. (Secciones y delegados sindicales)*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1997, págs. 427 y ss.

⁸ Como exigencia impuesta por la LOLS. Es un concepto de implantación, referido a la legitimación negocial, que no se identifica con el más amplio y vinculado a la afiliación que se requiere para otras actuaciones válidas del sindicato, no referidas a la negociación estatutaria. *Vid.* AGUT GARCÍA, «El sindicato en la empresa...», cit., págs. 229 y ss. y 430 y ss.

⁹ Como mantiene un importante sector de nuestra doctrina. *Vid.*, sobre ésta, AGUT GARCÍA, «El sindicato en la empresa...», cit., pág. 130, nota 66; la misma posición, LÓPEZ TERRADA y NORES TORRES, «Convenio colectivos franja. Legitimación para negociar. SAN 16 de abril de 1999», en *Actualidad Laboral*. Base de Datos de Jurisprudencia, 413/2000, www.laley.net, págs. 4 y ss.

¹⁰ F.D. Noveno.



individualizada de pilotos durante este período, precisamente porque durante este período el proceso de negociación colectiva abierto no ha dado fruto alguno. «No se puede imputar, por tanto, a la empresa un uso ilegal o torticero de dicha contratación para eludir la negociación colectiva»¹¹.

Para el TS debe quedar resaltada la circunstancia de que esta contratación individualizada excede los límites de cognición propios del proceso judicial planteado, que no es otro que el de violación de derecho fundamental, de libertad sindical, aunque reconducido a través del procedimiento de conflicto colectivo. Pese a ello, no se resiste a pronunciarse sobre la legitimidad y licitud de la actuación empresarial al contratar «individualmente servicios de pilotos que se ajusten a unas condiciones laborales y económicas que no han sido reprobadas ni por la jurisdicción del Orden Social¹² ni, tampoco, por la Autoridad Laboral», «ante la ausencia de convenio colectivo, cuya existencia, como es obvio, no depende de una sola de las partes negociadoras»¹³. Pero a lo que no se refiere el TS es a que el TSJ de Madrid no pone en cuestión la existencia de convenio colectivo vigente con actualizaciones salariales periódicas, aplicables por igual a todos los pilotos con independencia de la fecha de ingreso en la empresa¹⁴.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA DESCONEXIÓN ENTRE EL OBJETO DEL LITIGIO Y LOS PLANTEAMIENTOS ARGUMENTALES
2. ULTRAACTIVIDAD DE CONVENIO O AUSENCIA CONVENCIONAL: NATURALEZA DEL CONVENIO DENUNCIADO Y DE LOS PACTOS DE ACTUALIZACIÓN RETRIBUTIVA
3. LA CONTRATACIÓN INDIVIDUAL EN MASA: ¿SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD?
4. LA SINGULARIDAD ARGUMENTAL DEL TS RESPECTO DE LA DOCTRINA DEL TC
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: LA DESCONEXIÓN ENTRE EL OBJETO DEL LITIGIO Y LOS PLANTEAMIENTOS ARGUMENTALES

Del relato de hechos probados se desprende una correcta identificación del objeto del litigio por parte del sindicato demandante y por parte del propio

¹¹ F.D. Octavo.

¹² Según consta en el F.D. Cuarto, al menos 8 de los pilotos contratados de forma individualizada presentaron demanda judicial por menor retribución que la correspondiente según convenio y que fue rechazada primero por el Juzgado de lo social núm. 36 de Madrid, en sentencia de 6 de octubre de 2001 y posteriormente confirmada por STSJ de Madrid, de 2 de julio de 2002, JUR 2002\252181.

¹³ F.D. Octavo.

¹⁴ *Vid.*, sobre la argumentación de esta sentencia, nota 4.

TS, que ya había quedado determinado en los mismos términos en la SAN de 7 de octubre de 2003 ¹⁵, que da origen al presente recurso de casación en unificación de doctrina que aquí analizamos. El litigio versa sobre un posible atentado a la libertad sindical, por violación de su contenido esencial en la vertiente de negociación colectiva ¹⁶, que se concreta en una hipotética conducta antisindical de la empresa al proceder masivamente a la contratación de pilotos mediante regulación contractual individualizada de condiciones de trabajo, y específicamente con retribuciones inferiores o distintas a las estipuladas en convenio colectivo y pactos puntuales de empresa.

A mi juicio, tanto la pretensión del sindicato reclamante, el SEPLA, como el fallo del TS debían haberse dedicado a resolver esta única cuestión, para lo que resulta irrelevante incluso si las contrataciones individualizadas en sus estipulaciones mejoran o empeoran el régimen colectivo o convencional previsto en la empresa. Se trata de resolver, únicamente, si la contratación individual en masa constituye un atentado a la libertad sindical, en su manifestación de derecho a la negociación colectiva presente o futura. De manera que, a lo sumo, nos encontraríamos con que, de existir convenio colectivo vigente, incluido su período de ultraactividad, ese comportamiento antisindical, además, se concretaría en una violación de normas imperativas que daría lugar a la nulidad parcial de cláusulas contractuales *in peius*. De encontrarnos ante cláusulas contractuales *in melius*, si la contratación individual es masiva, no variaría el planteamiento inicial, seguiríamos teniéndonos que interrogar sobre si esta actuación empresarial es calificable de conducta antisindical por violación, mediante limitación, del derecho a la negociación colectiva, como manifestación de la libertad sindical.

No debiera ser relevante para resolver la cuestión apuntada si el sindicato ostenta o no la legitimación necesaria, según las reglas del art. 87 y

¹⁵ JUR 2004\74996, F.D. Segundo. En esta sentencia, tras repasar la jurisprudencia constitucional más reciente sobre las relaciones válidas entre autonomía individual y colectiva, el órgano juzgador estima que no existe restricción ilícita del derecho de libertad sindical, en su vertiente negociadora, por varios motivos. Primero, porque la negociación en curso demuestra que la contratación individual no pretende imponerse como una regulación alternativa al convenio. Segundo, porque la contratación de pilotos con carácter temporal tiene una incidencia marginal, no afectando a un colectivo estructurado. Y tercero, porque la contratación individualizada no ha sido asumida por los contratantes ni por el sindicato como una negociación alternativa, dado que ambos en otros litigios han reclamado la aplicación del convenio. En conclusión, estamos ante un simple conflicto de interpretación de un convenio vigente.

¹⁶ Es jurisprudencia absolutamente consolidada del TC que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Entre otras, STC 184/1991, de 30 de septiembre y STC 105/1992, de 1 de julio. SOLANS LASTRE la califica de jurisprudencia contundente, *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*. Ed. CES. Madrid, 2003, pág. 33.

80 ET, para negociar un convenio franja estatutario, puesto que el atentado a la libertad sindical, en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, es autónomo y más amplio que el derecho concreto a negociar y firmar un convenio colectivo estatutario, como reiteradamente ha puesto de manifiesto el TC al afirmar que el derecho de negociación colectiva previsto en el art. 37.1 CE no puede quedar limitado en su contenido esencial por el desarrollo estatutario que ha hecho el legislador ordinario para una modalidad muy específica de convenio colectivo de eficacia general¹⁷. Con independencia de que esta circunstancia pueda incidir en el modelo de convenio a negociar por el SEPLA en una situación de futuro, resulta necesario para el litigio planteado decidir si la contratación individual en masa, de cara a la actuación sindical presente y futura, está afectando al genérico derecho a la negociación colectiva que la CE incluye como contenido esencial de la libertad sindical.

