

Publicación Comentada:

BORRAJO DACRUZ, E.: “Los convenios colectivos extraestatutarios (Base constitucional y casos significativos)”, en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH, J.M. coordinadores, *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Tirant Lo Blanch. València, 2006, ISBN 84-8456-749-4, pp. 621-640.

La última aportación en materia de negociación colectiva

The latest contribution in collective bargaining

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

 <https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>

Cita Sugerida: GOERLICH PESET, J.M.: “La última aportación en materia de negociación colectiva”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum y Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 117-122

Resumen

En este trabajo insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus capítulos de libro del año 2006 titulado “Los convenios colectivos extraestatutarios (Base constitucional y casos significativos)”.

Abstract

In this work included in the monograph in honor of Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his book chapters from 2006 titled “Extra-statutory Collective Agreements (Constitutional Basis and Significant Cases)” is analyzed

Palabras clave

Convenios colectivos extraestatutarios; negociación colectiva

Keywords

Extra-statutory collective agreements; collective bargaining

I. INTRODUCCIÓN

Si nos fijamos de los resultados que arroja la base de datos Dialnet, el trabajo que me ha correspondido glosar es la última aportación del profesor Borrajo Dacruz en materia de negociación colectiva. Habida cuenta del momento en que vio la luz (2006), cabe ponerlo en relación con dos breves trabajos publicados poco antes: “Interpretación y desarrollo de un convenio colectivo: diferencias de naturaleza”, en *Actualidad laboral*, 1, 2005, pp. 183-187, y “El principio de paridad salarial: alcance y excepciones, en especial por razón de fecha de ingreso en la empresa”, *Anales de derecho: Colección Huarte de San Juan*, 5, 2004, pp. 95-108. En todo caso, algunas de las reflexiones que se contienen en él se relacionan con contribuciones más antiguas, como veremos luego.

El trabajo está incluido en un libro colectivo en homenaje al profesor Tomás Sala Franco que tuve el honor de coordinar junto con mi querido compañero Paco Pérez de los Cobos. Se cumplían veinticinco años desde que Tomás tomara posesión de la cátedra de derecho del trabajo de la Universidad de València. Y como explicamos en el prólogo, sus discípulos quisimos aprovechar la efeméride para rendirle tributo, al que se sumaron “algunos queridos colegas y el propio maestro del homenajeado, el profesor Borrajo”. Lamentablemente, cuando diez años después, intenté que participara al nuevo libro colectivo que organizamos con motivo de la jubilación de Tomás, no lo

consegui. Intentó hasta última hora sumarse, pero la vida ya se lo había puesto cuesta arriba: sus últimos trabajos publicados, según la citada base de datos, se remontan a 2014.

II. SÍNTESIS DEL CONTENIDO

Ya el título nos indica que el trabajo se organiza en torno a dos ejes diferentes en relación con los llamados convenios extraestatutarios. De hecho, se divide en dos partes de similar extensión referidas, la primera, a su fundamentación (“Constitución y pacto colectivo extraestatutario”) y la segunda a las “cuestiones significativas” que vienen suscitando los pactos colectivos extraestatutarios.

II.1. Las “cuestiones significativas”

Comenzaré por esta segunda parte, que, desde la distancia, tiene menor interés a salvo la perspectiva metodológica, a la que luego me referiré. El punto de partida es que “falta de límites legales claros y terminantes, la negociación de los pactos colectivos extraestatutarios genera numerosos conflictos, tanto en el orden teórico como en el práctico que, acaso, se estén multiplicando en estos últimos años” (p. 631). En este contexto, se eligen dos casos significativos que se unifican en torno a una idea; la de que en la resolución de los problemas planteados por la negociación irregular los tribunales estarían sentando “criterios cada vez más favorables a la visión unitaria del derecho a la negociación colectiva y al respeto a la libertad individual de sindicación”. Se abordan en concreto dos pronunciamientos del Tribunal Supremo, ambos del año 2003, las SSTs de 11 de septiembre (rec. 144/2002) y de 13 de noviembre (rec. 11/2003): aquél se situaría en esta última línea favorable a la libertad de negociación; este, en la primera, tendente a la consideración conjunta de los límites de la negociación.

