

### LOS LÍMITES DE LOS LLAMADOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,  
de 1 de junio de 2007*

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CC.OO., a la que se adhirieron otras organizaciones sindicales en el acto del juicio oral<sup>1</sup>, formula demanda ante la Audiencia Nacional contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra y las organizaciones sindicales firmantes del convenio<sup>2</sup> objeto de litigio, además de frente al Ministerio Fiscal, solicitando la declaración de nulidad de determinadas cláusulas –20 artículos en total y la Disposición Adicional primera– del II Convenio Colectivo de la referida entidad, a la sazón pacto colectivo extraestatutario. La SAN de 24 de enero de 2006 estima parcialmente la demanda –anula el art. 44 y el apartado 3 del artículo 43 de dicho pacto, ambos referidos al comité inter-centros– declarando la acomodación a derecho del restante articulado del convenio y contra la misma formula recurso de casación CC.OO. en solitario.

Del relato de hechos probados, que no resultan discutidos en casación, cabe resaltar los siguientes. En el ámbito de la empresa demandada se encuentra vigente, aunque en prórroga, el I Convenio Colectivo de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra<sup>3</sup>, cuya vigencia estaba prevista para el tramo temporal comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2003. Como quiera que después de varias reuniones de la comisión negociadora no se lograra un acuerdo para la firma del II Convenio del mismo ámbito, la

---

\* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> Sección sindical de ELA, Sindicato de Empleados de Ahorro (SEA) y Sindicato de Empleados de Caja de Ahorro de Navarra–Grupo Independiente de Cajas de Ahorro (Siecan–Gica).

<sup>2</sup> Sección Sindical de UGT Caja Navarra, Sección Sindical LAB en Caja de Navarra, GT Madrid y GT Barcelona.

<sup>3</sup> B.D. Aranzadi, ref. LEG 2001/3042.

representación de la empresa y la de algunos sindicatos, entre los que no se encontraba CC.OO, suscribieron el 20 de mayo de 2005 un pacto que denominan extraestatutario o de eficacia limitada, fijando su entrada en vigor para el día 1 de agosto de 2005. De los 1.456 trabajadores que prestan servicios para la empresa, 1.455 se han adherido al pacto referenciado, rigiéndose las condiciones de trabajo del único disidente por la normativa del Convenio Colectivo prorrogado<sup>4</sup>.

**RESUMEN:** La Sentencia que comentamos<sup>5</sup>, sobre impugnación parcial de convenio colectivo extraestatutario firmado durante el período de ultraactividad legal de un convenio colectivo estatutario, expresa con meridiana claridad la doctrina del Tribunal ya conocida sobre la llamada negociación extraestatutaria y su producto más típico, el llamado convenio o pacto atípico. Este fallo, que apenas altera al de la Instancia, muestra un completo recorrido sobre los diferentes aspectos del régimen jurídico “alegal” del convenio extraestatutario: fundamento constitucional, naturaleza y efectos, límites.

La organización sindical impugnante estima que el pacto extraestatutario incurre en manifiesta ilegalidad en todos aquellos artículos en los que se manifiesta su vocación de regulación general y cuando regula condiciones de trabajo y representatividad que afectan a la totalidad de trabajadores de la empresa, con independencia de su adhesión al pacto.

La empresa y los sindicatos firmantes, por su parte, alegan, en términos generales, que el convenio extraestatutario firmado explicita un ámbito de aplicación circunscrito a las partes firmantes y a sus representados, además de a los trabajadores que expresamente se adhieren a tal pacto (art. 1 del citado convenio), por lo que cualquier cláusula de formulación general debe reinterpretarse siempre en función del ámbito personal fijado por el propio convenio. Como segundo argumento se esgrime la perfecta adecuación del clausulado del convenio a la legalidad y al convenio estatutario vigente, aunque en período de ultraactividad, debiendo tomarse en consideración que las cláusulas del pacto que difieren de la regulación establecida por el convenio estatutario se refieren a la introducción de mejoras en las condiciones de trabajo de los empleados que se someten al nuevo convenio extraestatutario.

El Ministerio Fiscal apoya su postura sobre la validez del pacto en dos puntos concretos. De una parte, en la adhesión de toda la plantilla al pacto extraestatutario, con excepción de un único trabajador. De otra parte, en el

<sup>4</sup> F.D. Segundo de la STS.

<sup>5</sup> RJ 2007/6349. Sentencia que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2006 (AS 2006/1287).

escaso interés que parece animar la impugnación por parte del sindicato demandante, que cuenta con una exigua implantación en la empresa (12,5%) y que sean sus propios afiliados los que también han suscrito la adhesión al pacto que ahora viene a impugnar su sindicato.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: MODELOS DE NEGOCIACIÓN OBLIGADOS A COHABITAR
2. EL CONTRASTE DE CONVENIOS DE DISTINTA NATURALEZA: UN OBSTÁCULO SUPERADO
3. LA POSICIÓN CONTRACTUALIZADA DEL CONVENIO EXTRAESTATUTARIO
4. CONCLUSIONES: UNA VEZ MÁS LA INCERTIDUMBRE DEL DERECHO

### 1. INTRODUCCIÓN: MODELOS DE NEGOCIACIÓN OBLIGADOS A COHABITAR

Hace años que nuestro TS ha sabido salir airoso y encajar, pero fallo a fallo, las diferentes tesis que circulan en nuestro país sobre el derecho a la negociación colectiva y la libertad negocial, bien es verdad que con unos argumentos no exentos de vaivenes. Es antigua también la doctrina constitucional sobre los diferentes modelos de negociación colectiva que admite nuestro ordenamiento jurídico<sup>6</sup> y que están condenados a convivir en tanto el legislador

<sup>6</sup> La jurisprudencia desde el primer momento admitió distintas manifestaciones de la autonomía colectiva. Sobre la misma: GARCÍA MURCIA, J., "Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia de los pactos colectivos atípicos. I y II". AL, 1992, núms. 23 y 24, pp. 403 y ss. y núm. 24, pp. 413 y ss.

De la STC 11/1981, de 8 de abril, se deducía ya la anuencia tácita del Tribunal Constitucional a admitir convenios, u33 otras manifestaciones de la autonomía colectiva, negociados al margen del Estatuto de los Trabajadores, cuando se refiere a la posibilidad de que otros instrumentos puedan suplir a la negociación en el establecimiento de la normativa laboral. Vid. APILLUELO MARTÍN, "Libertad sindical, negociación colectiva y autonomía individual. A propósito de la S.T.Co. núm. 208/1993, de 28 de junio, en relación con la reforma del mercado de trabajo", en MONEREO PÉREZ, J.L., (coor), "La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral". Editorial Universidad de Granada. Granada, 1996 p. 158.

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 (art. 37.1 CE)" (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.

ordinario no lo remedie. Y es evidente que nuestro sistema negocial con modelos enfrentados<sup>7</sup>, casi a punto de cumplir tres décadas, sigue generando una más que importante litigiosidad<sup>8</sup>.

Veamos brevemente los términos del callejón sin salida para encuadrar la sentencia que comentamos, un tramo más de este recorrido. Según ha venido interpretando nuestro TC la recepción constitucional de la negociación colectiva no es única. De un lado, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, integra su contenido material y, de otro lado, recibe refrendo expreso en el art. 37.1 CE. No cabe duda: esta dualidad complica una interpretación coherente del Texto Constitucional, pero no la hubiera hecho insuperable. Es probable que las cosas hubieran resultado de otro modo si el derecho a negociar alojado en el art. 28.1 ET se hubiera interpretado como una libertad fundamental de cualquier sujeto sindical y vinculado a la autonomía colectiva, y el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE hubiera permanecido como un derecho independiente que encuadraría a otros sujetos titulares del mismo distintos de los sindicatos, los representantes de los trabajadores entendidos en sentido amplio<sup>9</sup>. Hubiera podido incluso optarse por diluir el art. 37.1 en la libertad sindical y probablemente se hubieran superado sin dificultad las trabas de constitucionalidad y con ello se habrían solventado muchos problemas. Algo similar a lo sucedido con el derecho de huelga y el derecho a la adopción de medidas de conflicto –evitando el solapamiento– hubiera sido posible también en relación con la autonomía colectiva en su manifestación negocial y el derecho a la negociación colectiva.

Sin embargo, no solo no ha sucedido así, sino que el legislador ha establecido, en desarrollo del art. 37.1 CE, en el Título III ET, un modelo legal de negociación colectiva verdaderamente restrictivo, tanto en lo que se refiere a

<sup>7</sup> El debate doctrinal sigue abierto. Sobre los términos del mismo: CORREA CARRASCO, M., “La negociación colectiva como fuente del derecho del Trabajo”. Editorial Univ. Carlos III de Madrid y BOE. Madrid, 1997, pp. 254 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en ALARCÓN CARACUEL, M.R. y DEL REY GUANTER, S., (coors.), “La reforma de la negociación colectiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 59 y ss. Una revisión esquemática reciente en LAHERA FORTEZA, J., “La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español”. R.L., 2008, núm. 1. Consulta en B.D. La Ley, ref. 6601/2007, pp. 3 y ss.