Esta circunstancia, aunque quedara resuelta en el sentido positivo de apreciar la existencia de comportamiento antisindical, está muy lejos de amparar las pretensiones del sindicato impugnante de obligar a la empresa a que negocie para el futuro un convenio franja, porque puede variar la unidad negocial¹⁸, entre otras circunstancias y, sobre todo, porque el derecho

¹⁷ La jurisprudencia desde los primeros momentos admitió distintas manifestaciones de la autonomía colectiva. Sobre la misma: GARCÍA MURCIA «Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia de los pactos colectivos atípicos. I y II». *AL*, 1992, núms. 23 y 24, págs. 403 y ss. y núm. 24, págs. 413 y ss.

Y expresamente tiene declarado el Tribunal Constitucional que la «legítima opción legislativa en favor de un convenio dotado de eficacia personal general no agota la virtualidad del precepto constitucional» (STC 73/1984, de 27 de junio). Ese reconocimiento de un doble régimen convencional, el que se refiere al mandato al legislador para que desarrolle un sistema de negociación colectiva en el que se reconozca la fuerza vinculante del convenio y el que se refiere al abandono del derecho al terreno de la simple libertad, otorgando las posibilidades de conformación y regulación a la propia autonomía colectiva, ha recibido reiterado refrendo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Entre otras, SSTC 58/1985, de 30 de abril, 98/1985, de 29 de julio, 108/1989, de 8 de junio.

¹⁸ Es sabido que la norma legal no impide la variación de la unidad negocial una vez que el convenio ha sido denunciado, y que la ultraactividad del mismo no puede constituirse en un impedimento que fosilice las unidades negociales; sin embargo, también es cierto que nuestra jurisprudencia ha intentado preservar las unidades de negociación inferiores respecto de las superiores, lo que ha llevado a interpretar con cierta libertad, respecto al dato legal, que el cambio de unidad negocial, aun durante la prórroga de vigencia del convenio a través de la ultraactividad, exige la voluntad de las partes de abandonar la negociación en el ámbito inferior. *Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «La apertura del comercio los sábados por la tarde en Cantabria: el contrato de trabajo y el convenio colectivo de empresa contra el convenio colectivo sectorial». *RL*, 1994, T I, págs. 1539 y ss.

En términos jurisprudenciales, las partes legitimadas para negociar no pueden blindar la unidad de negociación para el futuro, impidiendo la concurrencia de convenios de diferente

de negociación colectiva, diluido en su contenido esencial a la configuración de una mera «garantía institucional»¹⁹, no formula un verdadero derecho, sino una simple libertad²⁰, ni incluye la garantía de obtención de un acuerdo²¹.

Tampoco puede pretender dicho sindicato que se le reconozca la legitimación exclusiva para negociar un convenio estatutario de este tipo, porque la legitimación podrían ostentarla igualmente las representaciones unitarias²² o serle atribuida a otro sindicato con implantación en el sector.

Ni puede pretenderse que la empresa venga obligada a negociar con este sindicato profesional cualquier aspecto relativo a las condiciones laborales de los pilotos. El margen de actuación de la autonomía individual

ámbito, porque supondría la ilegítima restricción de la libertad de negociación de otros sujetos titulares del derecho en igualdad de condiciones. Ello determinaría la nulidad de la cláusula convencional que así lo establezca por atentatoria a la libertad de negociación que deriva del contenido esencial del art. 37.1 CE. (STS de 6 de noviembre de 1998, RJ 9822), F.D. Cuarto). Desde esta doctrina, la pretensión del SEPLA resulta del todo inconveniente. Aunque en algún fallo el TS mantiene la tesis contraria, sin sustento legal alguno, para el caso del acuerdo-marco. (STS de 18 de febrero de 1999, RJ 2600).

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional». *RL*, 1992, T. I. *Vid.* STC 208/1993, de 28 de junio.

²⁰ Para poder ser interpretado como derecho se haría precisa la enunciación del correspondiente deber, cosa que no sucede, como acredita la formulación legal e interpretación jurisprudencial del deber de negociar de buena fe, que sólo alcanza a la negociación estatutaria (aunque el contenido esencial del derecho a la negociación traspase claramente las fronteras del Estatuto). Tal como la conocemos, la obligación de negociar puede considerarse instrumental de la interpretación que inscribe el de negociación entre los derechos de libertad. *Vid.* SOLANS LASTRE, «Garantías legales de la negociación...», cit., págs. 29 y ss.

En cuanto a la buena fe parece difícil asignarle un significado concreto tras la STS de 21 de marzo de 2002, que declaró lícita la congelación salarial de los funcionarios para el año 1997. *Vid.* RUIZ CASTILLO, «Los acuerdos sobre retribución de los funcionarios públicos». *T.L.*, 2002, núm. 64, págs. 152 y ss. El TC, en sentencia 107/2000, de 5 de mayo, plantea una interpretación más rigorista del deber de negociar y, sobre todo, descarta que la inexistencia de acuerdo permita la intervención reguladora unilateral del empresario en lo relativo a condiciones de trabajo, sin cuya regulación colectiva quedaría vacío el papel que el propio art. 7 CE atribuye al sindicato.

²¹ El deber de negociar de buena fe del art. 89.1 ET no impone a las partes negociadoras la obligación de llegar o concluir acuerdos, de alcanzar un consenso de voluntades, en definitiva (STS de 9 de marzo de 1998, RJ 2372). Dicha obligación no alcanza a la renegociación o reanudación de negociaciones, salvo que el promotor aporte algún tipo de propuesta novedosa en el objeto de la negociación o de carácter temporal (STS de 30 de septiembre de 1999, RJ 8395; STS de 17 de noviembre de 1998, RJ 9750).

²² Sobre las distintas interpretaciones doctrinales, en contra y a favor de esta legitimación dual, LÓPEZ TERRADA Y NORES TORRES, «Convenio colectivos franja...», cit., págs. 3 y 4. En el sentido de la alternancia, SSTS de 4 de mayo de 1998 (Ar 2246) y 28 de marzo de 1994 (Ar 2644).

en el ámbito laboral es lo suficientemente amplio como para poder afirmar que la competencia reguladora la ostentan compartidamente autonomía colectiva e individual; del mismo modo que tienen cabida otras manifestaciones de la autonomía colectiva que tengan otros protagonistas distintos al sindicato profesional²³. Al SEPLA no puede negársele la implantación mayoritaria en el sector profesional de pilotos, 40 de los 79 de la empresa están afiliados al mismo, pero desgraciadamente, a mi juicio, nuestro ordenamiento jurídico valora en términos muy restrictivos el concepto de implantación a la hora de atribuir ámbitos de actuación y competencias, frente al notorio protagonismo que ostenta el criterio de la representatividad. Y si nos referimos en concreto a la legitimación negocial estatutaria el criterio de la representatividad (real o atribuida ex lege) es exclusivo²⁴, salvo en el convenio franja, para el que se precisa de una implantación convalidada mediante el acuerdo mayoritario de los trabajadores afectados, que no requiere ni siquiera que se ajuste a la mayor implantación medida en términos de afiliación, que será lo lógico que suceda, pero que no es requisito legal necesario (art. 87 y 80 ET).

No es ésta la línea argumental que haya considerado necesario utilizar el TS, ya que la desestimación de todas las pretensiones referidas están basadas en la indisponibilidad para las partes de las reglas legales sobre legitimación negocial, que no implican ni mucho menos una coincidencia necesaria entre implantación y legitimación²⁵, para lo que resulta irrelevante el que numerosos pilotos hayan manifestado su voluntad de que negocie el SEPLA. No hay acreditación de la misma según los mecanismos impuestos legalmente (arts. 87 y 80 ET), estima el TS, que se muestra absolutamente

²³ Expresamente en este sentido, STS de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004\4969). F.D. Tercero.

