

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: acuerdos colectivos; pactos de empresa; negociación informal; eficacia; fuentes

Los acuerdos laborales informales representan un fenómeno antiguo que incluso preexiste a la negociación colectiva reglada, y que presumiblemente marchará en paralelo a la misma para el futuro. Surge básicamente como un instrumento para superar los formalismos y restricciones de la negociación formal y en búsqueda de mayor inmediatez en la solución a controversias laborales. La jurisprudencia reciente ha optado por equiparlos en cuanto a su naturaleza a los “acuerdos de empresa” estatutarios, esto es a los llamados “defectivos”. Tales acuerdos tienen eficacia contractual, no normativa. Sin embargo, tienen eficacia general en relación al ámbito al que se dirigen. Impedir a un sindicato participar en estos acuerdos de manera indebida puede llegar a vulnerar su derecho a la libertad sindical. Estos acuerdos informales integran el sistema de fuentes de la relación laboral, relacionado con las otras normas laborales, básicamente, a través del principio de norma mínima, si bien su relación es compleja y polifacética.

ABSTRACT

Keywords: collective agreements; informal negotiation; efficiency; sources of law

Informal labor agreements represent an old phenomenon that even pre-exists regulated collective bargaining, and that presumably will run parallel to it for the future. It arises basically as an instrument to overcome the formalities and restrictions of formal negotiation and in search of greater immediacy in the solution to labor disputes. Recent jurisprudence has chosen to equate them in terms of their nature to the statutory “company agreements”, that is, to the so-called “defectives”. Such agreements have contractual effectiveness, not regulations. However, they have general effectiveness in relation to the scope to which they are directed. Preventing a union from participating in these agreements improperly may violate their right to freedom of association. These informal agreements integrate the system of sources of the employment relationship, related to other labor standards, basically, through the principle of minimum standard, although their relationship is complex and multifaceted.

ÍNDICE

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL A NIVEL DE EMPRESA: UN FENÓMENO EXTENDIDO
2. ¿POR QUÉ SURGE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL?
3. TIPOLOGÍA DE ACUERDOS INFORMALES
4. NATURALEZA DE LOS ACUERDOS INFORMALES
5. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INFORMALES
 - 5.1. Eficacia contractual y no normativa de estos acuerdos
 - 5.2. Eficacia general
6. ACUERDOS INFORMALES Y LIBERTAD SINDICAL
7. ACUERDOS INFORMALES Y RELACIÓN CON LAS RESTANTES FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL
8. CONCLUSIONES

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL A NIVEL DE EMPRESA: UN FENÓMENO EXTENDIDO

Es cada vez más frecuente que las controversias entre los trabajadores y los empresarios se solventen no necesariamente a través de los cauces formalmente previstos para ello, sino que cumple un papel muy relevante especialmente a través de una dinámica continua de negociación que se manifiesta a través de vías dotadas de cierta informalidad.

En realidad, este fenómeno de negociación directa, informal, no sometida a demasiados requisitos formales es una práctica antigua¹. Se diría que, en cierto modo, los modelos legales o “estatutarios” de negociación representan un deseo de encauzar y formalizar un fenómeno de negociación colectiva que preexiste al propio Estatuto de los Trabajadores y que se manifiesta de modo tan paralelo como concomitante al mismo. Y es que la negociación entre empresarios y representantes de los trabajadores no es un fenómeno de creación legal, sino, como mucho, de “reconocimiento” legal. Ha existido antes de la legislación actual –incluso cuando estaba de hecho prohibida– y se mantiene en parte dentro y en parte al margen de la Ley².

Podría incluso afirmarse que el canal más cotidiano para plasmar la solución a las desavenencias entre empresarios y representantes de los trabajadores, las respuestas a los desencuentros que surgen en el día a día de las relaciones de trabajo –tanto individuales como colectivas– es de carácter informal y, por lo tanto,

¹ En ello coincide J. García Murcia, *Los Acuerdos de empresa*, Madrid (CES), 1998, quien en pág. 53 concluye que : “... muchas de las referencias y alusiones que la legislación actual hace a los acuerdos colectivos de empresa no son más que el resultado de la tipificación y el reconocimiento legal de una modalidad de pacto que tiene sus raíces en los primeros estadios de la negociación colectiva (...) son el resultado, por decirlo más claramente, de la negociación atípica o informal, que ha venido desarrollándose de modo primordial en el ámbito de la empresa”.

² J. García Murcia, *Los acuerdos....cit.* pág. 55, que constata cómo tuvo especial relevancia en el franquismo, ante la ausencia de vías institucionales, sobre todo antes de la Ley de negociación colectiva de 1958.

no pretende un expreso acomodo en las instituciones negociales previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Si quisiéramos contabilizar las experiencias de esta negociación colectiva, o incluso hallar una proporción de las mismas en comparación con las de negociación colectiva formal o “estatutaria”, la misión sería desde luego de extraordinaria dificultad, y también de poca fiabilidad. Efectivamente, no existe –y por la propia naturaleza del fenómeno, mal podrían existir- registros o controles formales de los mismos, y la aproximación a su importancia sólo sería accesible a través de un muestreo estadístico. Como quiera que sea, se trata de una función aún por realizar. Pero a nadie sorprende que, tanto en grandes como en medianas o pequeñas empresas, cada una por distintas razones, tengan todas un “libro de prácticas” llevado por un conjunto de acuerdos alcanzados en las más diversas circunstancias, que singularizan el efectivo régimen de condiciones de trabajo o sindicales, que diferencian la realidad de esa empresa de la vecina, aunque estén en el mismo sector de actividad y hasta en la misma localidad. Ese “acervo laboral” de cada empresa se explica, en muy buena medida sobre la base de un peculiar historial de negociación recogido en actas o a veces incluso en pactos verbales que, tras ser alcanzados, directamente han venido siendo cumplidos de manera reiterada: pensemos en acuerdos sobre medida y estímulo de productividad, retribución variable, horas extras, recuperaciones de “excesos de jornadas”, jornadas continuadas por llegada del verano, ferias locales, formas de ascenso profesional...

Pero en tanto que no podemos hacer una contabilización fiable estos acuerdos –más allá de un muestreo estadístico o aproximativo- sí podemos acercarnos a su contenido e importancia a través de la constatación de los pronunciamientos judiciales que existen al respecto; si bien tampoco son excesivos, acaso porque esta negociación es más una vía de solventar conflictos que de crearlos, por lo que es poco dada a pronunciamientos judiciales revisorios de las mismas. Pero lo cierto es que tales pronunciamientos sí reflejan de modo relevante la experiencia diaria de contactos con representantes de los trabajadores y empresarios que de manera continua –y sin duda, con creatividad- confiesan cómo van resolviendo sus desavenencias a través de mecanismos no reglados de negociación pero que tienen una eficacia práctica indudable.

2. ¿POR QUÉ SURGE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL?

El ajuste de intereses entre trabajadores y empresarios no es algo fácil, como saben todos los estudiosos, así como todos los agentes sociales. Éstos suelen estar –como quizás no podría ser de otro modo- más ocupados y atentos al “qué” que al “cómo”.

Una vez que los interlocutores relevantes en cada contexto alcanzan una solución satisfactoria, capaz de resolver el conflicto o la controversia que está en el aire, se limitan a aplicarlo, y no prestan especial atención a cuestionar la forma jurídica y la vinculabilidad del acuerdo alcanzado, que queda relegada a un *pacta sunt servanda* de “a pie”³.

De todos es sabido que el sistema “estatutario” de negociación puede ser tenido por excesivamente rígido y formal. Si nos referimos a convenios colectivos estatutarios, ya conocemos que se ve sometido a pesados requisitos de legitimación, incluso de denuncia; no siendo menores las limitaciones en materia de concurrencia, incluso con propios convenios de empresa. Igualmente, la duración puede alcanzar varios años, y si no se denuncia –recordemos que sólo los pueden denunciar las partes del mismo, pero no cualquier afectado por el convenio, art. 86.3 ET- puede prolongarse aún más. ¿Realmente es pensable que no surjan disputas o desencuentros de carácter laboral, durante toda esa duración, en el seno de las distintas empresas en las que un convenio es aplicable?

Pero, además, la aprobación de un convenio colectivo está sometida a requisitos de aprobación minuciosos y complicados, que con frecuencia son de difícil, cuando no imposible cumplimiento en el ámbito en el que nace la controversia.

