

Negociación colectiva y principio de igualdad¹

Rafael Senra Biedma

Abogado

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UPF

1. El Estado de la cuestión

Uno de los temas más polémicos doctrinalmente del derecho colectivo del trabajo en la actualidad, es la delimitación del ámbito de afectación por el principio de igualdad del resultado de la negociación colectiva. Los puntos de partida sobre los dos binomios principio de igualdad y prohibición de discriminación, por un lado; y empleador público y empleador privado por otro, se han ido desarrollando en la doctrina del Tribunal Constitucional de forma progresiva y coherente, seguida con algunas oscilaciones por parte de los tribunales ordinarios en sus primeros pasos, pero ahora ya extendida de forma pacífica. Según esa doctrina consolidada, como se sabe, el principio de igualdad de trato, en el seno del contrato de trabajo o de la autonomía individual, sólo resulta exigible frente a la Administración Pública cuando actúa como empleador, pero no frente al empleador privado.

La razón constitucional de esa diferente posición es que el empleador privado goza de autonomía de voluntad en sus relaciones contractuales laborales, mientras que la Administración Pública, sometida por mandato constitucional al principio de legalidad, carece de ella. La consecuencia más conocida de esa diferenciación es que, en materia salarial, la Administración Pública está sometida, en las relaciones contractuales laborales con sus trabajadores, al principio de “salario igual por trabajo igual o de igual valor”, manifestación en el ámbito retributivo del principio de igualdad, mientras que el empleador privado sólo se encuentra sometido a la prohibición de discriminación (trato peyorativo salarial a persona perteneciente a un colectivo social precarizado o digno de especial protección, una especie de prohibición de que “llueva sobre mojado”), resultando ajustadas a derecho las diferenciaciones salariales que realice entre los trabajadores a nivel individual siempre y cuando se respete la jerarquía de fuentes, esto es, se respete el derecho mínimo necesario establecido en la ley y/o en el convenio colectivo.

Sin embargo, en lo que se refiere a la aplicación o no del principio de igualdad al resultado de la negociación colectiva sindical o unitaria, los criterios jurisprudenciales de los tribunales ordinarios continúan nadando en la confusión y la incoherencia, pues siguen sosteniendo que el Tribunal Constitucional aún no ha construido una doctrina unívoca definitiva sobre el tema. De otro lado, la incoherencia de las resoluciones judiciales en este concreto ámbito de aplicación o no del principio de igualdad, traen consigo no pocas contradicciones con el sistema de fuentes de la relación laboral regulado en el artículo 3 del TRLET, especialmente en la “degradación” de algunos resultados de la negociación colectiva a una naturaleza meramente contractual, en relación a la fuerza vinculante de los resultados de la negociación colectiva, cuyo respeto ordena el artículo 37.1 de la Constitución Española. En este ámbito, nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina legal siguen navegando en ocasiones a la deriva, con pronunciamientos deficitarios en fundamentación jurídica, cuando no contradictorios con nuestro sistema de fuentes de la relación laboral.

¹ Vid. Las colaboraciones de Manuel Luque Parra (IUSLabor 4/2005), y Miguel Falguera Baró (IUSLabor 3/2006), comentando algunas de las sentencias dictadas al respecto. www.iuslabor.upf.edu

2. El punto de partida: la aplicación del principio de igualdad ante la ley más allá de la ley, esto es, más allá de la letra a) del punto 1 del artículo 3 del TRLET.

Puede decirse que es criterio jurisprudencial pacífico que el principio de igualdad ante la ley, en lo que a las fuentes de la relación laboral se refiere, resulta aplicable y exigible más allá del espacio reservado a la heteronomía estatal en nuestro sistema de fuentes, adentrándose también en la letra b) del artículo 3 del TRLET, el cual sitúa genéricamente al convenio colectivo (sin más connotaciones o adjetivos), como segundo grupo de fuentes de la relación laboral.

La razón de ser de esa extensión de la aplicación del principio de igualdad ante la ley no es otra que, en el seno de los resultados de la negociación colectiva se incluyen acuerdos que resultan aplicables con carácter general a todos los trabajadores del ámbito de negociación, tanto presentes como futuros e incluso, en algunos supuestos, pasados. Esto es, en determinados supuestos, los convenios y acuerdos colectivos vinculan a los trabajadores y empleadores incluidos en su ámbito con una fuerza vinculante que no nace del derecho privado (por la vía del mandato o de la representación individual o plural), sino de una delegación institucional consecuencia de un desplazamiento de parte del monopolio normativo del Estado hacia los representantes del interés colectivo de los trabajadores.