²⁴ Las reglas de legitimación del ET se desvinculan de la representatividad real o implantación del sujeto con derecho a negociar en el sector de que se trate. Y esto es así por imposición del legislador, aunque la presencia o representatividad sea irrisoria. «En efecto, precisamente el sindicato actor es un sindicato que goza de la consideración de más representativo a nivel estatal, por lo que ya es idóneo para negociar a dicho nivel un convenio para la actividad de que se trata. Y los hechos probados, aunque con expresión restrictiva (no supera el 1%), le atribuyen presencia o representatividad en el sector. De donde, cumple (ante la inexistencia de otros) el requisito de tener la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, contemplados en el art. 88.1 párrafo segundo, del propio Estatuto para conferir la legitimidad negociadora, en cuanto miembro de la Comisión. Es cierto que, como ha señalado la doctrina científica, la decisión legal de establecer la capacidad negociadora mediante el aludido grado de representatividad sindical, puede conferir la capacidad a un sindicato que casi carezca de presencia en el sector concreto de que se trate, pero tal ha sido la decisión del legislador, y esta decisión, como se ha razonado, asume, además, la naturaleza del Derecho necesario». F.D. Undécimo, STS 4 de junio de 1999 (RJ 5068).

²⁵ STC 73/1984, de 11 de julio.

formalista al exigir la adopción del acuerdo por lo trabajadores según lo previsto en el art. 80 ET²⁶.

Entiendo que no debiera haber afectado a la solución del litigio, y es absolutamente relevante para el TS²⁷, el que las contrataciones individuales en masa fuera de convenio hayan sido consideradas válidas tanto por la Administración Laboral como por la Jurisdicción Social, como bien señala la SAN de 7 de octubre de 2003, «no se insta pronunciamiento particularizado alguno respecto a la contratación efectuada por la empresa»²⁸. Es más, el argumento de la plena validez de estos contratos, como consta en el relato de hechos probados, se refiere sólo a 8 pilotos reclamantes, con modalidad de contrato temporal, que podrían ser de los excluidos de convenio, aunque es una circunstancia que no aclara la SAN ni la STS²⁹, cuando del relato de hechos se desprende que son 32, del total de 79 pilotos de la compañía, los que permanecen con contratación individualizada, aun cuando para algunos de ellos ya se ha producido la transformación en contratos indefinidos. No puede pues negarse la existencia de contratación individual en masa, que desplegará efectos diferentes dependiendo de la existencia de convenio o la posibilidad futura del mismo, pero que, en todo caso, incide sobre el derecho a la negociación colectiva del sindicato reclamante.

2. ULTRAACTIVIDAD DE CONVENIO O AUSENCIA CONVENCIONAL: NATURALEZA DEL CONVENIO DENUNCIADO Y DE LOS PACTOS DE ACTUALIZACIÓN RETRIBUTIVA

Una circunstancia que pasa completamente desapercibida en la argumentación de esta sentencia es la existencia de un convenio colectivo franja, sobre el que aparece indiscutida su naturaleza de convenio estatutario³⁰. No habiéndose renovado la negociación o sustituido el convenio por otro, debemos considerar que aquel convenio franja de pilotos de 1995 permanece en período de ultraactividad, por consiguiente

²⁶ Debe recordarse que la referencia al art. 80 ET se refiere sólo a la forma en que los trabajadores afectados por el futuro convenio franja habrán de designar a los negociadores y no a todo el bloque regulador del derecho asambleario. LÓPEZ TERRADA y NORES TORRES, «Convenios colectivos franja...», cit., pág. 6.

²⁷ F.D. Octavo.

²⁸ F.D. Segundo.

²⁹ Si lo hace la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002, en el sentido de serles aplicable la regulación convencional. *Vid.* nota 4.

³⁰ Que no ha sido impugnado y sobre el que debe presumirse su naturaleza estatutaria tras su publicación oficial, como sostiene la precedente SAN de 7 de octubre de 2003.



desplegando su vigencia en lo que a la parte normativa del texto convencional se refiere³¹. Así parece confirmarlo el relato de hechos probados al permitir que el régimen laboral de los pilotos de la compañía se siga rigiendo por lo estipulado en el convenio del 95, lo que viene a ser avalado también por las negociaciones y acuerdos parciales que se han producido desde que perdiera vigencia el convenio y destinados todos ellos a actualizar las condiciones retributivas de los pilotos³². Salvo que el TS haya entendido aplicable al caso su propia doctrina sobre los límites temporales de la ultraactividad, entendiéndolo que, en todo caso, la ultraactividad del art. 86.3 ET no surte efectos, o despliega su eficacia, *sine die*. Deja de operar cuando se ha producido un abandono de las negociaciones³³, que evidentemente no es lo que el TS afirma que sucede. No se produce el abandono de la negociación. Circunstancia ésta, precisamente, en la que el TS quiere justificar la ausencia de comportamiento antisindical a la hora de proceder a contrataciones individuales. De cualquier modo, la solución del TS deja sin resolver por qué aquel convenio se aplica a unos pilotos sí y a otros no; por qué la ultraactividad sólo tutela a los antiguos pilotos.

Poco o nada se especifica en las sentencias de la AN y del TS sobre la naturaleza de estos pactos de actualización retributiva, que podrían interpretarse, bien como una renegociación parcial del convenio en período de ultraactividad, por consiguiente de carácter estatutario y eficacia general; bien como pactos extraestatutarios, dado que nada se sabe sobre si se han

³¹ Aunque no es fácil decidir a priori en qué consiste la ultraactividad y cuáles son sus efectos, y sobre todo cuáles son las cláusulas convencionales que se mantienen vigentes y cuáles decaen durante esta situación de prórroga *sui generis* del convenio. Vid. CUENCA ALARCÓN, «La ultraactividad de las cláusulas normativas del convenio», *RL*, 2004, T I, págs. 573 y ss. Es lo cierto que para el supuesto que comentamos las partes han considerado vigente el convenio denunciado a todos los efectos respecto de los pilotos vinculados a la empresa en el momento de su firma. Libertad sobre vigencia del contenido convencional prorrogado, en caso de ultraactividad, que no niega, sino todo lo contrario, que permite el art. 86.3 ET.

³² Así se desprende de la SAN de 7 de octubre de 2003 contra la que se plantea el recurso de casación.

³³ STS de 6 de noviembre de 1998 (RJ 9822), F.D. Tercero: «Con la denuncia del Convenio de Empresa, su vigencia finaliza el 31 de diciembre de 1992, si bien mantiene la ultraactividad de sus cláusulas normativas en los términos del artículo 86.3 ET, en tanto no exista otro convenio aplicable, pues la prórroga de estas cláusulas, no impone las consecuencias de la conservación *sine die*, sino que busca salvar vacíos normativos aunque sean temporales. En este supuesto, ante el abandono de las negociaciones del nuevo Convenio Colectivo, que resulta de los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia y, que no se debe a maniobras torticeras para evitar el acuerdo —sobre las que ningún indicio de prueba existe—, deviene aplicable el Convenio de ámbito general, con la pérdida de eficacia del contenido normativo del Convenio de Empresa desde la entrada en vigor de aquél». Vid., en el mismo sentido: STS de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004/4969), F.D. Primero.

cumplido los requisitos procedimentales y de legitimación, incluido el apoderamiento expreso, aunque exista coincidencia de los sujetos firmantes, los mismos que en su momento firmaron el convenio franja del que no se discute en ningún momento su naturaleza estatutaria. De no poder ser calificados dichos pactos como una manifestación de la negociación estatutaria, de inmediato nos encontraríamos ante una aplicación restringida a los pilotos afiliados al sindicato firmante y no a los restantes, salvo adhesión anterior o posterior.

