

Publicación Comentada:

BORRAJO DACRÚZ, E.: “Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de estudios sociales*, nº1 (1979).

Una reflexión en ciernes

Reflection in the making

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

 <https://orcid.org/0000-0001-7153-0701>

Cita Sugerida: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Una reflexión en ciernes”, *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): 123-128

Resumen

En esta reflexión insertada en el monográfico en homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus estudios incluido en el número 1 de la Revista de Estudios Sociales del año 1979 titulado “Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores”.

Abstract

In this reflection included in the monograph in honor of Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his studies included in number 1 of the Social Studies Journal from 1979 titled “Collective Agreements in the New Framework of Labor Relations (An Introduction to the Workers’ Statute)” is analyzed

Palabras clave

Convenio colectivo; relaciones laborales; negociación colectiva

Keywords

Collective agreement; labor relations; collective bargaining

I. INTRODUCCIÓN

Con cierta indisciplina y abusando de la generosidad del profesor Monereo, que ha tenido la amabilidad de invitarme a participar en esta excelente iniciativa de homenaje y relectura de la obra del profesor Borrajo Dacruz, quisiera cambiar el objeto del estudio que me asignó glosar. Aunque la propuesta que me hacía, comentar la importante aportación de Borrajo¹ al libro *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* que tuve el honor de dirigir en el año 2005 (Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2005), me halaga y era sin duda oportunísima por múltiples y variadas razones, he preferido centrar mi reflexión en otro ensayo del profesor Borrajo, de difícil acceso, que tuve la ocasión de leer hace pocos años, que me pareció entonces y me parece hoy enormemente clarificante y que me parece necesario dar a conocer y difundir. Me refiero al estudio “Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores)”, publicado en la extinta Revista de Estudios Sociales del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos.

Seguramente la principal aportación de mi texto sea esta: la recuperación de un ensayo del profesor Borrajo que por su publicación en una revista extravagante, que además se extinguió poco después de la publicación del número que lo recoge –al parecer la revista se publicó entre los

¹ Se trata del estudio “Negociación colectiva y libertad de empresa” que aparece en las páginas 347-386 del volumen.

años 1971 y 1980—, no es suficientemente conocido y, en todo caso, lo citado que, a mi entender, debiera. Ojalá el éxito seguro de esta interesantísima iniciativa del profesor Monereo le lleve a otra, igualmente honrosa para el maestro y fundamental para la memoria del Derecho del trabajo español: la publicación en la prestigiosa colección de clásicos, que con tanto acierto dirige y publica la editorial Comares, de una recopilación de los principales ensayos del maestro gallego.

Las razones que me han llevado a la indisciplina de reformular el encargo que recibí son tres. En primer lugar, el extraordinario interés del momento en el que el ensayo fue gestado. En segundo lugar, la agudeza de su planteamiento y, por momentos, la clarividencia de su análisis prospectivo. Y, por último, *last but not least*, la actualidad de sus reflexiones. Que nadie se llame a engaño. Entiéndaseme: cuando hablo de la actualidad de sus reflexiones no estoy postulando una reconfiguración de nuestro sistema en la línea que Borrajo apuntaba, creo que nuestro sistema en sus líneas maestras está sólidamente asentado y que puede en su favor acreditar el desarrollo y la modernización —ésta parcial e insuficiente, baste aludir a la pervivencia del convenio colectivo sectorial provincial— que se ha producido en nuestra negociación colectiva desde el año 80, pero sí creo que cualquier reflexión crítica sobre su funcionamiento y cualquier reforma que se emprenda para reformarlo y hacerlo más eficaz y/o eficiente debiera tener muy presente las advertencias y consideraciones vertidas en su día por Borrajo.

II. CONTENIDO

Sobre el momento crucial en el que el ensayo fue escrito, el propio autor empieza reflexionando. Acababa de ser publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 19 de mayo de 1979 (núm. 36-I) el Proyecto de Ley de Convenios Colectivos, un proyecto llamado a liberalizar la negociación colectiva española y a colmar el vacío normativo causado por “el cambio radical producido en el régimen sindical español”, al decir del autor imaginativamente colmado hasta entonces por las Delegaciones provinciales de trabajo, la Dirección General de Trabajo y la magistratura. Pero no está claro cuál será el destino del mismo, pues “a juzgar por las noticias de prensa y los comentarios oficiosos”, “parece que el Proyecto ha vuelto a entrar en compás de espera”. Se apunta la solución de incluirlo en una parte o Título del Estatuto de los trabajadores, que de esta forma regularía la relación individual de trabajo, los conflictos colectivos de trabajo, la representación del personal en la empresa y la negociación colectiva. Tal eventual contenido para el Estatuto no plantea, a juicio del autor, problema de constitucionalidad alguno, pues son materias todas ellas que pueden ser reguladas por ley ordinaria. Se trata dice cabalmente Borrajo “de una opción política, sometida, sin más a consideraciones de oportunidad y conveniencia”.