Ahora bien, como es sabido, no todos los representantes de los trabajadores pueden erigirse en representantes de ese interés colectivo que les habilita institucionalmente para negociar acuerdos colectivos que se proyecten universalmente con eficacia “erga omnes” (que es una de las expresiones que caracteriza a las normas jurídicas), para todos los trabajadores individuales, presentes y futuros, incluidos en el ámbito de la negociación. Para ello, nuestro ordenamiento jurídico establece como premisa o requisito material básico, que los representantes del denominado “banco social” sumen al menos la mitad más uno de los representantes unitarios electos en el ámbito de afectación del acuerdo. Es este el elemento cualitativo que convierte a los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva en representantes institucionales del interés colectivo, y posibilita la conversión de la naturaleza meramente contractual y “uti singuli” de los acuerdos (individual o plural), a la naturaleza normativa o “erga omnes” de los mismos (universal y anónima).

El título III del TRLET limita esa legitimación para la representación del interés colectivo de los trabajadores en las negociaciones supra empresa a los sindicatos que, en su conjunto, sumen la mitad más uno de los representantes unitarios electos en el ámbito de la negociación; y en las negociaciones de empresa o inferiores a la empresa, alternativamente, a los órganos de representación unitaria de los trabajadores, como tales, o a los sindicatos que sumen en el ámbito de la negociación la mitad más uno de los representantes unitarios.

Esta es la nítida disección que el legislador ordinario establece para distinguir la legitimación para negociar en representación del interés colectivo de los trabajadores con afectación “erga omnes” o normativa, es decir, lo que ha venido a denominarse la capacidad para negociar y suscribir convenios colectivos “estatutarios”, fruto de ese “plus” de representación otorgado institucionalmente, más allá del simple mandato del derecho privado, esto es, de la representación de sus afiliados (en el caso de los sindicatos), o de los que participaron como votantes en el proceso electoral (caso de los representantes unitarios).

El resto de los extremos regulados en el título III del TRLET inciden, no en la legitimación para negociar estos acuerdos con fuerza normativa, sino en requisitos formales de desarrollo, contenido, concurrencia, sucesión, o publicidad de la negociación o de los acuerdos adoptados por las partes legitimadas. El título III del TRLET nada dispone sobre el carácter “ad solemnitatem” o “ad probationem” de los referidos requisitos o formalidades, pero pocos podrán discutir que, los únicos requisitos auténticamente constitutivos de los convenios colectivos que en él se regulan, son aquellos que garantizan jurídicamente el carácter normativo o “erga omnes” de los mismos, contenido en la definición del artículo 82.3 del propio Estatuto. Y no son otros que los que garantizan o definen la legitimación para representar el interés colectivo de los trabajadores o, lo que es lo mismo, para ostentar el “plus” de representatividad institucionalmente otorgado.

3. La jurisprudencia “extra legem”: el nacimiento, con posterior “bautizo” solemne, de los denominados convenios colectivos “extraestatutarios”.

Cual es igualmente conocido, en no pocas ocasiones, la negociación colectiva dio a luz acuerdos o convenios en los que no concurría en el banco social el grado de representatividad exigido para la representación del interés colectivo de todos los trabajadores sobre los que se proyectaría la regulación pactada.

Esas otras opciones de negociación colectiva, connotadas por la imposibilidad de cobijarse bajo la representatividad institucional o universal de todos los trabajadores incluidos en el ámbito funcional y territorial correspondiente, plantearon un problema hermenéutico a los órganos judiciales, ante el silencio del legislador ordinario en el Estatuto de los Trabajadores sobre la naturaleza jurídica y el grado vinculante que correspondería a esas otros acuerdos en los que, interviniendo las representaciones sindicales de los trabajadores, el grado de representatividad de las mismas no las hicieran acreedoras de la representatividad institucional del interés colectivo.