Téngase adicionalmente en cuenta que no siempre se puede entrar a regular todo lo necesario, a nivel de sector, o a nivel nacional, dada la dificultad, en muchas ocasiones, de alcanzar un acuerdo general en ese sentido. La alternativa sería la aprobación de un convenio de empresa, pero ¿están siempre las partes interesadas y en actitud para realizar a nivel de empresa un convenio colectivo completo con el solo fin de ajustar esos limitados y concretos aspectos no tratados en el convenio de ámbito superior?⁴

³ Y es que, al margen de esta “intuición” básica de quien pueda suscribir un pacto, lo cierto es que una vez firmado, como señala J.M. Martínez Jiménez, “La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma, *Relaciones Laborales*, 1988, pág. 97, tomo 1, pág. 4, (referenciando a A. Ojeda Avilés, *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, pág. 391), y en relación a los pactos informales, que “los pactos colectivos tendrán fuerza de obligar per se, anulándose, gracias a la eficacia normativa de la bona fides, los actos discrepantes de las partes (el empresario no puede romper el pacto que él mismo ha suscrito, ni el trabajador aceptar condiciones peyorativas respecto de las cometidas en el pacto que sus representantes en la empresa han negociado), quedando de esta manera los contratos individuales de trabajo integrados coactivamente por lo señalado en el pacto.

⁴ Entiende J. García Murcia, *Los acuerdos...*, cit., p. 62, que motiva su uso “Su carácter flexible e informal, y su capacidad de dar respuesta ágil, rápida y apropiada a los problemas de la empresa...”, y explica que por ello se entiende que continúen existiendo estos Acuerdos informales incluso tras los distintos cambios normativos que aparejan una mayor institucionalización de la negociación colectiva.

En definitiva, la dificultad o inidoneidad de acudir a los procedimientos formales de negociación, son aspectos capitales de la proliferación de pactos informales.

A ello habría que sumar la inmediatez, la facilidad, la rapidez y la falta de publicidad y de controles externos que, de un modo u otro, puedan burocratizar o interferir una práctica de negociación que se considera que debe ser llevada a cabo de una forma más privada y sin interacciones externas.

De hecho, García Murcia⁵, ha venido a constatar, en este sentido que son tres las funciones habitualmente ejercidas por esta negociación informal: (i) reguladora (p.ej., tiempo de trabajo, descanso, estructura salarial), (ii) gestión concertada de problemas coyunturales en la empresa (ante una situación de crisis o de una fusión) o (iii) solución negociadas de situaciones conflictivas. Y, en efecto, a alguna de estas categorías cabría siempre reconducir las distintas materias objeto de negociación que se acaban de mencionar.

Esas funciones parecen garantizar que estos acuerdos informales van a tener siempre un interesante papel que jugar. Así, pueden apreciarse razones muy distintas para la persistencia de este recurso a la negociación informal, que hacen que, en realidad, sea una forma muy atractiva y eficaz de gestionar las relaciones laborales.

3. TIPOLOGÍA DE ACUERDOS INFORMALES

La propia terminología de “acuerdos informales” es en sí misma equívoca, pues lo cierto es que bajo esa denominación entra, como ha podido apreciarse en el epígrafe anterior, un buen número de tipos de acuerdos de muy distinta condición.

El denominador común que, en este momento, podemos asignar a todos ellos, puede enunciarse de manera negativa: consistiría en que se trata de acuerdos distintos de los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Pero incluso así, dentro de ellos, habría que realizar una *summa divisio* grupos más de acuerdos⁶: Aquellos que tienen una mención legal, esto

⁵ J. García Murcia, Los Acuerdos ... cit. , pág. 62.

⁶ JM Goerlich Peset, “Los Acuerdos de Empresa”, en I. Albiol Montesinos (Coord.) *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, Madrid (Wolter Kluwer CISS) 2007. Pag 322, incluye entre estos Acuerdos tres categorías ciertas: Los subsidiarios o de regulación de las condiciones de trabajo (que incluyen los acuerdos del art. 22 et al. Del ET), los modificativos o de adaptación de condiciones de trabajo (como los del art 41.2 III y 82.3; básicamente, los “descuelgues”) y los acuerdos de reorganización productiva (arts. 40, 41, 47, 51 y 44.9). Considera de “dudosa” clasificación los acuerdos de fin de conflicto, los acuerdos de empresa con fundamento convencional y los “acuerdos de empresa extralegales o complementarios”.

es, que se acogen expresamente a una ley, y aquellos que no tienen esa expresa apoyatura. Pues bien, estos segundos serían los más estrictamente “acuerdos informales”, los que se corresponden con la más genuina negociación colectiva informal⁷.

Hagamos un mero recuento de las distintas ocasiones de negociación, distinta a la orientada a negociar convenios colectivos estatutarios que la ley recoge⁸:

- Acuerdos para poner fin a conflictos colectivo (Sercla o extra-sercla).
- Acuerdos de empresa (de complemento o sustitución de convenio).
- Acuerdos alcanzados durante procedimientos de movilidad y modificaciones sustanciales.
- Acuerdos a resultas de procesos de cambio de titularidad de empresas (art. 44 ET).
- Acuerdos en el seno de las comisiones paritarias preceptivamente previstas en los distintos convenios colectivos.
- Acuerdos en materia de procedimientos de suspensiones y despidos colectivos.
- Acuerdos de descuelgue.

Hagamos en este momento hincapié en una vastísima zona de posibles acuerdos sobre la que acaso no se ha reparado suficientemente, que está a medio camino entre los dos anteriores (“acuerdos estatutarios” y “acuerdos estrictamente informales”): Se trata de los “acuerdos” alcanzados en el amplio margen que deja la aplicación del art. 64.6 ET. Como es sabido, el art. 64.5 ET garantiza el derecho para el comité de empresa de ser consultado ante determinadas medidas o decisiones empresariales que tienen un amplio espectro. Recordemos que abarcan las decisiones sobre organización del trabajo, contratos de trabajo o medidas preventivas. Súmanse estos apartados a los previstos, dentro del mismo apartado 5, como objeto de informe previo por parte del comité, que se extiende a materias como reestructuraciones, de plantilla, reducciones de jornada, traslado de las instalaciones, procesos de fusión absorción y modificación del estatuto jurídico de la empresa, planes de formación y sistemas de organización y control del trabajo.

⁷M. Alpilluelo Martín, “Acuerdos de empresa: funciones y eficacia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 6/2006, quien los aúna –pág. 15- como “Acuerdos de empresa de eficacia contractual. Vd. A. Bejarano, “Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos”, en *La Ley*, n. 5837/2002, pág. 5.

⁸Vd. Bejarano, *cit.*, págs. 5-6.

Por último, es obligado recordar en ese momento que el art. 64.6 ET dispone que la consulta debe realizarse de forma que, en su caso, sea factible “... *poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 5*”.

Siendo tan amplias estas cuestiones, hay que reconocer que se abre un campo extraordinario de “acuerdos” que, además, se desarrollan específicamente en el seno del comité de empresa (esto es, propiamente de cada centro de trabajo) y de cada empresario. Y además, un tipo de acuerdo que, aunque está mencionado en la Ley, en realidad no tiene asignado un específico papel en el sistema de fuentes de la relación laboral. ¿Dónde se ubicarían dentro de la “pirámide” de fuentes del art. 3 ET? ¿Tendrían un valor específicamente contractual? ¿Son algo más o algo distinto?

Realmente, hay que reconocer que el potencial de este precepto —el art. 64.6 ET— como instrumento para canalizar acuerdos en el seno del centro de trabajo es enorme, y desde luego a todas luces es una vía muy poco utilizada para canalizar la práctica de negociación cotidiana. Por lo demás, la muy parca regulación del Estatuto de los Trabajadores al respecto se limita a dibujar de manera tenue algunas bases de su regulación: así, sus sujetos, su objeto (amplísimo) y los requisitos de información previo para los representantes trabajadores.

No aborda realmente este precepto la cuestión de la eficacia de estos acuerdos, y tampoco su naturaleza. Tampoco su encaje en el sistema de fuentes de la relación laboral ni su relación conceptual con otros “acuerdos” mencionados en el Estatuto de los Trabajadores, en particular con los llamados “defectivos” del art. 22 *et al.* del Estatuto de los Trabajadores.

Entre los muy distintos problemas que comprende, y que bien merecerían un estudio separado, destáquese ahora el de la cierta duplicidad de procesos de negociación que representan, con la consiguiente duda para actores sociales y operaciones jurídicas. Así, en el caso de las “reestructuraciones de plantilla” (art. 64.5.a) ET), que se ve sometido en esta sede no sólo a proveer información y a recibir el correspondiente informe de los representantes de los trabajadores, sino también a “alcanzar un acuerdo” con los mismos. Entonces, de seguir este mandato legal, ¿cuál sería, por ejemplo, la relación de un acuerdo obtenido por la vía del 64.6 ET en materia de reestructuración empresarial con el que se alcanzara sobre esa misma materia por la vía del art. 51 ET?