El momento en el que el ensayo se escribe y publica es ciertamente crucial para la transición sociolaboral española y para el establecimiento de lo que serán las bases de nuestro sistema democrático de relaciones laborales. Todo estaba por definir y, cuando tal cosa acontece, la reflexión de altura resulta más necesaria que nunca.

Por ello, con buen criterio, Borrajo renuncia a llevar a cabo una exégesis pormenorizada del contenido del proyecto y se propone “remontar la perspectiva del comentario”, pues es más que probable que sea objeto de importantes modificaciones. El proyecto —nos informa— se presentó a Consejo de Ministros antes de publicarse la Constitución y se ha mantenido tal cual, aunque solo fuera por ello —entiende— debiera revisarse.

El autor decide, en efecto, no entrar en el análisis detallado del Proyecto y centrar el estudio en el “basamento doctrinal de dicho Proyecto, pues las noticias citadas coinciden en que se mantiene”. En este enfoque radica, a mi entender, el principal interés del ensayo, que se eleva y decide confrontar el “modelo” de negociación colectiva que el proyecto incorpora con la situación comparada. Y es que este basamento es el que, a juicio del autor, “resulta, en verdad, más que discutible, tanto a la luz de las

posiciones asumidas por la Constitución como en razón de la necesaria armonización de la legislación laboral española a las directrices dominantes de la legislación laboral de la Comunidad Europea”.

Desde este planteamiento, el autor empieza por confrontar los que elementos caracterizadores del modelo de negociación colectiva de corte corporativo, del que se estaba saliendo y que el nuevo marco constitucional obligaba a superar, de los propios de un modelo liberal, pluralista y democrático de corte occidental, manifestando en todo momento profunda preocupación por que el vino nuevo se acabe malogrando en odres viejos. “Hay una ley de inercia que también opera en política –escribe Borrajo–; y la Historia y la experiencia de cada día informan cumplidamente de cómo *los hechos y las instituciones sociales se transforman pero no se destruyen*. Las *ideas* que se rechazan oficialmente retornan en forma de *creencias y de usos sociales* y dominan la práctica cotidiana o se hacen presentes al facilitar la interpretación y la aplicación de las *nuevas normas*”. “En el Derecho laboral español hay un riesgo clarísimo en perspectiva: que los nuevos sindicatos, *llamados por Ley a ser sujetos de derecho privado*, con todas sus consecuencias, en el orden político, sin embargo, actúen, o traten de actuar, como sustitutos de las anteriores formaciones sindicales, *y se arroguen sus competencias y funciones, propias de Entes públicos*”. “El proceso de transición entre el régimen político anterior y el nuevo régimen ha producido aquí, como en otras muchas esferas de la vida nacional, un vacío normativo y, sobre todo, un vacío institucional. De ahí la previsible sugestión: se trataría de salvar la solución y *evitar la ruptura* mediante la asunción por los nuevos sindicatos del papel oficial asignado al anterior” (Las cursivas son del autor).

La confrontación de modelos resulta, para el autor, muy ilustrativa y necesaria, pues se corre el peligro de que “la configuración de los sindicatos y de sus funciones pueda estar durante muchos años determinada, en buena medida, por la Historia inmediata, más propicia a los esquemas corporativos que a los principios y a las acciones de corte liberal y pluralista”.

La descripción del modelo corporativo vigente en nuestro país hasta la transición es esquemática pero atinada y rigurosa. La legislación franquista – se nos dice– consolidó y generalizó unas formaciones sindicales, únicas y totales que funcionaban en base a unos cuerpos técnicos de funcionarios, sin necesidad de la adhesión activa de los trabajadores y de los empresarios. Estas formaciones, integradas en el aparato del Estado, tenían personalidad jurídica de Derecho público y cumplían dos misiones: una de participación institucional ocupando los distintos puestos que les atribuía la Ley en los más variados ámbitos (desde las Cortes Españolas a la planificación del Desarrollo), y otra normativa que ejercieron primero participando en la elaboración por el Ministerio de Trabajo de las Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales y, desde 1958, en la negociación de los convenios colectivos sindicales de trabajo. Estos convenios, resultado del “maridaje Estado y sindicato”, se suscribían sobre la base de la representación total confiada por la Ley a las organizaciones sindicales, se completaban con un acto administrativo de aprobación o de homologación y, con su publicación, alcanzaban eficacia normativa general.