Del caso, sin embargo, se desprende la solución contraria: los incrementos retributivos con origen en tales pactos puntuales se han aplicado sucesivamente a todos los pilotos de la empresa incluidos en el ámbito del originario convenio franja, pero no a los de contratación posterior. Esta circunstancia plantea interrogantes de interés³⁴, que no se tratan en los sucesivos litigios y que a mi juicio son irrelevantes para resolver la cuestión central, la de si ha existido o no violación del derecho fundamental de libertad sindical, que no depende de si en las contrataciones individuales se han mejorado o empeorado las condiciones laborales de que disfrutaban los distintos pilotos de la compañía, como ya señalé con anterioridad. Dado que el incumplimiento de convenio no afecta, por sí mismo, al campo de tutela que despliega la libertad sindical³⁵.

³⁴ En especial, el recurrente debate de nuestra doctrina sobre la naturaleza jurídica de los productos de la negociación extraestatutaria. Las propuestas siguen siendo antagónicas en lo que se refiere a la atribución de naturaleza puramente obligacional o reconocerles una fuerza vinculante que emana directamente del Texto Constitucional (art. 37.1 CE). El conflicto entre autonomía individual y autonomía colectiva vendrá decisivamente marcado por dicha opción. *Vid.*, recientemente, VALDÉS DAL-RE, «La eficacia jurídica del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada». I y II. *RL*, 2004, núms. 21 y 22, págs. 3 y ss. y págs. 1 y ss.

³⁵ En este aspecto el TC se pronunció con bastante claridad en la STC 184/1991, de 30 de septiembre. Consideró que el derecho a la negociación, a los efectos de la protección constitucional, ha de ponerse necesariamente en conexión con la legitimación para negociar reconocida legalmente al sindicato y, por ello, referirse fundamentalmente a la contratación colectiva de condiciones de trabajo. La tutela sindical de la negociación se ciñe a los límites de su vertiente inicial o negociadora; o sea, al derecho a participar en la negociación en cuanto manifestación de aquel derecho a la actividad sindical. No obstante, al señalar dicha sentencia que dicha protección se refiere fundamentalmente a la negociación de las condiciones de trabajo, dejó en el aire la posibilidad de que la tutela no quedara limitada a tal actividad negociadora. De hecho el propio Tribunal ha extendido el ámbito de protección de ese derecho fundamental a supuestos que trascendían la actividad negociadora en sentido estricto. Ha considerado integrante, como atentado al derecho de libertad sindical, el desconocimiento frontal y abierto por parte de la empresa de lo dispuesto en un Convenio Colectivo en cuanto ello suponga la desvirtuación total o completa del resultado de aquella negociación. Y esto se pondrá de manifiesto cuando por medio de ofertas de pacto individual la empresa intente dejar sin efecto las previsiones de un Convenio Colectivo estatutario —Sentencias 105/1992, de 1 julio o 208/



A juicio del TS, nada hay que objetar al hecho de que a los pilotos contratados por la empresa en el momento de la firma del convenio franja se les siga aplicando esta regulación convencional y las sucesivas revisiones salariales, aunque desde el momento de denuncia del convenio haya pasado un largo período de tiempo, desde finales de 1995. Que esto suceda tampoco lo impide la regulación subsidiaria de la prórroga legal del convenio (art. 86 ET), y ello viene a ser corroborado por la actuación negociadora de las partes durante este período de ausencia convencional al proceder, primero, a negociaciones y acuerdos parciales circunscritos al aspecto retributivo; y, segundo, al seguir siéndole aplicable a los pilotos incorporados a la empresa en el momento de la firma de aquel convenio esta regulación convencional.

Durante este período no se ha producido una sustitución de la unidad negocial, de manera que no ha habido convenio de distinto ámbito que incida en la regulación colectiva de los citados pilotos, cosa que hubiera podido suceder sin impedimento legal para ello. A todos los efectos, pues, nos encontramos ante un convenio que prorroga su vigencia en lo que a contenido normativo se refiere y con sucesivas revisiones parciales del mismo.

Ahora bien, esta tesis, que cuenta con un importante apoyo jurisprudencial, no es la que ha decidido aplicar el TS a los pilotos incorporados a la empresa con posterioridad a la pérdida de vigencia del convenio franja. El período de inactividad convencional, la imposibilidad de las partes de llegar a un nuevo convenio pese a los intentos de negociación que se producen durante este período, y que además todos los indicios indican que se presenta como renovación del anterior convenio franja, se interpreta por el TS como un vacío de convenio. En estas circunstancias la actuación empresarial de proceder a la contratación individualizada de los pilotos de nuevo ingreso, con condiciones de trabajo y salariales diferentes a los pilotos

1993, de 28 junio, de dicho Tribunal—. Por lo tanto ha llevado la protección constitucional más allá de la mera actividad negociadora trasladándola a la propia fase de aplicación de lo convenido, pero sólo en supuestos en los que en la ejecución de lo acordado se ha demostrado una manifiesta actitud empresarial dirigida a dejar sin contenido los acuerdos alcanzados en la previa negociación.

Por su parte el TS ha mantenido, de forma clara y reiterada, en los supuestos en que ha tenido ocasión de pronunciarse en esta concreta materia, que no afecta al derecho a la libertad sindical el hecho de que la empresa no cumpla lo pactado en un convenio. Esta cuestión extralimita aquel derecho y pasa a integrar otro derecho distinto, el derecho infraconstitucional a que los pactos sean respetados por quienes los suscriben, con el correspondiente derecho a ejercitar las acciones legales oportunas en caso de incumplimiento. Tal criterio puede apreciarse en sentencias como las de 11 marzo 1994 (RJ 5346), 14 julio 1995 (RJ 6254), 26 julio 1995 (RJ 6342) o 26 abril 1996 (RJ 3615), en las que se han contemplado incumplimientos de convenio derivados de una diferente interpretación de lo que en el mismo se decía. STS de 26 de junio de 1996 (RJ 5536), F.D. Quinto.

acogidos al convenio franja, se entiende plenamente ajustada a derecho³⁶. No viola la libertad sindical del sujeto reclamante ya que no se produce un atentado ilícito a su derecho a la negociación colectiva. La existencia de un convenio previo y las tomas de contacto entre los sujetos negociadores para una nueva negociación franja, son los argumentos que llevan al TS a decidir que no existe comportamiento antisindical de la empresa en el sentido de obstaculizar la negociación colectiva. En los términos del TS, no se puede imputar a la empresa «uso ilegal o torticero de esta contratación (individual) para eludir la negociación colectiva».

En situación incierta quedan los sucesivos pactos de actualización retributiva que firman la patronal y la misma sección sindical del SEPLA. Ninguna de las sentencias recaídas en este litigio se refieren a ellos. Independientemente de su naturaleza, cuestión no debatida, no hay argumento alguno en estos fallos que pueda llevar a justificar su aplicación generalizada a los antiguos pilotos y la inaplicación a este colectivo si su contratación es posterior a la pérdida de vigencia del convenio franja.

Es mayoritaria la jurisprudencia que incluye la negociación extraestatutaria, si éste fuera el caso, entre los productos protegidos por el art. 37.1 CE y, por consiguiente, aunque casi pacíficamente se le reconozca naturaleza obligacional, sus efectos se identifican con los propios de la naturaleza normativa para imponerse a la regulación contractual, con la única excepción de negarles eficacia *erga omnes*. En el caso de autos ni siquiera parece ponerse en discusión esta eficacia general, puesto que se aplica a todos los pilotos contratados con anterioridad y durante la vigencia del convenio franja.