Lo que sí parece claro es que se trata de acuerdos que parecen básicamente orientados no sólo a consensuar decisiones del empresario que se adoptan de una sola vez (p.ej., un traslado de instalaciones, art. 64.5.c) ET) sino también de acuerdos llamados a negociar condiciones de las relaciones de trabajo con cierta vocación de estabilidad, como es el caso de los sistemas de organización y control de trabajo (art. 64.5.f) ET).

Típicamente, estos acuerdos informales suceden entre un empresario y un interlocutor por la representación de los trabajadores que puede ser tanto un comité de empresa, como un comité intercentro. También las secciones sindicales o los propios sindicatos.

Así –y sin ánimo de ser exhaustivos- encontramos negociaciones informales referidas a estas materias de negociación:

- Negociaciones de reestructuración previas a la apertura de los procedimientos formales de reestructuración.
- Negociaciones previas a un inicio formal de procedimiento de negociación colectiva estatutaria.
- De aplicación de sentencias de conflicto colectivo.
- De interpretación y aplicación de un convenio colectivo (al margen de la actuación de la comisión paritaria).
- De retribución en general y en particular de bonus, incentivos y retribución variable.
- De tiempo de trabajo: recuperación de horas, jornadas extraordinarias, distribución de jornadas y otros temas relacionados con los anteriores.
- En materia preventiva.
- De beneficios sociales.
- De planes de retribución “a la carta” con eficacia fiscal.

Esos son, precisamente, los temas más frecuentemente abordados, aunque la lista no trata de ser exhaustiva. En relación a ellos se nos plantean dudas muy relevantes, de las que las más significativas son su naturaleza, su eficacia y quién ostenta el derecho a negociar tales acuerdos, entre otras muchas cuestiones.

4. NATURALEZA DE LOS ACUERDOS INFORMALES

Para entender el régimen de estos acuerdos, y en particular su eficacia, la primera pregunta que nos surge en torno a estos acuerdos es la de su naturaleza jurídica.

¿Cuál es el “producto formal” que suponen estos acuerdos? ¿Cuál es su esencia? ¿Hasta qué punto son una anomalía de las relaciones laborales que no debieran tener validez, o son un producto natural y aceptable de las mismas?

La doctrina, como se expondrá brevemente dentro de este mismo apartado, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estos acuerdos, y hay que anticipar que de manera no unánime.

La jurisprudencia de nuestro TS sí ha tenido ocasión de pronunciarse, de manera rotunda a favor de equiparar, casi con carácter general, a estos acuerdos informales con los acuerdos de empresa que se mencionan en el ET, esto es, con los que hemos denominado “acuerdos estatutarios” y, más concretamente, con los “acuerdos defectivos”.

Una importante Sentencia del TS de 24 de enero de 2013⁹, entra, derechamente, en un análisis cuyo examen resulta muy esclarecedor.

El punto de debate de esta Sentencia parte de un acuerdo sindical alcanzado en una empresa de supermercados, acuerdo orientado a regular una cuestión de descansos compensatorios relativo a los excesos de domingos y festivos. Sus interlocutores son, de un lado, los sindicatos presentes en el comité de empresa y, de otro, el propio empresario. Pero uno de los sindicatos –CCOO- resultó excluido de la negociación, surgiendo por lo tanto la cuestión de la naturaleza de este acuerdo para determinar si había existido vulneración para ese sindicato de la libertad sindical en su manifestación del derecho a la negociación colectiva. Anotemos que los sindicatos que sí suscribieron el pacto en cuestión reunían el requisito de mayoría de miembros del comité de empresa.

Debe subrayarse que los sindicatos que suscriben el pacto no invocan ningún procedimiento o precepto especial que ampare el mismo, únicamente alcanzan el acuerdo y lo firman, sin ninguna invocación formal.

Pues bien, la Sala establece, en hipótesis, una doble vía para determinar la naturaleza de los mismos:

-La primera de ellas –que aunque se considera que no procede del todo en el caso, sin embargo, su planteamiento no deja indiferente- es la de entender que estaríamos ante un “acuerdo de solución de conflictos”. En consecuencia, participaría de la naturaleza propia de un convenio colectivo –al menos, a la hora de determinar sus posteriores efectos- según dispone el art. 24 DLRT. Obviamente, esta alternativa chocaría con el hecho de que en los acuerdos informales no necesariamente existe un conflicto formalmente declarado con carácter previo. Pero ya nos advierte la propia Sentencia que ello no es óbice a tal consideración, por cuanto que se había advertido en los términos del propio acuerdo suscrito que con el mismo se ponía fin a un relevante conflicto entre las partes. A partir de ahí, razona que la solución del art. 24 DLRT no debe pasar necesariamente por un pesado formalismo. Es decir, que la mera existencia –reconocida al menos- de conflicto, puede bastar para entender que estemos ante un supuesto subsumible en el mencionado supuesto.

⁹RJ 2013/1955 (Rec.42/2012, Ponente Alarcón Caracuel). Citada y remarcada por otra Sentencia del Supremo más reciente, en concreto la más recientemente, podemos citar la Sentencia del TS de 18-5-2016 (rec 150/2015. Ponente: Moralo Gallego).

En el caso concreto que observa la Sentencia, la constancia que había de conflicto era una mención al mismo en el texto del acuerdo y al compromiso del sindicato firmante de retirar una denuncia al efecto que se había presentado ante la Inspección de Trabajo; al parecer, siendo ésta la única exteriorización tangible de tal conflicto.

Esta hipótesis es digna de ser considerada puesto que, casi por definición, todos los acuerdos ponen fin a algún tipo de conflicto, se haya el mismo exteriorizado o no. Desde esa perspectiva, pareciera que fuese suficiente mencionar en la memoria o en los “manifestandos” del Acuerdo de que se tratara –como de hecho se hace en el caso contemplado por esa Sentencia- esa finalidad orientada a solventar un conflicto preexistente. Y... no se estaría faltando a la verdad con ello¹⁰.

Por lo tanto, esta posibilidad, si quiera mencionada teóricamente, no debe descartarse para el encaje de estos acuerdos. Y, aún más, debe notarse que la equiparación al convenio colectivo en cuanto a eficacia –que garantiza el propio art. 24 DLRT literalmente- es un factor muy atractivo para canalizar por medio del mismo acuerdo entre empresarios y representantes de los trabajadores.

-La segunda hipótesis, para esta Sentencia, es la de considerar el acuerdo sometido al litigio como un “acuerdo de empresa” sustitutivo o complementario de convenio colectivo estatutario, esto es, de los mencionados en los conocidos arts. 22, 24, 29, 31 y otros del Estatuto de los Trabajadores, también llamados “acuerdos defectivos”. Esta es la tesis, finalmente, que adopta la Sala para el presente caso. Entiende que, a pesar de no haberse adoptado este acuerdo con una específica voluntad de encuadrarlo como tal, sin embargo, concurren las circunstancias para que así sea considerado¹¹.

Existe, en efecto, la tesis en la jurisprudencia de que la enumeración de los “acuerdos de empresa” mencionados en los citados preceptos del ET (art. 22 *et alt.*) no pueden considerarse como una lista cerrada y exhaustiva, sino que, en cierto modo, pueden considerarse como una lista abierta, de modo que fenómenos como éste podría participar de esa misma naturaleza¹².

Qué duda cabe que estos “acuerdos de empresa” tienen en sí una naturaleza que no deja de ser discutida, de modo que no es fácil hallar muchos denomi-

¹⁰ Valga traer a colación las observaciones de J.M. Goerlich Peset, en “Los Pactos informales de empresa”, en AAVV, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid (ACARL) 1989, pág. 121, quien ya se refería, en tono irónico, al pretendido carácter “carácter taumatúrgico” que se derivaría de alcanzar acuerdos los representantes de los trabajadores con el empresario en sede administrativa.

¹¹ Trozo de texto de la Sentencia.

¹² Sentencia Milagros TS.

nadores comunes a todos ellos, extender a los pactos colectivos informales su naturaleza¹³, tampoco acaba siendo una respuesta definitiva a esta cuestión.