Por lo que se refiere al primero, se comenta bajo la rúbrica “Representatividad sindical determinada convencionalmente y convenio colectivo extraestatutario” (pp. 631 a 634). En el supuesto se controvierte sobre la validez de un pacto irregular dirigido a una parte del personal de la empresa. Sujeta esta a los convenios sectoriales estatutarios, el pacto extraestatutario aborda las condiciones de trabajo del personal de oficina. Por ello, los interlocutores se han venido seleccionando históricamente no en función de la representatividad general de las representaciones sindicales, sino sobre la ostentada en el concreto ámbito de aplicación. El pacto es impugnado por organización sindical que ostenta representatividad suficiente en el conjunto de la empresa, a pesar de que no la alcanza en relación con el personal afectado. A falta de acreditación de específicas vulneraciones sustantivas de la legislación o de los convenios estatutarios aplicables, a pretensión es rechazada, sobre la base del derecho de la negociación colectiva, incluso si a la postre el acuerdo se aplica al conjunto de los trabajadores.

En cuanto al segundo, la glosa se titula “convenio colectivo extraestatutario, doble escala salarial y personal de nuevo ingreso” (pp. 635 a 640) y aborda un tema que, a estas alturas es muy conocido, pero que entonces no lo era tanto: el de las dobles escalas por razón de la fecha de ingreso en la empresa. En concreto, el acuerdo excluía de ciertos beneficios a los trabajadores cuyo ingreso en la empresa se produjera a partir de una cierta fecha; y el acuerdo declara la nulidad de una cláusula de este tipo. La lección respecto al funcionamiento de los pactos extraestatutarios sería doble. De un lado, tienen la misma estructura que los convenios ordinarios: su eficacia personal limitada no impide que se proyecten sobre relaciones laborales futuras mientras dure su vigencia siempre que los nuevos trabajadores queden incluidos en el ámbito personal que les corresponda –en el supuesto, se extendía a la totalidad de la empresa por haber sido negociado el pacto el comité de empresa–. De otro, la relación de la negociación extraestatutaria con las normas superiores es idéntica a la que de los convenios regulares: las reglas sobre igualdad y no discriminación (arts. 14 CE y 17.1 ET) se aplican por igual.

II.2. “Base y configuración de la negociación extraestatutaria”

Desde la perspectiva actual, resulta más interesante, como advertí, la primera parte: “Constitución y pacto colectivo extraestatutario”. En las diez páginas que comprende (621 a 630) contiene una elaboración teórica, de la que cabe extraer alguna lección sustantiva de profunda actualidad. En su primer apartado (pp. 618 a 622), se realiza una “síntesis doctrinal”, en la que de forma sucinta se describe la noción de convenio colectivo y su división como consecuencia del modelo de negociación establecido por el Estatuto de los Trabajadores en 1980.

Una parte importante de esta reconstrucción se dedica a una cuestión terminológica que, en su momento, fue intensa: ¿cómo denominar los convenios o acuerdos que se aprueban fuera del Título III del Estatuto de los Trabajadores? Aunque el título utiliza, como hemos visto, la de “convenios extraestatutarios”, se nos indica, “en una apretada síntesis... que la denominación es francamente desafortunada por cuanto una cosa es el Título III del ETT y otra cosa el ETT en su totalidad”. Comoquiera que extraestatutario no implica ilegal sino fuera de la ley, el *nomen* no sería acertado puesto que el Estatuto este reconoce en otros lugares la existencia de otros pactos o acuerdos colectivos que serían, por tanto, tan estatutarios como los convenios negociados conforme a las reglas de los arts. 82 ss. ET. Hubiera sido más correcto etiquetarlos como “convenios colectivos irregulares o, en su caso, pactos colectivos de derecho común”. Sin embargo, “la práctica generalizada ha impuesto ese nombre y a él nos atenemos, máxime por cuanto ha recibido el apoyo autorizado de nuestro homenajeado en este libro” –en clara alusión al conocido trabajo de Tomás Sala, *Los convenios colectivos extraestatutarios*, publicado en 1981– (p. 623).