<sup>8</sup> Cuantiosas son las sentencias del TS en las que se abordan cuestiones relativas a la negociación y convenio extraestatutarios. Un repaso a las mismas en MARTÍNEZ GIRÓN, J.F., “La negociación colectiva extraestatutaria”, R.M.T.A.S., 2007, núm. 68, p. 182.

<sup>9</sup> Para SUÁREZ GONZÁLEZ, tal margen de indefinición constitucional en lo referente a los sujetos, obliga a que la ley ordinaria conceda legitimación a todos los representantes, para que el derecho a la negociación colectiva resulte ordenado por completo. “Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Editorial Pirámide. Madrid, 1980, p. 199. Una de las pocas interpretaciones en este sentido.

los sujetos legitimados –con exclusión de sujetos sindicales que no superan los umbrales de esa representatividad institucional que define la Ley–, como en lo que se refiere a la decidida intervención en todos y cada uno de los aspectos de la negociación y del propio convenio resultante. Un primer escollo salta la vista. La incompatibilidad de una fórmula legal que deja fuera de la negociación a sujetos sindicales, tutelados en este derecho por el propio art. 28.1 CE.

Además, el TC ha tenido que realizar verdaderos malabares para superar el contraste de la fórmula abierta del contenido esencial del derecho a la negociación que formula el art. 37.1 CE y el limitado desarrollo del mismo que ha hecho el legislador ordinario. Dos consecuencias importantes se derivan de ello. Salvar la constitucionalidad de la opción legal ha obligado a diluir el contenido esencial del derecho, llegándose a afirmar que en realidad el art. 37.1 CE no formula un derecho a la negociación colectiva, sino una simple garantía institucional en la que todo cabe, cualquier opción legal, a la hora de conformar el modelo de negociación colectiva<sup>10</sup>. Pero la otra consecuencia importante es que ha resultado todavía más difícil encajar ese modelo legal absolutamente restrictivo con lo que ineludiblemente es contenido esencial de la libertad sindical: la autonomía colectiva en su vertiente negociadora, ya se ha dicho.

Armonizar ambas consecuencias no ha sido nada fácil y el resultado no está exento de contradicciones. Al menos a los sujetos sindicales se les debe reconocer el derecho a negociar convenios (y la libertad de hacerlo) más allá del derecho que les ha atribuido el legislador ordinario<sup>11</sup>. Por consiguiente, estarí-

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”. R.L., 1992, T. I., pp. 47 y ss. STC 208/1993, de 28 de junio, al hilo del contraste del derecho a negociar colectivamente y su necesaria modulación por la libertad de empresa y el papel del contrato individual en la determinación de condiciones de trabajo: “El reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el art. 37.1 CE supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias, y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado, y dentro de esa regulación determinar quienes están legitimados para negociar y pactar, en su caso, el convenio colectivo en cada nivel o ámbito, incluido el de empresa o centro de trabajo”. F.J. 3.

<sup>11</sup> Nace con ello la llamada negociación colectiva extraestatutaria. STC 4/1983, de 28 de enero; STC 12/1983, de 22 de febrero; STC 23/1984, de 27 de junio; STC 98/1985, de 29 de julio. Siendo especialmente relevante la STC 108/1989, de 8 de junio, en la que el TC, no podía ser de otro modo, declara que la negociación y pactos celebrados al margen del estatuto tienen que ser necesariamente válidos, porque así deriva del art. 28.1 CE. El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de eficacia por el carácter «erga omnes» del llamado convenio colectivo estatutario. Y añade que la protección del derecho de un sindicato a la negociación

amos ante un Título III del ET, única regulación legal de la negociación colectiva, que no desarrolla en su totalidad el contenido esencial del derecho a negociar; al margen de él, y con sustento y fundamento en el propio texto constitucional (curiosamente en el art. 37.1 y no en el art. 28.1 CE), existe un derecho y libertad negociadora que tienen su amparo en el precepto constitucional y que carecen de desarrollo legal, siendo su régimen jurídico exclusivamente jurisprudencial<sup>12</sup>. Surge así la teoría de la doble negociación: la estatutaria y la extraestatutaria (y de su producto más típico, el convenio). Un dato más que agrava las peculiaridades de las fuentes en esta disciplina jurídica.

La articulación y concurrencia de fuentes se hace más compleja, pero salvable si las relaciones se entablan entre la ley y las distintas modalidades de convenio o entre el convenio estatutario y el extraestatutario entre sí (o incluso entre una de estas modalidades de convenio con el contrato, que no es el caso de esta sentencia). Lo segundo sucede en el supuesto de hecho de la sentencia que aquí analizamos. El recurso a la distinta naturaleza normativa y obligacional de las fuentes convencionales<sup>13</sup> ha sido la vía para solventar los

---

colectiva estatutaria no exige la exclusión de toda posibilidad de negociación colectiva a los demás sindicatos aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, o imposibilite jurídicamente la negociación de eficacia general.

<sup>12</sup> Hace ya una década que el TS entiende que existe unanimidad jurisprudencial a la hora de aceptar la validez de la negociación y el convenio extraestatutarios y consenso al definir los efectos de estos pactos. STS 30 de noviembre de 1998: “pudiendo afirmarse que la validez está hoy unánimemente admitida por la jurisprudencia, cuya doctrina ha señalado que tienen eficacia entre las partes que los concertaron, y quienes estaban directamente representados en la negociación (afiliados al sindicato o asociación patronal)”. F.D. Cuarto 3 (RJ 1998/10047). En el mismo sentido, entre otras: STS 22 de octubre de 1992 (RJ 1992/7856); STS 14 de diciembre 1996 (RJ 1996/9462); 24 de enero 1997 (RJ 1997/572).

<sup>13</sup> STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2004/504), F.D. Segundo: “en efecto, la doctrina de esta Sala ha admitido la figura del convenio colectivo extraestatutario, pero esto no significa que ese tipo de convenio colectivo tenga la misma eficacia que el convenio estatutario. La doctrina jurisprudencial ya ha señalado que mientras el convenio estatutario tiene eficacia personal general y eficacia jurídica normativa, el convenio extraestatutario tiene sólo una eficacia personal limitada y una eficacia jurídica contractual. Estos dos tipos de convenios no son, por tanto, instrumentos de regulación que puedan equipararse. STS de 18 de febrero de 2003 RJ (2003/3372), F.D. Séptimo: “no es posible una equiparación absoluta de ambas especies de pactos puesto que, dada su peculiar naturaleza y el proceso que se sigue para la negociación, no tienen fuerza normativa, sino únicamente obligacional entre quienes lo conciertan y sus representados, y si eso es así, en el orden jerárquico de la relación laboral previsto en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, el puesto que corresponde al pacto colectivo extraestatutario será sin duda el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito subjetivo no sea individual propiamente dicho”. En el mismo sentido: STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994/783); STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9462).

problemas de articulación y con ello la elección del criterio de la jerarquía o, la versión laboral del mismo, el principio de norma mínima, como regla fundamental de solución de conflictos entre el convenio estatutario y el extraestatutario, que es el supuesto que sirve de base a la sentencia que comentamos.

Sin embargo, al margen de que una distinción de este tipo tiene mucho de voluntariosa y mucho más de justificación de la opción legislativa a todo trance, con poco sustento constitucional, ya que la única referencia al tema de la naturaleza del convenio es general e incierta –el art. 37.1 CE se refiere a la fuerza vinculante del convenio–, es lo cierto que no puede resolver desde el punto de vista de la teoría general de las fuentes las relaciones entre el convenio colectivo o el pacto extraestatutarios y el contrato de trabajo. Ambos –contrato, convenio o pacto– son manifestaciones de una fuente obligacional de idéntico rango. Algo no imaginable ni concebible en un sistema de relaciones laborales como el nuestro, aquejado de una clara institucionalización y contrastada debilidad de las organizaciones sindicales.

Un buen ejemplo de lo afirmado es el supuesto que aquí se analiza y que pone en evidencia el Ministerio Fiscal: el sindicato no solo tiene escasa implantación en la empresa, sino que sus propios afiliados se han adherido al convenio colectivo que impugna la organización sindical. Se pregunta el Ministerio Fiscal por el interés que pueda tener la organización sindical impugnante, y nos lo preguntamos otros, ya que estamos ante un convenio de ámbito empresarial, por lo que no es reclamable aquí la teoría del interés colectivo para superar la falta de sintonía entre el sindicato y sus bases como sucedería en una negociación de ámbito más amplio, donde además funcionan otro tipo de coacciones.

