



# LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Complutense de Madrid

## EXTRACTO

El presente trabajo pretende desarrollar tres tesis. En primer lugar, una teoría normativa sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo en el ordenamiento español no puede prescindir, para su elaboración, de los cánones de interpretación histórico-sistemática y comparada. De ahí, la necesidad de reconstruir el debate sobre la eficacia jurídica abierto por los fundadores del Derecho del Trabajo en Alemania e Italia y de analizar, en un sentido evolutivo, las respuestas legislativas dadas al problema de garantizar a la función normativa del convenio colectivo una vinculabilidad más fuerte que la reconocida a la autonomía privada. La segunda tesis postula que la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo, dotada de eficacia directa, define un contenido esencial que atribuye a la parte normativa de toda manifestación nacida de la libertad negocial, que el art. 37.1 CE también garantiza, de una eficacia jurídica imperativa y automática. Este pasaje constitucional, por tanto, ni es un mandato mero al legislador, vacío de todo contenido material, ni su contenido material puede entenderse como consagración del convenio colectivo como una fuente formal del Derecho, como una fuente de derecho objetivo. A través de la tercera de las tesis, en fin, se intenta recomponer el tradicional divorcio entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante, argumentando que el ET —que por mandato constitucional (art. 35.2) se erige en ley laboral común del derecho a la negociación colectiva y de los convenios y acuerdos colectivos— reconoce, en sus arts. 3.1.b, en relación con el 82.3, y 3.1.c, el doble efecto imperativo y automático, constitutivo del núcleo esencial de la fuerza vinculante *ex* art. 37.1 CE.

## ÍNDICE

1. LA TENAZ ACTUALIDAD DE UN DEBATE CLÁSICO
2. LA NOCIÓN DE EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO: UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-SISTEMÁTICA Y COMPARADA
3. UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN UNITARIA DE LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES
  - 3.1. La garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios
    - 3.1.1. La eficacia inmediata de la garantía constitucional
    - 3.1.2. La eficacia imperativa e inmediata de los convenios colectivos, como núcleo esencial de la garantía constitucional
    - 3.1.3. El ámbito objetivo de protección de la garantía constitucional
  - 3.2. El desarrollo legal de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos

## 1. LA TENAZ ACTUALIDAD DE UN DEBATE CLÁSICO

1. En el proceso de juridificación o de racionalización formal de ese originario fenómeno de normación social (*Selbstgesetzgebung*) en que se expresa la actividad contractual colectiva de las organizaciones de representación de intereses de trabajadores y empresarios, la cuestión relativa a los efectos del acuerdo negocial resultante ha sido, de seguro, la que ha demandado mayores esfuerzos doctrinales y más notables reconversiones legislativas y jurisprudenciales. Y también ha sido la que ha suscitado los más enconados debates políticos y jurídicos. La posición de centralidad atribuida a dicha cuestión, tempranamente calificada por Hugo Sinzheimer como verdadera espina dorsal (*Ruckgrat*) del derecho colectivo<sup>1</sup>, puede ser razonablemente explicada en clave histórica.

De la adecuada solución a este problema dependerá, en gran medida, el logro de uno de los objetivos jurídicos básicos de las políticas programadas y ensayadas por el reformismo social y que se revelará decisivo, desde principios del siglo XX en la práctica totalidad de los países de Europa occidental, para la conciliación entre el Estado y el movimiento obrero organizado; esto es, para la pacificación social. Tal objetivo no será otro que el demostrar que el ordenamiento jurídico es capaz de asegurar a los trabajadores la efectiva aplicación de las condiciones de trabajo instituidas en los acuerdos colectivos. La eficacia jurídica de los convenios colectivos se convertirá así en el banco de prueba de la sinceridad política de las medidas de reforma social enderezadas a propiciar una cierta recomposición de las relaciones de poder surgidas tras el triunfo de la revolución liberal-burguesa; de la aceptación por los Estados, en suma, de que la emergente autonomía colectiva y las libertades a ella asociadas, además de exigir un ámbito negativo de no injerencia e intromisión en su desenvolvimiento, también reclama la adopción de acciones positivas destinadas a la consecución de una doble y combinada finalidad de tutela. La primera, cuyos destinatarios son los trabajadores individuales, se centrará en impedir que los provisionales compromisos colectivos, alcanzados fuera de las fábricas entre las organizaciones sindicales y las agrupaciones empresariales, puedan resultar inaplicados por la unilateral voluntad de los empresarios individuales con la cobertura formal de los principios

<sup>1</sup> SINZHEIMER, H., *Grundzüge des Arbeitsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Jena (G. Fischer) 1927, pág. 261.

ordenadores de la libertad de contratación, frustrando con ello la función socialmente típica (el *voluto*) perseguida por aquellos sujetos colectivos; la segunda, con una dimensión ya propiamente colectiva, perseguirá el sostén y apoyo de la actividad de las propias organizaciones sindicales. Por lo demás, la consecución de este programa reformista demandará un «cambio radical» tanto en las opciones imperantes de política legislativa como en el pensamiento jurídico de la época, dominadas unas y otro por la arraigada idea de que el contrato de trabajo constituye «la única fuente idónea en producir efectos jurídicos directos sobre la relación laboral»<sup>2</sup>.