Es significativo que el fundamento y configuración general de los convenios extraestatutarios se apoya básicamente en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo. Aunque el apartado se titula “síntesis doctrinal” no hay otra referencia individualizada que la que se hace implícitamente a Tomás. En contraposición, los diferentes aspectos clave de los convenios extraestatutarios se ilustran con jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, tanto por lo que se refiere al fundamento (conexión de la negociación al margen del Estatuto con la libertad sindical: p. 623) como en relación con las principales características de su régimen jurídico (señaladamente, los aspectos vinculados a la eficacia personal limitada: p. 624). En esta misma línea, el análisis algo más detallado que se realiza después (apartado 3: “Naturaleza y eficacia de los pactos colectivos extraestatutarios” sobre la eficacia de los pactos extraestatutarios, personal y jurídica: pp. 627 a 630), se desarrolla sobre la base de las aportaciones de los indicados tribunales, e incluso del desaparecido Tribunal Central de Trabajo.

II.3. “Neocorporativismo y pactación colectiva de eficacia limitada”

Mención aparte merece el apartado que se sitúa en el centro del tratamiento dedicado a “Constitución y pacto colectivo extraestatutario”, dedicado a “neocorporativismo y pactación colectiva de eficacia limitada”. En él, Borrajo se separa del discurso jurisprudencial presente tanto en la “síntesis doctrinal” del apartado primero como en las reflexiones sobre “naturaleza y eficacia de los pactos colectivos extraestatutarios” del tercero. La anomalía que este apartado tiene en el conjunto del discurso se advierte ya la primera frase. La conjunción adversativa que la enlaza al resto del discurso permite vislumbrarla: en en relación con la negociación extraestatutaria, “la cuestión de fondo, sin embargo, es otra”.

Desde la perspectiva del lector actual, las dos páginas que ocupa (pp. 625 y 626) son, probablemente, las más interesantes de la contribución que se glosa. Se parte en ellas de que “el convenio estatutario apunta una concepción neocorporativa, que se explica en España por razones históricas, en especial desde 1923 y, más aún, en los desarrollos del Fuero del Trabajo”. Y es que “la debilidad asociativa ha estado desde antiguo como un dato dominante del panorama social español”, mientras que la fuerza sindical exige “masiva afiliación”. En este contexto, resultaba “tentador buscar

el impulso de la ley”, En este terreno, en la única referencia doctrinal explícita, se alude a lo postulado por el propio Ortega y Gasset, que en 1932 se había manifestado partidario de la afiliación obligatoria.

Muchos años después, este problema habría estado presente en el debate estatutario en 1979-1980. Frente a la propuesta contenida en el proyecto del Gobierno, el Título III fue sustituido por la enmienda de la oposición socialista, de modo, que, aunque “en beneficio de la práctica negocial”, se optó por la alternativa “neocorporativa de los convenios normativos y de eficacia general”. El resultado es “digno de máxima atención y rompe una línea netamente europea”: en España, el convenio “regular” viene siendo “el convenio colectivo normativo de eficacia personal general”; frente a ello, “en los demás países de la Europa de las libertades y del pluralismo el régimen legal es distinto: el convenio colectivo ordinario es el vinculante de eficacia personal limitada”.

El modelo español de negociación colectiva plantearía de este modo, “problemas graves en orden a las garantías efectivas del pluralismo sindical, de la igualdad de los sindicatos ante la ley y, sobre todo, de la libertad negativa de sindicación”. Esta afirmación que cierra el excurso (y la página 625) posibilita el regreso al método característico del resto de la aportación. Se vuelve, esto es, al análisis jurisprudencial para valorar, de un lado, la constitucionalidad de principio de la eficacia general, sobre la base del apoyo a la representatividad y, de otro, la apertura de negociación extraestatutaria, tanto para sindicatos como para otras entidades representativas (p. 626), para salvaguardar el conjunto del modelo. De esta manera, el análisis regresa se centra en la doctrina de nuestros tribunales, que, ya no se abandonará.

III. EL LEGADO DEL MAESTRO

III.1. La relevancia de la aplicación judicial en el “derecho vivo del trabajo”

Desde mi punto de vista, en la obra que se comenta se detectan con cierta facilidad dos inquietudes que han sido permanentes en la obra del profesor Borrajo Dacruz y que se integran en el legado que nos deja su magisterio.