Para el autor, la nueva legislación sindical y la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT, sobre libertad sindical y sobre negociación colectiva, así como la firma de otros Pactos y Acuerdos Internacionales, suponen “una completa revolución en el orden de los principios” que debiera traducirse en la construcción de un nuevo régimen sindical que tenga por protagonista al sindicato sujeto de Derecho privado y por principio axial el de libertad sindical. Los nuevos sindicatos están “*llamados por Ley a ser sujetos de Derecho privado* con todas sus consecuencias”; “en el nuevo sistema sindical –sostiene– el principio cardinal tiene que ser el principio de la libertad sindical, tanto positiva, para afiliarse al sindicato elegido, como negativa o de no afiliación a ningún sindicato”. El corolario de este nuevo modelo por lo que al convenio colectivo se refiere es el convenio de eficacia limitada, pues “*los sujetos con capacidad jurídica privada podrán crear situaciones jurídicas pero no pueden imponerlas a otras personas sin contar con la voluntad de estas*”. Para Borrajo, la concepción liberal y pluralista de los sindicatos y de la negociación colectiva quedaría negada “si una o algunas

de las organizaciones profesionales *parciales* pudieran imponer, *por sí mismas*, a tenor de sus propios e internos Estatutos, *su ley* a los miembros de otras organizaciones, o a quienes no formen parte de ninguna en el libre y garantizado ejercicio de su libertad de no sindicación” (las cursivas son del autor).

El autor no deja de ser consciente de que en la Constitución hay elementos que postulan en favor de un papel distinto, menos privatista para el sindicato. “La CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA puede ofrecer fundamento en Derecho a una configuración dualista del sindicato y de su cuadro de funciones. El art. 7 complica, so pena de aceptar una reiteración de principios, la orientación privatista que se ofrece en el art. 28.1. La colaboración de los sindicatos en las funciones del Estado (...) –concluye– puede ofrecer otros tantos puntos de litigio entre un estatuto jurídico privado y un estatuto jurídico público” (las mayúsculas son del autor). Pero ello no le aparta de la visión dual que ha expuesto y que, a su entender, debiera traducirse en un sistema de negociación colectiva con elementos bien definidos.

Para Borrajo, del legislador español es exigible “un replanteamiento desde las mismas bases del problema, para que fije un criterio congruente con la posición constitucional” “y con las directrices dominantes en Europa, en los distintos puntos que demandan regulación” (partes negociadoras, sujetos obligados, unidades de negociación, fuerza de obligar, objeto del convenio, concurrencia de convenios, atribuciones y competencias de las comisiones deliberantes y de aplicación e interpretación y ultraactividad). Pero la clave de bóveda del sistema debe venir dada por una distinción clave: “el NUEVO DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO está obligado a distinguir al igual que sus homólogos europeos (Francia, Alemania Federal, Bélgica, Italia, etc.), entre: el convenio colectivo ordinario o común, de eficacia relativa, y el convenio colectivo extraordinario o especial, de eficacia general” (Las mayúsculas son del autor). El eje de esta distinción dual debe ser el primero: “El convenio colectivo nuevo ya es desde 1977, y tendrá que seguir siendo, el convenio colectivo que limite sus efectos a los sujetos representados por quienes ocupen la posición de partes en la negociación. Este, y no otro, es el convenio típico en un sistema político liberal aunque sea de signo social. Y como el Proyecto de Ley que motiva este ensayo lo ignora, hay que denunciarlo por tan grave –gravísima– omisión”.

Para Borrajo esta opción de política del Derecho viene dada por la Constitución, por el reconocimiento pleno de la libertad sindical llevada a cabo en la misma (art. 28.1 CE), por la apertura del art. 37 CE a la negociación colectiva no sindical y porque mientras una ley orgánica no establezca otra cosa los sindicatos quedan en “*pie de igualdad entre sí*”.