Entiendo que el comportamiento antisindical concurriría en cualquier caso en el supuesto descrito de contratación individual con condiciones retributivas distintas e inferiores a las vigentes con carácter colectivo en la empresa. La razón, a mi juicio, es que la modalidad de negociación no incide en la configuración constitucional de este derecho. La contratación individual masiva estaría igualmente injustificada por vaciar de contenido el genérico derecho o libertad de negociación, que es lo que integra el contenido esencial del art. 37.1 CE. Sin que encuentre otro instituto jurídico-laboral que permita inaplicar los pactos sobre retribución para un sector del colectivo de pilotos,

³⁶ El resultado es la diversificación de tratamiento salarial para los pilotos. Son varios los instrumentos que propician las dobles escalas salariales (convenio, contrato o decisión unilateral del empresario) y diversa la actuación del principio de igualdad y no discriminación como límite, en función del instrumento de diversificación utilizado; pero, en todo caso, la jurisprudencia del TC mantiene el criterio de tolerancia de la autonomía individual siempre que se respeten los mínimos legales y convencionales. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial». *RL*, 2004, núm. 24, págs. 8 y 18 y ss.



o para los afiliados o representados por la sección sindical del SEPLA si de negociación extraestatutaria hablamos. Los convenios o pactos devienen aplicables a unos u otros trabajadores según su naturaleza y con independencia del momento de incorporación de los trabajadores a la empresa. Salvo que nos hallemos ante exclusiones del ámbito subjetivo que pudieran ser admisibles (por ejemplo, en relación con los pilotos contratados temporalmente). Circunstancia que no se da en este caso, puesto que el criterio utilizado para la aplicación es el momento de la contratación.

3. LA CONTRACCIÓN INDIVIDUAL EN MASA: ¿SUPUESTOS DE ADMINISTRIBILIDAD?

Cuando nos referimos a la posibilidad de fijación individual de condiciones de trabajo hemos de superar la tendencia a una resolución fácil de la cuestión, basándonos en ese axioma histórico del Derecho del Trabajo que permite la actuación reguladora de los contratantes sólo, y siempre, en el supuesto de que con ello el trabajador obtenga una mejor condición que la propuesta por la fuente normativa de referencia³⁷. Este postulado básico que ha guiado el criterio de ordenación de las fuentes de nuestra disciplina, marcado los márgenes de la regulación contractual y que ha permitido un engranaje armónico de los distintos principios laborales reconocidos como específicos: principio de norma mínima, condición más beneficiosa o principio de irrenunciabilidad de derechos, hace tiempo que dejó de entenderse como parámetro exclusivo de determinación de las fronteras de la autonomía individual en la relación de trabajo³⁸.

En el momento presente, por el contrario, podemos concluir, con una base consensual amplia, que la autonomía individual en la fijación de condiciones de trabajo ha adquirido más protagonismo³⁹. Y, además, ese protagonismo en ascenso no es producto de una única tendencia. Se ha propuesto básicamente como factor de flexibilización de la regulación convencional, pero también, en menos casos, como instrumento de resis-

³⁷ El conocido principio de norma mínima debería permitirnos interpretar el espacio que debe quedar garantizado y reservado en todo caso para la actuación de la autonomía individual de los contratantes. Al contrato siempre, según este principio específico de nuestro sistema de fuentes que vendría a corregir la aplicación estricta del de jerarquía normativa, debería reconocérsele la posibilidad de mejorar lo establecido en convenio y posibilitaría la resistencia de lo negociado individualmente frente a los avatares de la negociación colectiva y las sucesiones convencionales.

³⁸ Sobre el nuevo panorama: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del Trabajo*. Editorial CES. Madrid, 2000.

³⁹ OJEDA AVILÉS, «Autonomía colectiva y autonomía individual». RL, 1990 T II, pág. 312.

tencia⁴⁰, algunos han querido presentarla como emancipación, de la posición individual del trabajador frente a una negociación colectiva concesiva o cada día más proclive a la gestión del interés empresarial⁴¹.

Y, por otra parte, tampoco se puede seguir manteniendo la indemnidad de la autonomía contractual como instrumento de mejora individual de las condiciones de trabajo. No existe en la Constitución reserva alguna de regulación a favor de la autonomía individual. No se ha descrito todavía, si es que puede hacerse, en sede doctrinal o jurisprudencial, un límite general que en todas las ocasiones permita descifrar cuándo la negociación colectiva vacía de contenido la autonomía individual, que es lo único prohibido para el TC⁴². No se ha encontrado sustituto al principio general garantista de intervención de la autonomía contractual como instrumento de mejora de las condiciones laborales.

Es más, la interpretación legal que se ha hecho de la fuerza vinculante del convenio, en el sentido de atribuirle naturaleza normativa, hace encajar perfectamente (imposibilitando una solución contraria) la opción estatutaria de incluir el convenio entre las fuentes del Derecho. Por consiguiente, el convenio es ley para el contrato, independientemente de la regulación de mínimos, de máximos o de derecho absoluto que se establezca en el mismo⁴³. La autonomía individual no tiene más márgenes de actuación como fuente de regulación que los que le quiera reconocer el convenio⁴⁴. El Estatuto refuerza esta solución con lo dispuesto en el art. 3.1 c) y 3.5. Esta imposición, tan clara, ha sido notablemente flexibilizada al hilo de la tendencia a la

⁴⁰ Vid. ampliamente: RUIZ CASTILLO, «El pacto individual y las fuentes del derecho del Trabajo», en CRUZ VILLALÓN (coord), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*. Editorial CES. Madrid, 1995, págs. 327 y ss.

⁴¹ Consúltese la propuesta de DEL REY GUANTER, basada en una visión «postindustrialista» de la negociación colectiva, apegada al ámbito empresarial, de gestión, en la que aparece debilitada la concepción clásica sobre el valor normativo del convenio. («Transformación del sistema de negociación colectiva y “refundación” de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en ALARCÓN CARACUEL y DEL REY GUANTER, *La reforma de la negociación colectiva*. Editorial M. Pons. Madrid, 1995, págs. 11 y ss.).

⁴² FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Condición más beneficiosa: absorción y compensación», en FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord), *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Editorial Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1992, págs. 90-91.

⁴³ Por todas, STS de 28 de abril de 1994 (Ar 3465).

Por lo demás, han sido numerosas las críticas que se vertieron sobre la STC 105/1992, de 1 de julio, por lo que se interpretó como una fuerte rigidificación del convenio frente a la autonomía individual. CASAS BAAMONDE, «El convenio colectivo desde su configuración constitucional». Curso, *El papel del convenio colectivo en la regulación de las nuevas relaciones laborales*. Córdoba, 20 y 21 de septiembre de 2001.

⁴⁴ Vid. ampliamente: RUIZ CASTILLO, «El pacto individual y las fuentes del derecho...», cit., págs. 318 y ss.



individualización del Derecho del Trabajo, antes referida, entendida como poder de disposición del contrato peyorativo del convenio. Proceso éste que no se traduce únicamente en el protagonismo del contrato frente a la autonomía colectiva, sino de la autonomía individual del empresario frente al contrato ⁴⁵ y el convenio ⁴⁶.

Ante este nuevo panorama de incertidumbre fáctica (porque no ha variado el dato legal) del instituto contractual, la jurisprudencia juega un papel decisivo a la hora de arbitrar el conflicto permanente entre autonomía individual y colectiva. Para fijar las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva, en la actualidad, es preciso circunscribirse al supuesto concreto y a una jurisprudencia que podrá decidir en base a unas tendencias, cuando menos, inciertas. Más allá de haberse asumido generalizadamente que la autonomía de los contratantes gana un espacio siempre negado, el de la posibilidad de diversificar condiciones de trabajo frente al convenio o en ausencia del mismo, lo que hay que decidir para cada caso es si esa intervención contractual entra o no en conflicto con la libertad sindical y su contenido esencial de derecho a la negociación colectiva.

Así se resume lo que habrá de decidir el TS en el caso que aquí comentamos. Si es lícito que el empresario acuda al contrato individual, en masa, como instrumento de regulación de condiciones de trabajo. Y para decidir sobre esta cuestión ni siquiera es preciso tomar en consideración, a mi juicio, la existencia o inexistencia de convenio, la vulneración o no de éste y de sus renegociaciones parciales o acuerdos de empresa.

