

LA «LABORALIZACION» DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO

«L'homme d'aujourd'hui au bien de faire le droit lui-même, il l'attend, à travers des déceptions amères, de collectivités qui le dépassent.» (R. SAVATIER : *Les métamorphoses... du droit privé d'aujourd'hui*. 2.e serie, pág. 43.)

SUMARIO :

Introducción.—I. *El convenio colectivo como norma social* : 1. Las primeras formas de negociación colectiva. 2. El Convenio colectivo británico.—II. *El contrato colectivo de Derecho civil* : 3. Carácter genérico de las construcciones civilistas. 4. Las aportaciones doctrinales. 5. La vida jurídica del convenio. 6. La superación del sistema.—III. *El convenio colectivo laboral* : 7. Aspectos genéricos de la institución. 8. Las partes del convenio. 9. El establecimiento del convenio. 10. El contenido del convenio. 11. Ambito de eficacia personal. 12. El carácter normativo del convenio. 13. La sanción jurídica del convenio.—IV. *El convenio colectivo en la perspectiva actual del Derecho* : 14. La progresiva «colectivización» del Derecho del Trabajo. 15. El convenio colectivo y la teoría general del Derecho.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos normativos a que da lugar el libre juego de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones de trabajo, así como los desastrosos efectos de los que esos conflictos eran reflejo, hace aparecer, como en toda fase inicial del desarrollo jurídico y dada la falta de amparo por el ordenamiento, formas sociales de «autodefensa» y autocomposición de esos conflictos que tenían por base una injusta valoración del trabajo humano.

De este modo, como reacción ante situaciones injustas y acep-

tadas por la fuerza de los hechos, comienzan a aparecer formas asociativas que, frente a los empresarios, van constituyendo los trabajadores. Estas agrupaciones tienen en un primer momento como características definidoras, de un lado, circunscribirse al ámbito de una empresa, un taller o, incluso, una sección del mismo; y ello a causa de que tal unidad es la más apropiada para ser base de un primario grupo asociativo, pues es la comunidad de intereses y problemas que se dan en la vida diaria del trabajo en una empresa la célula más fácil para la aparición de un conflicto colectivo, que es consecuencia muchas veces de la solidaridad de los compañeros de trabajo en un auténtico conflicto individual. Por otro lado, esas coligaciones son transitorias, «intermitentes» (1); los trabajadores se reúnen frente y para dar solución a un problema o conflicto concreto, disolviéndose una vez resuelto o extinguido el conflicto que le da nacimiento; es sólo cuando los resultados del tema demuestran su eficacia, y precisamente a través de la adscripción de los fondos sobrantes de esas agrupaciones, cuando comienzan a aparecer con carácter estable. Una tercera característica es que estas agrupaciones están constituidas únicamente por trabajadores. No es que los empresarios no se agrupasen en este tiempo; sí lo hacían, pero era con fines estrictamente económicos que exceden del ámbito laboral. Su privilegiada situación en el mercado de trabajo y, por ende, en la regulación a través de los contratos individuales de la relación de trabajo, hacía innecesaria toda forma de agrupación, que veían además contradictoria con los principios jurídico-económicos del capitalismo liberal, que tan favorable les resultaba (2).

Pues bien, estas formas de coalición de los trabajadores toman una actitud frente a los empresarios y para resolver el conflicto norma-

(1) Vid. sobre estas agrupaciones intermitentes, ALONSO OLEA, M.: *Pactos Colectivos y Contratos de Grupo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; págs. 38 y ss.

(2) Vid. sobre esta interesante cuestión, BORRAJO DACRUZ, E.: *Sindicalismo obrero en Francia*. C. S. I. C., Madrid, 1956; págs. 53 y ss. Para una actitud más reciente del patronato es bien significativa la monografía de H. W. EHRMANN: *La politique du patronat français (1936-1955)*. Colin, París, 1959.

tivo que había producido la injusta valoración del trabajo humano, dado que el ordenamiento no establecía procedimiento alguno para ello, acude, como hemos dicho, a formas de «autodefensa» y «auto-composición»; en otras palabras: a la huelga y a la negociación colectiva. Es muy conexas la evolución de estas instituciones, la cual transcurre paralelamente, durante buen número de años, al desarrollo de las organizaciones sindicales, formando el núcleo y contenido del Derecho colectivo del Trabajo (3). Lo importante es señalar en este momento que estas agrupaciones, y cuando se institucionalizan, los sindicatos, procuran solucionar tales conflictos económiconormativos, de un lado, a través de una colectiva negación de prestación de trabajo, y de otro y como solución, tregua o paz de lo anterior, a través de negociaciones colectivas que fijaban, solucionando así el conflicto planteado, nuevas y más convenientes condiciones de trabajo, sustancialmente salarios más altos. Sólo más tarde, cuando los felices resultados del sistema se tienen en cuenta, es cuando se independiza, se deja de hacer coetánea la huelga y la negociación, y siquiera de forma preventiva, el pacto se establece aun sin una previa situación de lucha. Se consolida así la negociación colectiva que va progresivamente a convertirse de un medio de solucionar conflictos, en un medio de establecimiento de normas, y al ser reconocido expresamente por el ordenamiento, en una auténtica y peculiar fuente del Derecho del Trabajo (4). Y esta evolución de la

(3) Este hecho es señalado por la generalidad de la doctrina, así, por ejemplo, NIPPERDEY en *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, en colaboración con HUECK, 6.^a ed., Franz Vahlen, Berlín y Frankfurt, 1957, t. II, págs. 5 y ss.; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, 2.^a ed., t. I, J. C. B. Mohr, Tubinga, 1955, pág. 32; DURAND: *Traité de Droit du Travail* (en colaboración con VITU), t. III, Dalloz, París, 1956, págs. 9 y ss.; KROTOSCHIN, E.: «Cuestiones fundamentales de derecho colectivo del trabajo», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo*, 1957, núm. 4; págs. 950 y ss.

(4) Esta evolución, que es la que constituye el objeto de este trabajo, la realizamos generalizando a través de los diversos sistemas comparados, teniendo en cuenta la afirmación de CHIARELLI de que el convenio colectivo en todos los sistemas y en toda su evolución es consecuencia de una colisión de intereses que han de solucionarse, y estos intereses colectivos profesionales, identificados en todos los sistemas, han dado, consecuentemente, nacimiento

institución hasta sus aspectos actuales es a lo que hemos convenido en llamar laboralización del convenio colectivo, ya que se trata de una consecuencia de la aparición de esa disciplina jurídica autónoma que es el Derecho del Trabajo.

I. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA SOCIAL

1. *Las primeras formas de negociación colectiva*

Ha quedado dicho anteriormente que es en reacción frente a las consecuencias del liberalismo como aparecen las primeras formas de coaliciones y, consecuentemente, de negociaciones colectivas. Por ello no es de extrañar que en un ordenamiento jurídico individualista no van a tener cabida estos fenómenos asociativos sino en cuanto van a ser expresamente excluidos y sancionados. El fenómeno asociativo, sin embargo, acaba por imponerse, al menos fácticamente, en cuanto que existe y en cuanto que juega un papel en la vida de las prestaciones de trabajo, aun cuando no obtienen reflejo en los sistemas jurídicos. La coaligación y los pactos normativos de ella resultantes, al ser ignorados por el ordenamiento, al carecer de una formal vigencia jurídica y al tener realmente una —y no poco importante— eficacia real en la vida social, constituyen, respecto al Derecho estatal, meras normas sociales; esto es, respetables en la vida social aun cuando permanecen al margen del Derecho. Esta falta de sentido jurídico, que no es sólo falta de coacción, hace que estas normas sean respetadas por reglas de cortesía u honradez social. Así, pues, estos acuerdos surgidos casi espontáneamente para solucionar un conflicto subsistente, carecían de relevancia jurídica y reposaban solamente en la

a instrumentos e instituciones jurídicas de contenido semejante («Il problema di un diritto comune del Lavoro e la contrattazione collettiva», en *Il Diritto del Lavoro*, 1951, I, pág. 425). Prescindimos, de este modo, un tanto de la peculiaridad del proceso español que, sin embargo, sustancialmente es similar al que se expone. Para la evolución española puede verse la citada monografía del Prof. ALONSO OLEA: *Pactos colectivos...*, págs. 120 y ss.

buena fe y en la lealtad de las partes (5). Los primeros éxitos, a la vez que fomentan el establecimiento de organizaciones sindicales (6) hacen que la progresiva fuerza de éstas, al concederles una mayor coacción social, generalizan el empleo del sistema y, con ello, la solidaridad de los asociados; pero permaneciendo aún fuera del amparo o reconocimiento del ordenamiento.

Aludiendo a esta eficacia meramente social y extrajurídica se ha hablado de un «acuerdo entre caballeros». Si el pacto obligaba en estas condiciones —dice Alonso Olea— era, de un lado, por el mutuo respeto que hacia y entre sí sentían sindicatos y empresas, y por la disciplina jurídica impuesta por los primeros a sus afiliados y por las empresas entre sí en el caso de formar una agrupación organizada; el pacto es así un «*gentlemen's agreement* que se impone por la fuerza de la palabra dada, por la autoridad que se concede a las garantías de imparcialidad y de competencia que han presidido su elaboración; como quiera que sea, la aceptación del pacto ha descansado pura y simplemente sobre la conciencia de una obligación moral» (7). Estamos, pues, ante normas sociales que, al ser respetadas comúnmente, dado el eficiente poder sindical, son, «de hecho», auténticas fuentes normativas de la relación de trabajo a las que se someten, en las respectivas contrataciones individuales, empresarios y trabajadores, adquiriendo, al incluirse en los contratos de trabajo, valor jurídico.

El hecho de que estos acuerdos estén desprovistos de valor jurídico y sólo tengan, respecto a los firmantes, el efecto de una obligación moral de respetar la palabra dada y ejecutar lo convenido de buena fe, hace que sea imposible llevar ante los tribunales una diferencia nacida de la ejecución de un acuerdo colectivo que, como contrario a la libertad de trabajo, carece de valor jurídico (8). De

(5) COSTAMAGNA: *Diritto Corporativo Italiano*. UTET. Torino, 1928; página 226.

(6) Que los sindicatos fueron consecuencia y no causa de la aparición de la huelga es señalado por BUREAU, P.: *El Contrato Colectivo del Trabajo*. Jorro, Madrid, 1904; pág. 49.

(7) ALONSO OLEA, ob. cit., pág. 91.

(8) DURAND: *Traité*, cit., t. III, pág. 424.

este modo las únicas sanciones o efectos que podían derivarse eran meramente sociales, a través de las responsabilidades que las organizaciones sindicales pudieran exigir a sus miembros que contratasen su trabajo individualmente ignorando o violando el contenido del pacto, y a través del arma, siempre efectiva, de la huelga.

En resumen, el acuerdo permanecía fuera de la vida jurídica. El convenio resultante entre la empresa y la representación de sus trabajadores no era así ni siquiera un contrato, sino un acuerdo social de efectos limitados. Tan sólo se reconocía que tal acuerdo creaba en el seno de las empresas una especie de uso social a la que los contratos individuales de trabajo debían en lo posible conformarse, pero sin que existiese fuera de ese simple deber moral, no susceptible de sanción jurisdiccional, ninguna obligación ni ningún derecho de las partes (9). El convenio se sitúa así más en el campo de los hechos sociales que en el de las instituciones jurídicas; y así continúa hasta que, de un lado el esfuerzo de los juristas, y de otro el hecho de que en la generalidad de los países la llamada al honor y a la moral no era garantía suficiente del cumplimiento de lo pactado, y la pluralidad de la organización sindical le restaba buena parte de su eficacia, hacen que el convenio adquiera un fundamento jurídico y entre de este modo en la vida del Derecho. Sin embargo, la base «caballerosa» del convenio y su fundamento plenamente social se generaliza y perdura en el sistema británico.

2. *El Convenio colectivo británico*

El «collective bargaining» británico se concibe como un medio de fijar las condiciones y términos de empleo de los trabajadores a través de un acuerdo en el que la actuación conjunta de los trabajadores se realiza por medio de una organización representativa, un

(9) Que no se trataba ni siquiera de un contrato civil ha sido puesto recientemente de relieve por BLANC-JOUVAN en su excelente monografía sobre *Les rapports collectifs du Travail aux Etats-Unis*. Dalloz, París, 1957; página 318.

sindicato. El acuerdo de este sindicato con los empresarios o sus organizaciones tiene un efecto regulador que impone límites a la libertad de acción empresarial con los trabajadores cubiertos por el acuerdo. Estos límites son protegidos fácticamente por varias garantías a través del prestigio y de la fuerza sindical (10). Dice Flanders que en la Gran Bretaña, a diferencia de otros países en los que los convenios colectivos tienen fuerza legal y por ello las disputas de ellos resultantes son jurídicas y pueden ir a los Tribunales, sería equivocado identificar los conflictos resultantes de la interpretación y aplicación de un convenio colectivo con los conflictos jurídicos. «No sólo no pueden ser llevados ante los Tribunales, sino que sus soluciones han de ser más probablemente logradas por libre compromiso entre las partes que por la decisión de un jurista dependiente del significado de las palabras» (11). El sistema británico reposa de este modo en la fuerza social de la poderosa organización sindical y en la coacción social que ella produce, sin que el sistema encuentre vigencia y protección en el ordenamiento. Tan sólo excepcionalmente (períodos de guerra, industrias especiales) (12), adquiere fuerza legal el pacto colectivo cuando una decisión administrativa así lo impone; pero es entonces la decisión administrativa y no el pacto el que tiene fuerza obligatoria. Según Ardaú es la política de pleno empleo, ya

(10) Estudiamos el sistema británico como significativo del convenio colectivo como norma social, aclarando, naturalmente, que la institucionalización de la organización sindical británica ha realizado un auténtico proceso de «laboralización» excepcional al no haber necesitado expresa intervención legislativa. Sobre el tema, a parte de la bibliografía citada en las notas siguientes, puede verse, R. GEYSEN: «Los convenios colectivos en el Derecho comparado» (*Estudios memoria UNSAIN*, El Ateneo, Buenos Aires, 1954; páginas 225 y ss.) y bibliog. *ibid.* cit.

(11) En *The System of Industrial Relations in Great Britain*. Edited by A. FLANDERS y H. A. G. CLEG, B. Blackwell, Oxford, 1956, pág. 255.

(12) Sobre esta legislación especial, fundamentalmente la Cotton Manufacturing Act de 1934, las Emergency Powers Act. de 1939 y 1940, las Conditions of Employment and National Arbitration Order de 1940, la Restoration Act de 1942, etc. Vid. KAHN-FREUND: *Legal Framework* en FLANDERS CLEG: *The System...*, cit. págs. 62, 92 y ss., 123. V. *Ibid.* FLANDERS: *Collective Bargaining*, pág. 281; COOPER y WOOD: *Outlines of Industrial Law*, 3.^a ed., Butterworth y Co. London, 1958; pág. 275 y ss, 284 y 292.

que afortunadamente en la economía inglesa la demanda supera a la oferta de trabajo, la que ha hecho «en tiempos recientes la adecuación a otras legislaciones estatales que hubiesen implicado la eficacia normativa de los convenios colectivos, los cuales, desde el punto de vista formalmente obligatorio, son simples *gentlemen's agreement* dotados de sanciones puramente sociales y no jurídicas» (13). La eficiente organización sindical inglesa hace que, a pesar de este carácter meramente social, los convenios jueguen un importantísimo papel en la regulación de las relaciones de trabajo y que, de hecho, tengan un poder coactivo mucho mayor que en otros países. Por eso señala Durand que los convenios colectivos en la Gran Bretaña juegan un papel considerable en la vida del trabajo a pesar de que es un sistema casi ignorado por el legislador (14).

La evolución legislativa y jurisprudencial ha llevado a sostener tan sólo que no debe declararse ilícito ni obstrucción contraria a la libertad de trabajo una negociación colectiva; pero sin que ello signifique otorgarle un valor jurídico ni, mucho menos, otorgarle posibilidad de ser llevado a los tribunales. En efecto, el legislador —a partir de una remota *Act* de 1859, que excluye de la definición de *molestation* u *obstruction* el mero acuerdo para obtener una alteración de salarios o jornada, o también la persuasión pacífica sin violencia o intimidación para cesar o abstenerse del trabajo en orden a obtener ciertos salarios o jornadas (15)—, empieza a abrir una vía para la posible licitud del sistema de pactuaciones colectivas. Sin embargo, dado que «la historia de la negociación colectiva durante el siglo XIX es largamente la historia del sindicalismo» (16), no es hasta 1871 cuando los convenios adquieren una licitud legal y hasta el *Act* de 1876, que refuerza las *common rules* del sindicato, y entre

(13) G. ARDAU: *Lezioni di Diritto Sindacale*. Giuffré, Milano, 1956. página 27.

(14) *Traité*, cit., t. III, pág. 467.

(15) Vid. sobre esta evolución, WRIGHT: *La evolución de la organización industrial moderna*. Europa, Madrid, 1958; págs. 232 y ss, y COOPER y WOOD: *Outlines...*, ob. cit., pág. 376 y ss.

(16) S. y B. WEBB: *The history of Trade-Unionism*, Longmans, London, 1911; pág. X. Sobre este desarrollo legislativo, vid. págs. 260 y ss.

ellas el método del *collective bargaining* (17), cuando el sistema comienza a generalizarse, siendo fomentado por el refuerzo de la autonomía sindical y de la regulación de la huelga. El hecho de que muchos empresarios rehusaran el reconocimiento del sistema hace que éste se vaya implantando paulatinamente, por etapas, alcanzando progresivamente a cada vez más industrias o profesiones frente a la actitud desconocedora, cuando no opuesta de los gobernantes. La aceptación por los empresarios del sistema, que constituye un «refuerzo autónomo de las regulaciones sindicales», consolida definitivamente la negociación colectiva (18).