En primer lugar, creo que hay que destacar el interés por la realidad del derecho manifestada fundamentalmente a través de su aplicación judicial. No es por ello de extrañar que su obra esté repleta de trabajos de extensión variable cuyo título incluye la expresión “glosa judicial” o la alusión a “casos judiciales significativos” (cfr., por ejemplo., “Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos”, *Actualidad laboral*, 3, 2004, pp. 267 ss.). A la postre, en su extensa dedicación a los problemas jurídico-laborales, ha estado siempre presente el planteamiento metodológico que formulara en 1963 en el trabajo titulado “Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho”, incluido como prólogo en la edición española de las *Nociones de Derecho del Trabajo* de Francesco Santoro-Pasarelli (traducción por Fernando Suárez de la 14ª edición italiana). La reconstrucción del Derecho social del trabajo vivo “se contiene en una masa enorme y cambiante de legislación y, para mal del jurista afanoso de técnica y de racionalidad, en la masa cien veces mayor y más cambiante de los convenios colectivos... en los reglamentos de régimen interior, etc., fuentes normativas complejas (y) casuísticas... que dan como resultado que, en general, la elaboración doctrinal... se limite a una «Teoría General del Derecho del Trabajo»”. De este modo,

“la vida real, las prácticas sindicales, los usos profesionales, etc. constituyen órdenes jurídicos que hay que conocer cuando se trata de conocer el Derecho del Trabajo real o vivo. El dato legal, la ley, son pautas de orientación de la vida social laboral, valen en cierta medida como simples instrucciones técnicas impartidas por el poder político y legislador al órgano de vigilancia y al Tribunal para regular y, en su caso, dirimir los conflictos entre los particulares y entre los grupos en pugna, pero éstos son los que establecen el orden jurídico real” (p. XXVI).

Lógica consecuencia de ello es la atención que Borrajo ha prestado a la aplicación jurisprudencial, como forma primordial de manifestación del “derecho vivo del trabajo”. De hecho, en las reflexiones que, con este título, abrieron en 1984 la andadura de la revista *Actualidad laboral* reprodujo estas ideas (núm. 0, p. 3). Y, además de que recurrió a esta noción reiteradamente (núms. 2-1987, pp. 2289 ss., 2-1992, pp. 543 ss., etc.), es claro que esta idea inspiradora estuvo detrás del funcionamiento de la revista durante los tres decenios en que existió.

Ni que decir tiene que, en el trabajo que me ha correspondido glosar, hay mucho de esta idea. Como hemos visto, el acento se pone en la aproximación judicial al problema que se estudia. No es solo que el discurso no se fundamente en la recopilación doctrinal sino en el análisis jurisprudencial; es además, y sobre todo, que este último no se basa en la presentación de máximas genéricas sino que se contextualiza en los supuestos que se resuelven, sucintamente descritos. Se impone la ubicación de la doctrina en las circunstancias para la que se elabora, con la finalidad de interiorizarla y de comprenderla en su sentido último.

III.2. La búsqueda de los “puntos críticos”: sobre la eficacia general de los convenios en el modelo español de negociación

Por otro lado, en el citado prólogo a la traducción de las *Nociones* se brinda al jurista del trabajo una tarea adicional a la descripción del “derecho vivo del trabajo”: la valoración de las soluciones que resultan de él.

“En los Derechos que regulan sectores sociales vivos, sometidos a la acción de fuerzas e intereses colectivos, la norma reguladora está condicionada por criterios técnicos y por criterios ideológicos en continua revisión. De ahí que su estudio, inevitablemente, conduzca al jurista, pese a su dominio del método jurídico y a su afán de neutralismo, a *enjuiciar* la bondad de la norma, a valorar sus presupuestos reales; en una palabra, a revisar el criterio político que inspira y decide la fundamentación ideológica y la formulación técnica de dicha norma” (p. XI).

Esta idea enlaza con el segundo aspecto del magisterio de Efrén Borrajo que me interesa destacar: la búsqueda de los “puntos críticos” de las instituciones jurídicas que se estudian. Se trata de detectar aquellos focos de conflicto en su configuración y, por tanto, en la regulación que les compete, con la finalidad de encontrar alternativas que puedan ser valoradas por todos los interesados, desde el legislador hasta el juez, pasando por los diferentes poderes sociales que entran en conflicto en el momento de crear y aplicar las normas. Habida cuenta de la relevancia que tienen estos “puntos críticos”, es una expresión absolutamente frecuente en los títulos de sus trabajos: como se advierte en el listado de obras que arroja la consulta a Dialnet, encontramos referencia a ellos, entre otros muchos, desde en el capítulo con el que contribuyó al libro dedicado a la memoria de Abdón Pedrajas (2012) hasta el que dio a la obra colectiva *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, que se remonta a 1980.