La casi totalidad de la doctrina científica y de la doctrina legal, se inclinaron por entender que el modelo de convenio colectivo normativo y de vinculación general regulado en el Título III del TRLET no podía ser encumbrado como el único legalmente posible, y se concluyó que el derecho de los representantes de los trabajadores a la negociación colectiva proclamado en el artículo 37.1 de la Constitución Española no podía limitarse, en cuanto a su resultado, a los convenios colectivos del regulados en el título III del TRLET que, de ese modo, pasaron a denominarse convenios colectivos “estatutarios”, para diferenciarlos de la nueva figura “extra legem”, procreada por la doctrina y más tarde consagrada por la jurisprudencia, de convenios colectivos “extraestatutarios”.

Ahora bien, a la nueva criatura, faltos sus progenitores de la representatividad institucional del interés colectivo de los trabajadores, y, en consecuencia, heredada esa circunstancia de los componentes del “banco social”, no podía dotársela con la capacidad normativa o “erga omnes” que el TRLET únicamente reserva a los órganos unitarios de la representación de los trabajadores (a nivel de empresa o inferior), o a los sindicatos (en cualquier ámbito) que, en su conjunto, cuenten con la mayoría absoluta de los representantes unitarios electos. Se decidió entonces situar a estos convenios colectivos extraestatutarios, suscritos por sindicatos que, en su conjunto, no alcanzaban esa mayoría absoluta y, por ello, privados de la impronta del plus de representatividad pública institucional, en el ámbito del derecho privado en sentido estricto, enmarcándose esta manifestación de la negociación “colectiva”, en la dogmática,

bien de la representatividad del derecho privado (mandato de los afiliados a sus representantes), bien de la representación asociativa privada.

Sin embargo, esos convenios colectivos extraestatutarios, caracterizados así en aquellos momentos, comenzaron a generalizarse, en gran parte porque podían ser utilizados por las organizaciones patronales, o por los empleadores singularmente considerados, en connivencia de intereses con los sindicatos minoritarios, para debilitar o romper las posiciones de fuerza de los sindicatos mayoritarios en la consecución de plataformas más ambiciosas de derechos para los trabajadores representados, pues cuando la negociación con pretensiones sociales al alza se extiende temporalmente sin obtener el resultado apetecido por la negativa empresarial, aparece el convenio colectivo extraestatutario como un acuerdo a la baja pero ya efectivo.

Para completar ese efecto disuasorio sobre actitudes de resistencia en defensa de convenios al alza, tras la invocación, por unos, de que la fuerza vinculante a que se refiere el artículo 37.1 de la Constitución debe entenderse siempre y como mínimo, situada más allá de la mera fuerza contractual u obligacional, y, por otros, de que la extensión de la vinculabilidad del convenio extraestatutario sólo a los afiliados de los sindicatos minoritarios firmantes podía afectar negativamente al derecho fundamental a la libertad sindical, por la posibilidad de que el empleador utilizara esa negociación minoritaria con acuerdo, para favorecer la afiliación a los sindicatos minoritarios, y porque surgiera como requisito necesario para poder beneficiarse del mini acuerdo la divulgación de la afiliación sindical, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia llegaron a la conclusión de que, si el empleador extendía la aplicación de ese acuerdo a la baja, a los trabajadores no afiliados a los sindicatos minoritarios firmantes, sin que constara oposición de esos trabajadores, también pasarían a ser acreedores de los beneficios pactados extraestatutariamente. Se potenciaba de ese modo a esa creación doctrinal y jurisprudencial como un instrumento extraordinariamente útil para romper posiciones colectivas de fuerza en la negociación colectiva y perjudicar a los sindicatos mayoritarios en cada caso, y abundar en instancias que facilitaran la división sindical. Y, con ese efecto extensivo, se realizó el bautizo de un convenio extraestatutario de ámbito personal limitado sólo en el momento de origen, pero con una clara tendencia a la generalización progresiva a todos los trabajadores a medida que avanzaba el calendario sin acuerdo en la negociación del convenio colectivo estatutario.

4. La doctrina y la jurisprudencia “contra legem”, sobre los acuerdos y convenios colectivos extraestatutarios por incumplimiento de requisitos formales contenidos en el título III del TRLET.