Puede decirse que a primeros de siglo las industrias más importantes habían adoptado la práctica de los convenios, y a partir de este momento la evolución del sistema viene marcada por una creciente extensión de la importancia efectiva del pacto al generalizarse cada vez a más industrias y sectores profesionales «el sistema de las convenciones colectivas ha llegado así a formar una parte importante de la armadura industrial» (19). Pese a esta efectiva importancia, el legislador no ha creído conveniente intervenir, dando validez formal al sistema, que sigue teniendo por base fundamental la efectiva aplicación en los contratos individuales de las partes que aceptan lealmente el convenio.

Señala Geysen que el convenio británico tiene un fundamento puramente moral porque no es posible demandar judicialmente su ejecución y porque no existe ningún texto legal que prohíba la conclusión de un contrato individual de trabajo en contradicción con los términos de un convenio colectivo (20). Igualmente Durand afirma que la convención en Inglaterra no es jurídicamente obliga-

(17) FLANDERS en *The System...* cit., pág. 262.

(18) G. D. H. COLE: *An Introduction to Trade Unionism*, Allen and Unwin, London, 1955; págs. 169 y ss.; FLANDERS en *The System...*, cit., páginas 262, 272 y ss.

(19) Ministry of Labour: *Report on collective Agreements*, t. I. London, 1934; cit. por DURAND: *Traité...*, cit., t. III, pág. 469.

(20) GEYSEN: *Los convenios colectivos en el Derecho comparado*, loc. cit., página 228. (Aun para los miembros de las asociaciones pactantes el convenio colectivo no crea un derecho coercitivo o imperativo.)

toria si su contenido no ha sido expresa o tácitamente incorporado a un contrato individual de trabajo. De otro modo las partes del contrato no podrían exigir la aplicación del pacto y no se expondrían a ninguna acción de responsabilidad, por no respetar las disposiciones, y sólo cabrían sanciones sindicales (21) Cooper y Wood justifican el fenómeno en cuanto que el ordenamiento británico mira el contrato de trabajo como un asunto personal entre las dos partes. «En consecuencia, los pactos resultantes de las negociaciones colectivas entre empresarios y sindicatos no llegan a ser *ipso facto* parte de los contratos de trabajo individuales. Los términos contrarios, sin embargo, serán actuados en relación a las dos partes, y entonces serán, por *implication*, incorporados como términos en cada correspondiente contrato de trabajo. Sólo en un sentido indirecto tiene el sistema de negociación colectiva efecto legal; y el interés del legislador está estrictamente confinado al pacto entre el empresario y el trabajador» (22).

La peculiaridad del sistema británico reposa de este modo en el hecho de que el respeto de los pactos colectivos tiene por base no una sanción directa del ordenamiento, y que a causa de ésta son ejecutados, sino que el sistema se basa en el prestigio de las organizaciones y del propio pacto, que hacen que en la realidad sean efectivamente aplicados, siendo muy raros los casos de incumplimiento.

El hecho de que en el sistema británico los convenios colectivos estén desprovistos de sanción jurídica directa y vinculen sólo por la lealtad, al estar provistos únicamente por sanciones sociales, hace que se llegue a negar su carácter normativo, afirmándose, cuando más, su naturaleza negocial. Tal es la posición de Balzarini, para quien el *collective agreement* es de carácter negocial y, a diferencia del convenio continental, no realiza «una forma de disciplina de intereses que integra la tutela legal del trabajador, sino que constituye una forma de autodisciplina de intereses colectivos» (23).

(21) *Traité...*, cit., t. III, pág. 468.

(22) *Outlines...*, cit., pág. 18.

(23) BALZARINI: *Studi di Diritto del Lavoro*. Milano, Giuffré, 1957; página 206.

Para este autor la falta de sanciones jurídicas no excluye necesariamente la naturaleza negocial del acto, sino que sólo indica que el procedimiento de formación de los contratos individuales no se ha escindido para dar entrada a un tipo autonómico, sino que únicamente se ha modificado iniciándose con la determinación separada del contenido de los contratos mismos; pero colectivamente en un único acto en el que, al menos una de las manifestaciones de voluntad que concurren a constituirla, es colectiva. De esta manera aparecen los contratos individuales como tipos negociales de formación sucesiva, de los que el convenio colectivo es un elemento; debiéndose esto a que del convenio no deriva obligaciones directamente sancionadas por el Derecho, sino sólo sanciones sociales tendentes a que se prosiga y concluya el procedimiento iniciado por la estipulación de contratos individuales (24). Para Balzarini, en suma, el convenio colectivo británico es un particular procedimiento de formación de contratos individuales formado por el uso y la práctica y del que las partes pueden prescindir incluso interrumpiéndolo para seguir el procedimiento normal, aunque lo común sea que se respeten esos pactos (25). Esta construcción no es más que un intento de incluir en el campo jurídico el *collective bargaining*, pero peca de irreal e injustificada, ya que las categorías jurídicas de los sistemas latinos no pueden aplicarse, sin más, al mundo británico. Se trata, en definitiva, de convertir al convenio en un contrato de Derecho común, pero ello no es posible en el sistema británico, en el que el pacto colectivo no alcanza siquiera la categoría de contrato; permanece fuera totalmente del ordenamiento estatal. Que el convenio no es ni siquiera un acto negocial contractual se deduce del hecho de que el sindicato británico no está formalmente reconocido y carece de un poder de representación de voluntades ni de intereses que pudiera, a falta de su personalidad jurídica negocial en el mundo de los convenios, adscribir sus decisiones a presuntos representados. De esta manera no puede hablarse de una «conexión»

(24) Cfr. la semejanza de esta construcción con la que se recoge en el parágrafo 4 de este trabajo sobre el acto complejo.

(25) BALZARINI: *Studi...*, cit., págs. 209-210.

entre el convenio colectivo y el contrato individual a través de una identidad de procedimiento, sino, en todo caso, a través del carácter normativo del pacto, que no ha sido necesario haya sido reconocido explícitamente por el ordenamiento estatal.

La coacción, recuerda Alonso Olea, no es elemento necesario de la norma jurídica, sino elemento natural de la misma, y se da «efectivamente que las reglas de contenido no ya social, sino jurídico que se contienen en este tipo de pactos, son en países y en épocas determinadas reputados justos y socialmente útiles, y lo que es más, general y uniformemente observadas aun cuando no exista... la posibilidad de acudir a ningún aparato coactivo para exigir, en caso de transgresión, la conformidad a las mismas de los contratos individuales, qué duda cabe que el pacto colectivo es una fuente de Derecho positivo» (26).

La explicación del valor jurídico del pacto como fuente normativa se puede intentar explicar por dos caminos. O bien se dice que el ordenamiento estatal no tiene el monopolio del poder creativo del Derecho, y que socialmente existe una pluralidad de ordenamientos, los cuales se corresponden a la existencia de instituciones sociales (27), y esta pluralidad de ordenamientos reflejada en la

(26) *Pactos colectivos...*, cit., pág. 94.

(27) La doctrina de la pluralidad de ordenamientos jurídicos tiene como más ardiente defensor el profesor SANTI ROMANO, para el cual no es necesario que el Estado imprima a las normas carácter jurídico al poder derivar tal carácter de la organización interna de la institución, o sea un ente o cuerpo social; existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones (*L'Ordinamento Giuridico*. Firenze, 1951; ristampa de la seconda ediz., págs. 104 y ss.). Una más reciente exposición puede verse en ALLORIO: *La pluralità degli ordinamenti giuridici*, en *Riv. Diritto Civ.*, 1955; pág. 247.

Esta teoría ha sido utilizada para explicar el convenio colectivo por un sector de la doctrina italiana; así MAGGIORE (*L'Ordinamento Corporativo nel Dir. Pubblico, Il Diritto del Lavoro*, 1928, I, pág. 186), ASCARELLI (*Il contratto collettivo de lavoro, Archivio Giur.*, 101, pág. 184) y ZANOBINI (*Il contratto collettivo de lavoro e le altri formi...*, en *Scritti vari...*, Giuffré, Milano, 1955; pág. 263).

La teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos tiene su más importante quiebra en la realidad del mundo jurídico que muestra el actual monopolio del ordenamiento del Estado.

dualidad existente entre la autonomía y la legislación estatal permitiría así la justificación del valor normativo del convenio como norma social, ya que cuando el Estado deja que las normas deriven por obra de entes distintos de él en cierto sentido les reconoce una validez jurídica. Esta solución, que tiene un fundamento real en cuanto ciertamente al lado del ordenamiento estatal existen, aun reconocidos por éste, una variedad de normas sociales sin valor jurídico estatal, pero que son respetadas y seguidas por estimarse «justas y socialmente convenientes» aunque les falte el respaldo de la coacción o poderío estatal, sin embargo choca con el actual monopolio jurídico estatal que niega valor jurídico intrínseco a todas aquellas normas, preceptos y conductas que restan fuerza y carecen de reconocimiento por el ordenamiento jurídico del Estado.

O bien puede mantenerse, y esta es una segunda postura que se ha dado teniendo en cuenta el citado monopolio, que el respeto de las normas contenidas en los pactos colectivos deriva del uso. Los propios juristas británicos se hacen eco de esta tendencia diciéndose que «en la práctica, en ausencia de contrato personal escrito, los trabajadores se rigen por la llamada costumbre profesional, que depende, parcialmente, de la costumbre no escrita, y parcialmente del contenido de los pactos colectivos que están siendo de hecho observados usualmente» (28). Se reconoce que, en efecto, hay una tendencia de los empresarios a respetar los convenios sin que exista compulsión legal a ello, habiéndose repudiado a veces la aplicación de una norma convenida, sin consecuencia jurídica alguna. Sin embargo, a través de esta usual conducta tendría entrada la aplicación y sanción jurídica por los tribunales de los *collective bargaining*, y este paso fácil de darse consagraría un efectivo valor jurídico del sistema. La aplicación por la jurisprudencia de la costum-

(28) COLE: *An Introduction...*, cit., pág. 28. Igualmente GEYSEN señala que las «estipulaciones de los convenios colectivos se transforman fácilmente en algunos en razón de la circunstancia de que las partes interesadas basan su acuerdo en la observancia de situaciones de la práctica diaria. La aplicación del convenio en estos casos no resulta, pues, del convenio en sí mismo, sino del uso que él ha consagrado» (*Los convenios colectivos en el Derecho comparado*, loc. cit., pág. 228).

bre no sería en cuanto al contenido del convenio, puesto que dada la constante variabilidad de éste por el carácter provisional que es ínsito al convenio, no permitiría la consagración de una costumbre, sino que precisamente lo que fijaría la costumbre profesional sería el respeto a la validez del pacto frente a los incluidos por sus normas; sería, pues, la costumbre la que consagraría el valor de fuente jurídica del convenio, pero no asimilándolo a la costumbre, sino reconociéndole su propia autonomía, consagrándole su validez jurídica y, con ello, su carácter de fuente del Derecho. Pero dado el carácter local que en todos los sistemas reúne la costumbre profesional habría de decirse que la consagración de validez en puridad se basaría no en un uso, sino en un principio general del Derecho, posiblemente un principio especial del Derecho del Trabajo (29).

A nuestro entender, el carácter normativo del pacto colectivo británico reposa precisamente en la realidad, en el respeto y en el juego que el sistema de negociaciones colectivas tiene en el mundo anglosajón, al tener un papel mucho más importante que los legalizados y reconocidos sistemas continentales. El Derecho, y en concreto las normas laborales estatales, no han sido precisas para regular ese sector social de la realidad que constituyen las relaciones colectivas de trabajadores y empresarios, y en esta no necesidad de intervención del ordenamiento reposa toda la peculiaridad del sistema. De este modo, el normal respeto de los pactos colectivos hace innecesaria toda intervención o garantía jurídica, y de este modo, respecto al ordenamiento estatal, el convenio continúa siendo, aún hoy día, una mera norma social al margen de su efectiva vida jurídica a través de los contratos individuales de trabajo que se someten al contenido de los pactos. De este hecho se hace eco la recomendación 91, 1951, de la O. I. T., que en su art. 3.º, recogido en el art. 876 (C), 4.º del Código internacional de Trabajo, 1955, dice al hablar de las disposiciones concernientes a la eficacia de los convenios, no deben interpretarse (en el sentido de requerir medidas legislativas) «si la aplicación efectiva de las disposiciones de los contratos colectivos estuviese garantizada por las partes en dichos con-

(29) ALONSO OLEA: *Pactos colectivos...*, cit., pág. 95.

tratos» (30). Y este hecho de requerir sólo medidas legislativas cuando falte o venga a cesar la general y efectiva aplicación espontánea de los convenios colectivos es, como confirma Balzarini (31), una concreta referencia al sistema británico.

En definitiva, en el sistema británico la relación de trabajo es mirada por el ordenamiento como un asunto personal entre el empresario y el trabajador. A consecuencia de lo cual los acuerdos derivados del pacto colectivo entre empresas y trabajadores no llegan a ser inmediatamente parte de los contratos de trabajo individuales sino en cuanto que por la actuación de las partes del contrato individual sean incorporados como términos o condiciones de cada individual contrato de trabajo. Así sólo en un sentido indirecto tiene el sistema de negociación colectiva efecto legal (32). Por este carácter meramente social del convenio, el jurista anglosajón concede poca atención al estudio del tema, del que se ocupa propiamente al estructurar los *Trade-Unions*. Pero este carácter extra o preterjurídico del convenio no impide que en la realidad sea en el mundo anglosajón donde el sistema de negociación colectiva se encuentre más extendido y respetado y donde tenga una mayor importancia como fuente normativa.

Respecto al sistema americano, hasta tiempos muy recientes —a pesar de su consagración legal en la Wagner Act de 1935, que, para suprimir las crecientes huelgas, establece formalmente el derecho de los trabajadores a organizarse y a usar de la fuerza colectiva de las negociaciones con el empresario, acordándose una protección estatal contra las actuaciones antisindicales, y la hace días reformada ley Taft-Harley (Labor Management Relations Act, 1947), que impone el deber del empresario de contratar colectivamente, considerando como práctica desleal las actuaciones tendentes a impedir o limitar los derechos que la ley reconoce— no se ha tenido en cuenta expresamente los efectos del convenio respecto al contrato individual de trabajo, no previéndose sanciones directas por la violación

(30) *Código Internacional de Trabajo*, O. I. T., Ginebra, 1957; pág. 878.

(31) BALZARINI: *Studi...*, cit., pág. 227.

(32) Cfr. COOPER y WOOD: *Outlines...*, cit., pág. 18.

del convenio. Por ello la doctrina se mostraba indecisa al precisar la naturaleza del sistema; un sector de ella aludía a que se trataba de un contrato individual estipulado por los sindicatos en virtud de un mandato o a favor de tercero; otros, por el contrario, aludían a que se trataba de una norma consuetudinaria o del ejercicio de un poder normativo (33). La posición más justa en ese momento era el sostener que se estaba ante un «pacto entre caballeros», de manera que tanto los efectos reguladores como constitutivos del pacto colectivo obligaban sólo por el honor y por el mutuo respeto (34). Este carácter de norma social comúnmente respetada lo convertía en norma general y abstracta, reconociéndose por la doctrina este carácter, que alude, al efecto, a un poder normativo por las empresas y sindicatos, que crean y limitan los derechos de los trabajadores; emiten y aplican normas de conducta vinculantes sea para los trabajadores, sea para la empresa (35). Esta corriente doctrinal ha influido en una tímida y lenta evolución jurisprudencial que ha venido a sostener la inderogabilidad del convenio en los contratos individuales y, consecuentemente, el valor plenamente jurídico del sistema, de manera que no puede decirse estamos ante una norma meramente social (36).

(33) Vid G. A. BRIOSCHI: *Alcuni aspetti della contrattazione collettiva negli Stati Uniti d'America*, en *Riv. Diritto Lavoro*, 1952; pág. 186.

(34) ALONSO OLEA: *Pactos colectivos...*, cit., pág. 91.

(35) GREGORY: *Diritto Nordamericano del Lavoro*. Giuffrè, Milano, 1954; páginas 369 y ss.

(36) Según BLANC JOUVAN, esta evolución se produce lentamente en los últimos cuarenta años; parte del reconocimiento del carácter contractual de la convención colectiva, con lo que se hace posible el «enforcement», esto es, una decisión judicial haciendo ejecutiva la convención entre las partes; mucho más tarde, en nuestros días, se llega a sancionar el carácter obligatorio del pacto colectivo frente a los individuos mismos, presentando así el convenio el carácter de un estatuto o reglamento profesional dictado a consecuencia de un procedimiento contractual en el que los individuos no juegan ningún papel, por personas o grupos dotados de un auténtico «poder reglamentario». La ejecución forzosa de la convención colectiva y la sanción judicial en caso de inejecución ha sido producto de esa evolución de las decisiones del N. L. R. B. principalmente, y su estudio presenta el mayor interés. (*Les rapports collectives du Travail aux Etats-Unis*, cit., págs. 318 y ss., 330 y 333 y ss.)

II. EL CONTRATO COLECTIVO DE DERECHO CIVIL

3. *Carácter genérico de las construcciones civilistas*

Si en el mundo anglosajón la llamada a la caballerosidad, así como también, y fundamentalmente, la poderosa y disciplinada organización sindical eran garantías más que suficientes para el efectivo respeto y vigencia del convenio, no sucedía lo mismo en los sistemas jurídicos continentales. Esta inobservancia de los pactos, a la vez que la propia concepción de monopolio normativo del ordenamiento, hace que bien pronto se conciba el convenio como un lazo jurídico, aplicándosele, a falta de normas propias especiales, las normas de los códigos civiles, precisamente el Derecho común de los contratos (37), las normas civiles sobre negocio jurídico, contratos y la parte general del Derecho de obligaciones (38).