Es verdad que la contribución que nos ocupa no la incorpora al título. Mas ello no implica que en ella no se encuentre uno de estos “puntos críticos” cuya búsqueda ha de guiar al iuslaboralista que se aproxima al tema. De hecho, se hace una referencia a la obra últimamente citada y se hace en concreto en el epígrafe que se dedica a “Neocorporativismo y pactación colectiva de eficacia limitada”. Lo primero no parece una casualidad: después de todo, podría haber hecho referencia a su conocido artículo sobre “La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español del trabajo” (*Revista de Política Social*, 126, 1980, pp. 5 ss.), cuyo contenido se volcó en la obra colectiva que ese mismo año publicó la editorial EDESA con la participación de diferentes miembros de su departamento (cfr. pp. 175 ss.). En cuanto a lo segundo, no deja de ser significativo que su querida expresión aparezca precisamente en este apartado, aunque sea solo por medio de la referencia a aquel trabajo colectivo.

Y es que la adopción del modelo corporativo de convenio colectivo fue criticada por Borrajo desde el principio. En los citados trabajos manifestó sus dudas respecto al papel que ha de ocupar el convenio de eficacia general en nuestro modelo de negociación. Que este sea el paradigma del convenio colectivo, de modo que, en línea de principio, todos los pactos negociados hayan de alcanzarla, constituyó uno de los “puntos críticos” que se ocupó de desarrollar personalmente en la obra colectiva y en el concomitante artículo de 1980. Y sin contar con otras aportaciones en la misma línea (cfr. “Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria”, *Actualidad laboral* 1-2000, pp. 140 ss.), cinco lustros después, en el trabajo presentado al homenaje a Tomás en 2006, continúa mostrando su valoración negativa, por más que haya quedado matizada por el transcurso del tiempo.

Muy probablemente, desde la perspectiva de 2022, este tema es el más interesante que plantea la obra que se analiza, aunque en su conjunto parece ocupar un lugar muy marginal. La revisión crítica del modelo “neocorporativo” de convenio colectivo es cuestión que, pese al tiempo transcurrido desde su introducción en 1980, no se ha afrontado por completo. Con independencia de que el plus de eficacia que el Título III ET confiere a los convenios colectivos negociados a su amparo pueda venir justificado en la evitación de vacíos de cobertura en un contexto de debilidad sindical, no puede desconocerse que no deja de plantear problemas de muy diverso tipo, que quizá se agravan a medida que las sucesivas reformas estatutarias alejan los requisitos de representatividad de la real representación de las organizaciones firmantes. Al margen de que sigue siendo posible discutir la constitucionalidad de la opción legislativa y, sobre todo, la vía que mayoritariamente se ha utilizado para orillar el problema, cabe discutir el modelo legal tanto desde la perspectiva sindical como desde el punto de vista económico-empresarial. En el primer terreno, si bien es cierto que el modelo mira a contrarrestar las carencias de consistencia organizativa en los interlocutores sociales, cabe pensar que tiene como efecto secundario su perpetuación; en el segundo, cabría pensar en que la atribución de eficacia general al conjunto de los convenios colectivos genera un marco normativo excesivamente denso y robusto.

Por supuesto, cada uno puede tener su opinión al respecto. Habrá quien haga hincapié en la protección de los trabajadores y piense que el modelo es óptimo pues garantiza una amplia tasa de cobertura. Habrá también quien sostenga opiniones más matizadas y considere necesario reconsiderar la forma en que los convenios adquieren eficacia normativa y acceden al *erga omnes*, lo que a la postre supondría discutir si todos los pactos deben desplegar estos efectos privilegiados o solo deben hacerlo algunos. Y ello sin contar con las diferentes aproximaciones en relación con el papel que corresponde a los acuerdos que quedan fuera del título III del Estatuto. Para cada uno de estos aspectos, podemos encontrar aportaciones de sumo interés. Sin embargo, no es este el momento de reproducirlas. De lo que se trata ahora es de rendir tributo a la obra del maestro Efrén Borrajo. Y para ello basta concluir estas reflexiones indicando que habrá de pasar mucho tiempo para que quien quiera abordar este tema pueda hacerlo sin tomar en consideración los “punto crítico” que señaló.