Más adelante intentaré analizar cuáles han sido las grandes vías de respuesta jurídica —jurídico-dogmática y normativa— de este programa. En estos momentos iniciales de presentación del tema objeto de estas reflexiones, no me parece impertinente anticipar una conclusión. En la mayor parte de los ordenamientos europeos, los centros de atención de la doctrina científica más empeñada en la elaboración de una teoría sobre la vinculabilidad de los convenios colectivos han ido experimentando progresivamente un desplazamiento. La discusión clásica sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo —discusión ésta en la que de algún modo han terminado por converger los *topoi* más estructurales y estructuradores de aquella teoría (fundamento del poder de normación, atribución de los poderes negociales o naturaleza del propio convenio colectivo)— ha ido cediendo terreno a otros temas, tales como los relativos a las nuevas funciones del pacto, a las relaciones entre éste con la legislación, de un lado, y con la autonomía individual, de otro, o a las relaciones entre los acuerdos colectivos alcanzados en una estructura negocial que de manera creciente diversifica no sólo los niveles de negociación, sino también los contenidos pactados en cada nivel y los instrumentos de formalización de los acuerdos.

Es ésta una conclusión que puede demostrarse sin más apoyo que el que brindan rudimentarios empirismos. Basta efectuar una superficial comparación en los tratamientos sobre el convenio colectivo contenidos en algunas de las más afamadas y autorizadas obras de la doctrina laboralista de las épocas de entreguerra y postguerra para apreciar, sin esfuerzo alguno, este desplazamiento<sup>3</sup>. Desde luego, la reorientación a partir de los años sesenta del siglo pasado del tradicional debate que había consumido buena parte de las energías intelectuales de los fundadores del Derecho del Trabajo vino urgida por el «alto grado de sensibilidad» del convenio colectivo a la evolución de las relaciones sociales<sup>4</sup>. Pero no es menos verdad que, en buena medida, los cambios habidos en los centros de gravedad del debate científico fueron reflejo del sustancial consenso que la cultura jurídico laboral había ya logrado sobre tan trascendental cuestión<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> VARDARO, G., *Contratti Collettivi e rapporti individuale di lavoro*, Milán (Franco Angeli) 1985, pág. 36.

<sup>3</sup> De manera explícita, así lo reconoce DESPAX, M., «Conventions Collectives», en G. H. Camerlynck, *Traité de Droit du Travail*, vol. VII, Paris (Daloz) 1966, pág. 55 y «Négotiations, conventions et accords collectifs», en G.H. Camerlynck, *Traite...*, cit., vol. 7, 2.ª ed., Paris (Daloz), pág. 73.

<sup>4</sup> Cfr. GIUGNI, G., «La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro», en *Atti del III Convegno di diritto del lavoro sul tema Il contratto collettivo di lavoro*, Milán (Giuffrè) 1968 (luego recogido en *Lavoro, legge, contratti*, Bolonia (Il Mulino) 1989, pág. 151, por donde cito).

<sup>5</sup> A este primer estado responden, entre otras, las doctrinas inglesa (por todos, WEDDERBURN OF CHARLTON, *The worker and the Law*, 3.ª ed., Londres (Penguin Books) 1986, pág. 318), francesa (PELISSIER, J./SUPIOT, A./JEAMMAUD, A., *Droit du Travail*, 21 ed., Paris (Daloz) 2002, pág. 864), alemana (vid. DAÜBLER, W., *Das*

2. No es ésta, sin embargo, una aseveración que pueda predicarse de la doctrina científica española. Transcurridos más de veinticinco años desde la promulgación del texto constitucional y a punto de cumplirse ya el cuarto de siglo de la aprobación de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, la polémica sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos sigue instalada en un primer plano de actualidad. Esta polémica, de otro lado, no ha frenado la atención hacia esos otros temas surgidos al hilo de los procesos de evolución que han experimentado y siguen experimentando los sistemas nacionales de relaciones laborales, incluido el nuestro. La diversificación de instrumentos contractuales, de variada estructura y contenido, aparecidos o potenciados por los procesos evolutivos — y que a menudo han procedido a redefinir las funciones de, y las relaciones entre, las tres principales fuentes de regulación de las relaciones laborales— ha ensanchado, al menos en su vestidura formal, el ámbito del propio debate. Pero la simultánea apertura de nuevos frentes de debate, sin haber previamente cerrado el germinal, ha contribuido a expandir el disenso, acentuando su intensidad sonora. Hasta tal punto, que no sólo constituye vano empeño la refinada tarea de agrupar las distintas orientaciones doctrinales conforme a criterios de razonable homogeneidad; esto es, de discernir si, desde una perspectiva material, los puntos de desencuentro afectan a elementos sustanciales o son simples discrepancias de carácter accesorio. La actitud de inhibición también puede proyectarse hacia otra labor bastante más modesta, cual es la de contabilizar las tesis en circulación, con todas sus numerosas y complejas variantes.