Dicho esto, la solución dada por el TS a este particular asunto resuelto en la Sentencia de 24 de enero de 2013 que se acaba de mencionar, se ajusta precisamente a esta alternativa: Establece que estos acuerdos tienen una naturaleza equiparable a los acuerdos de empresa legalmente contemplados. Es muy esclarecedor reproducir lo que se expone en el FD Tercero de esta Sentencia, a la hora de justificar que este acuerdo informal sea considerado como un verdadero acuerdo de empresa:

“...hay que recordar que estos acuerdos de empresa *no son solamente los citados por el ET sino que la jurisprudencia ha admitido esta figura del acuerdo de empresa con carácter general* siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores –o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria– y, además, con una funcionalidad muy amplia: no solamente regular determinadas cuestiones en defecto de regulación por el Convenio Colectivo mencionadas por el ET sino también a actualizar las disposiciones del convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones, pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su periodo de vigencia (STS 21/12/2009, Rec. 11/2009).

La conclusión alcanzada no es menor porque, efectivamente, significaría reconocer y dar carta de naturaleza a una vía de homogeneización, por así decirlo, de prácticamente todos los acuerdos informales que quieran someterse a tal procedimiento, respecto de los acuerdos de empresa que tienen mención legal.

Es decir, significa admitir categoría de “acuerdos de empresa” con eficacia general, arraigados en el propio articulado del Estatuto de los Trabajadores y que son asimilables a los expresamente mencionados en el ET (arts. 22,24...), pues ya tal categoría no estaría reducida a los acuerdos expresados en ese precepto legal, participando incluso de esa misma naturaleza.

¹³ Destaca J. Cruz Villalón en *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos) (10ª) 2017, pág. 515, la gran heterogeneidad entre los distintos tipos de acuerdos de empresa y la gran dificultad de encontrar elementos comunes entre ellos, de modo que casi resulta más factible definirlos por lo que no son (convenios extraestatutarios) que por lo que son. Compatible con tal conclusión resulta la de Goerlich Peset, en *Convenios colectivos y acuerdos...* *cit.*, pág. 321-322, acierta a sintetizar el sentir doctrinal respecto de los elementos que caracterizan los acuerdos de empresa que se resumirían en el hecho de que intervengan representantes de los trabajadores, tienen carácter de acuerdo de contenido limitado y tienen una elevada informalidad. Se trata también –añade– de acuerdos indiscutiblemente amparados en el art. 37 CE.

Posición ésta, por lo demás, que no es compartida por la doctrina científica, recelosa en su mayor parte, como ya se ha expresado con anterioridad, de tratar indiferenciadamente los acuerdos de empresa con mención en el Estatuto de los Trabajadores y los acuerdos informales.¹⁴

Pero esta Sentencia del TS no ha sido el primer pronunciamiento del Alto Tribunal en sostener ese mismo planteamiento. En efecto, debemos reparar muy particularmente a este respecto en la Sentencia de 30 de noviembre de 2010¹⁵.

En ese caso, se trataba igualmente de valorar la naturaleza y eficacia de un singular acuerdo colectivo, claramente elaborado al margen del proceso ordinario o “estatutario” de negociación colectiva. En ese caso, se suscribió, entre una parte del comité intercentros y la empresa un “Acuerdo Marco de Excepcionalidad”, así llamado para pactar condiciones especiales derivadas de la bajada de actividad derivada de la crisis.

Ese acuerdo, como razona la Sentencia del TS, no podía considerarse como un convenio colectivo estatutario, y lo incluía dentro del conjunto “...de lo que se ha venido denominando negociación informal”. Afirmaba expresamente que “Estamos ante un acuerdo de empresa subsidiario al convenio y relativo a aspectos aplicativos del mismo en relación con situaciones posteriores a la entrada en vigor de éste”. Añadiendo algo de extraordinaria importancia:

“... El propio Estatuto de los Trabajadores permite y legitima, a lo largo de su articulado, este tipo de pactos colectivos sobre materias diversas, significativamente en los supuestos de modificación de condiciones”.

Es decir, que asume que por “acuerdos de empresa” no sólo deben entenderse los específicos tipos mencionados en los arts. 22, 24, 29... del Estatuto de los Trabajadores, como acuerdos defectivos de convenios colectivos, sino que en definitiva se pueden considerar como una categoría extensible, si no a todos los fenómenos de negociación informal, sí a una buena parte de ellos.

De esta forma, la excepción se convierte en verdadera categoría jurídica. Es como si se creara un nuevo tipo de acuerdos colectivos desde el propio Estatuto de los Trabajadores.

Pero incluso antes de esta Sentencia, el mismo Tribunal Supremo ya anticipó esta tesis. Así pudo apreciarse en la STS de 24 de mayo de 2004¹⁶. En la misma, se aborda la cuestión de si procede el abono de unas determinadas dietas a empleados de Renfe. Tales dietas se habían pactado en un “Acuerdo” entre la rep-

¹⁴ Doctrina recelosa.

¹⁵ Sentencia dictada sobre el Rec.142/2009. Ponente: Sra. Arastey Sahún.

¹⁶ Rec. 1631/2003 (RJ 2004 5026). Ponente: Desdentado Bonete.

representación de Renfe y los representantes de los trabajadores (sin precisar mucho cómo estaba éstos representados; pero parece sobreentenderse que por el comité de empresa) referido a los trabajadores que fueron afectados por un traslado a unas determinadas instalaciones ferroviarias.

Es de tremendo interés la valoración que hace de tal acuerdo el Alto Tribunal. Tras descartar que se tratase de un acuerdo “estatutario” –obviamente no lo era– se resiste sin embargo a cuestionar su eficacia. Afirma que “*Se trata de un acuerdo que se inscribe en la negociación informal en el marco de la empresa y que puede tener por objeto diversas materias*”.

Pues bien, lo realmente importante es lo que indica a continuación la propia Sentencia, en cuanto que hace una equiparación de los “*acuerdos de modificación de trabajo o de regulación de empleo*”, en clara alusión a los arts. 40, 41 y 50 ET, sin nombrar expresamente, no obstante, a los acuerdos mencionados en el art. 22 *et alt.* del ET.

Eso no significa, sin embargo, que a partir de la jurisprudencia actual podamos concluir que en todos los supuestos de negociación informal sean reconducibles a los mencionados “acuerdos de empresa” ni que en todos los casos en los que ha sido litigiosa la naturaleza de un acuerdo informal haya concluido invariablemente el TS que el mismo debe ser así calificado. Quiere indicarse únicamente que el TS sostiene la tesis de que el modelo de los “acuerdos defectivos” es abierto, y que en su seno caben otros acuerdos, aunque no se esté ante los supuestos mencionados expresamente en los arts. 22 *et alt.* del Estatuto de los Trabajadores.

Además del Tribunal Supremo, distintos TSJ han tenido ocasión pronunciar su doctrina en torno a esta cuestión de una manera similar a la razonada por el Tribunal Supremo.

Así, la STSJCIV de 29 de mayo de 2017¹⁷. No se refiere a un pacto informal en sentido estricto, sino a otro, previsto en el ET ciertamente, pero con muy pobre regulación. Se trataba, en concreto, de un acuerdo alcanzado en un proceso de cambio de titularidad empresarial –precisamente, en este caso, un pacto alcanzado durante una fusión bancaria, concretamente el referido a la absorción de la CAM por el Banco de Sabadell– y que se ampararía en el art. 44.9 ET.

Pues bien, en lo que ahora interesa, lo sucedido fue que en 2012, las representaciones sindicales de las entidades absorbente y absorbida suscribieron un “acuerdo de condiciones sociales y subrogación” que “modificó y sustituyó toda la normativa laboral, tanto convencional como interna de Banco CAM”.

¹⁷ Rec. 1797/2016 (JUR\2017\215046).

Es decir, estábamos ante un pacto que modificaba otros tipos de pactos previos, y no precisamente por los mismos actores.

En concreto, el demandante en este litigio resultaba ser un trabajador que reclamaba beneficios derivados de pactos contractuales colectivos, propios de la CAM, anteriores a este pacto, siendo su argumentación principal la de que no cabía atribuirle eficacia capaz de derogar el que él anteriormente disfrutaba, basadas en un pacto no estatutario. Entendía que el pacto de fusión era en realidad un convenio colectivo estatutario que debía respetar las condiciones más beneficiosas previamente adquiridas por los distintos trabajadores.

Sin embargo, lo que nos interesa destacar a los efectos del presente estudio, es que el pacto de fusión se califica como un “acuerdo de empresa extraestatutario con eficacia contractual”.

El TSJ de Andalucía también ha tenido ocasión de referirse a la naturaleza de estos pactos. Es el caso, entre otros, de la Sentencia de 9 de febrero de 2012¹⁸.

En este supuesto, se dilucidaba la aplicación de un pacto alcanzado entre las partes (comité de empresa y el empleador), que completaba una parte del convenio colectivo. Tenía una función, digámoslo así, “reglamentaria” o de desarrollo respecto del convenio. No se cuestionaba su carácter extraestatutario. Su contenido era determinar la exacta compensación que correspondía a los trabajadores por haber sido trasladados de un centro de trabajo a otro, cuyas pautas generales sí que estaban previstas en el convenio colectivo.