Precisamente, del reconocimiento constitucional de la libertad sindical y de la igualdad de derechos entre todos los sindicatos deriva la exigencia de que para que pueda otorgarse “eficacia general a los convenios celebrados por ciertos sindicatos” sea necesaria “la promulgación de un texto legal suficiente que permita realizar dicha calificación”. Para Borrajo, en efecto, “la Ley orgánica sindical” constituye un “presupuesto necesario del convenio colectivo *erga omnes*”, consecuentemente “*el proyecto de Ley sobre la negociación colectiva demanda, a su lado, otra norma legal, con naturaleza de Ley orgánica, que determine la capacidad de ciertas organizaciones para actuar en nombre de la categoría profesional, con aptitud, por tanto, para vincular a la totalidad del sector; que imponga la intervención del Estado; que regule procedimientos rigurosos de negociación, etc.*”. “Mientras no se logre tal normativa –concluía–, el convenio colectivo en España que aspire a ser congruente con la vigente regulación legal de la libertad sindical tendrá que mantenerse en los límites del convenio colectivo de eficacia normativa limitada, aplicable exclusivamente, a los empresarios y a los trabajadores REPRESENTADOS voluntariamente por las partes negociadoras” (las mayúsculas son del autor).

III. COMENTARIO

Hasta aquí la exposición de los principales contenidos del ensayo y desde aquí algunas reflexiones sugeridas por la lectura detenida del mismo.

No creo que sea necesario ponderar de nuevo el interés del texto. Aunque solo sea para conocer el debate doctrinal de altura que acompañó a la gestación del Estatuto de los Trabajadores, el ensayo merece una lectura sosegada. Pero hay más: examinar lo que ha sido la conformación de nuestro sistema de negociación colectiva a la luz de estas reflexiones permite entender mejor la evolución experimentada, los distintos elementos que hoy lo integran y el rol que desempeña cada uno.

Como de la reseña previa cabe deducir, las dos principales opciones de política del Derecho que Borrajo postuló en el momento de sentar las bases del sistema democrático de negociación colectiva fueron dos:

- En primer lugar, una visión dicotómica de los futuros convenios colectivos, convenios de eficacia personal limitada *versus* convenios *erga omnes*, en la que debían ser los primeros, a los que denomina “convenios ordinarios”, la regla del sistema. En efecto, por imperativos del principio general de libertad y, específicamente, del de libertad sindical, el convenio de derecho privado que ciñe su ámbito de aplicación a quienes lo suscriben y a sus representados, estaba llamado, a su juicio, a ser el eje del nuevo sistema negocial.

Para Borrajo, la liberalización de nuestro sistema de relaciones laborales, que necesariamente debía suponer una ruptura con el orden corporativo anterior, pasaba por generalizar el convenio colectivo de derecho privado, un convenio que curiosamente el Proyecto de ley de convenios colectivos ignoraba. Se hacía necesario “*revisar las normas y modos culturales* y mantenerse en guardia para evitar (...), que las formas corporativas expulsadas por la puerta de la Constitución reaparezcan en escena al regresar por la ventana de las Leyes ordinarias, cuando no de las propias prácticas sindicales, pues muchas veces son los propios sindicatos, nacidos al amparo de un régimen de libertad sindical y de pluralismo, quienes postulan en beneficio exclusivo de alguno o algunos de ellos las viejas prerrogativas de las organizaciones totales y únicas, y pretenden subrogarse, sin más, en aquellas posiciones privilegiadas de poder político; y reclaman, tal es el caso, que sus acuerdos, pese a emanar de *organizaciones de afiliación limitada*, vinculen a *todos* los comprendidos en un sector o rama de actividad económica y *no solo a sus representados*” (las cursivas aparecen en el original).

- En segundo lugar, la previsión legal de un convenio de eficacia general debe venir precedida del desarrollo del art. 28.1 de la Constitución que prevé una Ley orgánica sindical, pues la atribución a determinados sujetos colectivos de la prerrogativa exorbitante establecer regulaciones de obligación general necesariamente debía pasar por una cuidadosa selección de los sujetos legitimados para ejercer tal potestad y, en paralelo, por una regulación legal detallada y garantista de las distintas fases del proceso negocial.

A la luz de lo que sería la regulación estatutaria del 80 y la posterior evolución de nuestro sistema de negociación colectiva resulta evidente que el planteamiento que el profesor Borrajo proponía fue desatendido. Pese a que seguramente desde una perspectiva técnico jurídica su tesis sobre la necesidad de un desarrollo previo de la Ley orgánica sindical para abordar a continuación la regulación del sistema de negociación colectiva era la más rigurosa y ortodoxa, se sacrificó el rigor al pragmatismo político y se prefirió “hacer camino al andar”. También fue una manifestación de inteligente pragmatismo superar la dicotomía del discurso borrajiano y optar por democratizar, si se nos permite la expresión, el convenio de eficacia *erga omnes*, mediante el sagaz expediente de establecer de reglas de verificación de la representatividad sindical utilizando al efecto los datos

obtenidos en la elección de los representantes de los trabajadores. En estos momentos en los que parece imponerse cierto “revisionismo” irreflexivo sobre la Transición, he aquí dos manifestaciones inteligentes de lo que fue, creo, el espíritu de la transición en materia laboral.