Fué la jurisprudencia la que, viendo en el convenio un arma eficaz de justicia y de paz social, se esforzó en realizar la tarea nada fácil de amoldar unas normas sustancialmente individualistas a una nueva institución jurídica que anunciaba en sí misma una renovación en las concepciones del Derecho, realizando así la función que Lessona predicara de crear «el nuevo Derecho sobre el contrato de trabajo» por medio de una auténtica función legislativa e innovadora (39). Y este esfuerzo jurisprudencial se vió acompañado y animado por una paralela tarea de la doctrina. De este modo, al hablarse del convenio colectivo de Derecho común no se alude a una figura precisa, sino a la serie de intentos doctrinales y jurisprudenciales que se hicieron para encajar en la normativa de los Códigos civiles la nueva figura que había sido creada espontáneamente por la vida social, y que es de esta manera transportada al mundo del Derecho. Si la realidad mostraba que eran insuficientes las escasas

(37) DURAND: *Traité...*, cit., t. III, pág. 424.

(38) NIPPERDEY en *Lehrbuch...*, cit., t. II, pág. 160.

(39) LESSONA: *La giurisdizione dei probiviri rispetto el Contratto collettivo di Lavoro*, en *Riv. Diritto Com.*, 1903, I, pág. 229.

normas que los códigos dedicaban al contrato de trabajo, y si al mismo tiempo se comprobaba que la desigualdad real de las partes en el contrato negaba una auténtica libertad contractual, en el propio individualismo y en salvaguardia de la libertad contractual venía a reconocerse como válido el sistema de los convenios.

No era fácil, sin embargo, encajar la figura en las normas individualísticas de los códigos liberales, de ahí la indecisión jurisprudencial y doctrinal, la diversidad de construcciones y justificaciones que, sin embargo, junto a la eficacia real del sistema, los que van a suponer las bases de la consolidación y laboralización de la institución. No obstante, un punto común existía en todas esas construcciones, y era el basar el sistema en el individualismo, en la autonomía de la voluntad. La concepción del hombre en el individualismo de los códigos lo concebía como «una persona libre invitada a ganar ella misma su vida, en el pleno sentido de la palabra, por el esfuerzo de su libertad» (40), lo que influye en todas estas construcciones al hacerse sobre esa persona individual todo el esquema jurídico. Si el Derecho tutelaba sólo el interés y la voluntad del individuo, la justificación del convenio colectivo venía a buscarse, como señala Greco (41), en la voluntad y en el interés individual, todas las construcciones civilistas van a basar la obligatoriedad del convenio respecto a los individuos en cuanto el convenio mismo se funda en sus voluntades y corresponde a sus propios intereses individuales. La autonomía de la voluntad es así la base sobre la que se monta la institución del pacto colectivo que viene a concebirse como un contrato puro y simple, limitado en sus efectos a los pertenecientes a los grupos firmantes, no encontrando su fuerza obligatoria sino en la voluntad mediatamente manifestada de los individuos «y que conducen a soluciones prácticas de espíritu individualista que desconocen la esencia de la institución comprometiendo su eficacia» (42).

(40) SAVATIER: *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*, segunda serie, Dalloz, París, 1959; pág. 42.

(41) GRECO: *Il contratto collettivo di Lavoro*. Ediz. Dir. del Lavoro, Roma, 1929; pág. 5.

(42) RIVERO SAVATIER: *Droit du Travail*, Themis, P. U. F., París, 1956; página 238.

Sobre la base de esta voluntad individual se realizan, pues, las diversas construcciones doctrinales y jurisprudenciales.

Se ha señalado, acertadamente, que la inclusión del convenio colectivo en las normas civiles supuso un importante retraso en su desarrollo jurídico, ya que mal podían estructurarse en normas individualistas una institución que había surgido precisamente como reacción frente a los resultados de la aplicación del individualismo (43), y que mayor fuerza jurídica presentaba cuando —y la demostración resulta del fenómeno inglés— se dejaba al sistema fuera del ordenamiento. Sin embargo deben tenerse en cuenta dos hechos. En primer lugar, que las aportaciones civilistas suponen un deseo de protección jurídica en cuanto que tratan de aplacar y fundamentar, a falta de normas específicas, mediante sus propias instituciones, la validez del convenio, y de otro, que suponen, al incluirlo en el campo jurídico, un primer paso bien importante para la posterior intervención legislativa a través de normas específicamente laborales.

4. *Las aportaciones doctrinales*

La dualidad de relaciones que en el convenio colectivo se plantean influyen decisivamente en las sistematizaciones de las teorías jurídicas, y ora se tenga en cuenta las relaciones entre las partes del convenio, ora se tenga en cuenta, por el contrario, las relaciones que en el contrato de trabajo tengan los afectados por el convenio, u ora, finalmente, intente explicarse el engarce jurídico de ambas relaciones, así se tenderá a diversas explicaciones del fenómeno.

(43) GREYFIÉ DE BELLECOMBE: *Les conventions collectives de travail en Union Soviétique*. Mouton, La Haya, 1958. («La convención colectiva se sitúa todavía más en el terreno de los hechos sociales que en el de las instituciones jurídicas. Ciertos juristas buscan ya, sin embargo, en fundarla en el Derecho. Pero aun reconociéndole a aquélla efectos más extensos que a los de los contratos ordinarios, tienden a asimilarla desde el punto de vista de su fuerza jurídica y de su origen, a los compromisos de Derecho privado. Así, lejos de fundamentar su autoridad han puesto de manifiesto su fragilidad.»)

En un primer momento —a falta de la consolidación y reconocimiento de la personalidad de las organizaciones sindicales o las coaliciones o grupos intermitentes de trabajadores—, dada la necesaria exigencia de personalidad en las partes de los contratos, los civilistas van a pensar que, en realidad, no hay contrato sino entre la empresa y todos y cada uno de los afectados por el convenio, esto es, que se estaba frente a una serie de contratos individuales de tarifa (más bien de trabajo) celebrados por el empresario con cada uno de los trabajadores individualmente a través de representantes que obrarían en nombre y por cuenta de otros o, al menos, por cuenta de otros. Estos contratos individualmente se unirían conjuntamente por los principios de la asociación o por un mandato conjunto (44). Hay un acuerdo interno entre la colectividad, que reduce la pluralidad de voluntades de los miembros de una de las partes contratantes a una unidad pactante primero fáctica, para convertirse luego en unidad jurídica. Tal es la base de la teoría del acto complejo defendida señaladamente por Messina (45); viene a decir que se estaba ante una declaración de voluntad única, siendo así característica del convenio, el que, al menos una de las declaraciones de voluntad que lo forman, es un acto complejo. La doctrina italiana abundó en este sentido, de que eran realmente los trabajadores los que mediatamente contrataban. Así, Ascoli decía que el contrato colectivo concluído por la asociación sobre las condiciones de trabajo es un contrato de todos y cada uno de los socios a cuya obra se obliga o sobre el salario de los cuales se pacta: la asociación no sólo no pacta por sí por no ser persona jurídica, sino también así ocurriría si lo fuese, ya que el contenido mismo de la contratación es siempre una locación laboral personal que sólo podría referirse a los individuos; en el nombre de la asociación están todos comprendidos en una designación comprensiva; pero el contrato tiene necesariamente efectos, al menos en vía principal, respecto a

(44) RAYNAUD: *Le contrat collectif de travail*. Thèse. París, 1901; páginas 271 y ss.

(45) MESSINA: *I concordati di tariffe nell'ordinamento giurid. del lavoro*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1904, I, págs. 500 y ss.

los propios individuos» (46). Aun en nuestros días encontramos eco de esta doctrina en la posición de Balzarini, el cual, al hacer referencia al convenio colectivo de Derecho común, lo configura partiendo de la representación voluntaria basada en el vínculo asociativo creador del sindicato que permite la participación de las voluntades en un solo acto, en la estipulación del convenio colectivo, al que concibe como un contrato normativo (47) como medio de ligarlo al contrato individual de trabajo. Se trata así de una separación funcional del papel constitutivo y normativo de la autonomía individual institucionalizándose en el contrato colectivo los fines del contrato individual. Por tanto, aquél contiene una serie de contratos individuales concluidos y por concluir en el futuro por las partes. Por ello cree que el convenio no es norma jurídica, sino fruto de la autonomía de los particulares, siendo su contenido elemento contractual que asume, por voluntad de las partes, una tipificación autónoma; siendo el papel del sindicato el de un representante constituido y establecido por la voluntad de los asociados. «Se trata así de una escisión en el procedimiento de formación del contrato de trabajo, siendo el convenio colectivo un elemento necesario de una *fattispecie* o, mejor, de una pluralidad de éstas, constituidas por contratos individuales que resultan así formados a través de un especial procedimiento que tiene su origen en un único acto elaborado colectivamente.» El acto produce así su eficacia en la esfera jurídica de cada uno de los representados, socios del sindicato, y a ellos circunscrito (48).

Un paso importante para la posterior evolución jurídica es la constituida por la posición intermedia de parte de la doctrina alemana. Así, para Lotmar no es la asociación la autora del convenio colectivo, sino que aquélla contrata únicamente en nombre propio

(46) ASCOLI: *Sul contratto coll. di lavoro*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1903, I, pág. 99.

(47) BALZARINI: *Studi...*, cit., pág. 145 («... negocios autónomos en los que está separadamente determinado el contenido de una pluralidad de contratos individuales a los que están ligados en virtud de la función que tal separación implica»).

(48) BALZARINI: *Studi...*, ob. cit., págs. 149-151.

en la fijación de condiciones generales, pero secundarias (duración del contrato, sistema de conflictos...); pero las cláusulas auténticas de la convención, esto es, las que fijan las condiciones de trabajo y que constituyen la medula del convenio, la asociación sólo interviene como representante de los individuos que componen la mayoría. Por tanto, a través de un común intermediario o representante existe una contratación colectiva que obliga a cada uno de los miembros del grupo individualmente *uti singoli* (49). En esta concepción, pues, al ser solamente los individuos los únicos sujetos de derechos y obligaciones, se disuelve el contrato colectivo en una «red de contratos individuales», como dirá Rundstein (50). Todas estas direcciones minimizan, como puede verse, el papel del sindicato, cuya acción es sustituida por la «multiplicidad estéril de las acciones individuales» (50 bis).

La consolidación y el reconocimiento de la personalidad jurídica del sindicato va a suponer un importante paso para la desvinculación de la voluntad individual de los miembros del grupo, de la voluntad constitutiva del convenio colectivo. Puede decirse que en esta desvinculación transcurre, desde este momento, toda la evolución de la doctrina. Aun cuando se sigue pensando que el sindicato era un mandatario de los sindicatos, a cuya voluntad, en última instancia, se había de estar, se da un proceso de colectivización de la voluntad de aquéllos al decirse que la voluntad de la mayoría vinculaba a todos los miembros de la organización. Esta afirmación suponía ya que la voluntad de la organización era algo más que una mera suma de voluntades individuales. Así, Planiol señala que la regla general según la cual el acuerdo de voluntades ha de ser unánime, debiendo consentir en el contrato todos los interesados, quedando fuera del contrato y, por ende, de sus efectos los que rehusan, sufre una importante quiebra y excepción en los contratos co-

(49) LOTMAR: *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, en *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, XV (1900), pág. 97.

(50) RUNDSTEIN: *Die Tarifverträge und die moderne Rechtswissenschaft, eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Berlín, 1906; pág. 89.

(50 bis) DE VISSCHER: *Le Contrat collectif de Travail*. Siffer, Rousseau, Gante, 1911; pág. 74.

lectivos, ya que en éstos si se respetase la regla general y se esperase el acuerdo de todos nada podría hacerse, siempre habría recalcitrantes. De ahí deriva la regla especial «la voluntad de la mayoría hace ley», los oponentes están ligados al contrato al que se han adherido. «El contrato se forma, pues, por una voluntad colectiva que reemplaza aquí la suma de voluntades individuales.» Queda, claro está, la posibilidad de dimitir o abandonar el grupo (51). Y esta sustitución de la voluntad colectiva por la suma de las voluntades individuales que había sido iniciada por la jurisprudencia supone un importante paso en la evolución. El proceso de separación de ambas relaciones —la existencia entre las partes del convenio y la existente entre las partes del contrato individual de trabajo— y, por tanto, de las voluntades individuales y la voluntad del sindicato, se refuerza por la evolución de la teoría del mandato, al comenzar a hablarse no ya de un mandato voluntario, sino de un mandato legal (52). Pero esta última concepción, que, como todas las basadas en el mandato, según Rouast (53), «tiene el error de hacernos tomar lo accesorio por lo principal, el medio por el fin», suponía en sí misma, al señalar una intervención legislativa expresa, el abandono del sistema del Derecho común para regular el convenio colectivo.

Por ello deben señalarse unos últimos intentos de explicaciones civiles del convenio. Tal la posición de los que hablan de la estipulación en favor de tercero, que va a suponer una total separación de la voluntad de los miembros del grupo de la voluntad del sindicato pactante. En efecto, mientras la representación produce sus efectos directamente respecto al representado, tanto los derechos como las obligaciones, en la estipulación por cuenta de otro se da que el tercero sólo asume derechos y no obligaciones, y entonces lo que se dice ocurre con los terceros trabajadores en el pacto colectivo. Se decía que la voluntad de los trabajadores en orden a la consti-

(51) PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*. 8.^a ed., L. G. D. J., París, 1921; t. II, pág. 319.

(52) Sobre la teoría del mandato legal, vid. DE VISSCHER: *Le contrat collectif...*, cit., pág. 69, y bibliog. *ibid.* cit.

(53) ROUAST: *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*. Thèse. Lyon, 1909; pág. 278.

tución de la representación era más bien una ficción legal, por lo que tenía más base hablar de una actuación espontánea del sindicato. Finalmente, la estipulación en nombre de otro, al producir una disociación de efectos del contrato respecto a las partes y respecto a los terceros, explicaba la separación que ya comenzaba a hacerse entre los efectos normativos y obligacionales del convenio (54). Así, se dice que el sindicato actúa en nombre propio concluyendo el contrato no como intermediario, sino espontáneamente y en su propio nombre, como persona moral distinta de sus miembros; así es el sindicato mismo la parte contratante (55). Se piensa que en el convenio se da la triplicidad de sujetos, que caracteriza a la estipulación en favor de tercero; hay un estipulante, que es el sindicato actuando en su propio nombre y sin representación; hay un promitente, el empresario o su organización, y existen los terceros pertenecientes al grupo de trabajadores que se benefician de la convención (56); de esta manera las asociaciones profesionales son partes en el convenio, el cual cierran en su propio nombre, y no en el de sus asociados (57). Por esto el sindicato asume obligaciones frente al promitente y responde personalmente de su promesa, encontrándose en ello la base de una posible legitimidad sindical activa y pasiva (58). La inconsistencia de la tesis hubo de traer como consecuencia su abandono, pero no sin antes haber dejado establecido, siendo expresamente recogido por la jurisprudencia, que «en la convención colectiva el sindicato estipula y promete por sí mismo» (59), lo cual supone una aportación clave para la formación actual del convenio colectivo.

Los últimos esfuerzos de las doctrinas civilistas tienden, teniendo en cuenta la inadecuación de sus propios esquemas para explicar

(54) Vid. al respecto GUY FLATTET: *Les contrats pour le compte d'autrui*. Sitey, París, 1950; págs. 4-5.

(55) R. CREPIN: *La convention collective de Travail*. Jouve, París, 1919; página 62.

(56) RAYNAUD: *Le contrat collectif de Travail*, cit., pág. 280.

(57) Así PLANIOL: *Traité élémentaire...*, cit., 5.^a ed., núms. 1.243 y ss.; cofr. NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, cit., t. II, pág. 160.

(58) Así lo dice textualmente un «Arrêt» de la Court de Lyon de 10 de marzo de 1908 (cit. por CREPIN: *La convention collective...*, cit., pág. 57).

la vigencia y efectos del convenio a construir la figura de un contrato innominado en el que se intenta mezclar con suerte varia las distintas instituciones y doctrinas existentes (60). La consecuencia de ello es, sin embargo, poner de manifiesto el carácter específico y peculiar del convenio colectivo, y como los instrumentos jurídicos existentes son inválidos para su estudio, se va creando un estado de opinión al que vienen a unirse una serie de doctrinas extracontractuales que intentan buscar fuera del Derecho de obligaciones la explicación de la institución (61). La doctrina empieza a darse cuenta de que se estaba ante una institución especial y con peculiaridad propia. Así, Deslandres habla de que a una nueva creación del Derecho es necesario un nuevo cuadro jurídico, por lo que es imprescindible resolverse a caminar por nuevos caminos impuestos «por las exigencias de la vida social y económica que no encuentran en el Derecho, y en la doctrina que lo interpreta, el reconocimiento y sostén necesario a sus reivindicaciones legítimas» (62).

Los ordenamientos se hacen eco de este hecho, y la intervención legislativa produce el fenómeno que llamamos laboralización del convenio colectivo; desde este momento es la doctrina jurídico-laboral la que toma a su cargo el estudio de la institución. Sin embargo, la aportación de la doctrina civil ha supuesto las bases fundamentales que va a tener en cuenta el legislador para construir los nuevos sistemas, y así, el mandato legal, el sindicato como parte,

(60) La exposición de estas teorías, que, al no haber contribuido sustancialmente al desarrollo del concepto de convenio colectivo, carecen de interés en este momento, pueden encontrarse en las monografías sobre el tema. Vid., p. ej., DE VISSCHER: *Le contrat collectif...*, págs. 96 y ss.; ROUAST: *Essai...*, cit., págs. 293 y ss. En lengua española, GALLART Y FOLCH: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo...* Barcelona, 1932, que realiza un estudio exhaustivo de la materia. La doctrina hispanoamericana, fundamentalmente DE LA CUEVA (*Derecho mexicano de Trabajo*, Porrúa, Méjico, 1943, t. II), presta detenida y quizá excesiva atención a la cuestión.