Pues bien, tal pacto era calificado como “pacto de empresa”, con valor extraestatutario, y su único límite es el de no contradecir el convenio colectivo desarrollado ubicándolo, dentro del sistema de fuentes de la relación laboral, en el lugar dispuesto por el art. 3.1.c) ET.

Le da, por lo tanto, una eficacia contractual en sentido estricto, aunque sin ahondar en concreto en el hecho de si comparte la naturaleza misma de los “pactos de empresa” mencionados en el art. 22 *et alt.* del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, la Jurisprudencia se ha inclinado a considerar que la negociación informal que se da en el seno de la empresa, a través de la multitud de pactos que, con los más distintos fines, se alcanzan en el desarrollo de las relaciones de trabajo, pueden encontrar acomodo en los “pactos de empresa” que se mencionan en el art. 22 *et alt.* del Estatuto de los Trabajadores. Pero, más allá de ello, les asigna condición de pactos de naturaleza contractual, con una eficacia acorde a esa naturaleza, como se va a exponer en el epígrafe siguiente.

¹⁸ Rec. 1182/10 (JUR\2012\135176).

Este pronunciamiento no cae sobre un debate inexistente de parte de la doctrina. En efecto, como Goerlich ha señalado¹⁹, la doctrina se ha pronunciado en muy distintas ocasiones sobre la cuestión aquí examinada, resultando que la tesis mayoritaria en la misma es que, entre los dos grupos existentes de acuerdos de empresa los típicos legalmente, y “los restantes” acuerdos de empresa- los “verdaderos acuerdos de empresa requieren habilitación legal”.

Sin embargo, tras distintas reflexiones, este mismo autor concluye que el intento de diferenciar los acuerdos de empresa tipificados legalmente de los restantes resulta injustificado. Básicamente, entiende que la tipificación de los acuerdos de empresa que acarreó reforma de 1994 “no responde al interés legislativo en configurar una categoría jurídica nueva y distinta de las preexistentes” pues –añade– “si ese hubiera sido su interés, la expansión de las alusiones a los acuerdos de empresa (...) habría ido acompañada de un mayor esfuerzo normativo en la delimitación de su régimen. Parece más bien que cuando el legislador se refiere expresamente a los acuerdos de empresa no hace sino remitirse a una categoría tradicionalmente existente, indicando que la misma puede utilizarse para ciertas funciones en determinados preceptos del Estatuto u otras normas laborales...”²⁰. Concluye, por ello, que la explicación de la expresa mención legal a determinadas materias es sobre todo de carácter funcional, no esencial.

Sin embargo, como el propio autor citado reconoce, estamos ante un tema muy controvertido en la doctrina, donde, por número, parece mayoritaria la tesis que expresa sus reservas a esta indiferenciación de los pactos de empresas con mención legal de los estrictamente informales²¹, incluyendo tesis más matizadas²².

¹⁹ Goerlich Peset, *Los acuerdos de empresa...*, *cit.*, pág. 327. Evocando las tesis de M. García Jiménez, *Los acuerdos colectivos de empresa*, Granada, Comares) p. 226 y J. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid (Civitas), 1999, p. 69 y ss.

²⁰ *Op.cit.* p.328.

²¹ Interesa destacar, en un tono más matizado, entre otras, la tesis de García Murcia, *Los acuerdos...* págs. 69-70. Afirma que el hecho de que la recepción legal expresa a los acuerdos de empresa mencionados en la ley confiere a éstos un estatus jurídico distinto “con mayor entidad y relevancia que el mero acuerdo informal”. Considera que hay diferencias pues entre ambos y que tales diferencias encuentran proyección en cuanto a su naturaleza, eficacia, funciones y cometidos y, en general, en el sistema de fuentes de la regulación de la relación de trabajo. Cita a favor de estos planteamientos a J. Rivero Lamas, *Estructura y contenido...* Pp. 55 y 56 y a Escudero, a Valdés Dal-Re y a Gonzalez Ortega.

²² M. Correa Carrasco, *Acuerdos de Empresa*, Madrid (Memento Experto Ed. Francis Lefebvre), 2012, pág. 31, se pregunta también sobre el carácter tasado o no de los supuestos de acuerdos subsidiarios, destacando que, aunque algún sector de la doctrina se habría manifestado en contra de esta posibilidad –como Sala-Mellado-Pedrajas; a favor, Casas Baamonde- sin embargo entiende que serían factibles en el contexto de un sistema de negociación colectiva articulada. Pone de ejemplo el AENC-II. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*,

Pero lo cierto es que la tesis que parece minoritaria en la doctrina –la de no diferenciar con claridad la naturaleza de los acuerdos de empresa “defectivos” así como en general de los que tienen mención legal, respecto de los que no tienen ese respaldo- es la que está siendo aceptada por la jurisprudencia.

5. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INFORMALES

A la hora de determinar la eficacia de estos acuerdos, la jurisprudencia alcanza habitualmente esta doble conclusión:

- Estos acuerdos no tienen eficacia normativa, y sí eficacia contractual.
- Tienen eficacia general, esto es, son aplicables (como contratos) al colectivo de trabajadores afectados.

Veamos con más detenimiento como casa este doble nivel de eficacia jurídica.

5.1. Eficacia contractual y no normativa de estos acuerdos

Con carácter general, debe afirmarse que estos acuerdos informales tienen una eficacia sólo contractual, y no normativa. Comúnmente, no aspiran a ello, ni tienen la pretensión de ser convenios colectivos, ni por su contenido ni por su propia intención, en tanto que no tratan de tomar el papel de un convenio colectivo, sino únicamente de resolver cuestiones singulares –de mayor o menor complejidad- que surgen en una parcela y ámbito geográfico concreto de las relaciones laborales.

Por lo tanto, este carácter sólo contractual, no es algo que en definitiva pueda considerarse anómalo o siquiera frustrante para las partes, sino que resulta lógico y esperable para las mismas.

Ello, no obstante, la doctrina ha considerado en ocasiones que estos acuerdos, en tanto que libre conclusión del arreglo de voluntades entre empresarios y trabajadores, deben estar amparados en el art. 37 de la Constitución y, además con eficacia normativa, argumentando, en cierto modo, la unidad del derecho a la negociación colectiva, en sus muy distintas manifestaciones, por lo que también cabría apreciar en este caso tal eficacia²³.

Madrid (Civitas), pág. 53 también entiende que, a pesar de la cierta informalidad de los “acuerdos de empresa” expresamente mencionados en el ET, no debe olvidarse que se trata de pactos “estatutarios” (en cuanto a que tienen esa mención en el ET, naturalmente, no en cuanto a su equiparación a un convenio colectivo estatutario). No pueden, por lo tanto, equipararse los mismos a los acuerdos informales no mencionados, realmente atípicos por tanto, que aunque quedarían también amparados en el art. 37 CE, sin embargo no pueden considerarse de la misma naturaleza ni eficacia. En efecto, como se verá, la eficacia “normativa” sería predicable, a su juicio, de los acuerdos de empresa “típicos”, pero no de estos últimos.

²³ Bejarano, pág. 6, entiende más adecuado sostener el carácter normativo de estos acuerdos

La jurisprudencia que también ha concluido, con carácter general, estos acuerdos informales no tienen eficacia normativa²⁴. La razón comúnmente argüida al efecto es que están fuera del canal de producción que garantizaría ese estatus. Al no haberse alcanzado el previsto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, a la vista del art. 3.1.b) en relación al art. 82.3 ET, no puede considerarse como estatutario y por lo tanto carecería de eficacia normativa.

En este sentido opta por una clara jerarquización, por así decirlo, en la que el convenio colectivo estatutario sí tendría, naturalmente, eficacia normativa, pero los acuerdos informales, tendrían eficacia contractual. No sería, sin embargo, tan clara la eficacia que habría de predicarse de otros acuerdos con expresa mención y regulación legal, por escueta que ésta sea. Así, los acuerdos a propósito de una transmisión de empresa, o de fin de huelga o de los puramente defectivos de convenio, a los que la Ley da especial régimen y eficacia. ¿Deben realmente considerarse de eficacia meramente contractual?

Ahí sí que podemos encontrar importantes matices.