La anterior doctrina legal y jurisprudencia “extra legem”, se ha acabado transformando en algunos supuestos en una doctrina “contra legem”, como consecuencia, esta vez, de dar una interpretación inadmisiblemente rigorista y extensiva a los requisitos de forma, que no de fondo, exigidos en el título III del TRLET para los convenios allí regulados, ampliando como consecuencia de ello, en un plano totalmente distinto, el espacio de la creación doctrinal y jurisprudencial originaria de los llamados convenios colectivos extraestatutarios. Así, se viene afirmando que el incumplimiento de determinados requisitos de forma previstos en el Título III del TRLET para los convenios colectivos estatutarios, aún cuando los interlocutores en la negociación ostenten la mayoría absoluta de los representantes electos, transforma los acuerdos, pactos y convenios colectivos en extraestatutarios, y, en consecuencia, se les limita la eficacia al ámbito puramente obligacional, descartando su eficacia normativa.

Se trata de una jurisprudencia “contra legem” porque, como se ha indicado antes, la frontera que separa lo normativo de lo obligacional en la negociación colectiva, es la que separa la representación institucional del interés colectivo y anónimo de los trabajadores, de la representatividad basada en el mero mandato iusprivatista, vía afiliación o asociación. El incumplimiento de unos determinados requisitos formales, dependiendo de que éstos sean “ad solemnitatem” o “ad probationem”, comportará jurídicamente, siempre que el referido incumplimiento no sea subsanado, bien la nulidad, bien la anulabilidad de los acuerdos colectivos afectados, pero nunca su “validación” mediante su “reconversión”, vía jurisdiccional, a un nivel puramente obligacional de afectación a los afiliados (en el supuesto de que el sujeto social negociador sea sindical), y a los que se adhieran por acción u omisión al acuerdo. Los requisitos formales, en cuanto normas prohibitivas o imperativas que son, tienen legalmente, en cuanto a su incumplimiento, los efectos previstos en el artículo 6.3 del Código Civil (la subsanación o la nulidad), a no ser que la norma específica contemple un efecto distinto. Y el caso es que la norma específica laboral no contempla ningún efecto distinto para el supuesto que nos ocupa.

Esta doctrina legal y jurisprudencia “contra legem” está produciendo, entre otros efectos contrarios al sistema de fuentes de las relaciones laborales, la exclusión de estos acuerdos, pactos, o convenios colectivos adoptados por los representantes de la mayoría absoluta resultante de las elecciones sindicales, del espacio en el que juega el principio de igualdad ante la ley, en su manifestación retributiva básica de “salario igual por trabajo igual o de igual valor”, permitiendo su utilización para dar entrada a las dobles tablas salariales por la fecha de ingreso en la empresa.

En algunas de estas resoluciones judiciales se ha venido a sostener, en su deseo de argumentar sobre la cuadratura del círculo, que esa diferencia salarial en la doble tabla por fecha de ingreso, resulta legalmente posible por cuanto el propio pacto o acuerdo colectivo crea una condición más beneficiosa a favor del personal beneficiario de la tabla superior, a la que se denomina “condición más beneficiosa colectiva o de efectos colectivos”, desnaturalizando la fuente de la situación históricamente consolidada para ese instituto jurídico-laboral, que la reduce al exclusivo ámbito de la autonomía individual del empleador, fuente que la produce tanto en el supuesto de que el beneficio sobre la norma mínima exigible, tenga un solo trabajador como destinatario, varios trabajadores destinatarios considerados “uti singuli”, o la generalidad de los trabajadores de la empresa.

El carácter individual, plural, o colectivo de los trabajadores beneficiarios de la “concesión” unilateral del empleador no supone, ni puede suponer jurídicamente, un desplazamiento de la fuente de la condición más beneficiosa desde la letra c) a la letra b) del punto 1 del artículo 3 del TRLET. Se trata de una doctrina claramente “contra legem” que, de paso, ayuda a debilitar y obstaculizar la negociación colectiva legitimada para realizar acuerdos “erga omnes”, de eficacia normativa, por haber superado el umbral de la representación institucional del interés colectivo de los trabajadores.

Cierto que los sindicatos mayoritarios, en muchas ocasiones, no ven con malos ojos esa jurisprudencia o doctrina legal que aquí se critica y se califica como “contra legem”, pues son propensos a potenciar siempre los convenios colectivos sectoriales y, en todo caso, los supraempresariales, más cercanos a la dirección de los sindicatos y más alejados de las secciones sindicales de base. Ello, sin duda, ha favorecido ese crecimiento desbordado de los denominados acuerdos colectivos de eficacia limitada u obligacionales, que está a punto de excluir a la negociación colectiva a nivel de empresa realizada por la mayoría absoluta de los

representantes electos en ese ámbito, y, por tanto, en representación del interés colectivo, de su carácter normativo.