(61) Estas teorías, a las que es aplicable la nota anterior, sólo tienen interés en cuanto señalan en sí mismas la ineficacia de los instrumentos civiles para explicar el convenio colectivo.

(62) DESLANDRES: Nota S. Casación 1-II-93, cit. por CREPIN: *La convention collective...*, cit., pág. 73.

la distinción entre relaciones entre las partes y los sometidos al convenio, etc., han sido otras tantas aportaciones que la doctrina civilista ha supuesto para el Derecho colectivo del Trabajo; por eso parece injustificada la preocupación crítica que por parte de algunos laboristas se hace a tales construcciones, ya que en nuestros días sólo tienen un valor histórico, y en su momento, sin embargo, sirvieron para clarificar y construir las bases sobre la que los convenios colectivos se edificarían. Y esta es también la razón por la que están fuera de lugar los intentos de parte de la doctrina civilista actual de intentar explicar, aun con sus esquemas, una institución que reposa en principios peculiares.

5. *La vida jurídica del convenio*

En toda esta etapa del desarrollo del convenio colectivo se aplica en todos los Ordenamientos las reglas del Derecho común, y dentro de ellas las del Derecho de obligaciones, y es la aplicación de las normas contractuales civiles la que da peculiaridad al sistema, cuyos rasgos más salientes son los siguientes:

a) *El convenio colectivo como contrato civil.*—Se configura al convenio como un mero contrato y, por ende, es la regla de la libertad contractual la que se aplica. «La convención colectiva —dice Lyon-Caen (63)— puede ser concluída por cualquier grupo sin que el Estado haya de intervenir. Las condiciones de fondo y forma son las de Derecho común.» Es la libre voluntad de las partes la única norma reguladora del convenio, de tal manera que su establecimiento y contenido sólo encuentra los límites generales establecidos por el ordenamiento (orden público, moral y buenas costumbres). Teniendo el contenido que las partes quieran atribuirle y la forma y formalidades que libremente se establezcan.

Todo lo relativo al contrato de trabajo tiene entrada, pudiendo la autonomía de voluntad de las partes establecer normas relativas

(63) LYON-CAEN: *Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*. L. G. D. J., París, 1955; pág. 164.

tanto al contrato individual como al mismo convenio, estando unas y otras sólo sometidas al límite general del respeto a la ley y a las buenas costumbres, interviniendo por ello en toda la materia regulada por el Derecho dispositivo, o dicho de otro modo: «no rozante con el *ius cogens*» (64). Aun cuando en un primer tiempo, y es la época del «contrato de tarifa», que el convenio colectivo es un acuerdo relativo a salarios, y llega a decirse que el convenio es una especie de venta en que el sindicato vende en bloque, o más precisamente, fija el precio de venta del trabajo (65), se sobrepasa, sin embargo, pronto esta concepción y el juego de la autonomía de las partes va estableciendo convenios que exceden, con mucho, a un mero acuerdo salarial, y reglamentan genéricamente las condiciones del trabajo en una variada gama de regulaciones, de lo que en su día se hace eco la doctrina (66).

En la celebración se aplican las normas genéricas de los contratos respecto a la capacidad, forma, causa, etc. No existen, impuestas por el Ordenamiento, unas formalidades especiales para la celebración de los convenios, imperando al respecto igual principio de libertad contractual. La complejidad del contenido y del ámbito del convenio, así como el deseo de evitar conflictos y establecer una mínima seguridad jurídica hace que normalmente se establezcan por escrito (67) aun cuando no es necesario para su validez. De todos modos, decía Bry que, reducidos a los principios contractuales generales, carecían de certidumbre, hasta el punto de perder en la práctica gran parte de su eficacia, «como ninguna prueba se guardaba de ellos a menudo se dudaba, al cabo de poco tiempo de su existencia, y había que dirigirse contra su tenedor» (68) e igualmente

(64) MESSINA: *I concordati...*, art. cit., pág. 490.

(65) BUREAU: *El contrato colectivo de trabajo*, cit., págs. 335 y ss.

(66) MESSINA: *I concordati...*, cit., págs. 490 y ss.; DE VISSCHER: *Le contrat...*, cit., pág. 47.

(67) Vid. sobre este problema, BOGS: *Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages*, en *Festschrift f. Julius v. Gierke*, Berlín, 1950.

(68) BRY: *Les lois du Travail Industriel...* 6.^a ed., Sirey, París, 1921; página 338.

señalaba Pic que la prueba del convenio colectivo no dejaba de ser a menudo difícil (69).

b) *Ambito de eficacia personal.*—La eficacia del convenio se dejaba también fijar por las normas comunes de los contratos, por el principio de la autonomía de la voluntad. El principio general de que los contratos sólo tienen efecto entre las partes contratantes era el dogma genérico que marcaba el ámbito de eficacia del convenio, de manera que sólo estaban incluidos en el convenio los miembros del grupo firmante. Señala Durand cómo el convenio no se extendía a los extraños «a menos que existiese una manifestación de voluntad expresa de éstos realizada en el contrato individual de trabajo. En este caso, la obligación de respetar la convención, tomaba su fuente, no en la convención misma, sino en el contrato individual que había incorporado la convención» (70). En la concepción del Derecho civil individualista no se concebía sino la existencia de la voluntad e interés personal, por ello sólo podían estar vinculados aquellos que directa o indirectamente hayan participado con su voluntad en la formación del convenio, así dice Greco que «el convenio vale respecto a cada uno en cuanto cada uno lo haya querido» (71), esto es, que el convenio obliga sólo a los que directa o indirectamente han intervenido en su realización.

Se da una importante evolución en los límites de eficacia personal del convenio. En un primer momento, el convenio sólo obliga a los miembros del grupo o asociación que han dado su aprobación expresa al convenio. Más tarde al establecerse la personalidad del sindicato, y al verse en éste una voluntad colectiva, pero propia, son las propias normas civiles las que van a imponer a todo el grupo la voluntad de la mayoría. De esta manera, los miembros de un sindicato pactante, que no están de acuerdo con lo pactado, sólo tienen, jurídicamente, el remedio de dejar el grupo, mediante su dimisión, para que el convenio carezca de efecto respecto a ellos;

(69) PIC: *Traité élémentaire de Leg. Industrielle*. 5.^a ed., Rousseau, París, 1922; pág. 861.

(70) DURAND: *Traité...* cit., t. III, págs. 125-126.

(71) GRECO: *Il contratto colectivo...*, cit., pág. 6.

así «es necesario admitir que la convención no se aplica nada más que a los miembros del sindicato firmante, mientras que no dimitan de él» (72). Esto, que ya había señalado la doctrina, es fruto de una importante evolución jurisprudencial, puesto que los Tribunales difícilmente habían reconocido, hasta entonces, al grupo contratante el poder de obligar a todos, y es hacia 1910 cuando el Tribunal de Casación francés reconoce que la minoría opuesta al convenio, miembro del grupo pactante, se encontraba obligada por él (73). «De esta manera —afirma Crepin— la convención colectiva se reconoce expresamente por el Tribunal de Casación como vinculante de cada uno de los miembros del grupo-parte contratantes, y no se exige que hayan retificado expresamente la convención, bastando que no hayan expresado su voluntad contraria mediante la dimisión» (74). Se refuerza así la fuerza vinculante de la convención, de tal manera que para escapar de su ámbito los sindicatos han de apartarse de la asociación pactante. Ya no puede admitirse, con Ascoli, que el previo disenso a la celebración del contrato puede desvincular (75). Un último paso, que no llega a darse, con generalidad, consiste en negar eficacia desvinculante a la dimisión en cuanto que el convenio obliga *uti singoli*.

En resumen; el límite personal del convenio es, respecto a los empresarios, los pactantes, directamente o a través de sus asociaciones, y respecto a los trabajadores, los miembros presentes y futuros (la incorporación posterior se concibe como adhesión) del sindicato pactante; la extensión del pacto a otras personas sólo podría hacerse a través de la manifestación de voluntad que la adhesión supone (76). Esta era la gran desventaja del convenio colectivo en este sistema, ya que faltaba toda posibilidad de extender por otros medios la eficacia del convenio a empresarios y trabajadores no organizados, u organizados en asociaciones distintas de las firmantes, lo cual causaba considerables perjuicios tanto a trabajadores como a

(72) LYON-CAEN: *Manuel...*, cit., pág. 164.

(73) Vid. CREPIN: *La convention collective...*, cit., pág. 77.

(74) Ob. cit., pág. 44.

(75) ASCOLI: *Sul contratto coll. di lavoro*, art. cit., pág. 99.

(76) MESSINA: *I concordati...*, cit., págs. 507 y ss.

empresarios, estos al ver la competencia económica que con salarios y, por consiguiente, precios más bajos, hacían los empresarios no afectados por la fijación del convenio; los trabajadores, en cuanto se preferían trabajadores no sindicados como más baratos; todo esto ponía muy en duda la propia eficacia del convenio (77).

c) *El valor normativo del convenio.*—La evolución jurídica que viene a consagrar el valor normativo del convenio, presenta un considerable interés. La base contractual sobre la que se había construido el convenio colectivo hace que esta posea la fuerza vinculante de todo contrato en cuanto fuentes de obligaciones; así «los individuos sometidos a la convención estaban obligados a conformar su contrato a las reglas contenidas en la convención» (78). Dicha obligación tenía su fundamento en la autonomía de la voluntad que, directa o indirectamente, había aceptado el contenido del convenio, por lo que estos efectos no estaban siempre debidamente garantizados.

En un principio se ponía de relieve los efectos obligacionales de la convención. Así, y fundamentalmente la doctrina alemana, se ha puesto de relieve que el convenio colectivo de Derecho común tenía un contenido principalmente obligacional, siendo su efecto principal —o al menos el que constituía el mayor aliciente respecto a las empresas— la obligación de paz, y esto como consecuencia de que en la práctica los convenios tenían un fin de solucionar conflictos previamente planteados. Sin embargo, esta obligación no significaba ninguna aceptación de garantía para la paz del convenio, según Nipperdey (79). Además, las partes se obligaban mutuamente a cuidar que, en el círculo de eficacia del convenio colectivo, se configurasen, según su contenido, los contratos individuales de trabajo, y aunque esta obligación de «efectividad» no daba ninguna seguridad al cumplimiento del convenio al depender del influjo real que las asociaciones tuviesen sobre sus miembros no era pequeña su efectividad práctica (80). La cuestión fundamental radicaba en precisar

(77) Cfr. NIKISCH: *Arbeitsrechb*, cit., pág. 197.

(78) DURAND: *Traité...*, cit., t. III, pág. 426.

(79) NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, cit., t. II, pág. 160.

(80) NIKISCH señala cómo era esta obligación de influencia sobre los miembros la verdadera base jurídica del sistema (*Arbeitsrecht*, cit., pág. 197).

si eran tan sólo estos los efectos del convenio, y si respecto al contrato individual sólo influiría a través de la obligación que los miembros de las organizaciones firmantes, en cuanto tales miembros, tenían de someterse, en la celebración de sus contratos de trabajo, a lo fijado en el convenio. En un primer momento se decía que el convenio colectivo sólo establecía la obligación negativa, para los empresarios, de no celebrar contratos de trabajo con distinto contenido del que establecía la convención; dado que esto no explicaba el efecto del convenio, respecto a los contratos de trabajo existentes vino a decirse, más tarde, que existía una obligación positiva de celebrar contratos, de acuerdo con la regulación resultante del convenio, pero que tal obligación estaba sometida a la condición suspensiva de celebración efectiva de esos contratos individuales (81). Paralelamente la práctica demostraba, como no existía una duplicidad de voluntades, una la autora del convenio, y otra que aplicase el contenido del convenio al contrato individual, ya que la aplicación respecto a los contratos existentes se hacía sin necesidad de declaración de voluntad expresa alguna. Si esto podía encontrar su base en un primer momento en la doctrina del acto complejo que sostenía que el convenio era una suma orden de contratos individuales, al abandonarse esta concepción y celebrar en su propio nombre el sindicato el convenio, han de buscarse nuevas justificaciones. Como dirá Douarche, «el contenido de la convención colectiva enlaza *a priori* la voluntad de los contratantes individuales y debe ser transportada íntegra y mecánicamente en sus contratos de trabajo» (82). Las partes del convenio estaban obligadas, señala Nipperdey, a que las condiciones de trabajo contenidas en el mismo se aplicasen a los contratos de trabajo, pensándose que no se aplicaban las estipulaciones del pacto directamente, sino que se incluían tácitamente en los contratos individuales (83). De este modo se llega a una inclusión tácita de lo fijado en el convenio, «si las partes no

(81) Sobre estas posiciones vid. MESSINA: *I concordati...*, cit., págs. 492 y siguientes y DE VISSCHER: *Le contrat collectif*, cit. págs. 193 y siguientes.

(82) DOUARCHE: *Des conventions collectives relatives aux conditions du Travail*. Thèse. París, 1907; pág. 134.

(83) NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, t. II, pág. 160.

habían convenido nada en contrario» (84). Esto no era más, pues, que la aplicación directa del contenido del convenio a los contratos individuales de trabajo, esto es, los orígenes de lo que luego se llamará efecto automático del convenio. Al no ser necesaria una declaración expresa, en el contrato individual, para que se diesen, en los contratos individuales, los efectos deseados por el convenio colectivo —ya que la primitiva declaración de voluntad contenida en éste suponía su incorporación al contrato individual—, se hablaba entonces de nuevo de una obligación negativa en cuanto que el contenido obligacional del convenio tendía, precisamente, a que no se celebrasen contratos de trabajo contrarios a lo dispuesto en el convenio, mientras que la incorporación directa, «automática», era consecuencia del efecto normativo, y central, del convenio colectivo. No es, pues, cierta la afirmación de Pierro de que el convenio colectivo de Derecho común tuviera sólo un efecto negocial careciendo de carácter normativo al ser un mero contrato sometido a las reglas contractuales civiles (85), sino que esas normas civiles permiten sostener ese valor normativo del convenio; lo que ocurre es que tales normas no tienen mayor fuerza obligatoria que la derivada por la autonomía de voluntad que las crea. De este modo si se dice que en Derecho civil el convenio colectivo tiene el mismo valor que el contrato, son las propias normas del Derecho común las que establecen que entre las partes los contratos tienen fuerza de ley, y esta es precisamente la fuerza que respecto a los sometidos a su ámbito de eficacia alcanza el convenio colectivo del Derecho común; no debe confundirse eficacia y derogabilidad de las normas que, como recuerda Balzarini, deben tenerse distinguidos (86).

En efecto, según el Derecho común los derechos son renunciabiles, las normas dispositivas pueden ser variadas gracias al juego de la autonomía de la voluntad que no encuentra otros límites que el *ius cogens*, el orden público y la moral y buenas costumbres. Por tanto, si las normas del convenio que tienen el valor de ley entre

(84) NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 197.

(85) PIERRO: *Corso di Diritto del Lavoro*. Giappichelli, Torino, 1955; II, pág. 181.

(86) En *Studi...*, cit., pág. 150.

las partes no son inderogables, se debe a que el Derecho común admite como regla común la derogabilidad de las normas dispositivas, y entre ellas, por tanto, el convenio colectivo. De ahí el efecto normativo que señala Lotmar: «si las partes no han convenido nada en contrario» (87), y de ahí también que se permita a las partes desligarse de sus obligaciones por consentimiento mutuo; en los contratos individuales podían derogarse *in peius* las cláusulas de los convenios colectivos cuando esto de mutuo acuerdo se decidía, sin que cupiese sanción por nulidad (88), puesto que no eran inválidas las prescripciones de un contrato de trabajo porque violaran el contenido del convenio (89); ello es consecuencia del propio carácter de la convención del Derecho común. Como señalada Crepin, «la convención colectiva, para imponerse a los contratos ulteriores, debería ser de orden público y hacer el papel de ley impositiva. Tal no es el caso evidentemente. A falta de ninguna disposición legal claramente formulada, ningún principio de Derecho (común) autoriza a señalar la nulidad de los contratos, celebrados con violación de la convención colectiva previamente concluída» (90). Lo cual es una «consecuencia indeclinable del principio de autonomía individual que domina el Derecho privado» (91).

En esta dirección la jurisprudencia francesa había declarado que el contenido de la convención es aplicable a todos los miembros del grupo, «a menos que ninguna convención haya intervenido entre las partes derogando el convenio colectivo» (92). En consecuencia, si se celebra un contrato que viola un convenio, el sindicato no podrá exigir la nulidad del contrato, sino en última instancia, una indemnización de perjuicios. Sin embargo, esta derogabilidad nada dice contra la eficacia automática del convenio, a la que no obsta «que

(87) Quien primero puso de manifiesto el carácter central del efecto normativo fué LOTMAR en *Die Tarifverträge...*, cit., págs. 104 y ss.

(88) DURAND: *Traité...*, cit., pág. 426.

(89) NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 196.

(90) CREPIN: *La convention...*, cit., pág. 42.

(91) GRECO: *Il contratto...*, cit., pág. 8.