Sostener si quiera la mera posibilidad de que el convenio, del tipo que sea, pueda ser alterado con carácter general y sin limitaciones por el contrato individual se interpretaría como un dislate que conduciría al caso del convenio y para algunos a una violación flagrante del art. 28.1 CE. Sin embargo, pese a declarar la naturaleza obligacional del convenio extraestatutario (o la naturaleza normativa y la eficacia limitada, que también viene declarada con igual rotundidad), se ha intentado, ahora sí, que la referencia constitucional a la fuerza vinculante del convenio –que es no decir nada porque la tiene la fuente normativa y la obligacional<sup>14</sup>– sirva para limitar las competencias modificadoras del contrato. Esto es, el convenio colectivo extraestatutario –y las distintas manifestaciones de la negociación colectiva de este tipo– permanecería, desde el prisma de la jerarquía normativa, en un escalón intermedio entre el convenio estatutario, que es una

<sup>14</sup> Y así lo reconoce el propio TS, sin ir más lejos en la sentencia que comentamos, cuando expresa en el F.D. Quinto que en línea de principio el art. 37.1 de la Constitución autoriza la validez de ambas tesis (obligacional y normativa), en cuanto alude a la «fuerza vinculante» de los convenios”.

fuerza del Derecho en nuestro ordenamiento<sup>15</sup>, y el contrato de trabajo. Sometido jerárquicamente al primero y por encima del segundo<sup>16</sup>. Nada que objetar si ello fuera posible, y yo creo que no lo es. Ni puede afirmarse en Derecho que la fuente normativa tenga eficacia limitada, salvo que se confunda con el ámbito de aplicación, que es cosa bien distinta, ni que una fuente obligacional tenga eficacia normativa, ni general ni limitada.

Hemos asistido, pues, al nacimiento –una especie de híbrido– de un nuevo concepto de fuente –no a la creación de una fuente propia, que eso ya lo sabíamos: el convenio estatutario– desconocido fuera del ámbito estrictamente laboral. Bien es verdad, en todo caso, que este es el panorama real y que las consecuencias son de largo alcance y no parece que todas ellas las deseadas. A título de ejemplo, resulta curioso que un convenio estatutario no firmado por organizaciones sindicales, sino por las representaciones unitarias (esas para las que el TC ha dicho que solo tienen atribuido el derecho a la negociación en la medida en que se lo reconozca el legislador ordinario, puesto que ni son sujetos sindicales ni la actividad sindical se puede definir al margen de la cualidad del sujeto que la ejercita) se sitúe jerárquicamente en un escalón superior a un convenio colectivo extraestatutario, pero sindical. ¿A qué queda reducido el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva del art. 28.1? ¿Y la fuerza vinculante del convenio del art. 37.1 CE, o es que solo tienen fuerza vinculante los convenios del Título III ET? ¿O es que la fuerza vinculante la despliega el convenio, cualquiera, solo respecto del contrato? ¿Es posible mantener las tesis que hemos esbozado a la vista de estos resultados? Muchos son los flecos de este sistema nuestro de negociación colectiva que yo creo supera la dualidad de modelos, hay más. Pero no es lugar para su desarrollo, aunque resulta muy difícil pasar de largo sin apuntar la duda que surge de inmediato tras la descripción de un panorama tan singular. ¿Cuál es su utilidad? A mi modesto entender no creo que sea otra distinta a la de un denodado esfuerzo por superar la tacha de inconstitucionalidad que habría merecido el Título III del ET.

<sup>15</sup> Sin ningún género de dudas, desde el principio de la andadura del ET, la posición de nuestro TC ha sido constante: “...en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, dicho Convenio, al menos en la más importante de sus manifestaciones (la estatutaria), 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”. STC 177/1988, de 10 de octubre, reiterando la ya sentada en la STC 58/1985, de 30 de abril, F.J. 3.

<sup>16</sup> Y no, como también sostiene el TS cuando el análisis se circunscribe a la comparación del convenio estatutario y el que no lo es, situando en el mismo escalón del contrato al convenio extraestatutario. Vid. la antes citada, STS de 18 de febrero de 2003.



## 2. EL CONTRASTE DE CONVENIOS DE DISTINTA NATURALEZA: UN OBSTÁCULO SUPERADO

Tanto la AN como el TS se mueven como pez en el agua en este panorama. La jerarquía entre convenios de distinta naturaleza es el hilo conductor para analizar la validez –cláusula por cláusula– del convenio extraestatutario frente a la vigencia –ultraactividad legal– del convenio estatutario. Resumamos brevemente lo que no es novedad.

En primer lugar, el TS hace suya la extendida y puramente descriptiva definición de convenio extraestatutario. Son de este tipo lo que no son estatutarios; es decir: “estos pactos, denominados también atípicos o de eficacia limitada, son los celebrados al margen de los requisitos y formalidades del Título III del Estatuto de los Trabajadores”<sup>17</sup>. Una definición aséptica que no incluye posicionamiento alguno respecto a la naturaleza de estos pactos.

A continuación, el TS se refiere a la ausencia de una normativa propia de regulación<sup>18</sup> y a que su existencia y tolerancia está apoyada, por una parte, en el art. 37.1 CE, donde encuentran el reconocimiento y tutela constitucional<sup>19</sup>. Repárese en que no se reclama el art. 28.1 CE como fundamento constitucional del derecho a negociar por parte de las organizaciones sindicales. Una extraña vinculación que obliga a hacer una pirueta posterior, asumida por doctrina y jurisprudencia, al reconocer que la violación del derecho a negociar de las organizaciones sindicales abre la vía de amparo por ser uno de los contenidos ineludibles de la libertad sindical (arts. 28.1 y 7 CE).

Por otra parte, esa tolerancia hacia el convenio colectivo atípico viene impuesta por la teoría general de los contratos. No lo dice así el TS, pero es

<sup>17</sup> F.D. Cuarto, primer párrafo.

Sobre los “tipos” de extraestatutarios, vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., “La negociación colectiva...”, cit., pp. 183 y ss.

<sup>18</sup> Aunque el legislador ordinario no se olvida de ellos. Los cita, y con ello reconoce su existencia, en la LPL (arts. 151.1 y 163.1), en los procedimientos de conflicto colectivo y en el de impugnación de convenios, refiriéndose a los convenios “cualquiera que sea su eficacia”. Nuestro TS también encontró un reconocimiento implícito de los mismos en el propio ET, art. 82.3, cuando se refiere a los convenios regulados en esta Ley, lo que de suyo debe implicar que el legislador da por válida la existencia de otros convenios colectivos no regulados en el ET. STS de 30 de noviembre de 1998, F.D. Cuarto. (RJ 1998/10047).

<sup>19</sup> Llegándose a afirmar tajantemente que la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato y que el precepto constitucional (art. 37.1 CE) ampara por igual ambos tipos de negociación, cuya elección queda al arbitrio de la libertad de las partes. STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208), F.D. Tercero. Vid. nota 7.

La jurisprudencia desde el primer momento admitió distintas manifestaciones de la autonomía colectiva.

claro que no hay otra razón para ello, dado que para el TS dichos pactos o convenios extraestatutarios cuentan con “la fuerza obligacional propia de los contratos”<sup>20</sup>. Esta tesis, permitiría ahorrar todo el discurso sobre el contenido del art. 37.1 CE, tal y como se viene interpretando. No es necesario acudir al derecho a la negociación colectiva para reconocer a su producto más típico la naturaleza obligacional propia de los contratos, incluida su fuerza vinculante; para ello ya se basta el Código civil. Así lo entiende el propio TS al afirmar que, puesto que “no hay normas específicas que disciplinen estos pactos, habrá que estar a las disposiciones que el Código civil dedica a los contratos...”<sup>21</sup>. Una remisión que deberíamos entender hecha en bloque pero que, como veremos, no resulta ser así puesto que el TS termina asignándole al convenio extraestatutario un “estatuto” marcadamente laboral y no civil. Veámoslo.

Trasladar los convenios y pactos extraestatutarios a la teoría general de la contratación es una opción obligada si no existe normativa específica que imponga la excepción de la regla civil<sup>22</sup>. El dictado del art. 37.1 CE, como viene reconociendo la jurisprudencia, es la única referencia normativa a estos productos negociales<sup>23</sup> y en dicho precepto no puede localizarse imperativo alguno que no sea el de la exigencia de respeto por parte del legislador a esta libertad negocial “laboral”<sup>24</sup> y esa ya existe como paradigma regulador del tráfico jurídico entre particulares. Los demás aspectos del precepto, o han sido

<sup>20</sup> F.D. Cuarto, primer párrafo.

<sup>21</sup> F.D. Cuarto, segundo párrafo.

<sup>22</sup> Y así lo admite en reiteradas ocasiones el TS, incluida la sentencia que comentamos, aunque el Tribunal se refiere también a su cita por el legislador ordinario en alguna ocasión, así es en la LPL (arts. 151.1 y 163.1). F.D. Tercero.