Así a favor de este carácter meramente contractual, ya con rotundidad se pronunciaba la Sentencia del TS de 20 de marzo de 1996 (Rec. 3350/1995), referida precisamente a unos acuerdos previos a la instrucción de un Expediente de Regulación de Empleo. Este acuerdo lo alcanzaron los representantes legales de los trabajadores (comité de empresa) con la dirección de la empresa. Tal acuerdo, al ser calificado por la Sentencia como “acuerdo informal” y “convenio impropio”, se consideraba como “acuerdo informal *carente de eficacia normativa* o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas: que no crea derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual, como han declarado multitud de sentencias, aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones y contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores”.

Sin embargo, debe destacarse que el propio Tribunal Supremo, recientemente, aún de manera ocasional, ha expuesto sus objeciones al respecto. Al menos en lo que se refiere, estrictamente a los llamados acuerdos de empresa “defectivos”: Así, en su Sentencia de 24/1/2013, donde afirma en su FJ Tercero: “... La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria ha atribuido a esos Acuerdos de Empresa naturaleza contractual y no normativa (a juicio de esta Sala hubiera sido

defectivos, citando a Escudero y Goerlich en sus notas 37 y 38. En p. 8 menciona que cierta doctrina judicial, citando la STC 58/1985, concluye el valor normativo de los convenios no estatutarios y pactos informales. Sin embargo, de la mencionada Sentencia no se deduce tal conclusión, toda vez que dirime un recurso de inconstitucionalidad en el que no se aborda la cuestión de los convenios o acuerdos informales.

²⁴ Jurisprudencia.

preferible considerar que se integran como un *anexo al contenido normativo del convenio* cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente), pero ello no obsta para que su eficacia –esto es: su fuerza vinculante, aunque no se le considere normativa sino contractual- sea general en el ámbito de la empresa...”.

La calificación como contractual, que en todo caso parece incuestionable para el supuesto de acuerdos colectivos informales, conlleva que estos pactos se relacionen con los convenios colectivos estatutarios –así como con la propia Ley, en su caso- a través del principio de norma mínima: pueden mejorarla, adaptarla, pero no disponer nada directamente en contra de la misma, salvo que sea para mejorar condiciones de los trabajadores, siempre y cuando mejoren, pero no empeoren las condiciones de trabajo marcadas por ley o convenio²⁵. Le reconocen, por lo tanto, desde esa perspectiva, plena fuerza de obligar a estos acuerdos dentro del ámbito para el que están concebidos.

Pero, como ya se anticipó en su momento, baste ahora reiterar que este carácter contractual y no normativo del convenio no perturba de manera relevante, en la práctica, su eficacia real como pacto, sobre todo a la vista de lo que se va a abordar a continuación: estamos ante acuerdos que, en todo caso, van a tener eficacia normativa.

5.2. Eficacia general

Existe consenso en afirmar que estos acuerdos, incluso informales, tienen eficacia general. Y ahí reside, acaso, la nota más relevante de los mismos.

En efecto, no hay controversia en admitir la eficacia general de los acuerdos informales en relación al ámbito en el que están llamados a ser de aplicación en el ámbito en el que están concebidos²⁶.

²⁵ García Murcia, *op. cit.*, pág. 204, habla por ello de una relación convenio-acuerdos de empresa de carácter “polifacético” atendiendo los distintos tipos de acuerdo existentes así como las distintas relaciones entre las instituciones reguladas en ambas sedes. Lo determinante, en todo caso, es que resulta atrevido, por no decir inviable, admitir sola regla para arbitrar las relaciones entre ambas.

²⁶ F. Elorza Guerrero, *Los Acuerdos de Empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (CES), 2000, pág., 283, admite que, a pesar de la tradicional observación de que los convenios y acuerdos extraestatutarios tienen eficacia personal limitada, sin embargo, la doctrina parece haberse decantado mayoritariamente por considerar a los acuerdos de empresa como acuerdos dotados de eficacia general. Cita al efecto a García Murcia, Escudero Rodríguez y Ojeda Avilés. J. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa.... cit.*, pág. 106, considera indisoluble la eficacia general de la normativa en relación a estos acuerdos, de los que considera (pág. 7) que, a pesar de no poder considerarse fuente del Derecho, sí pueden llegar a tener eficacia general “por distintas vías”.

Para hallar ese ámbito exacto que entraría dentro de esa “eficacia general”, basta determinar primero el universo de destinatarios del mismo, que por regla general es el colectivo de trabajadores integrados en un centro de trabajo concreto, o una parte definida del mismo. Es respecto de ese preciso colectivo respecto del que cabe predicar la eficacia general.

Una vez identificados, resulta suficiente para determinar esa eficacia general que sean puestos en relación con la identidad de los firmantes del acuerdo y determinar si, de acuerdo con el principio de correspondencia²⁷, los mismos se consideran representados.

Como normalmente esos acuerdos son suscritos por los comités de empresa, el silogismo para determinar su eficacia general es claro: Si lo suscribe un comité de empresa, entonces debe tener eficacia para ese centro de trabajo, puesto que los trabajadores de ese centro han elegido a los representantes que suscriben el acuerdo. Más aún, se admite que no sólo el comité, sino las secciones sindicales mayoritarias en el comité, puedan suscribir un acuerdo con igual eficacia general.

Esta es la posición indiscutiblemente adoptada por la jurisprudencia y desde luego no cuestionada por la doctrina, como pasamos ahora a ratificar.

En concreto, nos recuerda la Sentencia del TS de 18-5-2016²⁸ que ese carácter general es claramente compatible con la naturaleza contractual y no normativa de este tipo de acuerdos.

Reconociendo esta aceptación, habría sin embargo que cuestionar al menos si todo es efectivamente tan claro y si esa eficacia general es tan indiscutible también en el caso de la negociación informal.

En efecto, el punto de partida de estos acuerdos informales es que su objeto va más allá, en sentido estricto, de las competencias legalmente conferidas de modo expreso a los comités de empresa, o a las representaciones sindicales con mayoría en los mismos.

En efecto, cuando la ley otorga a los comités de empresa competencias específicas, en materia de negociación colectiva formal (Título III ET) o bien cuando establece otros conductos de negociación (arts. 40, 41, 44, 51... así, como el 22, 29 et. al. del Estatuto de los Trabajadores, o el 24 del RDLRT), la eficacia general viene de la ley misma. Es decir, tales acuerdos son aplicables al colectivo de trabajadores comprendido en el ámbito de representatividad del comité de empresa

²⁷ Sobre el “principio de correspondencia”, vd. STS de 18 de febrero de 2014, rec. 282/2014 y de 18 de febrero de 2015, rec. 93/2015). Así como de la AN, de 30 de junio de 2014 (proc. 80/2014).

²⁸ Rec. 150/2015. Ponente: Moralo Gallego.

—o de la representación sindical acorde— precisamente porque la ley confiere a ese sujeto representativo tal capacidad de representar.

Sin embargo, en el caso de los acuerdos informales no existe ese soporte normativo. La jurisprudencia no parece incidir en ese factor que, sin embargo, debe considerarse capital.

De hecho, la jurisprudencia defiende que el mecanismo electoral laboral sostiene la aplicación general al colectivo de trabajadores, sobre el mecanismo que otorga la representatividad de tipo electoral. Así, la Sentencia del TS de 24 de mayo de 2004 (rec. 1631/2003), que es vuelta a citar por la Sentencia del mismo tribunal de 18-5-2016 (rec. 150/2015), señala que este tipo de pacto puede:

*“... tener una **eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral**, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores —en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical— adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados”.*

En efecto, la asignación a los representantes de personal de una capacidad negocial amplia, prácticamente ilimitada en relación a los derechos laborales de sus representados a través del mecanismo electoral derivado de las elecciones a representantes de personal merece una reflexión más detenida. Incluso desde la perspectiva del respeto a la legalidad y a las justas expectativas del votante de esos representantes unitarios: se eligen, como no puede ser de otro modo, esperando que cumplan las funciones que la legislación les otorga, que incluyen la negociación colectiva y la expresamente reconocida en la ley. El dar el paso más allá de entender que pueden ampliar su ámbito, y acordar —con igual efecto de eficacia general— materias para las que la ley no los habilita expresamente, es algo que ya es mucho más discutible.

Así, igualmente, la Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2015²⁹ establece que no tiene cabida un acuerdo adoptado sólo por la minoría del comité de empresa, ni siquiera con la ratificación posterior de la asamblea de trabajadores. Tampoco, si se pretende con él suscribir un acuerdo informal. Es decir, la “informalidad” del pacto no puede ser un refugio para eludir las reglas básicas del principio de “correspondencia” inherente a la negociación y, en definitiva, de reglas básicas de la legitimación de los contratos. De lo contrario, esto es, de suscribirse un acuerdo en ausencia de tales reglas, podríamos estar ante un acuerdo *ultra vires* e incluso, según las circunstancias del caso, estaríamos incluso ante un acuerdo nulo y por tanto ineficaz.