Si nos atenemos a la jurisprudencia constitucional, como regla general, el contrato no es instrumento hábil para la estipulación de condiciones de trabajo distintas o peyorativas de las establecidas en convenio ⁴⁷. En la STC

⁴⁵ Vid. RUIZ CASTILLO, «El pacto individual...», cit., págs. 329 y ss.

⁴⁶ Con independencia del fallo que no es favorable a la empresa, expresamente en este sentido la argumentación de la STC 107/2000, de 5 de mayo. F.D. 4 y 7. El TC, tras reconocer las facultades directivas unilaterales del empresario, consustanciales a la libertad de empresa del art. 38 CE, y su incidencia en la función negociadora del sindicato, concluye que la actuación unilateral del empresario «no puede vaciar sustancialmente de contenido la libertad sindical». (F.D. 7). En el supuesto que sirve de base, una mejora retributiva unilateral del empresario, sustituye la negociación del régimen salarial e inaplica los procedimientos de revisión del convenio legalmente prorrogado.

Más clara aún la STC 121/2001, de 4 de junio, sobre la competencia individual del empresario para formular un plan de viabilidad como propietario del capital social, aunque las repercusiones sean estrictamente laborales y desplieguen sus efectos sobre los contratos individuales. Vid. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Libertad sindical y negociación de plan de viabilidad empresarial». *T.L.*, 2001, núm. 62, págs. 201 y ss.

⁴⁷ SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, 92/1992, 74/1996, de 30 de abril; STS de 18 de abril de 1994 (Ar. 3254). Línea que se vio alterada por la flexibilización que introdujo la STC 208/1993, de 28 de junio.

225/2001, de 26 de noviembre, existe pronunciamiento expreso sobre la inviabilidad de la «autonomía individual en masa (porque) desconoce su fuerza vinculante (la del convenio) garantizada por la Constitución»⁴⁸.

El TS, por el contrario, se muestra más proclive a aceptar el ofrecimiento y negociación de condiciones de trabajo distintas, y en masa, a los trabajadores, añadiendo el argumento del poder de dirección empresarial⁴⁹. En sentencias posteriores el TS considera que sólo son indisponibles para el contrato los derechos que se hayan reconocido como tales en la norma convencional o, en todo caso, el convenio es derecho necesario para el contrato cuando así venga establecido en el mismo o cuando la disposición convencional desarrolle mínimos de derecho necesario configurados en la norma legal⁵⁰.

4. LA SINGULARIDAD ARGUMENTAL DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del TC en lo que concierne a las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva, como no podía ser de otro modo, está imbuida de ese relativismo legislativo que ha terminado por

⁴⁸ Según el supuesto de hecho la empresa elabora un sistema de gestión global de mandos intermedios que modifica de hecho condiciones de trabajo fundamentales para este colectivo de trabajadores, declarando irrelevante, para resolver el atentado a la libertad sindical, la aceptación de los trabajadores.

⁴⁹ STS de 21 de junio de 1994 (Ar. 6315). Sentencia en la que expresamente se consideran las matizaciones posteriores introducidas en la doctrina aportada por la STC 105/1992, de 1 de julio, básicamente en la STC 208/1993, de 28 de junio.

El Tribunal Supremo también acepta la posibilidad de que la empresa introduzca un complemento salarial nuevo y distinto a los establecidos en el convenio colectivo. STS de 30 de abril de 1994 (Ar. 3475).

⁵⁰ En unificación de doctrina, la STS de 28 de octubre de 1999, RJ 9105, F.D. Segundo: «...la prohibición de renuncia se circunscribe a los derechos reconocidos como indisponibles. La cuestión, pues, queda trasladada a la determinación de cuáles sean los derechos que gozan de esta condición. Esta Sala al tratar de esta cuestión en la Sentencia de 27 de abril de 1999 (RJ 4538) en un supuesto semejante al hoy enjuiciado, analizó las diversas corrientes doctrinales y concluyó: son indisponibles los derechos derivados del Convenio Colectivo a los que éste confiere tal calificación, siempre que el establecimiento de esta restricción a la autonomía de la voluntad individual, pueda incluirse en el ámbito de competencias de las comisiones negociadoras. Pero también han de ostentar tal consideración aquellos mandatos convencionales que supongan desarrollo de normas de derecho necesario, o de carácter mínimo. Los mandatos convencionales de desarrollo de tales preceptos mínimos adquieren el mismo rango de indisponibilidad que tiene la norma desarrollada... Si la disposición se realiza por un acto de renuncia, es opinión doctrinal mayoritaria que tales actos serán nulos. Pero en los supuestos



afectar a instituciones básicas de nuestra disciplina. Me refiero en concreto a la definición del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva como límite infranqueable para la determinación individual de condiciones de trabajo. Bien es verdad, que no todas las aristas del espinoso tema de las interferencias mutuas entre autonomía individual y colectiva presenta relieve constitucional, pero es igualmente cierto que la autonomía de los contratantes y la negociación colectiva como manifestación del fundamental derecho de libertad sindical, tienen un núcleo esencial que debe ser preservado por imperativo del propio Texto Constitucional. Así lo ha reconocido el TC y desde luego su inevitable tarea es la definir esas esferas respectivas de intangibilidad. Nuestro TC lo ha considerado una tarea imposible, no cabe la reconstrucción teórica general sino la solución al hilo del caso concreto⁵¹. Por consiguiente, con esta limitación de partida, los principios generales de ordenación de las respectivas fuentes de regulación de la relación laboral deben ser extraídos de los distintos pronunciamientos para casos concretos del TC que no siempre parecen mostrar la misma tesis fundamental y, lógicamente, una doctrina así ha propiciado una utilización «multiusos» por la jurisprudencia ordinaria que desemboca en soluciones verdaderamente contradictorias.

Un breve repaso, y circunscrito a los aspectos que interesan de la sentencia del TS que comentamos, a lo que podríamos considerar como principios generales deducibles de la jurisprudencia particularizada del TC, nos muestra los siguientes postulados⁵².

No es lícito, desde el punto de vista constitucional, que la negociación colectiva absorba, anule o desconozca completamente un margen de actuación de los contratantes en el ámbito del Derecho del Trabajo⁵³. La verdad es que así, genéricamente formulado, es un principio inoperante, no añade ni quita, respecto al entendimiento tradicional del contrato de trabajo como contrato normado y la función de la autonomía de los contratantes en

de actos de disposición condicionada, el juicio de favorabilidad es variable en función de factores individuales en cuya valoración ha de prevalecer la autonomía individual frente a colectiva». En el mismo sentido: SSTS de 27 de abril de 1999 (RJ 4538); de 6 de febrero de 2000 (RJ 1606).

⁵¹ En la STC 58/1985, de 30 de abril, ya se anuncia que el margen que la autonomía colectiva deba conceder a la autonomía individual, y el necesario respeto a la eficacia inmediata del convenio sobre las relaciones individuales de trabajo, no es un tema que pueda resolverse con carácter general, sino caso por caso.

⁵² Un resumen de la jurisprudencia constitucional en NICOLÁS FRANCO, «Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y Libertad sindical». AS, 2003, II, págs. 2888 y ss.

⁵³ STC 58/1985, de 30 de abril.

su papel de mejora de lo establecido en la ley y el convenio⁵⁴. Desde esta perspectiva tradicional, la virtualidad de la autonomía bilateral debiera ser la de establecer límites a la intervención peyorativa de esa fuente del Derecho y para impedir la decisión unilateral del empresario como mecanismo de fijación o modificación de las condiciones de trabajo. En ninguno de los aspectos señalados ha prosperado la garantía constitucional de autorregulación de los contratantes, como garantía de libertad personal, por utilizar los términos del propio TC⁵⁵. Es más, la esfera de intangibilidad que debe ser preservada para la libre decisión de los contratantes no impide la actuación limitativa o peyorativa de la fuente convencional⁵⁶. El rango superior del convenio como fuente del derecho con respecto al contrato garantiza esta limitación. Y en el supuesto de hecho que nos plantea la sentencia del TS ha sucedido justo lo contrario: la autonomía individual peyorativa se impone a la regulación convencional vigente en la empresa, si entendemos, como se deduce del relato de hechos, que existe convenio en período de ultraactividad y pactos colectivos que actualizan la retribución de los pilotos.