No me parece aceptable la fórmula de convertirlos en ilegales por su naturaleza contra legem. Vid. MONTROYA MELGAR, A., “Sobre la viabilidad legal de los convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., “Problemas actuales de la negociación colectiva”. Editorial ACARL. Madrid, 1984, pp. 54 y ss. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Los convenios colectivos irregulares”. Ed. CES. Madrid, 1999. La libertad de contratación y la validez de los contratos atípicos, propician la reconducción al derecho general de obligaciones y contratos, aunque no tengan tipificación laboral, y el dictado del art. 37.1 CE o el propio art. 28.1 CE se erigirán en barreras inexpugnables para el legislador a la hora de pretender su erradicación.

<sup>23</sup> No ha prosperado su vinculación al contenido esencial del art. 28.1 CE, en lo que se refiere a considerarlos una manifestación de la autonomía colectiva sindical, que sería lo adecuado. Pese a ello, sí se ha utilizado la titularidad de la libertad sindical para imponer un límite al legislador ordinario en la selección de los representantes de los trabajadores con derecho a negociar (art. 37.1 CE).

<sup>24</sup> Ese es el calificativo que determina el contenido amplio de la negociación. El atributo laboral de los sujetos irradia el contenido material posible de la negociación; esto es, cuando negocian representantes de los trabajadores no existe limitación de contenidos. Recordemos que en nuestro ordenamiento no se definen materias vetadas a la negociación, pero tampoco reserva de materias para la misma, por lo que las fuentes de regulación concurrentes se ordenarán y articularán de acuerdo con las reglas y principios generales.

vaciados de contenido por el TC –como sucede con los sujetos titulares del derecho<sup>25</sup>– o es una referencia imprecisa de la que no cabe obtener conclusión alguna sobre su naturaleza jurídica, me refiero, claro está, a la fuerza vinculante del convenio<sup>26</sup>.

Siendo ello así, no cabe decisión distinta a la de encuadrarlos en la teoría general de los contratos. La consecuencia inmediata será que es en este ámbito dónde debe descubrirse la naturaleza y eficacia de esta modalidad de negocio jurídico, y que sepamos no se ha inventando nada entre la ley –o la más genérica norma, que admite los productos de la autonomía colectiva– y el contrato; por consiguiente, los resultados de la negociación extraestatutaria no pueden ser otra cosa que contratos y esto condiciona, no ya su naturaleza obligacional –que la jurisprudencia y doctrina no pretenden alterar– sino su eficacia limitada y, claro está, no puede predicarse naturaleza alguna cualitativamente distinta a la que ostenta el contrato de trabajo como fuente de obligaciones. Especialmente clara es la STS de 20 de noviembre de 2003: “...en el orden jerárquico de fuentes de la relación laboral que contiene el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, el puesto que corresponde a los convenios colectivos extraestatutarios es el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito de aplicación excede de lo individual”<sup>27</sup>. Pero no es tesis única.

En la disociación imposible entre naturaleza jurídica y eficacia estriba la perversión del invento laboral al afirmar que existe un híbrido entre el convenio, llamémoslo común, normativo (de suyo con eficacia general) y el convenio, llamémoslo atípico, de eficacia normativa limitada, Y no solo eso, la

<sup>25</sup> La fórmula constitucional que atribuye el derecho a los representantes de los trabajadores ha quedado vaciada de contenido. El legislador ordinario tiene manga ancha para determinar cuáles sean éstos en cada momento, con la excepción de los representantes sindicales; pero claro, esto no forma parte del contenido esencial del art. 37.1 CE, sino del art. 28.1 CE, como todos sabemos.

<sup>26</sup> Algo similar entiendo sucede con la teoría doctrinal de la eficacia real. Iguala los productos negociales y los diferencia por la eficacia general o limitada. LAHERA FORTEZA, J., “La necesaria superación de la dualidad estatutario/extraestatutario en los acuerdos de empresa (SSTS 4.ª de 8 de mayo de 2006 y de 18 de septiembre de 2007)”. R.L., 2008, núm. 9. Consulta en B.D. La Ley, ref. 16034/2008, pp. 2 y ss.

Me parece que la de la eficacia real es una tesis que oculta el nombre para mantener el contenido de lo que hoy son las tesis jurisprudenciales dominantes y sin desprenderse de las mismas dificultades conceptuales. Véase la versión revisada de esta teoría en LAHERA FORTEZA, J., “La negociación colectiva no es fuente de derecho...”, cit. La versión original: VALDÉS DAL-RÉ, F., “Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios”. Editorial ACARL. Madrid, 1988, pp. 67 y ss.; “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”. T.L., 2004, núm. 76, pp. 47 y ss.

<sup>27</sup> F.D. Quinto. (RJ 2004/29).

perversión de la teoría laboral de la negociación colectiva extraestatutaria llega más lejos al afirmar la existencia de un convenio que despliega, a su vez, una naturaleza esquizofrénica, de fuente obligacional cuando sus relaciones se entablan con el convenio estatutario (normativo) y de fuente del derecho (o de naturaleza normativa) cuando se relaciona con el contrato. En esto se concreta lo que pudiéramos llamar “estatuto laboral” del convenio extraestatutario que la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales ha venido desarrollando y que se encuentra ya sólidamente asentado como marco jurídico de uno de nuestros modelos de negociación.

No sorprende, por tanto, que el TS para pronunciarse sobre la validez o idoneidad de la negociación extraestatutaria, no crea preciso aclarar las dudas sobre la naturaleza normativa u obligacional del convenio, también afirma habérselas planteado el TC<sup>28</sup>, o que en unos fallos declare su carácter normativo y en otros su naturaleza puramente obligacional. Uno u otra, se elegirán en función del polo de contraste. Ante un panorama como el descrito, tampoco sucede nada si se confunde contenido normativo y fuerza vinculante, como ocurre en la STS que comentamos<sup>29</sup>, o si la fuerza vinculante se hace coincidir

<sup>28</sup> Se ha señalado que este Tribunal no ha sido contundente en las sentencias que abordan específicamente el controvertido tema de la naturaleza normativa u obligacional de los convenios extraestatutarios. Para GARCÍA MURCIA (“Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia... II”, cit., p. 415), la STC 58/1985, de 30 de abril, parece abogar por el carácter normativo de todo convenio colectivo, con independencia de que sea estatutario o extraestatutario.

Siendo, por el contrario, mayoritaria la jurisprudencia ordinaria que el atribuye naturaleza contractual, carácter obligacional. En unificación de doctrina, SSTS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994/784), de 22 de enero de 1994 (RJ 1994/3228). “Carecen de valor normativo, teniéndolo solamente convencional no integrándose en el sistema de fuentes del derecho laboral (...), regulándose por la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones”. STS de 17 de octubre de 1994 (RJ 1994/8052). Igualmente: SSTS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1994/9462) de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993/7856); 24 de enero de 1997 (RJ 1997/572)

Aunque existe la tendencia contraria. De hecho son muchas las sentencias en las que se caracteriza el convenio extraestatutario exclusivamente por su eficacia personal limitada. STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9812); de 17 de octubre de 1994 (RJ 1994/8052); de 2 de junio de 1998, (RJ 1998/4942). Ésta última con una argumentación muy confusa, puesto que se refiere a un pacto limitativo de derechos de los trabajadores jubilados.

En contra de la mayor parte de la doctrina. Vid. MONEREO PÉREZ, “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”. Estudio preliminar al libro de GALLART FOLCH, “Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo”. Editorial Comares. Granada, 2000 pp. 265 y ss.

Y todavía se puede distinguir otra postura en la jurisprudencia del Tribunal Supremo bastante más difícil de interpretar o comprender. El TS entiende que determinados pactos, por imperativo legal, tienen la eficacia del convenio colectivo (erga omnes, claro está) lo que no impide seguir manteniendo su naturaleza extraestatutaria y por ello obligacional, que no de fuente del derecho. STS de 11 de noviembre de 1999, (RJ 1999/9183), F.D. Tercero.

<sup>29</sup> “El concepto «contenido normativo» de los pactos puede resultar equívoco si se le desvincula de su ámbito de aplicación; el término normativo significa el efecto regulador aplicable a una

con el valor normativo, como propició una jurisprudencia constitucional temprana, hoy plenamente aceptada<sup>30</sup>.

No podía ser de otro modo, y aquí la doctrina jurisprudencial es bastante monolítica, es la eficacia limitada del convenio colectivo extraestatutario lo que lo diferencia “de manera nítida de los convenios colectivos, que están dotados de eficacia general o erga omnes, no solamente respecto de todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación en el momento de la suscripción del pacto, sino también de cuantos accedan al mismo durante el período de su vigencia<sup>31</sup>, en tanto que los pactos atípicos no se aplican con

---

determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la ley o por los particulares; las cláusulas normativas de los convenios están destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos, pues este es justamente el papel que han desempeñado las cláusulas de los contratos, y el pacto colectivo extraestatutario lo es, que se conciertan con la finalidad de compatibilizar los intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador en el sentido indicado, es decir, únicamente respecto de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito en ningún sentido ni pueden ser calificadas como normativas en el puro sentido de la palabra, sino únicamente con el alcance al que nos hemos referido, en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo”. F.D. Quinto, de la STS de 1 de junio de 2007, que aquí comentamos.