²⁹ Rec. 308/2014. Ponente: Luelmo Millán.

Tal eficacia estaría basada, en última instancia, en una interpretación de la proclamación constitucional de la “fuerza vinculante de los convenios entre los representantes de los trabajadores y los empresarios³⁰”. Lo que, por otro lado, no deja de plantear dudas, en especial las que se refieren a qué diferencias podemos hallar entonces entre los acuerdos colectivos de empresa mencionados en la ley y los puramente informales o, dicho de otro modo, cuál es la verdadera relevancia de estar citados a estos efectos en la ley.

6. ACUERDOS INFORMALES Y LIBERTAD SINDICAL

Dada la relevancia de estos acuerdos informales en la práctica diaria de las relaciones laborales en las empresas, uno de las cuestiones más relevantes que se dan, y que tienen correlativo reflejo en la jurisprudencia, se deriva de la eventual preterición de determinados sindicatos de estos acuerdos.

En efecto, cuando los actores de estos acuerdos no son los representantes de los comités de empresa, sino los representantes de los sindicatos presentes ¿qué sucede cuando se suscriben estos pactos informales, obviando la participación de los otros, sean o no imprescindibles para constituir mayoría? ¿Supone ello un quebranto de la libertad sindical?

La jurisprudencia ha entendido que es un área donde también debe verse respetada la libertad sindical, partiendo así de que ésta incluye el derecho no sólo a la negociación colectiva “estatutaria”, sino también a la negociación colectiva informal. Lo cual, por otro lado, significa reconocer su enorme transcendencia.

Señalemos algunos supuestos recientes donde la jurisprudencia ha entendido que se ha transgredido la libertad sindical de algún sindicato.

En primer lugar, podemos citar la ya invocada Sentencia del TS de 18 de mayo de 2016 (Rec. 150/2015), en la que precisamente se contempla firma un “pacto de empresa” cuyo objeto es el de llevar a término la aplicación de una sentencia de conflicto colectivo que se sustanció ante la Audiencia Nacional. Ese conflicto se inició precisamente a instancias del sindicato CGT, si bien a su demanda se adhirieron los otros dos sindicatos con presencia del comité de empresa, UGT y CCOO. Se dicta sentencia favorable a los actores y se da la circunstancia de que, para determinar la aplicación de sus efectos se alcanza un “acuerdo de empresa”, fruto de una reunión de la empresa con las secciones sindicales de los dos sindicatos mayoritarios con presencia en el comité (CCOO y UGT), pero eludiendo la sección sindical de CGT, al menos en la primera de las reuniones llevadas al efecto, que es donde se alcanza el acuerdo más relevante.

³⁰ Vid., Bejarano Hernández, *cit.*, p. 8.

El sindicato CGT (que, en todo caso era minoritario en el comité; es decir, los otros dos sindicatos unidos tenían suficiente quorum para alcanzar la mayoría absoluta con sus solos votos) entendió vulnerada su libertad sindical y así se lo reconoció el Tribunal Supremo.

Entendió la Sala que, cuando se trata de alcanzar acuerdos con eficacia general, que estén llamados a tener alcance para toda la plantilla, no pueden preterirse a las secciones sindicales minoritarias. Esa tesis es de aplicación también a estos supuestos de negociación informal, e incluso a las "...negociaciones previas, informales y preparatorias de la futura negociación". También "cuando este-mos ante trámites no previstos expresamente en las leyes".

Invoca también la Sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (Rec. 130/2014), en tanto que concluye que no pueden omitirse, en tales circunstancias, a las secciones sindicales con representatividad.

Todo ello es algo que, en suma, ya conocíamos, siendo lo más llamativo el hecho de que se extiende la aplicación de esta doctrina sobre ámbito de la libertad sindical muy ampliamente, llegando a todos los distintos supuestos de negociación informal, siempre que de la misma se haya de derivar un acuerdo de eficacia general.

Todo ello conduce a la Sala a declarar, efectivamente, la existencia de lesión de la libertad sindical, con reconocimiento del pago resarcitorio que demandaba el sindicato. Si bien en esta sentencia concurre, además, una interesante curiosidad, como es la de que no se declara nulo el pacto en sí. Es cierto que la actora no lo solicitaba, pero también lo es que el tribunal no ve vicios en materia de legitimación que lo hubieran hecho insostenible. El pacto es viable, porque lo soporta el cálculo de mayorías que lo sustenta, pero no obstante se ha vulnerado la libertad sindical.

Similar conclusión se alcanza –en lo que se refiere a la existencia de lesión de la libertad sindical- en la ya comentada Sentencia del TS de 24 de enero de 2013.

En la misma se da una circunstancia análoga de lesión de la libertad sindical tratándose de un supuesto de negociación informal.

En el caso ahí tratado, se suscribió un acuerdo de empresa entre UGT y la empresa. El supuesto contemplado en esta resolución era peculiar. Se trataba, en principio de un Acuerdo Extraestatutario que puede considerarse como "clásico": Así, un sindicato – UGT- alcanza un acuerdo con el empresario que sólo se habría de tener vigencia para los afiliados al sindicato. Pero –y ahí radica el factor decisivo a estos efectos- también a los que voluntariamente se adhieran a tal pacto. Hasta ahí, nada particularmente llamativo, toda vez que este supuesto entraría en

el canon de los acuerdos colectivos extraestatutarios, en tanto que éstos admiten, como modelo más elemental e indiscutible, precisamente el que tiene lugar entre un empresario y un sindicato de modo que limita sus efectos a sus afiliados. Desde esa perspectiva, se trata de un acuerdo que se inserta en la básica libertad de negociación de los sindicatos, sin aspiraciones de eficacia general ni de eficacia normativa. Pero se daba la circunstancia, en este caso concreto, que este pacto extraestatutario estaba construido sobre un anterior acuerdo de empresa del que sí eran parte, frente al empresario, tanto la propia UGT como CCOO. Este nuevo pacto posterior, suscrito por UGT únicamente, al quedar abierto a la adhesión individual de los trabajadores que lo desearan estaba llamado a tener, a juicio del Tribunal Supremo, una eficacia general que se alcanzaría, digámoslo así, de manera ilegítima, “por la puerta de atrás”. Y ello, debido a que la lógica de los hechos –qué duda cabe que todos se adherirían “voluntariamente” en tanto que así se alcanzarían mejores condiciones laborales que de otro modo- llevaría de facto a una aplicación general del pacto, según entendió el Tribunal. Por ello, el efecto no sería otro que el de ser un pacto que por la vía de hecho habría alcanzado una eficacia general. Pero con el importante matiz en contra que el sujeto del pacto por la parte social no serían ya los dos sindicatos que alcanzaban la representatividad de los trabajadores, sino sólo uno de ellos. Adornaban estos hechos el hecho de que el sindicato preterido tenía mayoría absoluta de los miembros del comité de empresa (12 sobre 23), siendo así que, irónicamente, el acuerdo de eficacia general –en la práctica- se alcanzó con el segundo sindicato con mayor presencia en el comité -10 miembros, sobre 23- resultando por ello claro, a juicio del Tribunal, que no estábamos sino ante una maniobra para preterir a un sindicato que, para más gravedad, era el mayoritario.

Pues bien, la Sala, tras ese planteamiento, no pudo concluir otra cosa más que la lesión de la libertad sindical de CCOO, que habría sido preterido injustamente de un pacto que, con la apariencia de ser de eficacia limitada (en principio, limitada a los afiliados al sindicato en cuestión) sin embargo tenía como único efecto tangible el de marginarlo de la negociación. Todo ello constituía, pues, una suerte de artificio fraudulento en sí mismo lesivo de la libertad sindical de CCOO, lesión que no tuvo empacho en declarar el Tribunal de manera muy contundente, con el añadido de declaración de nulidad del pacto colectivo alcanzado.

¿Cuál es la conclusión más clara que, a nuestros efectos, podemos extraer de esta Sentencia? No puede ser otra que la de que se integra, dentro de la libertad sindical el derecho a la negociación colectiva... no sólo a la negociación colectiva “formal” o “estatutaria”, sino también la informal. Es decir, el derecho a la negociación colectiva informal integra la libertad sindical. Y ello no es una conclusión menor.