(92) «Arrêt cass», civil 7-VII-1910, cit. por CREPIN (*La convention collective...*, cit., pág. 82).

el contrato individual de trabajo no conforme al convenio quede en pie», aunque debe reconocerse que la sola garantía de una posible indemnización de daños no era suficiente para garantizar en todos los casos la vigencia del convenio. El Derecho común sólo había llegado a establecer que no puede ser removido el convenio colectivo como tal unilateralmente por la voluntad de los individuos en él representados al estipular un contrato individual, pero sí podía ser derogado en este consensualmente al ser ambos negocios fruto de la autonomía individual. Pero la derogación es consecuencia de la eficacia y efecto automático del convenio, de tal manera, como señala Balzarini, que si el convenio ha modificado un contrato individual preexistente, es necesario para mantener la situación anterior una nueva manifestación de voluntad, esto es, un nuevo contrato, y, en el caso de un contrato individual posterior, para no quedar sometido al convenio debe expresarse, por mutuo consenso de las partes, tal decisión (93).

La derogabilidad se puede concebir, de este modo, como una demostración de la eficacia, de la acción automática del convenio y, por ende, de su carácter normativo, aunque sus normas fuesen tan sólo dispositivas. Quizá pudiera decirse, como hace Zanobini, que su no reconocimiento expreso por el Ordenamiento trae como consecuencia el «que se pudiese hablar, por tanto, de fuente social, sustancial del Derecho, no de fuente formal» (94).

En todo caso la derogabilidad constituía el gran fallo del sistema. El hecho de que las estipulaciones contrarias al convenio no fuesen invalidadas, y no existiese nada parecido a la inderogabilidad debilitaba considerablemente el convenio (95), por lo que los sometidos al convenio podían libremente disentir del mismo y celebrar condiciones de trabajo contrarias en sus contratos de trabajo (96). De este modo quebraban todos los objetivos que en orden a limitar el poder norma-

(93) BALZARINI: *Studi...*, cit., pág. 154; vid. también MESSINA: *I concordati...*, cit. pág. 502.

(94) ZANOBINI: *Corso di Diritto Corporativo*, 6.^a ed. Giuffrè, Milano, 1943, pág. 273.

(95) NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 197.

(96) NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, II, pág. 160.

tivo unilateral del empresario, habían sido la base de su aparición, ya que los trabajadores se veían, en numerosas ocasiones, forzados a aceptar contratos o condiciones contrarias al convenio y que le venían impuestas por el empresario.

d) *Garantías de cumplimiento*.—El hecho de que la fuerza y valor jurídico del convenio se basase, exclusivamente, en la autonomía de la voluntad y en los principios del derecho de los contratos, hacía que a la violación del convenio hubieran de aplicarse los principios de la responsabilidad contractual y, por tanto, tan sólo una indemnización por daños. La legislación activa para solicitar tal responsabilidad se limita durante mucho tiempo únicamente a los individuos dañados por el incumplimiento del empresario, y que no habían aceptado la violación del contenido del convenio sin que se reconociese a los sindicatos, que en este momento carecían de personalidad jurídica, legitimación para exigir indemnización de daños por el cumplimiento. Lo cual se debía, según Durand, al hecho de que «no sufrían daño personal alguno y la tradicional regla del Derecho común «*nul ne plaide par procureur*» les impedía presentarse en nombre propio para defender los intereses individuales de sus miembros» (97). A través de la distinción entre intereses individuales y colectivos, la jurisprudencia francesa fué dando entrada a la posible acción sindical de resarcimiento de daños, pues se tendía a reconocer que en el incumplimiento del convenio no sólo se violaba un interés individual concreto, sino el interés colectivo de todo el grupo al respecto de lo convenido. Al tratarse de una distinción susceptible de variada —y hasta voluble— interpretación, se llegó paulatinamente por esta vía a que en el incumplimiento individual existía también un interés colectivo a un último estado jurisprudencial, fuertemente influido por el desarrollo sindical, en el que se tiende a «legitimar la intervención sindical cada vez que se trate de asegurar la ejecución de la convención co-

(97) DURAND: *Traité*, cit., pág. 427. (Según la citada regla, «es imposible a diferentes personas agrupar sus acciones en una sola si sus intereses individuales no presentan al mismo tiempo el carácter de interés común a todos; y el sindicato no puede ante los Tribunales tomar a su cuidado estos intereses personales, al poseer sólo la guarda y defensa de los intereses comunes y profesionales».)

lectiva» (98). Así al que incumplía el convenio, se le podían dirigir dos clases de acciones: la acción individual abierta a las personas directamente dañadas, y la acción sindical que correspondía tanto al sindicato al que pertenecía el contraviniente, como, y esto es lo significativo, a los demás sindicatos partes en el convenio (99). Sin embargo esta responsabilidad de los individuos frente a los grupos pactantes era, con expresión de Greco (100), «quimérica». Mayor interés tenía la acción que el sindicato podía ejercer contra la otra parte del convenio, asociación empresarial, para que ésta influyese en sus miembros un adecuado cumplimiento (101). De este modo el interés se centra en la relación del miembro con su asociación pactante, y depende del influjo y poder, que ésta realmente tenga, el que se dé una mayor o menor eficacia del convenio; como la fuerza que las organizaciones sindicales tenían eran la huelga y medios de lucha sindicales, eran realmente estas sanciones extra (cuando no anti) jurídicas, las que, en definitiva, garantizaban la buena marcha del convenio (102). Con lo cual se viene a decir que realmente la entrada del convenio en la vida del Derecho poco había supuesto, ya que su eficacia continuaba dependiendo del juego de las fuerzas sociales sindicales, siendo las construcciones civiles sólo un intento laudable de justificar ese juego y eficacia social.

Hemos señalado cómo el «efecto automático» señalado por la doctrina, e incluso por la jurisprudencia, tenía por base el hecho de que en la realidad así jugase, ya que, como señala Hueck, en las normas civiles no podía encontrarse ninguna justificación para ello (103); la ficción de que era la voluntad individual de los traba-

(98) CREPIN: *La convention collective...*, cit., pág. 55. Sobre la evolución de la jurisprudencia francesa, vid. págs. 48 y ss.

(99) Vid. DURAND: *Traité*, cit., pág. 427; NIPPERDEY en *Lehrbuch...*, II, página 160.

(100) GRECO: *Il contratto...*, cit., pág. 8.

(101) Vid. HUECK, NIPPERDEY: *Tarifvertrügesetz*. Beck'sche, Munich, 1951; pág. 8.

(102) Así lo ponen de relieve, entre otros, LYON-CAEN (*Manuel...*, cit., página 165), NIKISCH (*Arbeitsrecht*, cit., pág. 197) y GRECO (*Il contratto...*, citado, pág. 8).

(103) En *Tarifvertrügesetz*, cit., pág. 8.

jadores la que indirectamente jugaba no podía ser el soporte del carácter normativo de la convención que, en último término, derivaba de su efectividad social.

6. *La superación de sistema*

A pesar de los denodados esfuerzos que la doctrina y la jurisprudencia habían realizado para sistematizar y justificar la institución del convenio colectivo, las opiniones y los hechos pronto pusieron de relieve, en la generalidad de los sistemas, la necesidad de una intervención legislativa, que diera entrada expresa al convenio, ya que la aplicación del cuerpo de normas civiles no bastaba para que el convenio cumpliera la finalidad a que iba destinado. Se produce aquí una quiebra del Derecho común en cuanto se va a requerir una especialidad normativa para regular la nueva fuente jurídica que el convenio suponía, y esas normas especiales en cuanto que relativas a la materia de relaciones de trabajo constituían Derecho del Trabajo, que en este fracaso de las normas civiles va a encontrar una justificación más de su autonomía.

La doctrina ponía de relieve como la quiebra de la heteronomía normativa derivada del poder empresarial poco juego podría tener si el convenio tomaba su único fundamento y valor de la misma autonomía de la voluntad (104), y se empezó a generalizar la opinión de que eran necesarias unas normas distintas a las civiles en la regulación de los convenios colectivos. Así, por ejemplo, Bry habla de la carencia de amplitud, certidumbre y sanciones que tenían los convenios en aquel tiempo y que en la práctica le hacían perder gran parte de su eficacia, siendo difíciles de probar, y de fácil incumplimiento (105); igualmente Pic señalaba que no carecía de inconve-

(104) Que la quiebra estaba en el haber tomado como base en la autonomía de la voluntad, es reconocido por KROTOSCHIN: *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1947; t. I, págs. 157 y ss., y *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1955; página 706.

(105) BRY: *Les lois...*, cit., pág. 338.

nientes el dejar a la jurisprudencia la preocupación de circunscribir el campo de aplicación y los efectos jurídicos de la convención (106); Ascoli precisaba la necesidad de una intervención legislativa que implicara modificaciones profundas del Derecho común, que era imprescindible para no reducir al convenio a pura arbitrariedad (107); para Lerolle no era posible encontrar solución satisfactoria para el convenio colectivo si no se decidía a salir del dominio del Derecho civil, del dominio de las libres convenciones para entrar resueltamente en el dominio del derecho reglamentario y administrativo (108). Todo este estado de opinión, que resume Balzarini al precisar la insuficiencia de la autonomía contractual «que sólo una particular disciplina legislativa puede rectificar atribuyendo a las funciones del convenio la particular relevancia que del Derecho común no recibe» (109) va a conducir a una intervención legislativa que teniendo en cuenta su función normativa ampare y reconozca tal eficacia como fuente del Derecho del Trabajo, configurando en la generalidad de los sistemas la figura del convenio colectivo ordinario, típico, propio o laboral, que con todas estas denominaciones puede mentarse.

III. EL CONVENIO COLECTIVO LABORAL

7. Aspectos genéricos de la institución

La intervención legislativa supone la expresa consagración por el Ordenamiento del carácter normativo del Convenio mediante el establecimiento de normas especiales, que reconozcan y salvaguarden tal carácter. Se habla al respecto de convenio colectivo «típico», en cuanto ha recibido una tipicidad legislativa que derivan del conjunto de preceptos que regulan «los presupuestos, los requisitos de

(106) *Traité élémentaire...*, cit., pág. 861.

(107) *Sul contratto...*, cit., pág. 106.

(108) LEROLLE: *La réglementation professionnelle du travail et le contrat collectif*. Rivière, París, 1919; pág. 8.

(109) *Studi...*, cit., pág. 156.

validez y los efectos según las premisas dogmáticas, los principios y el sistema de Ordenamiento jurídico de que forman parte» (110). Al hablar de intervención legislativa y del Ordenamiento se hace referencia no a que sea necesariamente el Ordenamiento jurídico estatal, el que intervenga directamente en la elaboración de todos y cada uno de estos preceptos, sino que sólo, dado el actual monopolio jurídico estatal que las disposiciones que regulan el régimen de convenios encuentren su base última causal en la ley (111). Ya que existen sistemas, tal el sueco, en el que el Ordenamiento estatal tan sólo ha establecido los principios básicos, siendo unos superconvenios los que en concreto han regulado y sistematizado la institución (112).

En el convenio colectivo se da, por esta intervención, el mismo fenómeno de «laborización» que había sufrido el arrendamiento de servicios del Derecho civil, del tronco de éste, igualmente se desgaja la figura del convenio para recibir un trato legislativo especial, específico del Derecho del Trabajo, y que le habilita para cumplir la importante función que realiza en las relaciones de trabajo. Puede decirse que la característica formal del nuevo sistema reside en la existencia de una normativa especial que reconoce y ampara los efectos del convenio, siendo la característica sustancial de estos convenios los efectos jurídicos que se le reconoce; concretamente su carácter de fuente normativa de las relaciones de trabajo. Deja de basarse la función normadora del convenio en una efectividad real, en un poder meramente social, y viene a poseer tal función una entraña y una consagración jurídica expresa por el Ordenamiento. Así, para Krotoschin la diferencia con el sistema de Derecho común reside en que el legislador se encargue de garantizar la eficacia de las cláusulas destinadas a regir las relaciones individuales de trabajo,

(110) BALZARINI: *Studi...*, cit., pág. 157.

(111) Cfr. MAZZARELLI: *La norma collettiva nella Teoria Generale del Diritto*. Giuffré, Milano, 1957; págs. 116, y ss.

(112) Vid. ANDERSSON y STARLAND: *Problèmes et Législation du Travail en Suede*. Institut Suedois, Estocolmo, 1952; págs. 12 y ss.; C. S. y relaciones entre patronos y obreros en Suecia. Asociación Patronal Sueca, Estocolmo, 1948; pág. 41, donde se explica la formación del «Convenio general». Vid. también bibliografía citada por SCHREGLÉ, en HUECK, NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, II, pág. 965.

esto es, la cláusulas normativas que constituyen la medula de la institución. «A partir del momento en que el efecto normativo se debe a una disposición legal expresa, y no a una mera imposición social se está en presencia de una convención colectiva perfecta» (113), igualmente Alonso Olea señala esta nota diferenciadora: «Una norma de Derecho estatal, normalmente una ley, impone, de un lado, a los que convienen colectivamente la obligación de estar a lo pactado... y de otro a los miembros de las organizaciones pactantes la obligación de ajustar sus relaciones individuales de trabajo a las normas contenidas en el pacto colectivo» (114).

Se trata, por tanto, de una quiebra de la autonomía de la voluntad como fundamento último del valor normativo que ahora va a cimentarse en su expresa consagración por el Ordenamiento; esta evolución o paso que ocurre sustancialmente similar en la diversidad de legislaciones comparadas, supone, al mismo tiempo, un proceso de estatización del convenio, al limitarse considerablemente la autonomía de las partes y de los grupos, y precisarse con bastante rigidez los presupuestos, elementos y efectos del convenio, que «pierde en independencia lo que gana en positividad» (115).

Ambos aspectos, mayor positividad y menor independencia, son estructuralmente los definidores del convenio colectivo «laboral», y a ellos vamos a referirnos, muy sintéticamente, a continuación.

8. *Las partes del convenio*

El expreso reconocimiento del carácter de fuente normativa de la convención colectiva hace que las partes que lo elaboran y lo pactan vengán a cumplir una función auténticamente legislativa. No es de extrañar, por tanto, que se limite considerablemente la posibilidad de celebrar convenios, que se va a conceder, tan sólo, a aquellos que el Ordenamiento reconozca la función o potestad normativa que el

(113) KROTOSCHIN: *Instituciones...*, cit., pág. 168.

(114) *Pactos colectivos...*, cit., pág. 97.

(115) ALONSO OLEA: *Ob. cit.*, pág. 104.

convenio supone. En base a la representatividad profesional que se toma como justificación del reconocimiento de dicha potestad, se va a reducir la capacidad de celebrar convenios (*Tariffähigkeit*) por el lado de los trabajadores a las representaciones profesionales que constituyen sus sindicatos, y aún dentro de éstos, a los sindicatos reconocidos.

Pierden, de este modo, los grupos informales de trabajadores la posibilidad de celebrar convenios, en cuanto que las normas laborales imponen la necesidad de que la representatividad profesional venga establecida a través del cauce sindical, con lo que pierde importancia la ligazón de la voluntad individual a la voluntad de las partes, en cuanto tal representatividad profesional no es ya una representación de voluntades, sino una representación de intereses, en muchos aspectos semejantes a la representación política. En esta dirección han ido evolucionando todos los sistemas.

Al efecto, es significativo el ejemplo francés que en un primer momento (art. 316, Decreto-ley 25-III-1919) no exige el carácter sindical de la representación obrera, de modo que «la convención puede ser concluída por un grupo pero no importa de qué clase, de derecho (sindicato) o de hecho (comité de huelga)» (116); este reconocimiento ampliativo va a desaparecer en la ley de 24-VI-46 que exige en ambas partes el carácter sindical, y además el representativo en un tipo especial de convenios los susceptibles de «extensión» (117). Un criterio aún más estricto es el que impone la ley de 24-XII-46 que exige, en todo caso, tal carácter sindical y representativo, «excluyéndose la participación de otros grupos sindicales, así como la de grupos de empresarios o empresas individualmente considerados» (118). La legislación vigente ha establecido un sistema más liberal, pero sigue exigiendo del lado de los trabajadores el carácter sindical de la parte.

(116) RIVERO SAVATIER: *Droit du Travail*, cit., pág. 221. Vid. texto de la ley en CREPIN: *La convention...*, ob. cit., págs. 5 y ss.

(117) LYON-CAEN: *Manuel...*, cit., pág. 167.

(118) DURAND: *Traité...*, cit., t. III, pág. 448.

Puede decirse que genéricamente en nuestros días el convenio colectivo se ha tornado en «sindical», esto es, que, al menos por el lado de los trabajadores, se han limitado la capacidad de ser parte a las solas organizaciones sindicales. Este hecho hace relación directa con la cuestión de la libertad sindical, y según se interprete este principio así se extenderá o no la capacidad convencional (119) a cual sea organización sindical o tan sólo a los sindicatos «oficiales» estatizados. La dualidad política e ideológica que divide al mundo en nuestros días, tiene también su traducción en lo que respecta a los sistemas sindicales y, consecuentemente, en la capacidad de ser parte de convenciones colectivas. De todos modos queda limitada por parte de los trabajadores la capacidad convencional a las organizaciones sindicales, y esto se debe fundamentalmente a las consecuencias de los principios de la representación profesional que otorga una auténtica potestad normativa que necesariamente ha de ser reglamentada. Además, la precisión de las partes y del ámbito personal de la convención no sería posible establecerse en los casos en que se tratase de meros grupos de hecho, y las obligaciones que, en los convenios, asumen las organizaciones pactantes, así como las garantías de cumplimiento que éstas ofrecen desaparecerían al tratarse de meros grupos informales. Por todo ello se ha venido a limitar, al menos por parte de los trabajadores, la capacidad de ser parte a los sindicatos (120).

La evolución más reciente va estableciendo aún más limitaciones en la concesión de la capacidad convencional. De un lado, y como garantía de la libertad sindical, se exigen condiciones sustanciales a los sindicatos para reconocérsele tal capacidad, con o sin previo reconocimiento, se trata de evitar todo tipo de sindicato «amarillo» controlado o mediatizado por los empresarios, exigiéndose la pureza y

(119) Vid. SPYROPOULOS: *La liberté syndicale*. L. G. D. J., París, 1956: páginas 302 y ss., donde se expone el panorama del reconocimiento del derecho de negociación colectiva a los sindicatos, y sólo a éstos.