<sup>30</sup> “El mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la Ley de garantizar «la fuerza vinculante de los Convenios» no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional.

De otra parte la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales”. STC 58/1985, de 30 de abril.

<sup>31</sup> STS de 13 de noviembre de 2003, F.D. Tercero. (RJ 2004/1773).

Con un tremendo rigor formalista se aplican las reglas de legitimación en la negociación estatutaria. El cómputo de la legitimación a efectos de determinación de la naturaleza estatutaria o extraestatutaria del convenio resultante de la negociación concluye en el momento de la firma del mismo, los apoderamientos previos (que no representan obstáculo alguno para afirmar la eficacia obligacional del convenio resultante. STS de 4 de junio de 1999, RJ 1999/5068) o las adhesiones posteriores, lícitas en todo caso, sean espontáneas o previstas por los negociadores, no inciden en la naturaleza de lo convenido. Vid. STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208), F.D. Cuarto: “Habida cuenta de la verdadera naturaleza del convenio colectivo –expuesta en el fundamento jurídico anterior– es claro que las cláusulas encaminadas a la adhesión individual de los

la intensidad prevista en el art. 82.3 de la Ley estatutaria, de manera que carecen de eficacia erga omnes; su campo de influencia se reduce..., a quienes negociaron el pacto y al personal representado por ellos, esto es, a las representaciones sindicales y empresariales pactantes y a sus afiliados, aunque con la posibilidad de que, mediante adhesiones individuales, su ámbito subjetivo pueda resultar ampliado<sup>32</sup>. En el supuesto que analizamos esta vía de ampliación llega a incluir a todos los trabajadores menos a uno, de los 1.456 vinculados a la empresa.

Verdaderamente flexible ha sido la admisión de la adhesión a este tipo de pactos y convenios<sup>33</sup>, tanto como que, en ocasiones, se tiene la certeza de que el convenio extraestatutario viene a cumplir el mismo papel que el estatutario (dado que sus relaciones con el contrato son las mismas, de superioridad), y que como bien señala la jurisprudencia el instituto de la adhesión puede dar lugar a un ámbito subjetivo similar o igual que el del convenio estatutario, pero estas circunstancias

---

trabajadores no pertenecientes a los Sindicatos firmantes son perfectamente lícitas como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1989 de 8 de junio y esta Sala en las Sentencias de 14 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9071) y de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/3779), entre otras; máxime cuando en el hecho probado 6 se dice que de los 11.900 trabajadores de la empresa ratificaron el convenio 11.700”.

Es decir, el convenio extraestatutario no muda a estatutario porque las adhesiones eleven la representatividad por encima de los umbrales legales. “En todo caso, la única representatividad computable es la existente en el momento de la firma del Convenio y ya se ha dicho antes que en tal momento –9 de octubre de 1996– el Banco Social no reunía la mayoría legalmente exigida, siendo evidente que la adhesión posterior de la Sección Sindical de CC OO, no puede alterar la naturaleza del Convenio querida y suscrita por sus firmantes”. F.D. Tercero, STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208). STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/8395), F.D. Tercero: “Ni aun cuando el convenio en cuestión haya sido aplicado en el 97% de las empresas de la provincia, puesto que nunca la masiva o incluso universal aceptación de un convenio de aquella condición puede convertirlo en otro de eficacia general o estatutario, puesto que tal eficacia no la da su aceptación por los particulares sino la Ley, y ésta sólo la confiere cuando se han cumplido los requisitos de legitimación y negociación requeridos por los arts. 87 y 88 del Estatuto”.

<sup>32</sup> F.D. Cuarto, primer párrafo.

La eficacia limitada del convenio no se desvirtúa por la extensión por adhesión a todos los trabajadores de la empresa. “Universal aceptación”: STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/8395).

<sup>33</sup> Contrátese esta posición con la rigurosa aplicación de la doctrina de la legitimación, vid. nota 32. Probablemente porque el vacío de negociación estatutaria aboca al convenio extraestatutario a cumplir su función, se descubre en la jurisprudencia la pretensión de extender al máximo la “eficacia” general de los convenios extraestatutarios. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y AGRA VIFORCOS, “Adhesión individual tácita a convenio extraestatutario: sobre la eficacia general de hecho de lo negociado y las posibles conductas contrarias a la libertad sindical en presencia”. R.E.D.T., 1999, núm. 94, p. 294). Ello conduce a una extralimitación de la jurisprudencia en la interpretación de la adhesión tácita, sentando la presunción en sentido contrario: el convenio extraestatutario se aplica a todos los trabajadores siempre que no conste su oposición expresa. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva”. R.E.D.T., 1999, núm. 97, pp. 681 y ss.

no mudan la naturaleza del convenio; por consiguiente, seguiríamos ante productos negociales jerarquizados, que es una invariable opinión jurisprudencial.

Cubrir los vacíos convencionales ha sido también una clara finalidad de la negociación extraestatutaria. Nada que objetar a este respecto, si no fuera porque este loable objetivo se solapa bastante con la denominada contratación individual en masa –no creo que haya otra fórmula para interpretar el instituto de la adhesión– y, ciertamente, en ocasiones, entorpece la negociación estatutaria<sup>34</sup>. A ello contribuyen una serie de factores en los que no repara este fallo del TS. La inaplicación de todo precepto del Estatuto a esta modalidad de negociación<sup>35</sup> la hace verdaderamente más flexible que la rigidez que aqueja a la negociación estatutaria e invulnerable a ésta. Entre ambas no se aplican criterios de prelación alguno, ni en el tiempo, ni en los ámbitos, ni en los contenidos, salvo contadas excepciones<sup>36</sup>. Éste probablemente sea el aspecto más importante de la sentencia que comentamos: la idoneidad o no de la negociación extraestatutaria para abordar los mismos contenidos que la negociación tutelada por el ET; tema sobre el que pasa de puntillas el TS y que decide resolver de un modo distinto, recurriendo a la teoría civil para afirmar que es el artículo 6 del Cc el que fundamenta la declaración de nulidad parcial del convenio extraestatutario en la medida en que rompe la prelación de fuentes y el necesario sometimiento del pacto al convenio en ultraactividad. Ésta es una afirmación explícita en la SAN<sup>37</sup> y está implícita en todo el razonamiento del TS al ir contrastando punto por punto ambos convenios.

<sup>34</sup> Más bien debiera concluirse a la vista de las decisiones judiciales que estas diferentes manifestaciones de la autonomía colectiva son ampliamente compatibles. STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208).

Fijando el límite: la negociación al margen del Estatuto no ha de suponer una práctica antisindical ni impedir jurídicamente la negociación de eficacia general (STC 108/1989, de 8 de junio). Pero esto no sucede porque se consideren lícitas la cláusulas de adhesión individual al convenio de eficacia limitada (STC 108/1989, de 8 de junio, STS de 14 de julio de 1995, RJ 1995/6254), o porque esas adhesiones lo sean de trabajadores afiliados a un sindicato que rechazó el convenio extraestatutario (STS 14 de noviembre de 1994, RJ 1994/9071), o porque este tipo de convenio surja en el contexto de una negociación de eficacia general (STC 108/1989, de 8 de junio; STS 24 de enero de 1997, RJ 1997/572).

<sup>35</sup> F.D. Quinto. En el mismo sentido otras muchas, por ejemplo: STS de 20 de noviembre de 2003 (RJ 2004/29), F.D. Quinto

<sup>36</sup> Si bien se reconoce para el pacto o convenio de eficacia limitada que, en términos generales, la “negociación colectiva extraestatutaria (...) está situada en plano inferior de menor relieve” (STS 24 de febrero de 1992, RJ 1992/1052), ello no significa que necesariamente haya de estar subordinada a la estatutaria.

<sup>37</sup> F.D. Quinto de la SAN: “...siendo el propio art. 6 del Código civil el que da entrada a los límites fijados por el legislador laboral acerca de la ordenación de la prestación laboral, de los principios y normas de carácter necesario y de la prelación de fuentes, provocando el necesario ajuste del pacto extraestatutario a lo dispuesto en tales normas, así como en el convenio estatutario que en su caso resultare aplicable...”.