También se declara lesión de la libertad sindical en un supuesto de negociación colectiva informal la Sentencia del TS de 22 de julio de 2015³¹. En este caso, la materia observada se refiere a una serie de negociaciones informales preparatorias de otras –ya más formales y regladas, que acabaron formalizándose ante el SIMA- en el marco del proceso de integración del grupo bancario Liberbank. La empresa se reunió con UGT y CCOO para alcanzar –al margen, por el momento, del procedimiento legal- un acuerdo de reestructuración; acuerdo que efectivamente se sancionó y fue publicitado abiertamente. No incluyeron en estas negociaciones –que el Tribunal entendió que eran las reales, dado que, a partir de ese momento, el encauzamiento del conflicto a través del SIMA iba a ser una pura plasmación o formalidad relativo a lo ya acordado- a los sindicatos demandantes, cuales eran el sindicato STC-CIC y el sindicato CSI. Entiende que tales sindicatos tenían legitimación para negociar, al concurrir en ellos los correspondientes requisitos de representatividad, de modo que el hecho no tratarse de una negociación formalmente orientada a pactar un convenio colectivo estatutario no era óbice para tal consideración.

Sin embargo, no siempre que un sindicato es preterido de una negociación puede apreciarse la existencia de lesión de la libertad sindical. Es lo que sucede en el supuesto que se contempla en la STS de 30/11/2010, ya citada. La situación fáctica que subyace a la posible lesión de libertad sindical en este caso merece ser resaltada: Se suscribe un “Acuerdo Marco de Excepcionalidad”, en el que participan todos los sindicatos con representación en la empresa, a través de sus secciones sindicales. Sin embargo, no todos los sindicatos lo firman. Tres sindicatos con representación minoritaria -CGT, ELA y SK- no lo hacen, si bien sí participaron en las correspondientes reuniones de negociación. Se crea, a partir de este acuerdo, una “Comisión de seguimiento y vigilancia”, con amplias potestades, que viene a estar compuesta, en la parte social, exclusivamente por los miembros de los sindicatos que sí firmaron el acuerdo. ¿Significa su exclusión de este órgano (que, en efecto, aunque no fuese fuente de “acuerdos colectivos” en sentido estricto, sí estaba llamado a implementar el anterior acuerdo informal a través de continua negociación), una lesión de la libertad sindical de los sindicatos excluidos?

La respuesta, para la Sala, es negativa. Nos recuerda que resulta de aplicación la línea jurisprudencial, corroborada por el Tribunal constitucional, de que “La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva. Esta limitación inconstitucional

³¹ Rec. 130/2014. Ponente: Sempere Navarro.

del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones al convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo...”

Por lo tanto, no puede apreciarse lesión de la libertad sindical de los sindicatos excluidos. La misma –ello es importante de destacar- no se produce, pues, con la exclusión de algún sindicato de determinado elemento de aplicación, interpretación o seguimiento de un acuerdo, sino sólo cuando se le priva de su capacidad de negociar “acuerdos” nuevos o modificatorios de otros, siempre que tenga capacidad para negociar.

7. ACUERDOS INFORMALES Y RELACIÓN CON LAS RESTANTES FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL

Apuntemos por último algunas notas relativas a cómo opera la concurrencia de estos acuerdos con los convenios colectivos, dentro de las reglas generales de la regulación de la negociación colectiva.

En general, la jurisprudencia apunta a que estamos ante acuerdos que pueden completar, especificar y rellenar vacíos.

¿Los podría alterar en su contenido esencial? ¿Podría empeorar su contenido?

Resume la citada STS del 24 de enero de 2013, citando la de 21 de diciembre de 2009 (rec. 11/2009) –recordemos que se trata de la Sentencia que incluye a los acuerdos informales dentro de la categoría del “acuerdo de empresa”- que el acuerdo de empresa, con carácter general, es admisible “... siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores –o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria- y además con una funcionalidad muy amplia, que incluye las de “actualizar las disposiciones del convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones *pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su periodo de vigencia*”.

Entraría en la relación que tiene la Ley con los contratos con los convenios, básicamente regido por el principio de norma mínima³².

³² Así, García Murcia, *op. cit.*, pág. 204, se refiere al carácter “polifacético” de esta relación, según ya se ha apuntado con anterioridad. S. Rodríguez Escanciano, “El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna: contenido y régimen jurídico”, *Revista de Justicia Laboral*; n. 49/2012, pág. 41, incide en que los acuerdos de empresa informales, si bien no precisan de ninguna

Algún autor³³ entiende por lo demás que en el supuesto de que estuviésemos ante un caso de pacto colectivo de eficacia limitada que se extendiera a otros por adhesión expresa o tácita, las condiciones establecidas vendrían a ser condiciones más beneficiosas adquiridas a título individual e incorporadas a los contratos individuales, por lo que su remoción sólo sería posible a través del acuerdo individual o por la vía del art. 41 ET.

8. CONCLUSIONES

Las consideraciones anteriormente expuestas, nos permiten llegar a una serie de conclusiones que pueden resultar interesantes:

- La primera es que el fenómeno de la negociación colectiva informal en la empresa no sólo es un fenómeno muy extendido actualmente –más de lo que pudiera parecer- sino que es un fenómeno antiguo. Preexiste, de hecho, a la negociación formal o estatutaria, y es esperable que, por sus características intrínsecas y por las funciones que cubre, perdure en el futuro.
- La negociación colectiva informal surge como una respuesta a la necesidad de encontrar un rápido y eficaz ajuste de intereses controvertidos entre empresarios y trabajadores. La complejidad de los procesos reglados de negociación, y también la inviabilidad jurídica de seguirlos en distintas ocasiones, hacen que los acuerdos informales resulten una alternativa atractiva cuya eficacia se fundamenta, por lo general, en un espontáneo entendimiento del “*pacta sunt servanda*”.
- Los acuerdos adoptados a nivel de empresa pueden distinguirse en dos grandes grupos: los sí contemplados en la ley –a pesar de que en todo caso carecen con carácter general de una regulación como tal, y se limitan a ser enunciados por el Estatuto de los Trabajadores o, excepcionalmente otra norma, como el DLRT de 1977- y aquellos genuinamente “informales”; esto es, los que carecen de cualquier mención expresa en una norma jurídica. Un vasto lugar intermedio es ocupado por los acuerdos que surgen a partir del art. 64.6 ET, en tanto que tal precepto, a propósito de los deberes de información y consulta del empresario respecto del

habilitación legal expresa, y su amparo directo en el art. 37.1 CE así como en los artículos 4.1.c) y 82 ET, “su contenido tiene que respetar el convenio colectivo aplicable y no modificar en ningún caso su clausulado.”; Bejarano Martín, *cit.*, entiende que la concurrencia con un convenio colectivo estatutario, debe ser abordada de conformidad con el principio de norma más favorable (art. 3.3. ET). (Citando a Ojeda Avilés). Al, n. 49/2012, P. 8.

³³ Bejarano Martín, *cit.*, : p. 9:

comité de empresa llama a “alcanzar un acuerdo” a propósito de los temas consultados. Se abre así un campo vastísimo para negociación y consecución de acuerdos en las más distintas materias.

Los acuerdos informales se pueden referir a las más distintas materias. La jurisprudencia y doctrina judicial que se puede examinar indica que se refieren fundamentalmente a cuestiones como retribución jornada, prevención y aplicación concretas de normas derivadas de la negociación colectiva e incluso de sentencias derivadas de procedimientos judiciales de conflicto colectivo.

En cuanto a la naturaleza de estos acuerdos informales, la jurisprudencia del TS ha optado por equipararlos a los “acuerdos de empresa” tipificados en el Estatuto de los Trabajadores. La doctrina es vacilante en relación a este tema y se encuentra dividida. No obstante, el TS, en recientes decisiones, ha realizado esta equiparación, entendiendo que la empresa mención en la ley no resulta esencial al respecto. Principalmente cuando esa mención legal no se traduce en una regulación específica de estos acuerdos. También se apunta la posibilidad de reconducir tales acuerdos a los de “solución de conflictos colectivos” mencionados en el DLRT, en tanto que los mismos hayan servido para poner fin a un conflicto; no siendo esencial que el mismo se haya manifestado de una manera específica ni sometido a una concreta formalidad.

Estos acuerdos tienen, desde luego, eficacia contractual, no normativa. Así lo ha constatado con toda rotundidad para la jurisprudencia.

Pero tienen también eficacia general, dentro del limitado ámbito en el que están llamados a tener efectos.

Dada la naturaleza de estos acuerdos, el quedar amparados en la Constitución y dados los efectos de los mismos, se puede considerar que integran el derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho (de los sindicatos) a la negociación colectiva.

Por último, apuntemos que estos acuerdos informales quedarían incluidos en el sistema de fuentes de la relación laboral. Su relación con los convenios colectivos estatutarios –así como con las normas estatales- queda, predominantemente, sometido al principio de “norma mínima”. Puede mejorar, y no empeorar lo establecido en aquellas normas.