(120) SCHREGLE: *Das kollektives Arbeitsrecht des Auslandes*. Anhang del *Lehrbuch*, HUECK-NIPPERDEY, págs. 918 y ss. Vid. también NIKISCH, pág. 240.

limpieza sindical. Así, por ejemplo, en el Derecho alemán se exige, para poder detentar la capacidad convencional, el que las asociaciones sean sólo de empresarios y trabajadores, no pudiendo estar en la misma organización quienes tienen intereses encontrados (121). Y en este sentido se pronuncia el Código internacional de trabajo (122). Un fenómeno paralelo de limitación de capacidad convencional, pero que supone una quiebra del sentido originario de la libertad sindical, la supone el ir matizando la figura del sindicato «más representativo», que va adquiriendo una situación privilegiada, tendiendo incluso a monopolizar la capacidad convencional (123).

En los países en los que la interpretación de la libertad sindical ha llevado en la práctica a negarle toda eficacia, el problema se simplifica al reconocerse únicamente capacidad convencional a los sindicatos «oficiales», controlados de algún modo por el poder estatal. Tal es el caso de los países marxistas, y el del fracasado pseudo-corporativismo fascista y francés, así como el actual sistema portugués (124).

En nuestra legislación vigente la capacidad convencional se otorga a las representaciones profesionales de empresarios y trabajadores en el seno de la Organización sindical única, con la excepción de los convenios de empresa en que intervienen los empresarios y los vocales de los Jurados de Empresa o, en su defecto, los enlaces sindicales (125).

(121) NIPPERDEY en *Lehrbuch...*, cit., pág. 294. (Sobre la limpieza sindical, v. pág. 64) KASKEL y DERSCH: *Arbeitsrecht*, 5.^a ed., Springer, Berlín, 1957; pág. 53; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., págs. 251-252.

(122) Art. 872, 1) y 2) (pág. 865, ed. cit.).

(123) Así, p. ej., Argentina (v. KROTOSCHIN: *Tratado práctico...*, cit., II, página 722), Brasil, Australia, Méjico (v. DE LA CUEVA: *Derecho mexicano del Trabajo*, cit.), Bolivia (PÉREZ PATÓN, *Derecho social y legislación del Trabajo*. Arayún, Buenos Aires, 1954; pág. 668).

(124) De estos sistemas nos ocupamos con detenimiento en nuestro artículo de inmediata aparición: *La eficiencia general de las convenciones colectivas*. A la bibliografía ibid. citada nos atrevemos a remitir.

(125) Vid nuestra monografía *La negociación de los convenios colectivos*, donde es tratada la cuestión de las partes en el sistema español «in extenso».

9. El establecimiento del convenio

Frente al principio absoluto de libertad de forma, que había dominado en la convención colectiva del Derecho común, y que había debilitado su prueba y, consiguientemente, su eficacia, el carácter de fuente normativa que es reconocido por el ordenamiento, impone, de acuerdo con los dogmas de la seguridad jurídica, una constancia indubitada del contenido del convenio y su establecimiento según unas formas y formalidades que garanticen tal seguridad, así como el efectivo ejercicio de la representatividad profesional que la capacidad convencional supone.

Aquí también se da un proceso evolutivo en los diversos ordenamientos que parten normalmente y con carácter de forma constitutiva de la exigencia de forma escrita, tanto en la celebración como en los actos a ella equivalentes (adhesión, revisión, etc.) para ir institucionalizando posteriormente una serie de reglas que van estableciendo cada vez más rigidez y formalismo en la elaboración de las convenciones (126).

Se establecen así una serie de procedimientos que marcan la forma de «habilitación» de las comisiones pactantes, la forma de la iniciativa, el régimen de deliberaciones, el acta final que constituye el acuerdo, etc. Por otro lado, y esto adquiere un mayor relieve jurídico, en orden a la fijeza, prueba y conocimiento del convenio, se establecen preceptos que tienden a conseguir una efectiva constatación y conocimiento de lo pactado. Tales sistemas consisten sustancialmente en el debido registro ante órganos estatales del texto de lo pactado y en la publicación del mismo en periódicos oficiales, al

(126) Sobre esta evolución vid. art. cit. BOGS, KROTOSCHIN: *Instituciones...*, cit., t. I, págs. 198; DURAND: *Traité...*, cit., t. III, pág. 514; BALZARINI: *Studi...*, cit., pág. 160. Sobre formalidades, registro y publicidad, vid. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., págs. 281-284 y 357 y ss.; NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, cit., páginas 316-321 y 351-357; HUECK en *Tarifvertragesgesetz*, cit., págs. 171-174; KASKEL y DERSCH: *Arbeitsrecht*, cit., págs. 54-58; DURAND: *Traité...* cit., t. III, páginas 514-521; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, segunda edición, Victoriano Suárez, 1958, t. I.

margen de la obligación que se impone a las partes de dar debido conocimiento a sus afiliados del resultado del acuerdo. La publicidad y el registro marcan un paso más de intervención estatal, aun cuando son diversos en los distintos sistemas los efectos de esta falta de requisitos. En la legislación española de convenios se ha dejado a la Organización sindical la función de reglamentar el modo de elaboración del convenio (art. 7.º de la ley), lo que se ha hecho por medio de las llamadas normas sindicales para la aplicación de la ley de Convenios colectivos de 23 de julio de 1958, estableciéndose preceptivamente como requisito de eficacia del convenio el debido registro y publicación (art. 16 de la ley y art. 25 del Reglamento).

En resumen, la laboralización del convenio colectivo ha supuesto importantes límites formales en la elaboración de los convenios colectivos que son consecuencia de su reconocido carácter de fuente normativa.

10. *El contenido del convenio*

El convenio colectivo del Derecho del Trabajo poco tiene que ver con los primitivos contratos de tarifa que se limitaban estrictamente a fijar tablas de salarios, ya que hoy el convenio puede regular absolutamente todas las materias que contengan una regulación de la relación de trabajo. Pese a esta actual amplitud de ámbito también en lo que respecta al contenido del convenio puede decirse que éste «ha ganado en positividad lo que ha perdido en independencia», ya que las genéricas limitaciones que el Derecho común había establecido en lo que respecta al respeto de la Ley, la Moral y el Orden público, van a ser especificadas en el Derecho del Trabajo al fijarse unos límites negativos más estrictos que van a hacer referencia a la inderogabilidad de las normas más favorables a los trabajadores, y a la aplicación de los principios específicos de la disciplina jurídica laboral, principios *pro operaria*, de condición más beneficiosa y de irrenunciabilidad de derechos.

Al mismo tiempo, al precisarse el carácter exclusivamente normativo del convenio se establece que el convenio no puede ir más

lejos de la norma positiva y que por ello encuentra sus límites en lo que respecta a la persona humana y debe siempre establecer mandatos objetivos y no regular *uti singoli*. En todas estas limitaciones negativas tienen entrada las que respectan a la dignidad del trabajador y a los poderes de mando del empresario, como recoge el artículo 2.º de la ley española, que alude también, como límite negativo, a causar graves perjuicios a la economía del país. También con carácter negativo se establecen prohibiciones de pactar sobre determinados conceptos, así en los sistemas soviéticos normalmente los temas salariales se excluyen del contenido del convenio al estar establecido por el Poder estatal. Todas estas limitaciones negativas, o como diría Ardaú, «cláusulas prohibidas», vienen a unirse a un conjunto de cláusulas «necesarias» en cuanto que hoy se tiende a exigir un mínimo de aspectos y condiciones sobre las que obligatoriamente se ha de pactar. Estas cláusulas necesarias y obligatorias hacen referencia fundamentalmente a la propia vida del convenio, a su entrada en vigor, su duración, control, etc. Al margen de la necesidad de convenir sobre estas cuestiones, el ordenamiento impone preceptos sobre esta materia, limitando considerablemente la autonomía de la voluntad en otro tiempo existente en la materia. De este modo se imponen plazos para el caso de no haberse establecido expresamente; se establece la reconducción tácita, plazos para pedir la revisión o para denunciar el convenio, e incluso llega a exigirse la necesidad de celebrar un nuevo convenio para que pueda dejar de regir el existente (127). En nuestro sistema el art. 12

(127.) V. sobre los límites respecto a la persona humana el interesante artículo de SIEBERT: «Kollektiv-norm und Individualbereich im Arbeitsverhältnis», in *Festschrift f. Nipperdey* (Sonderdruck), 1955, págs. 119 y ss., así como NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, cit., págs 192 y ss.

Sobre la distinción entre cláusulas «necesarias», «prohibidas» y «facultativas», vid. ARDAU: *Diritto Sindicale*, cit., págs. 149-150, y KROTOSCHIN: *Instituciones...*, cit., I, pág. 205.

Respecto al cese de los convenios se ha hablado de «efectos póstumos» del convenio que ha dejado de regir. «Se trata —dice BALZARINI— de efectos ya producidos por el convenio durante su vigencia y que han modificado indelegablemente el contrato individual, por lo que al cesar la eficacia del primero no determina automáticamente el cese de efectos de las cláusulas insertas para

de la ley precisa que «necesariamente los convenios habrán de contener la determinación concreta de su ámbito de aplicación, las estipulaciones que se establezcan para cumplir los fines que los motivan, la fecha de entrada en vigor, el plazo de vigencia, si se acordase, y, en su defecto, las razones que determinen la rescisión o revisión del convenio pactado, previa denuncia, que no podrá ser preavisada con plazo inferior a tres meses, fijándose a continuación el plazo de vigencia a falta de plazo. También como contenido obligatorio se impone la declaración expresa de la repercusión o no repercusión en precios que el convenio supone.

Como puede verse en esta materia del contenido, también la autonomía de la voluntad, que había dominado en el convenio de Derecho común, se encuentra limitada en ciertos aspectos, aun cuando sigue siendo la libertad de las partes la que, en definitiva, da vida y contenido a las normas que incluya el convenio.

II. *Ámbito de eficacia personal*

En el Derecho común se había consagrado, aun a falta de una normativa expresa que lo reconociese, que el convenio colectivo obligaba a todos los miembros de las organizaciones pactantes incluídas en el convenio, y sólo a éstos. Ello se debía a que la justificación del convenio se establecía a través de la aceptación tácita del contenido del mismo que suponía la adscripción voluntaria a la organización que era parte del convenio. Esto va a continuar con una importante limitación que reside en el hecho de que la posterior dimisión no libera del sometimiento al convenio.

hacer revisar las de éste ya anuladas y por aquél sustituidas, lo que sería inconcebible, aunque trae consigo la consecuencia de que los sujetos de la relativa relación no vinculados por el convenio colectivo pueden estipular un nuevo contrato individual con diverso contenido.» (*Studi...*, cit., pág. 164.) Si se tiene en cuenta el carácter normativo del convenio, el problema se soluciona fácilmente en cuanto se trata del cese de una norma jurídica y, por tanto, las contrataciones individuales preexistentes cobran plena vigencia. Por ello, y en orden a evitar las consecuencias sociales del cese, se establecen reglas como la del art. 15, párrafo final de la ley española de Convenios.

El ordenamiento de este modo lo que hace es fijar, sin ningún género de dudas, el poder vinculante de lo pactado por las organizaciones pactantes respecto a los miembros de éstas, limitándose el ámbito de eficacia del convenio a los citados miembros y sólo a éstos, ya lo hayan sido en el momento de convenirse el pacto, ya lo sean posteriormente. Por eso con carácter genérico la doctrina señala tal límite personal de sometimiento en sus respectivos ordenamientos nacionales; así, por vía de ejemplo, Nipperdey, Dersch y Nikisch ponen de relieve este hecho al comentar el art. 2.º de la Tarifverträggesetz (128). Igualmente en lo que respecta a la realidad francesa, Lyon Caen señala que, a través de un variado cuadro profesional o territorial, sólo están sometidos a la convención las organizaciones firmantes, las adheridas y los miembros de unas y otras (129). La doctrina belga habla de partes firmantes y «partes representadas», esto es, sometidas al convenio y que son los miembros de las asociaciones pactantes en el momento de la firma del convenio o posteriormente (130). Este hecho se da en la generalidad de los países democráticos, de tal modo que, Durand, comentando el panorama comparado, dice que la regla general es que la convención es sólo aplicable a los miembros de las organizaciones pactantes (131) y, de modo similar, Krotoschin señala que «debe destacarse como regla general que las cláusulas normativas se aplican a todos los miembros de las organizaciones que hayan negociado la convención», estén afiliados en ese momento o lo hagan con posterioridad (132).

La limitación del poder normativo del pacto, y consecuentemente de su carácter de fuente a sólo los miembros de las asociaciones pac-

(128) NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, cit., págs. 341-347; KASKEL y DERSCH: *Arbeitsrecht*, cit., págs. 63 y ss.; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 261, quien pone de relieve cómo si el círculo personal es el mismo viene muy reforzada su eficacia en cuanto ha sido reconocido expresamente por la legislación.

(129) *Manuel...*, cit., pág. 172.

(130) VAN GOETHEM y GEYSEN: *Droit du Travail*. Erasme, Bruselas, 1950; pág. 288.

(131) *Traité...*, cit., t. III, pág. 471.

(132) *Instituciones...*, cit., pág. 237.

tantes, ha sido considerado por la doctrina como consecuencia de la libertad contractual. Así, Rivero y Savatier afirman que «es la lógica contractual la que se aplica, en principio, por lo que la convención no obliga sino a los firmantes, organizaciones y empresarios y sus adherentes actuales y futuros» (133). Sin embargo, el fundamento de esta limitación tiene una base más política que jurídica y reposa en el principio de libertad sindical en que reposa la representación sindical en los sistemas de las democracias occidentales. El hecho de que la representación sindical en estos ordenamientos se basa en la libre y voluntaria afiliación de sus miembros, así como la pluralidad de las organizaciones sindicales que pueden ser creadas libremente, hace que el poder normativo del sindicato quede reducido y limitado al campo de sus afiliados; de este modo, a más de salvarse la libertad sindical se evitan los problemas insolubles que la pluralidad sindical supondría al existir en una misma rama profesional y territorial varios convenios que establecen sus límites teniendo en cuenta sus afiliados; y respecto a los no afiliados a sindicato alguno, se entiende no desean ni precisan la protección jurídica que el convenio supone.

Los países que han prescindido de la democracia liberal y, en consecuencia, del principio de la libertad sindical tal y como se había interpretado en aquel sistema, han tomado en cuenta la unidad de la categoría profesional y, en base a ella, han reconocido sólo representación de la categoría profesional a una organización sindical unificada, que es la que monopoliza la capacidad convencional, siendo los convenios que se establecen, aplicables a todos los pertenecientes a la categoría, pertenezcan o no al sindicato firmante; se trata aquí de un nuevo aspecto de la representación profesional que no representa ya grupos de trabajadores, sino la categoría profesional abstracta. Con diversidades notables, tal era el sistema fascista y tal el sistema portugués y de los países marxistas, en los que el convenio, sin más, tiene eficacia general (134).

(133) *Droit du Travail*, cit. pág. 233.

(134) Vid. nuestro art. cit. *La eficacia general de las convenciones...* donde se estudia también el fenómeno actual de la «extensión» de las convenciones mediante actos administrativos.

Los hechos más recientes muestran considerables quiebras en el principio de la libertad sindical, en cuanto que los fines normativos del pacto colectivo no pueden lograrse en su plenitud a causa de la poderosa limitación que la pluralidad y la libertad sindical suponen y que impiden en numerosos casos que el convenio cumpla su función normativa y uniformadora, dando salida además a posibles incumplimientos a través de contratos de trabajo celebrados por los empresarios con los trabajadores no sometidos al convenio. A consecuencia de todo esto se va produciendo en todos los sistemas una lenta evolución a través de una serie de fenómenos variados y que pueden calificarse como de «progresiva ampliación del convenio colectivo», y que viene a divorciar cada vez más marcadamente la voluntad de los individuos sometidos al convenio de la voluntad de las organizaciones pactantes.

Un primer paso que ha derivado del carácter inderogable del convenio lo ha supuesto la imposibilidad de retirarse de la aplicación del convenio mediante la dimisión de la organización pactante. Como expresa Durand, desde el momento de la firma del convenio, el sometido adquiere una cualidad «indeleble» y no puede escapar de modo alguno de la aplicación de la convención ni aun dimitiendo del grupo (135). Sin embargo, en esta evolución ampliatoria son de mayor importancia las extensiones que fácticamente por el propio juego de las fuerzas sociales resultan en la eficacia del convenio. Así, las empresas en ocasiones cada vez más frecuentes por motivos de economía organizativa y para consolidar su unidad, someten a todo su personal a las reglas del convenio, estén o no sindicados, y pese a la falta de eficacia normativa, sino en tanto se incorporen dichas disposiciones a los respectivos contratos individuales, este hecho supone una considerable ampliación del ámbito del convenio. También por factores sociales se extiende la eficacia del convenio a causa de las medidas de defensa sindical contra aquellos que por no estar sometidos al convenio pueden poner en peligro su eficacia real. Una serie de medidas sindicales dan por resul-

(135) *Traité...*, cit., III, pág. 548; RIVERO y SAVATIER: *Droit du Travail*, citado, pág. 233.

tado indirecto una mayor afiliación sindical y, consecuentemente, un mayor ámbito de eficacia del convenio.