Un segundo criterio a tomar en consideración, se refiere al margen de la autonomía individual ante la inexistencia de regulación convencional. En este punto, la jurisprudencia constitucional se debate entre la libre actuación de la regulación contractual como plenamente aceptable, aunque limitada⁵⁷ y la posible afectación, en el sentido de restricción, del derecho a la negociación colectiva, bien porque se entienda como un impedimento para la negociación colectiva futura, bien porque la regulación contractual afecte a condiciones fundamentales de la relación laboral que quedan reservados a la autonomía colectiva⁵⁸. En definitiva, porque el ejercicio de la autonomía

⁵⁴ Así pareció fijarse en la jurisprudencia constitucional desde la STC 34/1984, de 9 de marzo.

⁵⁵ STC 58/1985, de 30 de abril.

⁵⁶ Ejemplar la STS de 7 de diciembre de 1999 (RJ 9691).

⁵⁷ STC 208/1993, de 28 de junio: «no se produjo modificación, alteración o desconocimiento de lo pactado en el convenio colectivo aplicable sin acudir a las posibles vías de modificación o denuncia del mismo (las medidas propuestas por la empresa y aceptadas a través de pactos individuales por los trabajadores operaban en un espacio no regulado ni por la ley ni por el convenio colectivo y no eran contrarias a éste), sin que tampoco las medidas tuvieran importantes trascendencia colectiva, al afectar a pocos trabajadores (220 trabajadores de un total de 50.000), en un tema no central de las condiciones de trabajo». En el resumen de la argumentación que hace GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «La apertura del comercio los sábados...», cit., pág. 1535. Aunque ha dado cabida a otras interpretaciones jurisprudenciales más amplias y flexibles.

⁵⁸ STC 105/1992, de 1 de julio, que ya tenía un precedente en la STC 58/1985, de 30 de abril. El TC admite la efectividad de la autonomía individual siempre que no atente al principio general de que la negociación equilibrada de condiciones de trabajo se efectúa a través de la

individual (bilateral o del empresario) pueda afectar al sistema de negociación colectiva; «por excluir la posibilidad de actuación de la negociación colectiva a través del correspondiente convenio»⁵⁹.

Como se afirmó con anterioridad, en uno y otro caso, la casuística permite relativizar tremendamente la solución del caso concreto. Existen, por lo demás, algunos temas conexos que inciden en esa diversificación. Entre otros, el ámbito que despliega la autonomía contractual respecto de las relaciones excluidas de convenio, aspecto que podría estar presente en el caso que comentamos si es que se hubiera admitido la inaplicación del convenio sólo para los pilotos contratados temporalmente⁶⁰.

autonomía colectiva, plasmada constitucionalmente y reconocida legalmente en el Título III ET. *Vid.* otras sentencias citadas en 48.

Esta doctrina sería inmediatamente matizada en la STC 208/1993, de 28 de junio, (ratificada en la STC 76/1994, de 30 de abril), al admitirse que cabe la fijación o regulación individual de condiciones de trabajo en el caso de ausencia de negociación (aunque se trate de materias susceptibles de ser abordadas por ésta, y de las posibles soluciones distintas a que pudiera llegarse si en el futuro las materias objeto de regulación individual lo fueran vía convenio) y aspectos de contenido concreto, singular o particular, o que gocen de las notas de accesoriedad y complementariedad con respecto a lo pactado colectivamente con carácter general, que no supongan vulneración o alteración de lo previsto en el convenio colectivo aplicable. Viniendo a ratificarse la legitimación originaria y compartida (con la negociación colectiva) de la autonomía individual para la regulación de casi todas las materias. Éste es el sentido del pronunciamiento del que se hizo eco inmediato la jurisprudencia ordinaria. *Vid.* notas 50 y 51.

En los últimos tiempos podemos apreciar un cierto giro en la doctrina del TC. Ya me he referido a la STC 225/2001, de 26 de noviembre. Más clara aún, en atención al sentido del fallo, la STC 107/2000, de 5 de mayo, que descarta la intervención de la decisión individual del empresario en ausencia de convenio.

⁵⁹ STC 107/2000, de 5 de mayo.

⁶⁰ Que es uno de los argumentos utilizados en la SAN de 7 de octubre de 2003, contra la que se plantea este recurso. *Vid.* nota 16.

Chocamos de frente con el espinoso tema de las exclusiones de convenio, las prácticas tendentes a limitar la eficacia personal del convenio. En este caso, la jurisprudencia tampoco da una respuesta unánime, probablemente como consecuencia de la elección del principio de igualdad y no discriminación para revisar la validez de dichas exclusiones, cuando a mi juicio es la naturaleza de la disposición la que debiera presidir la decisión sobre el ámbito personal. *Vid.* ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Autonomía individual y colectiva...», cit., págs. 207 y ss; GARCÍA MURCIA, «Diferenciación de trato, igualdad de oportunidades y negociación colectiva», en AA.VV., *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre empleo. X Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Editorial MTSS. Madrid, 1997, págs. 40 y ss.

En la línea más radical, la STS de 26 de diciembre de 2002 (AL, 2003, núm. 23, págs. 1993-1994), se afirma sin más que es legítima la exclusión de convenio para los contratos temporales porque viene amparada por una cláusula convencional, que permite la excepción de su ámbito de cobertura del «personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de convenio», «sin condicionamiento expreso alguno». En realidad, ni siquiera el pacto



Otro de los temas que se nos presenta como íntimamente vinculado a la licitud de la regulación contractual es el de la esfera de competencias que despliega el poder empresarial para la fijación de condiciones de trabajo ante la ausencia de convenio. Si el propio TC reconoce que la decisión empresarial es suficiente para fijar el contenido de las condiciones de trabajo cuando no existe convenio⁶¹, la regulación formalmente contractual será instrumento más que suficiente para cubrir esos vacíos de cobertura. Bien es verdad que el TC no ha llegado tan lejos como el TS en este asunto. En la doctrina del TC esa posibilidad no aparece como un principio general, sino justo lo contrario, como una excepción al principio general, el de la subordinación de la autonomía individual a la colectiva en lo relativo a la fijación de condiciones de trabajo. El TC ha admitido, ya me he referido a ello, la regulación individual en situaciones de vacío convencional para materias no fundamentales, de inalterabilidad del convenio vigente o en materias que el Tribunal considera manifestación de un intocable poder organizativo del empresario como propietario de su empresa, que es para mí la decisión más discutible.

Lo inaceptable del planteamiento del TS en este fallo es su elevación a principio general. Produce un marcado debilitamiento del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, y con ello del de libertad sindical, frente a la esfera de actuación individual del empresario. De manera que la negociación colectiva se presenta sólo como una alternativa posible a la regulación de condiciones de trabajo, pero no obligatoria. Es decir, el derecho de libertad sindical, en su vertiente negociadora, desplegaría efectos de respeto a su contenido esencial frente a los poderes públicos, como garantía

convencional es el que propicia la exclusión, porque lo que se establece es una remisión directa a la voluntad de la entidad contratante para que decida en las distintas contrataciones si estarán o no amparadas por el convenio.