### 3. LA POSICIÓN “CONTRACTUALIZADA” DEL CONVENIO EXTRAESTATUTARIO

En este fallo uno de los aspectos más interesantes es la funcionalidad que el TS atribuye al convenio extraestatutario, que no es otra que la que atribuíramos a un contrato respecto del convenio colectivo normativo aplicable. Lo hace así el TS en tres aspectos que no ofrecen duda. Primero, cuando niega a las partes el poder de calificación del convenio y la sustitución de lo acordado por lo dispuesto en la fuente normativa de referencia. Segundo, al aplicar la nulidad parcial del convenio extraestatutario –ignorando el principio de equilibrio interno<sup>38</sup>– al contrastarlo con el convenio colectivo en período de ultraactividad y, eso sí, evitando en todo momento aludir a la existencia de condiciones más beneficiosas, pero no por ello dejando de aplicar el instituto para revisar la validez de lo acordado colectivamente al margen del ET. Tercero, y lo hace cuando se refiere muy de pasada a los contenidos (y función) que puede abordar el convenio extraestatutario, que son los mismos que se reservan al contrato de trabajo.

El TS entiende que la fórmula elegida por los negociadores para definir el ámbito de aplicación de lo negociado, está contenida en el art. 1 del convenio extraestatutario, donde los negociadores definen la eficacia limitada del mismo, y en consonancia con ello deben interpretarse las restantes menciones que en el articulado se refieren tanto a la naturaleza normativa de lo acordado (Disposición Adicional primera<sup>39</sup>), como a la eficacia general que se desprende del art. 3.1 al definirlo como un convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa. Así responde la AN y el TS a la petición de nulidad, por parte de los impugnantes, de preceptos que aluden a la eficacia general en contra del art. 82.3 ET<sup>40</sup>. Pero hay una afirmación adicional: aunque así no fuera, la naturaleza del pacto no se desvirtúa por lo que las partes quieran o disponga sino que es la que le atribuye la Ley y en consonancia con ello han de interpretarse sus cláusulas. La STS de 11 de marzo de 2003 ofrece una paradigmática muestra de esta tesis jurisprudencial: “...sea cual fuera el ámbito personal que los

<sup>38</sup> Textualmente: “este criterio doctrinal, que encontró particular acogida en diversas resoluciones del desaparecido Tribunal Central de Trabajo, entró en franco declive en la década de los años 90, no siendo posible actualmente seguir propugnando su vigencia y aplicación”. STS 22 de septiembre de 1998 (RJ 7576), F.D. Segundo.

<sup>39</sup> F.D. Cuarto y Quinto.

<sup>40</sup> La Disposición Adicional del convenio ha de interpretarse, según el TS, en el sentido de que las partes negociadoras reclaman la fuerza vinculante de lo negociado para los contratantes y respecto del tipo de cláusulas que se consideran normativas; es decir, las destinadas a regular derechos y obligaciones. F.D. Quinto.



contratantes en este caso hayan consignado en el acuerdo y pretendido atribuir a éste, es lo cierto que el tan repetido pacto tiene realmente la naturaleza de efectos limitados que el ordenamiento jurídico le impone, y esta naturaleza no puede quedar en modo alguno desvirtuada por los deseos de las partes que lo concertaron<sup>41</sup>. Ni un ápice se aparta el TS de la funcionalidad que al contrato atribuye en esta materia el art. 8 ET.

El TS evita abordar de forma directa la idoneidad o no del convenio extraestatutario para abordar materias propias de la negociación colectiva estatutaria, pero no contradice ni corrige –sino que la aplica<sup>42</sup>– la imprecisa premisa fijada por la AN que está destinada a fijar los límites del convenio atípico. En lo que se refiere a los contenidos posibles a tratar por la negociación extraestatutaria sus limitaciones no se refieren tanto a los contenidos o materias, sino “al objetivo de eficacia que se persigue”, “aunque indirectamente éste contribuya también a delimitar las materias susceptibles de regulación sin sujeción a las normas del Título III del Estatuto de los Trabajadores”<sup>43</sup>. Se olvida en esta tesis, y lo veremos, que los pactos extraestatutarios pueden condicionar futuras negociaciones.

En aplicación de dicho principio, el TS ha venido entendiendo que hay determinadas materias que no pueden ser asumidas por “un pacto que de suyo tiene fuerza normativa limitada, precisamente para que surta efectos más allá del ámbito representativo que encarnan los negociadores”<sup>44</sup>. Son aquellos aspectos de las relaciones de trabajo cuya regulación legal –preceptos del ET– “remiten al convenio colectivo o al pacto con los representantes, por tanto no pueden sustraerse a estas fuentes estableciendo una regulación por convenio extraestatutario”<sup>45</sup>. Estos dos tipos de convenios no son, cabe concluir, instru-

<sup>41</sup> F. D. Tercero. (RJ 2003/3351).

<sup>42</sup> Es su propia doctrina. STS 1 de noviembre de 2003: “es necesario abordar los contenidos susceptibles de integrar un pacto extraestatutario en contraposición a los que son materia de un Convenio Colectivo de los regidos por el Título III del Estatuto de los Trabajadores y en qué medida lo trascendente no sea el contenido sino el objetivo de eficacia que se persigue”. F.D. Segundo. No explora ni concreta el TS lo que podría desprenderse de sus siguientes afirmaciones. El ET, según el TS, “no contiene mención alguna, con carácter excluyente del objeto de negociación, de los acuerdos extraestatutarios pero sí pone de relieve un claro propósito de no dejar al margen del Convenio estatutario materias que poseen un alcance general, así, en el artículo 83-3º del ET”. “El legislador muestra aquí un propósito de control que implícitamente entraña una prohibición de acudir al Pacto extraestatutario. Ciertamente que las normas prohibitivas no pueden ser objeto de interpretación extensiva en el uso de la analogía, pero éste no es el objetivo que se persigue sino el de conocer el espíritu de la Ley como criterio rector de todo un sistema”. (RJ 2004/1773).

<sup>43</sup> F.D. 2 in fine, SAN de 24 de enero de 2006.

<sup>44</sup> F.D. Sexto de la STS de 1 de junio de 2007, que aquí comentamos.

<sup>45</sup> La misma tesis en la STS de 18 de noviembre de 2003, F.D. Segundo. (RJ 2003/504).

mentos de regulación que puedan equipararse. Por ello, cuando la Ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional..., hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta transcendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal<sup>46</sup>.

En cualquier caso, no es argumento sin excepciones que utilice el TS en este fallo –más bien incumple su propia regla– pese a las materias que están en discusión: complementos salariales, movilidad geográfica, competencias disciplinarias. Todas ellas dotadas de la generalidad suficiente como para haber excluido la posibilidad de negociación o pacto extraestatutario, más si tenemos en cuenta que no existe vacío de negociación. Sin embargo, el TS opta por colocar al convenio atípico en el lugar del contrato y revisar la validez, porque se ajustan al modelo de la condición más beneficiosa, o declarar la nulidad parcial de las cláusulas del mismo que no cumplen con las reglas de articulación de las fuentes (jerarquía, remisión normativa, naturaleza dispositiva).

De hecho, tanto es así, como afirmamos, que para algún pasaje de la regulación convencional (complemento de antigüedad) el TS entiende que lo que el legislador estima que es lícito que regule el contrato de trabajo también podrá hacerlo legítimamente el pacto extraestatutario y cumpliendo idéntica función. En relación con el pacto sobre complemento de antigüedad, aunque el Tribunal reconoce que se trata de una de las materias inidóneas para la negociación o el pacto extraestatutarios –por tratar cuestiones destinadas a afectar a todos los trabajadores– el TS entiende que como en este asunto el Estatuto deja margen de regulación para el contrato individual, cabe que se fije por convenio extraestatutario, porque convenio y contrato son homologables. Además, en este supuesto concreto se dispone un régimen más beneficioso para los trabajadores que el establecido en el convenio estatutario vigente<sup>47</sup>. Esto es lógico. No sería de recibo admitir que lo que queda al arbitrio del pacto contractual sea materia vedada a la negociación colectiva del tipo que sea. Salvo contadas excepciones, no existe en nuestro ordenamiento dicha reserva a favor de la autonomía individual y el principio rector –se cumpla o no– es que la autonomía colectiva

<sup>46</sup> F.D. Séptimo de la STS de 1 de junio de 2007.

<sup>47</sup> F.D. Séptimo.

Para la AN la existencia de dos regímenes para el complemento de antigüedad, el del anterior convenio en ultractividad y el nuevo pacto es una consecuencia necesaria de la aplicación de dos normativas perfectamente válidas ni existen pruebas que demuestren su carácter peyorativo. F.D. Cuarto, SAN de 24 de enero de 2006, que sirve de base a este recurso.

resulta un instrumento más garantista de la posición contractual del trabajador. Ahora bien, no parece que éste sea el razonamiento del TS ni que la pretensión sea llegar a tal conclusión, sino que nos conduce justo al resultado contrario. La lectura más atenta del pasaje nos confirma que lo que el TS ha querido decir y dice es que las materias idóneas para la negociación extraestatutaria están restringidas a los espacios que, según la Ley el convenio estatutario, válidamente pueda ocupar el contrato. Se hace evidente una clara contractualización (por restricción) de la negociación extraestatutaria que choca frontalmente con el contenido deducido jurisprudencialmente del art. 37.1 CE y de la autonomía colectiva sindical (art. 28.1 CE).