En este orden se va haciendo normal establecer en los convenios una cláusula obligatoria por la que el empresario-parte del mismo se obligaba a someter a todos sus trabajadores a las normas del convenio, que era así indirectamente fuente normativa de las relaciones de trabajo de los no sindicados (136) y esto lleva progresivamente a exigir sólo la afiliación al empresario. La evolución parte, en lo que respecta a la eficacia normativa, de la existencia de disposiciones comunitarias que afectan a la comunidad de la empresa; estas disposiciones «rigen para todas las empresas cuyo dador de trabajo está sometido al convenio» (137), sin que puedan los empresarios apartarse en las relaciones de trabajo de los no sindicados de tales disposiciones a menos que el mismo convenio haya dispuesto otra cosa (138), aun cuando respecto a los no sindicados la efectividad no es tan manifiesta (139).

Este desarrollo lleva a ligar cada vez más el convenio a las empresas; el convenio colectivo empieza a concebirse como convenio de empresa no en el sentido de que se circunscriba al sólo ámbito de una empresa, sino en el de que los pactos a los que están sometidos los empresarios se destinan a todos los que forman parte de la empresa estén sindicados o no (140). Por ello sostiene De la

(136) KROTOSCHIN: *Institutiones...*, I, págs. 237-238; NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, II, págs. 244 y ss.

(137) Parágrafo 2, 3) *Tarifvertrágesetz*. (El texto en Hueck-Nipperdey, *Komentar*, cit.).

(138) NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., págs. 267-268; KASKEL y DERSCH: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 633.

(139) «Un trabajador no sindicado no puede alegar un precepto sobre un acuerdo de salarios, al igual que no está sometido al pago de subsidios» (NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, II, pág. 347).

(140) La aplicación del contenido normativo del convenio puede ser parcial o total a los no sindicados (vid. BALZARINI: *Studi...*, cit., pág. 163). El principio se halla muy generalizado en Hispanoamérica. Para KROTOSCHIN (*Tratado práctico*, cit., II, pág. 752, nota 55) es el «principio dominante en la actualidad; así se aplica en Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Nicaragua». En Europa se aplica con generalidad en los países nórdicos (vid. DURAND: *Traité...*, cit., pág. 473).

Cueva que el convenio colectivo es un convenio de empresa por una doble razón: porque sólo tiene existencia en relación con empresas determinadas y porque en ellas tiene un valor absoluto, general (141). Así, en la vigente ley francesa se establece que todo empresario sometido al convenio está obligado a aplicar la convención a todos sus trabajadores, aunque no pertenezcan a los sindicatos pactantes; lo cual es, según Rivero y Savatier, convertir a la convención colectiva en un verdadero reglamento (142). En otras palabras: en consagrar con mayor plenitud su carácter de fuente normativa, sin que pueda distinguirse en eficacia respecto a los no sindicados y respecto a los sindicados, ya que frente a ambos tiene el convenio una naturaleza estatutaria. Esta auténtica «extensión automática» que presenta los graves inconvenientes que ha señalado Durand (143) es un importante paso para el logro de que el convenio cumpla la función normativa profesional que le corresponde. Esto se realiza con plenitud por medio del reconocimiento de eficacia general del convenio, por la cual se convierte en «ley de la profesión o de la industria» (144), y que se realiza a través de un complicado procedimiento administrativo que finaliza con un acto administrativo «de extensión», «de ampliación», «de declaración de eficacia general» que tiende, en definitiva, a aplicar en el círculo profesional de que se trate el convenio a todos y cada uno de los empresarios y trabajadores (145) y esta última etapa en la evolución del convenio colectivo que es la que se produce en nuestros días,

(141) DE LA CUEVA: *Derecho mexicano del Trabajo*, cit., I, pág. 323.

(142) RIVERO y SAVATIER: *Droit du Travail*, cit., pág. 233.

(143) «Presenta el peligro de incitar a los empresarios de tratar con una organización, quizá minoritaria, para pretender a continuación que la condición de todo su personal esté regida por el acuerdo colectivo. Puede, a la inversa, incitar a las organizaciones obreras a no participar en la conclusión de una convención colectiva dejando esta responsabilidad a otros grupos, ya que de todos modos sus miembros se beneficiarán del convenio y no sufrirán de la abstención de su sindicato»; y presenta, además, graves problemas en la práctica jurídica (DURAND: *Traité...*, cit., t. III, págs. 554-555).

(144) Es la denominación que emplea ALONSO OLEA (*Pactos colectivos...*, cit. pág. 106).

(145) Vid. nuestro art. cit. *La eficacia general...* y bibliografía ibíd. cit.

supone la última y más señalada consagración del carácter normativo del carácter sustancial de norma, de «ley», que el convenio colectivo de Derecho del Trabajo supone.

Este carácter general de la función normativa del convenio es reconocido en el sistema español, donde se combinan para determinar el ámbito de aplicación dos criterios: el de la afiliación sindical (artículos 5.º y 6.º de la ley) en la Organización sindical única y obligatoria, y la pertenencia a la categoría profesional que la unidad de convención que en cada caso se trate contenga (146). En todo caso, dado el carácter obligatorio y único de la afiliación sindical y, por tanto, el carácter generalizado de la representación profesional, las normas del convenio se aplican a la totalidad de los que forman la categoría que se trate; son, por tanto, de eficacia general.

12. *El carácter normativo del convenio*

El objeto principal de la intervención legislativa es el de la expresa consagración del valor normativo del convenio. Puede decirse que en esto consiste lisa y llanamente el fenómeno que hemos dado en llamar de laboralización del pacto. En el dominio del Derecho común, al haber constituido la autonomía de la voluntad la base del sistema, el efectivo juego del convenio en la vida del trabajo —gracias a la poderosa influencia y coacción sindical, así como a la utilidad intrínseca de la institución— había intentado explicarse a través del juego de la representación individual, ya sea de voluntades, ya de intereses. El problema va a ser resuelto definitivamente por la «legislación especial» que el Derecho del Trabajo aporta al reconocerse expresamente por el ordenamiento el poder normativo del convenio, que encuentra así su fuerza vinculante en el propio ordenamiento. Así puede decir Krotoschin que en el momento que el efecto normativo del convenio se debe a una disposición legal expresa se está en presencia de una convención colec-

(146) Vid. arts. 4.º y 7.º del Reglamento de la ley de Convenios.

tiva propia (147), laboralizada. Toda la normatividad especial, toda la pérdida de independencia que la laborización del convenio ha supuesto, tiene su base y fundamento en el encuadre y protección de la función normativa que el ordenamiento ha reconocido o, más bien, ha concedido al pacto.

El legislador ha visto la efectividad y conveniencia del sistema y ha consagrado, incorporándolo a su propio ordenamiento y a su esquema de fuentes normativas, la validez del convenio. El hecho de que la característica básica del convenio colectivo en el Derecho del Trabajo es, en los ordenamientos en que aquel instrumento se ha institucionalizado su auténtico carácter de fuente normativa de esa disciplina jurídica y, consecuentemente, de las relaciones individuales de trabajo, justifica el que en algunos sistemas la intervención legislativa se reduzca tan sólo a unas pocas normas que sancionen tal carácter y función. Como la quiebra del sistema de Derecho común había residido, al no tener más eficacia que la derivada de la autonomía de la voluntad, en la posibilidad de ser ignorado el contenido del convenio en las relaciones individuales de trabajo, lo que ahora se viene a establecer es la eficacia e inderogabilidad del convenio para los sometidos a él. Como señala Balzarini, la norma central de la disciplina jurídicolaboral del convenio colectivo es la que sanciona la inderogabilidad del mismo, disponiendo la sustitución automática de las cláusulas contrarias al contrato individual, por las establecidas por el convenio, quedando anuladas aquéllas salvo en lo que sean más favorables al trabajador (148). La consagración del valor normativo del convenio se realiza así a través del reconocimiento de eficacia «automática» e inderogable a las normas del convenio, divorciándose así el convenio por completo de la voluntad de los que a él van a estar sometidos.

Al hablarse de eficacia «automática» del convenio se alude a que el contenido normativo del pacto se aplica directa e inmediatamente a los contratos individuales de trabajo. Este efecto no radica

(147) *Instituciones...*, cit., I, pág. 168. Nosotros preferimos denominarlo «laboralizado», en cuanto que marca la especialidad que es característica de todo el Derecho del Trabajo.

(148) *Studi...*, cit., págs. 159 y 163.

en la presunta voluntad tácita de los miembros de las asociaciones pactantes, sino en virtud de la propia fuerza que el ordenamiento ha conferido al convenio y que produce, en expresión de Durand, «una combinación automática de las cláusulas del contrato individual y las de la convención colectiva» (149). La eficacia automática de las normas del convenio presenta así un doble efecto; de un lado invalida las cláusulas preexistentes contrarias de los contratos de trabajo, y de otro incluye en éstos las cláusulas que el convenio mismo establece. La nulidad de los pactos contrarios al convenio se establece en el art. 3.º de la ley de Convenios, y la inclusión automática se consigna expresamente en el art. 4.º del Reglamento al decir que «tales obligaciones (se alude imprecisamente a las normas que se fijan) habrán de ser observadas e incluídas en los contratos de trabajo estipulados o que se estipulen entre las partes afectadas por los acuerdos» (150).

La inderogabilidad es el efecto fundamental de la intervención legislativa y es consecuencia de la propia sustancia de normas laborales que poseen las establecidas en el convenio. En efecto, la sola separación de voluntad de los sometidos al convenio de la voluntad de los grupos pactantes no daba necesariamente como resultado el carácter imperativo e inderogable de las disposiciones que el pacto estableciera; es el carácter de norma laboral, su naturaleza de fuente del Derecho del Trabajo el que lleva como consecuencia el considerar como de Orden público e inderogables las cláusulas que el convenio contenga. De este modo, la autonomía de la voluntad carece de poder para anular y modificar *in peius* lo resultante del convenio; se aplican así los principios genéricos laborales de jerarquía de fuentes y de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores. En tal sentido el art. 3.º de la ley española dispone que las condiciones de trabajo que se establezcan en los convenios «tendrán el carácter de mínimas y, en su virtud, serán nulos y no

(149) *Traité...*, cit., III, pág. 573.

(150) Sobre el «efecto automático» ha tratado principalmente la doctrina alemana. (Vid. NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, cit., II, pág. 376 y *Tarifvertrügsgesetz*, citado, pág. 110; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 385).

surtirán efecto alguno entre las partes los pactos o cláusulas que impliquen condiciones menos favorables para el trabajador» (151).

Hemos dicho que el convenio colectivo mediante la intervención del ordenamiento y el reconocimiento explícito de su eficacia normativa, especialmente a través de su eficacia automática e inderogable, se ha convertido sustancial y formalmente en una fuente del Derecho, peculiarmente del Derecho del Trabajo. Conviene insistir sobre la cuestión. Se ha señalado que los caracteres de las fuentes del Derecho en sentido traslativo, esto es, las fuentes normativas, es la de contener mandatos genéricos y abstractos provistos de sanción jurídica. Tal es el efecto que la función normativa del convenio realiza, ya que establece una serie de reglas y deberes que los sujetos sometidos al convenio han de adoptar en el contenido de sus respectivos contratos de trabajo individuales. Se establece así una auténtica supremacía del convenio sobre las relaciones de trabajo, que han de uniformarse a la prescripción contenida en el convenio colectivo. Del convenio colectivo en cuanto a su contenido normativo puede predicarse que es «una norma puesta «super partes y a la que el ordenamiento no liga derechos y obligaciones, facultades o cargas respecto a este o aquel individuo determinado, sino un genérico deber de respetar la norma, deber que consiste en una sujeción al mando» (152). No se trata así de una «norma concreta» tal y como se ha llegado a configurar al negocio jurídico, sino de una auténtica norma, en cuanto fuente normativa, al ser típicamente abstracta y no producir inmediatamente derechos y obligaciones individuales sino a través de los contratos de trabajo. Al margen de sus peculiaridades sustanciales y formales, el convenio colectivo contiene unas normas a las que se han de sujetar,

(151) La cuestión del efecto normativo del convenio precisa un estudio detenido que hemos de dejar, por razones de economía científica, para mejor momento. La bibliografía al respecto es amplísima ya que junto a un creciente número de monografías es un problema estudiado en todos los tratados y manuales de Derecho del trabajo.

(152) DEL BO: «Gli aspetti essenziali della legge», *Annali della Università di Macerata*, XVII, 1948, pág. 155.

puesto que constituyen para ellos fuentes del Derecho del Trabajo, los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de eficacia personal del convenio.

13. La sanción jurídica del convenio

Condición del carácter de la norma jurídica es, para buena parte de la doctrina, el que se halle provista de la correspondiente sanción a su incumplimiento. Mazzarelli señala que toda norma recibe su fuerza vinculante de una norma superior que determina el modo como esa norma ha de ser creada, esto es, concede a determinados órganos el poder de emanar la norma que se trate, y a otros órganos el poder de actuar la sanción frente a aquellos que en cada caso hayan violado la norma (153).

El reconocimiento de eficacia del convenio por el ordenamiento se traduce necesariamente en una adecuada sanción jurídica que se establece por un doble camino, de acuerdo con la doble naturaleza de los efectos normativos y obligacionales del convenio. Distinguiéndose de este modo en las acciones que se derivan de los efectos obligacionales del convenio y las acciones que derivan de los efectos normativos del mismo y que constituyen auténtica sanción del mismo.

Respecto a los efectos obligacionales del convenio se ha hecho anterior alusión a que la intervención legislativa impone a las partes estar a lo pactado; en garantía de esta obligación se establecen las correspondientes garantías jurisdiccionales. A la acción civil de resarcimiento de daños al Derecho laboral de las convenciones colectivas aporta una innovación al configurar al lado de aquella genérica responsabilidad civil por incumplimiento una especial responsabilidad de exigir el cumplimiento a la otra parte (154). En la responsabilidad de las partes, señaladamente por lo que hace referencia a la de las organizaciones sindicales, no sólo se ha confi-

(153) *La norma collettiva...*, cit., pág. 71.

(154) NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, cit., t. II, pág. 522.

gurado una responsabilidad directa y necesaria en cuanto que, efectivamente, se da un incumplimiento imputable, sino que hay también una responsabilidad eventual y subsidiaria en cuanto que en muchos sistemas se va implantando la constitución de fondos de garantía sindicales para responder del incumplimiento (155). En otros sistemas se establecen sanciones administrativas a los sindicatos que no actúan de acuerdo a sus compromisos, que pueden llegar incluso a la desaparición indirecta al retirársele el reconocimiento estatal. Pese a estas sanciones jurisdiccionales y administrativas, la más importante sanción del incumplimiento del convenio, es en los sistemas democráticos el relevar a la otra parte de la obligación de paz, y, consecuentemente, por la «restitución natural» se da entrada a la posibilidad de medidas de lucha sindical, como huelga, *boycotts*, etcétera, y que son los que en última instancia, como instrumentos jurídicos que el ordenamiento reconoce en cuanto medio de resolución de conflictos, vienen a garantizar la vigencia efectiva de las obligaciones que para las partes resultan del convenio.

Pero lo que presenta mayor interés son las garantías que se establecen para que el convenio cumpla la función normativa que el ordenamiento le ha fijado. Son diversos los medios de que se vale el legislador para tal consecución.

Lo esencial del sistema, y como consecuencia del carácter normativo reconocido al convenio, es la posibilidad de ejercitar jurisdiccionalmente acciones de incumplimiento o violación de las reglas contenidas en el convenio. De este modo «el juez tiene la obligación, que le viene impuesta por la ley, de aplicar las normas del pacto colectivo en cuanto constate la existencia de éste y la circunstancia de que demandante y demandado han de regular por el mismo sus relaciones de trabajo conforme a los términos del pacto» (156). Se da, pues, idéntica sanción que tienen las demás fuentes del Derecho, sin que sea preciso distinguir entre la inobservancia de la obligación de insertar el contenido del convenio colectivo en el contrato individual de trabajo, y la inobservancia del contenido del

(155) ARDAU: *Diritto Sindicale...*, cit., pág. 211.

(156) ALONSO OLEA: *Pactos colectivos...*, cit., pág. 101.

contrato de trabajo en que se han incluido ya las normas del pacto, de manera que éste se regiría por las normas generales de incumplimiento de contratos individuales, y aquella por las normas específicas de los convenios (157). No sólo por el juego de la acción automática e inderogable de las cláusulas normativas del convenio, sino también por el propio carácter de fuente normativa del convenio, en ambos casos se trata de un incumplimiento de normas imperativas que es sancionado por el ordenamiento.

Al lado de las acciones individuales que corresponden a los afectados directamente por el incumplimiento de los convenios, se estructura la posibilidad de acciones colectivas sindicales, e incluso de sustitución de los sindicatos en las acciones individuales, por medio de una «acción individual a título social» con reglas peculiares (158). La ley española habla, en su art. 17, de «reclamaciones que susciten ante la Magistratura del Trabajo, por vía contenciosa», por el incumplimiento «de las obligaciones impuestas por los convenios colectivos sindicales», esta imprecisa declaración hay que ponerla en conexión con el art. 1.º, T. R. P. L. y el art. 28 del Reglamento de la ley de Convenios. Según este último artículo, «es de la competencia de la Magistratura de Trabajo el conocimiento y decisión de las demandas que se interpongan por vía contenciosa respecto de los conflictos individuales de trabajo derivados del incumplimiento de un convenio colectivo». De este modo, los conflictos individuales causados por el incumplimiento de normas contenidas en el convenio, y sobreentendemos por el incumplimiento de las obligaciones que entre sí tienen las partes del convenio, habrán de verse ante la Magistratura del Trabajo. Respecto a los conflictos colectivos, esto es ocasionados por un incumplimiento colectivo del convenio, ya sea por el empresario(s) respecto a la generalidad de los trabajadores, ya sea de estos respecto a aquél o aquéllos se habla tan sólo de mediación y conciliación en el párrafo 3.º del citado art. 28; con Alonso Olea creemos que de acuerdo con una interpretación extensiva del citado art. 1.º del T. R. P. L., serían también, en cuanto

(157) Así lo hace, p. ej., GRECO: *Il contratto...*, cit., pág. 266.