Visto con distancia, no deja de resultar paradójico que la defensa a ultranza de la liberalización del sistema, convirtiendo al convenio de eficacia limitada en eje del sistema, la llevara a cabo quien había sido uno de los ideólogos del régimen corporativo, en el que había desempeñado cargos de alta responsabilidad, y que, por el contrario, el centro y la izquierda fueran quienes recuperaran para el nuevo sistema de relaciones laborales –y no sin cierto entusiasmo– el convenio colectivo de eficacia *erga omnes*.

Ahora bien, desatender el rigor al que llamaba el maestro gallego y sus oportunas advertencias tuvo, ha tenido y tiene su coste. No haber acompasado la reforma de la negociación colectiva de la Ley orgánica sindical produjo en la primera hora disfunciones de no menor entidad. Por su parte, la omisión del Proyecto de Ley de Convenios Colectivos de toda referencia al convenio colectivo de derecho privado, que Borrajo calificaba entonces de “grave–gravísima”, se trasladó luego al Estatuto de los Trabajadores para convertirse con el tiempo en un elemento estructural de nuestro sistema, que sigue construido sobre esa carencia. Como es sabido, primero hubo un intenso debate en el que llegó incluso a cuestionarse su legalidad. Pero pronto se impuso la estrecha conexión entre el convenio extraestatutario y la libertad sindical y la discusión se centró en dilucidar la eficacia jurídica y personal del mismo, polémica que, al menos doctrinalmente, sigue abierta. Sea como fuere, lo cierto es que nuestro marco legal, salvada alguna referencia más o menos explícita y en todo caso muy menor, sigue ignorando la figura, que tiene en la práctica un desarrollo raquítico, y ha debido ser la jurisprudencia la que ha “clarificado” su eficacia y determinado su régimen jurídico.

Pero el carácter hegemónico del convenio estatutario y la marginalidad del convenio de derecho privado han resultado determinantes para la conformación de nuestro sistema, hasta el punto de que están en la base de alguno de los defectos del mismo y son fundamentales para entender las sucesivas reformas legales operadas en el marco legal. La hegemonía del convenio estatutario y la rigidez a él inherente son la justificación última de las espitas que abre en el sistema la reforma laboral del 2012 y que, a mi juicio, la de diciembre del 2021 no ha hecho sino corroborar: me refiero a la regulación del descuelgue y a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Probablemente un sistema en el que convivieran con más naturalidad ambos tipos de convenios y en que el convenio de derecho privado aportase al sistema los elementos de flexibilidad que le son propios, hubiera hecho innecesario abrir estas espitas.

No soy aficionado a las ucronías, porque como quienes protagonizaron la Transición soy partidario de las soluciones pragmáticas, pero después de leer el ensayo de Borrajo se me hace difícil no preguntarme qué hubiera sido y sería de nuestro sistema de relaciones laborales si el legislador hubiera hecho suyos los planteamientos del maestro gallego: ¿Tendría nuestra negociación colectiva el nivel de cobertura que hoy tiene?, ¿tendrían los sindicatos y organizaciones patronales el nivel de afiliación que tienen?, ¿despertarían el nivel de confianza en la ciudadanía del que hoy gozan?, ¿habría más o menos pluralismo sindical?, ¿qué niveles de conflictividad social se habrían padecido y existirían?, ¿una mayor independencia y menor implicación institucional de nuestros sindicatos y asociaciones empresariales más representativas redundaría en favor o en menoscabo de su legitimación social?

Ya he dicho que no soy partidario de perder el tiempo en ucronías, pero me parece interesante, al hilo de la lectura, formularse estas cuestiones. Como me resulta muy interesante destacar –cosa que he hecho a lo largo de este comentario– los recursos tipográficos (cursivas, mayúsculas) que en el texto utiliza el autor y que, vistos desde nuestra era digital, constituyen un signo de modernidad por su parte. A diferencia de las cursivas, muy utilizadas a lo largo del texto, las mayúsculas son escasas, aparte la mención a textos normativos –a la Constitución y al Estatuto de los Trabajadores–, se reserva –se ha ya citado– para dos expresiones: “NUEVO DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO” y “REPRESENTADOS”. Aquí lo dejo.