Del mismo tenor la conclusión sobre el régimen de la movilidad geográfica establecida en el convenio discutido<sup>48</sup>. El pacto mejora para su ámbito limitado lo dispuesto en materia de movilidad geográfica con respecto a lo dispuesto en el convenio y propio ET, por tanto es un pacto más ventajoso (veamos que el TS elude en todo momento referirse literalmente a la condición más beneficiosa) y en ello estriba su validez<sup>49</sup>. Una vía abierta a nuevos conflictos puesto que hay que resolver después cuál sea la suerte que puedan correr estos pactos más ventajosos: ¿son inmunes al convenio estatutario posterior?; ¿qué sucede si las adhesiones a un hipotético convenio extraestatutario posterior no son idénticas?; ¿permanece vigente la mejor condición para los no representados o adheridos al pacto posterior si éste es peyorativo?

En materia de promoción y clasificación profesionales el argumento se clarifica en lo que se refiere a delimitar contenidos de ambos tipos de convenio,

<sup>48</sup> F.D. Duodécimo.

<sup>49</sup> “Se alega de nuevo el carácter de generalidad de la cláusula, cuestión sobre la que no es necesario hacer otras consideraciones que las anteriormente expuestas, y aduce también la irregularidad que supone la modificación de lo dispuesto en un convenio colectivo estatutario por contrato individual o pacto de otra naturaleza. No cabe entender que el pacto combatido modifique “in peius” el convenio estatutario que, en su artículo 9.2, b) establece que “En materia de movilidad geográfica, los empleados tienen derecho a no ser trasladados forzosamente a centros de trabajo situados fuera de Navarra, y viceversa”, es decir, conforme al convenio colectivo la empresa puede acordar el traslado forzoso de los trabajadores, sin límite espacial alguno, aunque dentro de la Comunidad Autónoma de Navarra; en tanto que el acuerdo de eficacia limitada, sin desvirtuar la cláusula del convenio estatutario, establece claramente que la empresa no puede, sin el consentimiento de los trabajadores, trasladarlos a un centro de trabajo, aun situado en Navarra, distante más de 50 kilómetros de donde tengan fijado su centro de trabajo; ese régimen que para la movilidad geográfica establece el artículo 52 del pacto es sin duda más ventajoso que el previsto en el I Convenio de Empresa y en el artículo 40 del Estatuto de los trabajadores, y así lo reconoce la sentencia de instancia, sin que el recurrente acredite otra cosa ni la voluntad de los trabajadores que se han adherido al pacto sea expresión de un cambio peyorativo en esta cuestión; por eso conviene recordar que estamos ante un pacto que ha sido aceptado por la totalidad de la plantilla, excepto un trabajador, y que la adhesión al mismo es voluntaria”. F.D. Duodécimo.

pero deja algunas interrogantes sin resolver. El sistema clasificatorio establecido en la D.A. primera del convenio extraestatutario revisado en esta sentencia pretende sustituir al establecido en convenio en período de ultractividad. Para la Audiencia Nacional, no existe modificación in peius del sistema clasificatorio, ni se extiende a otros trabajadores que los representados y adheridos, por tanto rige la libertad de pactos, puesto que el art. 22 no distingue entre los tipos de negociación ni instaura reserva alguna a favor de la estatutaria<sup>50</sup>.

El Tribunal Supremo disiente de esta solución. Hace suyo el argumento de la recurrente en el sentido de que “todo lo relacionado con la clasificación profesional, la promoción profesional y la clasificación de las oficinas, tiene connotaciones y alcance general para toda la plantilla de la empresa, con un efecto que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, y en efecto así es, porque en esos asuntos la nueva regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar la relación de trabajadores o grupos de trabajadores concretos, sino a la totalidad de ellos, por cuya razón el artículo 22 citado, para la clasificación profesional, y el artículo 24, para la promoción, se han remitido para su regulación a pactos de eficacia general, y en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo. Siendo eso así, la regulación de las materias a las que nos referimos no puede asumirla un pacto que de suyo tiene fuerza normativa limitada, precisamente para que surta efectos más allá del ámbito representativo que encarnan los negociadores. Por esa razón adolecen del vicio de nulidad las cláusulas que incorporan los artículos 10, 11, 12, 13, 16 y 17 del pacto, por incidir en el vicio apuntado de su aplicación generalizada, y lo mismo sucede con la disposición adicional primera al instaurar un sistema de clasificación profesional que sustituye al anteriormente establecido en el convenio colectivo estatutario”<sup>51</sup>.

Desde este planteamiento, el convenio extraestatutario cede, no solo ante el convenio regulado en el Título III ET, sino ante cualquiera de los pactos reclamados por el legislador estatutario; es la eficacia general o limitada la barrera que se erige para delimitar esferas competenciales de una y otra negociación. Se alumbra así una reserva negocial no prevista por el legislador y deducible del objeto de la materia a negociar. Una premisa que no se corres-

<sup>50</sup> SAN de 24 de enero de 2006, F.D. Cuarto.

<sup>51</sup> F.D. Sexto.

ponde con las competencias que en materia clasificatoria otorga el legislador al contrato de trabajo ni tampoco con el criterio utilizado por el TS en esta misma sentencia al analizar el régimen de complemento de antigüedad o el de la movilidad geográfica. En definitiva, ¿habríamos de concluir entonces que a falta de convenio y pacto estatutarios estos convenios atípicos siguen siendo instrumento no hábil para determinar la clasificación o promoción profesionales?

Más discutible resulta el argumento en otros aspectos de la regulación convencional en los que los contenidos, entienden los órganos juzgadores, se declaran expresamente atribuidos (o reservados a la negociación estatutaria). Sucede en materia de competencias disciplinarias, Seguridad Social complementaria y comité intercentros. La implantación, constitución, competencias y funcionamiento del comité intercentros es materia reservada por el ET al convenio estatutario (art. 63.3 ET). En el caso concreto, es la alteración de lo dispuesto en el ET –y del convenio estatutario que copia literalmente la formulación legal– lo que da lugar a la declaración de nulidad<sup>52</sup>. Hace suyo el TS el argumento utilizado por la AN en el sentido de que cuando un pacto o convenio atípico repite literalmente el convenio vigente es válido porque no se produce vulneración alguna<sup>53</sup>. Deja, sin embargo, sin cita la consideración de la AN respecto a la incompetencia del convenio extraestatutario para alterar las funciones del comité intercentros, aunque lo sea mediante una regulación más favorable como sucede en el supuesto de hecho respecto de las funciones de información. Para la AN, y por asentimiento tácito para el TS, dado que el convenio colectivo –estatutario– reproduce el ET en el sentido de que el comité intercentros no podrá tener otras funciones que las asignadas en convenio, se declaró en instancia la nulidad de la disposición convencional<sup>54</sup> que en vía de recurso no discute el TS. Repárese que aquí el argumento solo puede sostenerse si entendemos que estamos ante una disposición absolutamente imperativa –de orden público– que no permite modificación favorable y por ello se viene a primar como criterio de relación excluyente el de jerarquía normativa<sup>55</sup>.

Competencias disciplinarias<sup>56</sup> y Seguridad Social complementaria<sup>57</sup> son materias sobre las que pesa igualmente una reserva de negociación estatutaria según apreciación jurisprudencial. Ésta no se entiende vulnerada cuando el

<sup>52</sup> F.D. Octavo.

<sup>53</sup> SAN, F.D. Cuarto.

<sup>54</sup> SAN, F.D. Cuarto.

<sup>55</sup> Coincide con la declarada sumisión del contrato al convenio. El TC ha establecido con claridad la capacidad del convenio para imponerse a los contratos. Sentencias TC 208/1993, de 28 de junio y 107/2000, de 5 de mayo, (aunque nos encontremos ante una mejora retributiva voluntaria establecida con criterios objetivos que pueda mejorar el convenio).

<sup>56</sup> STS, F.D. Undécimo.

convenio extraestatutario reproduce literalmente el convenio estatutario en vigor<sup>58</sup>. Entendiendo el órgano juzgador de instancia que resulta irrelevante la inclusión del acoso puesto que la sanción disciplinaria para este comportamiento ya está prevista en el texto del ET<sup>59</sup>.