(158) Cfr. DURAND: *Traité...*, cit., III, pág. 604.

cuanto conflictos jurídicos, de la competencia de los tribunales laborales (159).

El especial carácter de las normas laborales hace que no baste la garantía jurisdiccional para sancionar su debido cumplimiento; de acuerdo con este carácter se establecen instrumentos sancionadores administrativos que vigilan y encauzan el debido respeto a la normativa laboral. De este modo, y gracias a su carácter de fuente normativa, se establece un control administrativo por órganos estatales especializados, del cumplimiento de las normas del pacto a través de la vía sancionadora indirecta, a la vez que se faculta a los propios empresarios para que dentro de sus empresas, mediante el poder disciplinario, tutelen el debido cumplimiento del convenio. En nuestro sistema se halla establecido este control en el art. 17 de la ley (160).

Todas estas sanciones jurídicas vienen a confirmar la opinión anteriormente sentada de que no es una presunta aceptación tácita la que da valor al convenio, sino que las normas contenidas en éste son Derecho imperativo al que se han de someter todos los incluidos en el ámbito de eficacia del mismo, de igual modo que han de someterse a las restantes normas laborales imperativas. El convenio es así una auténtica fuente del Derecho del trabajo.

Las consecuencias de este carácter han sido ya expresadas fundamentalmente; a ellas podemos añadir otras más específicas que derivan de su carácter de norma jurídica, así su interpretación (vid. artículo 26, Reglamento), la inexcusabilidad de la ignorancia del pacto, y, consecuentemente, su publicidad oficial, la posibilidad de recurrir en casación por su no aplicación por el juzgador, etc., que complementan en el cuadro de efectos normativos del convenio, cuya generalización hace sea la fuente más importante cuantitativamente del Derecho del trabajo.

(159) *La materia contenciosa laboral*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1959; págs. 13-19. Vid. también BAYÓN CHACÓN: *Breve comentario al T. R. L. P. L.* Boletín I. Colegio de Abogados de Madrid, 1958, pág. 1098.

(160) Vid. sobre esta cuestión DURAND: *Traité...*, cit., III, págs. 673 y siguientes.

IV. EL CONVENIO COLECTIVO EN LA PERSPECTIVA ACTUAL DEL DERECHO

14. *La progresiva "colectivización" del Derecho del trabajo*

En sus orígenes el Derecho del trabajo, pese a haber nacido como reacción frente al individualismo liberal, surge como un derecho individualista en cuanto se institucionaliza alrededor de la persona individual del trabajador. Es al trabajador aislado al que se dirige la protección que intenta realizar la «legislación especial» en que primariamente se manifiesta la especialidad de la disciplina jurídica laboral. En consecuencia, es el contrato individual de trabajo el centro y ámbito de la nueva disciplina naciente, y es la regulación de ese contrato lo que primaria y únicamente se tiene en cuenta. Pese al calificativo de «social» con que se quiso denominar al Derecho laboral, en cuanto que venía a resolver un problema social y había provocado una importante reacción social e incluso revolucionaria de los grupos sociales afectados, el ordenamiento reacciona mediante la implantación de una normativa que se centra y toma en cuenta únicamente la persona individual del trabajador.

La insuficiencia de esta normativa, las transformaciones económicas de los últimos tiempos del capitalismo, la propia evolución de toda la ciencia jurídica, dan por resultado un proceso de colectivización en el mundo del trabajo que va a transformar profundamente la primitiva esencia de la disciplina jurídica laboral. El hecho es que la evolución más reciente ha dado al traste con los últimos restos del individualismo en que el Derecho del trabajo permanecía, y ha configurado un nuevo aspecto del mismo que no tiene en cuenta ya al trabajador aislado, sino al trabajador en cuanto miembro de una comunidad de trabajo (empresa) y de profesión (sindicato). En esta evolución que marca la consagración del Derecho colectivo del trabajo juega un papel central el convenio colectivo de trabajo.

En efecto, el hecho de que en nuestros días la normativa labo-

ral se halle fundamentalmente fijada a través de convenciones, que no se limitan ahora a meras cuestiones salariales o referentes a los contratos individuales de trabajo, sino que han llegado a institucionalizar la empresa mediante estipulaciones cada vez más numerosas relativas a la misma, así como a normas que exceden el ámbito de empresa para llegar a constitucionalizar la categoría, que se halla reconocida expresamente a través de los diversos sistemas de eficacia general de los convenios, supone la toma en cuenta no ya del interés individual del trabajador en concreto, sino el interés colectivo y comunitario de los grupos laborales sobre los que desde ahora va a centrarse, fundamentalmente, el nuevo aspecto que el Derecho del trabajo representa.

La convención colectiva torna, así, en el centro de un Derecho colectivo que se va formando al lado del preexistente Derecho individual del trabajo, adquiriendo, cada vez, más importancia, llegando a concebirse que el Derecho individual no es más que una consecuencia, una dimanación de aquél (161) o, como dice De la Cueva, la envoltura del Derecho individual (162). Abandonada, lógicamente, su pretendida autonomía frente al Derecho individual del trabajo (163), el Derecho colectivo del trabajo se configura como sección del Derecho general del trabajo del que forma parte también el Derecho individual (164). Ambos van a influirse mutuamente.

Ciertamente, a partir de la consolidación del convenio colectivo, el Derecho del trabajo no va a poder considerar sólo y únicamente al trabajador aislado, sino que su concepto de trabajador se colectiviza, se socializa al tener que ponerse en conexión con el grupo a que, en la empresa y en la profesión, pertenece. El mismo con-

(161) Vid. RAMÍREZ GRONDA: *Derecho social...*, cit., pág. 573; CESARINO JUNIOR: *Direito Social Brasileiro*, 3.^a ed., Sao Paulo, 1953; pág. 50.

(162) DE LA CUEVA: *Derecho mexicano...*, cit., t. I, pág. 225.

(163) Lo cual se debió fundamentalmente a circunstancias políticas. (Vid. PIÉRRO: *Corso di Diritto del Lavoro*, cit., II, págs. 7-8; ARDAU: *Diritto Sindacale*, págs. 34 y ss.)

(164) Vid. DURAND: *Traité...*, cit., III, págs. 1 y ss.; NIPPERDEY: *Lehrbuch...*, pág. 14; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, I, pág. 32; M. ALONSO GARCÍA: *Introducción al Estudio del Derecho del Trabajo*. Bosch, Barcelona, 1958; página 341.

trato de trabajo se transforma y empiezan a aparecer formas de relaciones solidarias de los trabajadores, ya que el hecho de realizarse normalmente la prestación de trabajo en una empresa transforma la genuina idea del contrato individual. Se forma la noción de *status* como significativa del nuevo concepto del trabajador que va a ser mirado no sólo en relación con un empresario individual, sino formando parte de una empresa, de una profesión, asegurado contra una serie de riesgos etc. Todo esto, que es consecuencia no de un proceso de masificación, sino más bien de una toma en consideración de la persona humana en cuanto ser social que es (165), transforma desde sus cimientos al primitivo Derecho del trabajo individualista, y lo transforma en un Derecho de profesionales más que en un Derecho de individuos contratados con otros individuos (166).

Y este proceso, que es paralelo al que actualmente se da en toda la ciencia jurídica entre el individualismo y la colectivización, no lleva a negar la persona humana del trabajador, continúa existiendo ésta (de ahí el carácter de mínimas de las normas de los convenios), lo que ocurre es que el Derecho del trabajo no la mira tan sólo aisladamente sino también y señaladamente en relación con la envoltura social laboral que le rodea.

Y en esta transformación del Derecho del Trabajo ha sido el convenio colectivo el que ha jugado un papel más considerable (167).

15. *El convenio colectivo y la teoría general del Derecho*

Ha quedado expresado anteriormente que el convenio colectivo de trabajo es una fuente específica del Derecho del trabajo; como tal fuente específica se ha configurado como prueba de la propia

(165) SAVATIER: *Les metamorphoses...*, cit., t. III serie, pág. 26.

(166) DURAND: *Il Diritto del Lavoro nel quadro delle scienze sociali alle metà del XX secolo*, en *Riv. Dir. Lavoro*, 1958, págs. 193 y ss.; BAYÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual...*, cit., t. I, págs. 31 y ss.

(167) Cfr. DEVEALI: *La evolución de la convención colectiva y sus proyecciones en el campo económico, sociológico y social*, en *Riv. Dir. Int. e comarato del Lavoro*, III, 1957, págs. 445 y ss.

autonomía del Derecho del trabajo en cuanto se trataría de un procedimiento normativo que sería exclusivo de la materia jurídico-laboral. Si es verdaderamente específico este procedimiento normativo, o si, más bien, la especialidad se da sólo en la materia y caracteres que el convenio presenta, pero sin que esa característica lleve a la propia sustancia de la institución debe resolverse al plantearse cuál sea la relación que el convenio colectivo tenga con la teoría general del Derecho. El problema es tan interesante como ignorado (168).

La cuestión se centra, así, en precisar si el convenio colectivo es un tipo de fuente normativa anómalo y, consiguientemente, excepcional, o si al contrario formaría parte de un tipo específico de fuentes jurídicas. La resolución de la cuestión precisa un delicado estudio monográfico no apto de este lugar, sin embargo, cabe establecer una serie de premisas en orden a facilitar la respuesta a la interrogativa planteada.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento del convenio colectivo de trabajo no ha supuesto una quiebra de la unidad del ordenamiento estatal, ya que éste lo que ha hecho es conceder en su esquema de fuentes propio un lugar adecuado para el fenómeno que socialmente se iba dando. Se trata, más bien, de un aspecto de descentralización del poder normativo estatal en cuanto que se concede a determinados grupos sociales la posibilidad de establecer normas válidas para los componentes de tales grupos, sancionadas debidamente por el propio ordenamiento. Esta descentralización jurídica se ha dado primariamente en el mundo del trabajo y precisamente por el fracaso de las normas estatales para resolver los problemas que la vida del trabajo presentaba, pero no hay obstáculo para que esta descentralización pueda darse en otros sectores sociales.

Ocurre, asimismo, que en el sector social que viene a regular la constitución del pacto colectivo, el interés social en torno al cual se forma el grupo social al que viene a concederse el poder normativo, es producto de una composición al enfrentarse los intereses

(168) La doctrina italiana se ha ocupado muy brevemente de la cuestión. Vid. bibliografía en la obra de MAZZARELLI *La norma collettiva...*, cit.

de empresarios y trabajadores, y tal composición de intereses se establece a través de la forma pactada, tal composición sería innecesaria en los casos en que los intereses del grupo social fueran primariamente comunitarios (169). De este modo lo esencial no es el carácter convencional, sino el carácter colectivo, que es el que señala la médula de esta fuente jurídica.

El carácter colectivo alude específicamente a que la concesión del poder normativo ha sido otorgada por el ordenamiento, no ya al propio Estado o a sus órganos, sino a los mismos grupos sociales a los que el mandato jurídico va a afectar. Se coloca, de este modo, al grupo «super partes» a la vez que «inter partes», puesto que en los sistemas democráticos las formaciones sociales se traducen, jurídicamente, en formaciones contractuales (170). El Derecho del trabajo ha construido, para explicar la concesión por el ordenamiento de tal facultad normativa, la figura de la representación profesional frente a la figura común de la representación de Derecho común. Paralelamente a la representación de Derecho público en la representación profesional, se dan dos características: se trata de una representación «colectiva», esto es, de intereses colectivos y no de intereses o personas concretas, y se trata de una representación independiente de la voluntad de las personas que forman el grupo representado que sólo intervienen en la designación del representante cuando el sistema es democrático (171); en los sistemas totalitarios, por el contrario, la representación es conferida directamente por el ordenamiento a los órganos que él especifica perdiendo así el convenio gran parte de su carácter colectivo. Ahora bien, este tipo de representación no ha de ser necesariamente específico del Derecho del trabajo. Dondequiera exista una formación social, esto es, un grupo social con una comunidad de intereses, naturalmente propios, para

(169) DURAND afirma que las relaciones colectivas se pueden formar tanto entre los que tienen intereses opuestos (trabajadores y empresarios) como los que tienen intereses comunitarios (*Traité...*, cit., III, pág. 1).

(170) MAZARRELLI: *La norma collettiva...*, cit. págs. 46-49.

(171) Cfr. SPYROPOULOS: *La liberté syndicale*, cit. págs. 152 y ss. y 301 y ss., y JENKS: *The international protection of Trade Union Freedom*. London, 1957; págs. 253 y ss.

la tutela de tales intereses ha de darse una representación no sólo en el ámbito externo, esto es, frente al resto de la sociedad, sino, y fundamentalmente, en el ámbito interno mediante el establecimiento de las normas por las que ese grupo social ha de regirse. Mientras la representación externa, al ir del individuo al grupo, puede basarse en la autonomía de la voluntad, la representación interna tiende a separarse de tal autonomía, a presentar un matiz «super partes», esta supremacía tiene como única fuente la concesión de tal poder normativo por el ordenamiento. Así, pues, la representación colectiva que tiene en cuenta el ordenamiento para la concesión de dictar normas colectivas, puede establecerse dondequiera haya «formaciones sociales», sin que, por tanto, haya de reducirse al Derecho del Trabajo.

El convenio colectivo es, así, una subespecie del género «norma colectiva», lo que ocurre es que la formación social, con más fuerza y energía, ha sido la constituída por los grupos laborales, lo que ha hecho que haya sido la primera norma colectiva que ha sido reconocida por el ordenamiento, y esto ha hecho que el Derecho del trabajo en buena parte haya construído la figura de este tipo de norma, constituyendo así la primera y bien importante aportación que esta disciplina jurídica ha llevado a la teoría general del Derecho. En otras disciplinas jurídicas puede la norma colectiva jugar un papel bien importante, y así ocurre principalmente por lo que respecta al Derecho mercantil (172) al constituir especificaciones del concepto de norma colectiva.

La norma colectiva se concibe, pues, como la norma producida por las representaciones colectivas (normalmente a través de los individuos organizados en comunidades contractuales) para regular las relaciones jurídicas de los que forman parte de las formaciones sociales (173). Estas normas, que tienen un contenido sustancial,

(172) Vid. sobre este tema en la realidad histórica fascista la obra de COLITTO: *L'accordo collettivo economico*. Giuffré, Milano, 1940, esp. páginas 44-48.

(173) MAZZARELLI, al contrario, exige la existencia de una comunidad contractual (*La norma collettiva...*, cit., pág. 53). A nuestro entender, no es ne-

reúnen las características propias de la norma, esto es, generalidad (dentro de su respectivo ámbito), y abstracción en cuanto contiene un mandato imperativo que se destina a la comunidad a la que va destinada (174). De esta manera puede decirse que la norma no tiene tan sólo un valor imperativo, «sino que se proyecta, como razón de su conducta, elemento creador de sus manifestaciones y de su inserción en el ámbito de la comunidad» (175).

Se trata, como señala Mazzarelli, de una manifestación de la tendencia descentralizadora de los Estados democráticos que tiende a conceder a las formaciones sociales la autodisciplina de los propios intereses mediante la oportuna representación (176) a la que el ordenamiento otorga, mediante el sometimiento a que sujeta a los que forman parte del grupo social, la potestad de dictar normas colectivas. De este modo el deber de observar el contenido de la norma colectiva para que pueda surgir de la representación colectiva tiene como fuente una norma positiva del ordenamiento que lo establece, ya que de otro modo sólo tendría la fuente imprecisa y débil de la autonomía de la voluntad (177). Y esta ha sido la fundamental aportación del Derecho del trabajo: poner de relieve que es precisa una intervención legislativa que reconozca y constituya tal poder normativo, ya que de otro modo la norma colectiva sólo podría tener la base que le confieran los respectivos actos negociales de los sujetos a los que luego la norma se va a conceder. La necesaria intervención del ordenamiento adquiere así una posición central en cuanto

cesaria una comunidad contractual, sino una representación colectiva para que pueda darse la norma colectiva.

(174) Cfr. GORETTI: *La normatività giuridica*. Cedam, Padova, 1950; páginas 130 y ss.

(175) DEL BO: *Gli aspetto essenziali della legge*, art. cit., pág. 155.

(176) MAZZARELLI: Ob. cit., pág. 61. Vid. también CARNELUTTI: *Il problema fondamentale del Diritto dell'economia*, en *Dir. delle Eco.*, 1955, página 787.

(177) Por eso la norma colectiva, y en concreto el convenio colectivo, suponen una auténtica quiebra de la autonomía de la voluntad. (Cfr. ALONSO GARCÍA: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*. Bosch, Barcelona, 1958; pág. 139.

de ella depende que pueda aceptarse en su plenitud el carácter de fuente traslativa del Derecho que es la norma colectiva.

Este reconocimiento legislativo da entrada a un nuevo tipo o clase de fuente normativa que es la constituida por la norma colectiva, que presenta, de común con la ley, la estructura (abstracción y generalidad), los efectos (la sujeción) y la representatividad (en la ley política, en la norma colectiva social) y de común con el negocio jurídico la fuente de producción a través de la actividad de los privados (178). La norma colectiva aparece así como un instrumento de formación jurídica concedida a los directamente interesados y sustraído al Estado, que, tras haber sido institucionalizado en el Derecho del trabajo, pertenece al esquema general de fuentes de producción del ordenamiento y, consiguientemente, a la teoría general del Derecho.

Los favorables efectos que en el Derecho del trabajo ha producido su utilización, marca la conveniencia de extenderse a otras formaciones sociales en las que la institución podría tener resultados idénticamente convenientes.

MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO

(178) MAZZARELLI: *La norma collettiva...*, cit., págs. 103-104.