La jurisprudencia constitucional ha afirmado en principio sin fisuras el carácter normativo de los resultados de la autonomía colectiva, en su versión de resultado de la negociación colectiva alcanzado por sujetos dotados de la representatividad institucional. Sin embargo, dado que en todos los supuestos hasta ahora planteados se trataba de acuerdos colectivos en los que, además de que los negociadores se encontraban dotados de esa representatividad institucional, habían seguido los distintos requisitos formales exigidos en el título III del TRLET, algunos órganos jurisdiccionales utilizan ese dato para llegar a la conclusión (que, en absoluto, se contiene en la jurisprudencia constitucional) de la exclusión del carácter normativo de los acuerdos o pactos colectivos que no hayan dado cumplimiento a esos requisitos formales, a pesar de acreditar los sujetos negociadores la representación institucional. Como se ha dicho, esta deriva jurisprudencial o doctrinal de los órganos judiciales ordinarios no puede encontrar cobertura en la jurisprudencia constitucional.

En este sentido resulta especialmente trascendente la STC 119/2002, de 20 de mayo (RTC 2002\119), que comienza afirmando al respecto: *“En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles”*.

Lo que indica que el carácter normativo es la fuerza vinculante específica aplicable a los resultados de la negociación colectiva en la que concurra el plus de representatividad institucional exigido para la defensa y la representación del interés colectivo de los trabajadores.

Y, a continuación, introduce el siguiente párrafo: *“Así debe entenderse, según señalábamos en la STC 177/1988, de 10 de octubre (RTC 1988\177), F. 4, mucho más cuando en el Ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la Ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea per se contraria al principio de igualdad (SSTC 119/2002, de 20 de mayo [RTC 2002\119], F. 6, y 177/1988, de 10 de octubre [RTC 1988\177], F. 4)”*.

No parece que puedan existir muchas dudas en esa construcción del Tribunal Constitucional sobre la afirmación de que el predicado de eficacia normativa debe aplicarse a la negociación con sede en la autonomía colectiva de los “entes” o sujetos dotados de representación institucional, como se ha venido sosteniendo a lo largo de estas reflexiones que anteceden, y

que ése y no otro es el elemento que traza la frontera entre la eficacia normativa pública o cuasi-pública, y la meramente privada u obligacional. En efecto, los requisitos para la eficacia normativa son, según el alto tribunal, los siguientes:

- **Que la negociación se realice por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la Ley encarga específicamente esa función.** Tal sucede en todas las negociaciones en el ámbito de la autonomía colectiva, en las que el sujeto negociador en representación de los trabajadores es la representación unitaria, así como en los supuestos en los que lo es la representación sindical, si ésta acredita que cuenta con la mitad más uno de los representantes unitarios.
- **Que una vez negociado adquiera eficacia normativa,** entendiendo por tal, el que su fuerza vinculante **se imponga a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales.** Tal sucede con los pactos y acuerdos de empresa formalizados bajo el paraguas de ese plus de representatividad institucional de los sujetos negociadores, dado que nuestra legislación no exige para ellos ninguna contractualización o aceptación individual, ni expresa ni tácita, posterior, para su plena eficacia.
- **Que se incardine en el sistema de fuentes del Derecho,** extremo que se incluye en la letra b) del punto 1 del artículo 3 del TRLET, tanto porque, como ha sostenido la doctrina reiteradamente, en ese apartado se sitúan no sólo posconvenios colectivos del título III del ET, sino todos los acuerdos y pactos colectivos con eficacia general o “erga omnes”, como por descarte de su posible inclusión en la letra a), reservada a la ley en sentido amplio, esto es, a la heteronomía, o en la letra c), reservada exclusivamente a la autonomía individual.

Por tanto, debe quedar fuera de cualquier duda jurídica que los pactos y acuerdos colectivos de empresa suscritos por la representación unitaria o sindical que acredite la representatividad institucional del interés colectivo de los trabajadores, tienen la eficacia normativa que conlleva el pleno sometimiento al principio de igualdad, pues (por utilizar exactamente los términos concluyentes del Tribunal Constitucional), *“en cuanto tienen valor normativo y se inscriben en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y han de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad....”*.

© Rafael Senra Biedma

© IUSLabor 2/2007

ISSN: 1699-2938