Y, por último, se revisan las competencias atribuidas a las dos comisiones paritarias a que da vida el convenio extraestatutario. El Tribunal Supremo repasa la doctrina emanada del TC en el sentido de deslindar las competencias de estas comisiones –de administración de lo convenido o negociadoras– y su relación con el derecho de libertad sindical<sup>60</sup>. Cuando para estas comisiones paritarias no se prevén funciones de negociación es lícito que la participación se restrinja a los firmantes del pacto, en caso contrario resultaría afectado el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos y por ello vulnerada la libertad sindical de los excluidos<sup>61</sup>. Pasa de puntillas el TS sobre las competencias de estas comisiones, de selección, formación y promoción, una, y de tiempo de trabajo y productividad, otra. Para la primera entiende el TS que su objeto es que “la representación social disponga de la máxima información para realizar un seguimiento integral de todos los procesos, pero en absoluto se le faculta para modificar las condiciones de trabajo”; en cuanto a la segunda, ninguna reserva despierta en el Tribunal el hecho de que la citada comisión –con la misión de analizar las cargas de trabajo y elaborar un estudio de las condiciones de trabajo, pueda proponer en su caso a la dirección de la empresa lo necesario para la optimización de la jornada laboral. No son esto competencias negociadoras. Algo de recelo debieran suscitar unas comisiones que con carácter fáctico pueden desinteresar al empresario para negociar estos temas con sujetos distintos y con efecto jurídico diverso, para retrasar o hacer innecesario el convenio estatutario. El de por sí limitado juego del deber de negociar de buena fe residenciado en el ET, y por ello parece que no aplicable a la negociación extraestatutaria, se muestra ineficaz para bloquear lo que podrían considerarse comportamientos antisindicales del empresario cuando, por ejemplo, se hiciera fracasar la negociación estatutaria para elegir al interlocutor más “blando” o para sacar del convenio estatutario los contenidos deseados.

No entra el TS a corregir la errónea tesis de la AN cuando estima que solo en un supuesto se podría entender vulnerada la libertad sindical porque a la comisión se le atribuyen competencias de negociación. Como no ha sido impugnada la concreta cláusula convencional la Audiencia no entra en su valo-

<sup>57</sup> F.D. Decimotercero.

<sup>58</sup> STS, F.D. Decimotercero.

<sup>59</sup> SAN, F.D. Cuarto.

<sup>60</sup> STC 73/1984, de 27 de junio, F.J. 3.

<sup>61</sup> STC 184/1991, de 30 de septiembre, F.J. 3 y ss.

ración, pero sí afirma que solo en el caso de que se ejercieran dichas competencias por la comisión se estaría vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical alegado<sup>62</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES: UNA VEZ MÁS LA INCERTIDUMBRE DEL DERECHO

La STS que aquí se comenta recopila y reafirma la doctrina de este órgano jurisdiccional, ya conocida, sobre la llamada negociación extraestatutaria y su producto más típico, el llamado convenio o pacto atípico. Este fallo nos muestra un completo recorrido por los diferentes aspectos del régimen jurídico “alegal” del convenio extraestatutario: fundamento constitucional, naturaleza y efectos, límites. Merece que se le preste atención a la situación incierta en que se coloca a estos productos de la negociación colectiva, para los que no puede descifrarse una única naturaleza y efectos, y a su progresivo deterioro como producto convencional cuando el polo de comparación es el convenio estatutario.

Ello es consecuencia del loable esfuerzo de nuestros tribunales, y muy señaladamente del TS, por hacer compatible el doble modelo negocial que hace tiempo se instauró en nuestro país. Hace años que nuestro TS viene encajando, pero fallo a fallo, sin doctrina general podríamos decir, las inciertas relaciones que en el panorama de las fuentes genera esta singular peculiaridad de la doble modalidad del típico producto negocial: el convenio colectivo, versión estatutaria y la extraestatutaria. Si hubiera que concluir con una frase sobre la doctrina del TS al respecto, yo diría que esa compatibilidad es posible porque el TS ha atribuido al convenio extraestatutario una naturaleza esquizofrénica, que se comporta como un contrato cuando se le relaciona con la negociación estatutaria (convenio o pacto), haciendo jugar el principio de jerarquía normativa –y su modalidad laboral de principio de norma mínima– entre ambas modalidades de convenio, y que muda radicalmente su naturaleza cuando el contraste es con el contrato, convirtiéndose entonces en un convenio de naturaleza normativa, donde ahora juegan para imponerse los mismos principios que en el supuesto anterior lo hacían bajar de escalón en la pirámide de fuentes.

Éste es el resultado, que aboca a la elaboración de una teoría de las fuentes segmentada, con imposibilidad de afrontar la resolución de conflictos o la simple articulación cuando concurren a la vez fuentes convencionales de distinto tipo y obligacionales. Pero el camino es aún más sinuoso porque el TS se ha empeñado en mantener que hay productos normativos de eficacia limitada

<sup>62</sup> SAN, F.D. Cuarto.

–el convenio extraestatutario– y que ese es el único atributo que lo distingue del convenio estatutario; o que existen productos negociales con eficacia general y naturaleza obligacional –los pactos estatutarios–<sup>63</sup>; o que el convenio atípico puede ser fragmentado y contrastado cláusula por cláusula para compararlo con el estatutario, perdiendo en este caso, no ya todo carácter normativo, sino su propia función como modalidad negocial que lleva en sí la exigencia de equilibrio interno. Esta segunda situación es la que nos describe la STS de 1 de junio de 2007, punto por punto, con excepción de las cuestiones relativas a promoción y clasificación profesional.

La inaplicación de todo precepto del Estatuto a esta modalidad de negociación la hace verdaderamente más flexible que la rigidez que aqueja a la negociación estatutaria e invulnerable a ésta. Entre ambas no se aplican criterios de prelación alguno, ni en el tiempo, ni en los ámbitos, ni en los contenidos, salvo contadas excepciones. Éste probablemente sea el aspecto más importante de la sentencia que comentamos: la idoneidad o no de la negociación extraestatutaria para abordar los mismos contenidos que la negociación tutelada por el ET; tema sobre el que pasa de puntillas el TS y que decide resolver de un modo distinto, recurriendo a la teoría civil para afirmar que es el artículo 6 del Cc el que fundamenta la declaración de nulidad parcial del convenio extraestatutario en la medida en que rompe la prelación de fuentes y el necesario sometimiento del pacto al convenio en ultraactividad. Ésta es una afirmación explícita en la SAN y está implícita en todo el razonamiento del TS al ir contrastando punto por punto ambos convenios.

A juicio de la AN y el TS, el ET no contiene exclusión alguna del objeto de la negociación atípica pero sí un claro propósito de no dejar al margen del convenio –estatutario– materias que poseen un alcance general. Existiría entonces, para la AN, una especie de prohibiciones implícitas de acudir al pacto extraestatutario en dichas materias. La tesis general la expresa el T.S. en los siguientes términos. “Cuando la Ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional(...), hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta transcendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal”<sup>64</sup>. El argumento de la distribu-

<sup>63</sup> La propia jurisprudencia ha resaltado esta contradicción o confusión entre eficacia jurídica y personal. Vid. STSJ de 1 de septiembre de 1993 (País Vasco, AS 1993/4117). Expresamente en aquél sentido: SSTCT de 16 de septiembre de 1985 y de 19 de febrero de 1985.

<sup>64</sup> F.D. Séptimo de la STS de 1 de junio de 2007.



ción competencial entre negociación estatutaria y extraestatutaria se clarifica en algunos pasajes de esta sentencia, en las materias relativas a clasificación y promoción en lo que se refiere a delimitar contenidos de ambos tipos de convenio, pero se incumple en otros (sustituido por el mayor favor) y deja algunas interrogantes sin resolver, probablemente porque una vez más la doctrina general cede y se diversifica para la resolución del caso concreto, lo que nos devuelve a un panorama regulador cuajado de incertidumbres. No es argumento sin excepciones que utilice el TS en este fallo –más bien incumple su propia regla– pese a que algunas de las materias discutidas, complementos salariales, movilidad geográfica, están dotadas de la generalidad suficiente como para haber excluido la posibilidad de negociación o pacto extraestatutario. Lo que nos conecta con el otro aspecto relevante de la sentencia.

En este fallo el segundo aspecto interesante es la funcionalidad que el TS atribuye al convenio extraestatutario, que no es otra que la que atribuiríamos a un contrato respecto del convenio colectivo normativo aplicable. Lo hace así el TS en tres aspectos que no ofrecen duda. Primero, cuando niega a las partes el poder de calificación del convenio y la sustitución de lo acordado por lo dispuesto en la fuente normativa de referencia. Segundo, al aplicar la nulidad parcial del convenio extraestatutario –ignorando el principio de equilibrio interno– al contrastarlo con el convenio colectivo en período de ultraactividad y, eso sí, evitando en todo momento aludir a la existencia de condiciones más beneficiosas, pero no por ello dejando de aplicar el instituto para revisar la validez de lo acordado colectivamente al margen del ET. Tercero, y lo hace cuando, muy de pasada, se refiere a los contenidos (y función) que puede abordar el convenio extraestatutario, que son los mismos que se reservan al contrato de trabajo.

El régimen más beneficioso del convenio extraestatutario respecto al convenio estatutario vigente, revisado cláusula por cláusula, nos da, según el TS, el criterio de interpretación para afirmar la validez o nulidad de las distintas disposiciones que integran el convenio extraestatutario.