La jurisprudencia constitucional sobre el art. 14 CE se va haciendo más restrictiva. En los últimos tiempos el TC nos recuerda, en relación con una subida salarial acordada unilateralmente por el empresario con criterios de discriminación objetivo, que ya desde la STC 34/1984, de 9 de marzo (Fund. Jur. 2), es «incontestable que el art. 14 CE no impone una solución igual para supuestos no idénticos, amén de que es doctrina de este Tribunal que en materia de relaciones laborales no es exigible <una igualdad de trato en el sentido absoluto> al existir margen, siquiera sea limitado, para el juego de la autonomía de la voluntad e incluso para la determinación unilateral del empresario (STC 45/1984, de 9 de marzo, 105/1992, de 1 de julio y 208/1993, de 28 de junio)». STC 107/2000, de 5 de mayo, Fund. Jur. 4. En la misma línea, SSTC 80/2000, de 27 de marzo, Fund. Jur. 3; 250/2000, de 30 de octubre.

⁶¹ El Tribunal Constitucional alude a ello en la Sentencia 208/1993, de 28 de junio, cuando afirma que el vacío convencional que pudiera ser cubierto en el futuro por la autonomía colectiva no constituye un impedimento presente para la regulación individual o «las decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión».



de no interferencia, pero no así frente al poder regulador del empresario, que sólo se verá limitado en la medida en que de hecho exista convenio aplicable. En esta interpretación encaja el fallo del TS para el supuesto que debatimos: de no existir convenio, la ley y el contrato son los instrumentos de regulación de la relación laboral de los pilotos.

Pero aún manteniéndonos en los márgenes de esta incorrecta interpretación, dos incongruencias saltan a la vista en la STS. Primera, no todos los pilotos quedan sometidos a las mismas pautas de regulación, de manera que a unos se les aplica el convenio y los pactos de actualización retributiva, y si es así no puede ser sino porque el TS entiende que el convenio denunciado sigue siendo aplicable por la regulación legal subsidiaria de la ultraactividad; y, segunda, si existe regulación convencional aplicable, podría discutirse su aplicación para los pilotos contratados temporalmente, si es que el convenio la excluía —lo que puede considerarse una discriminación inaceptable⁶²—, pero no para el resto de los pilotos, con independencia del momento en que fueron contratados, antes o después de la denuncia del convenio. Existe pues convenio aplicable, contratación individual en masa y peyorativa, o en todo caso distinta, respecto del convenio de referencia. El TS ha debido dar un paso más para llegar a la conclusión de que no existe comportamiento antisindical: el largo período de inactividad negociadora. Y que sepamos, es éste un argumento en extremo novedoso para resolver las relaciones de compatibilidad entre autonomía colectiva y autonomía individual. Que la prueba en contrario del comportamiento antisindical la identifique el TS con la existencia de un convenio franja anterior y con los pactos de actualización de retribuciones o con los contactos fracasados para el inicio de nueva negociación de este tipo, resulta aún más singular. Y la creo incorrecta en la medida en que se identifica el derecho concreto a la negociación, en términos de acreditación de legitimación para la negociación de un convenio estatutario, con el más amplio contenido esencial del derecho de libertad sindical en su vertiente negocial, que, como de sobra sabemos, abarca una realidad tutelable más amplia que el desarrollo legislativo del singular convenio estatutario. No mide tampoco el TS que el alcance de esa vulneración de la libertad sindical no exige que sea un atentado presente sino de futuro y potencial al sistema de negociación colectiva⁶³.

Ignora el TS que, según la jurisprudencia constitucional, la intencionalidad empresarial, decisiva para no apreciar antisindicalidad en este su-

⁶² Resulta interesante la consulta de la reciente STC 104/2004, de 28 de junio, que limita la posibilidad de que convencionalmente se establezcan diferencias de trato respecto a un plan de pensiones en atención exclusivamente a la naturaleza del vínculo contractual en un momento concreto.

⁶³ En los términos planteados por el TC en la STC 107/2000, de 5 de mayo.



puesto⁶⁴, es irrelevante a la hora de apreciar la concurrencia de comportamiento antisindical, que puede consistir en una simple vulneración objetiva⁶⁵.

Según los distintos pronunciamientos del TC que hemos venido comentando, existe margen de actuación para la autonomía unilateral del empresario o bilateral, mediante regulación contractual, tanto en el supuesto de vacío convencional, como en el caso de establecimiento de condiciones distintas de las establecidas en la fuente convencional de referencia. Pero olvida el TS los condicionantes que impone el TC. En el primer caso, esa autonomía individual no puede hacer inviable el sistema de negociación colectiva afectando a la regulación de condiciones de trabajo. En el segundo caso, las estipulaciones no pueden ser contrarias al convenio, ni tampoco ser de tal «trascendencia, importancia y significado» que evidencien un intento de evitar la intervención sindical⁶⁶.

5. CONCLUSIONES

Entre los aspectos más reseñables de la STS de 7 de octubre de 2004 yo destacaría algunos relativos al aspecto fáctico del caso. En primer lugar, que el TS haya descartado la vía abierta por la SAN de 7 de octubre de 2003, en el sentido de dar por cierto que existe convenio y actualizaciones retributivas del mismo de plena aplicación en la empresa para el colectivo de pilotos por tratarse de un convenio franja. En consecuencia, la SAN decide sobre la existencia o no de comportamiento antisindical tomando como parámetros de análisis, por una parte, si ha existido ignorancia total y absoluta del convenio vigente a la hora de proceder a la contratación de nuevos pilotos y, por otra parte, si esta actuación empresarial estaba impidiendo la futura negociación. La AN descarta ambos comportamientos empresariales para resolver en el sentido de que no ha existido comportamiento antisindical. El TS, por su parte, parece que estuviera decidiendo sobre un supuesto distinto. No descarta la existencia de un convenio aplicable en fase de ultraactividad, pero justifica la actuación empresarial en la inactividad negociadora que es un argumento plenamente novedoso para admitir la contratación individual en masa.

En segundo lugar, no puede menos que sorprender el que en este caso, para el TS, la negociación colectiva exista y no exista al mismo tiempo.

⁶⁴ «No se puede imputar, por tanto, a la empresa un uso ilegal o torticero de dicha contratación (individual) para eludir la negociación colectiva». F.D. Octavo.

⁶⁵ STC 225/2001, de 26 de noviembre.

⁶⁶ En sentido positivo, STC 208/1993, de 28 de junio; en sentido negativo, SSTC 107/2000, de 5 de mayo y 221/2001, de 26 de noviembre.



Existe para eximir a la empresa de comportamiento antisindical (se alega el convenio franja denunciado y los conatos de nueva negociación para su sustitución) y no existe para permitir la contratación individual masiva.

Y, por último, ese convenio colectivo franja denunciado y no sustituido por otro del mismo o distinto ámbito, en la STS, parece dormir en el limbo de los justos. El Tribunal no se refiere en ningún momento a la existencia de un vacío convencional. Se reconoce que se sigue aplicando el convenio franja al colectivo de pilotos contratados con anterioridad a su denuncia. La justificación de la contratación individual viene fundamentada única y expresamente en la inactividad negociadora. A partir de aquí, resulta difícil fundamentar la solución del TS.

A mi me parece que, en cualquiera de los supuestos planteados a lo largo de este comentario, que exista o no convenio aplicable, que los pactos de actualización retributiva sean negociación estatutaria o al margen del Estatuto, la respuesta debiera haber sido positiva: existe comportamiento antisindical concretado en una restricción del derecho de libertad sindical del sindicato impugnante. Que creo es la doctrina aplicable al caso resuelto por el TS en la sentencia que comentamos, si damos por cierta la existencia de convenio colectivo aplicable o que el principio general de garantía de la negociación colectiva para la fijación equilibrada de condiciones de trabajo, impediría que los contratos individuales cumplan y sustituyan la función reguladora del convenio colectivo o más ampliamente de la autonomía colectiva.