Esta ausencia de consenso doctrinal sobre la institución que jurídicamente vertebraría cualquier sistema de negociación colectiva puede ser objeto de numerosas lecturas. De entre las imaginables y razonables, acaso la más cómoda es buscar sus raíces en la falta de precisión gramatical, de rigor técnico y de unidad sistemática de las reglas que disciplinan la eficacia jurídica del convenio colectivo en nuestro ordenamiento positivo. No es ésta, sin embargo, una explicación convincente. Son razones institucionales y no normativas las que, a mi juicio, pueden dar cuenta de la extensión e intensidad de las divergencias doctrinales sobre la materia. Si se acepta la idea de que la negociación colectiva, en general, y los pactos de ella nacidos, en particular, son instituciones especialmente sensibles a la evolución del entorno (social, económico, organizativo, político o tecnológico, por acompañar con algunos adjetivos el uso de aquél sustantivo), difícilmente puede dejar de convenirse que las construcciones jurídicas sobre los efectos de los acuerdos colectivos se instalan en terrenos especialmente movedizos; en unos terrenos que precisan, para su asentamiento, una cierta estabilidad. Y muy probablemente, es esta propiedad de la que aún carece nuestro sistema negocial, obligado, en un *tempus* histórico relativamente breve, no sólo a buscar las fórmulas de tránsito y ajuste entre los ejercicios social y jurídico de ese poder normativo sobre las relaciones laborales en que se sustancia la negociación colectiva, sino,

---

*Arbeitsrecht*, vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed., Hamburgo (Rowolt) 1979, pág. 65) e italiana (GIUGNI, G., *Diritto Sindacale*, Bari (Cacucci Ed.) 2001, pág. 130) para las cuales el problema de la eficacia jurídica de los convenios (y los problemas a ella asociados) se encuentra, en general, pacificado. No obstante y como es natural, el consenso doctrinal es relativo. Por ejemplo y en relación con la doctrina alemana, Thilo RAMM («Die Rechtsnatur del Tarifvertrags», *Juristische Zeitschrift*, 1962, págs. 83 y ss; luego publicado, bajo el título «La natura giuridica del contratto collettivo», en *GDLRI* 1984, núm. 24, págs. 797 y ss) disiente de la opinión dominante.

además y simultáneamente, a adaptar esas fórmulas, todavía en rodaje, a los constantes influjos evolutivos.

3. En este particular contexto en el que, de un lado, la negociación colectiva en régimen de libertad ha sucedido sin solución fáctica de continuidad a una pseudonegociación colectiva de signo corporativo-autoritario y, de otro, la actividad contractual colectiva apenas emergente se ha visto sacudida y agitada por una continuada onda de cambios de muy diversa naturaleza; en este contexto, digo, las tentaciones más inmediatas que podían presentarse a la hora de elaborar una teoría normativa sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo podían provenir de dos frentes; de un lado, de una interpretación del ordenamiento jurídico en clave de continuidad histórica próxima, de dinastismo histórico, y, de otro, de una tipificación jurídica de los efectos del convenio en un sentido acorde a las tendencias de individualización, por ruidosas voces elevadas a la categoría de imparable motor de los cambios producidos. En términos generales, no me parece arriesgado afirmar que estas tentaciones, lejos de haber sido conjuradas, han logrado anidar en buena parte de las construcciones sobre la eficacia jurídica del convenio puestas en circulación por nuestra doctrina científica. En concreto, de aquellas que, partiendo de un común denominador, han alumbrado dos de las grandes teorías sobre esta materia: la normativista de corte legalista y la neocontractualista.

Para ambas teorías, ninguna de las cuales, por cierto, ofrece un perfil unívoco en su desarrollo, es el Estatuto de los Trabajadores (ET) y no la Constitución (CE) la fuente única y exclusiva que da respuesta cierta a estos dos problemas: qué contenido concreto ha de atribuirse a la garantía constitucional de la fuerza vinculante y qué tipo de acuerdo resultante del ejercicio de la actividad contractual colectiva disfruta de la garantía de la fuerza vinculante. La inteligencia del art. 37.1 CE como pura norma de reenvío al legislador no sólo tiene el paradójico efecto de sustraer la constitucional garantía consistente en la atribución al convenio colectivo de «fuerza vinculante» de toda referencia o parámetro constitucional. Además de conferir al legislador la cualidad de indiscutido *domus* de dicha garantía, también incorpora al ejercicio de las competencias constitucionalmente delegadas que le corresponden la facultad de decidir el otorgamiento o la denegación de esa garantía a un solo producto de entre los diferentes acuerdos colectivos nacidos del ejercicio de la autonomía negocial. De conformidad con estas corrientes de opinión, pues, ni el mencionado pasaje constitucional logra desarrollar la tradicional función, normalmente asociada a las normas iusfundamentales (art. 53.1 CE), de definir un contenido material esencial de la «fuerza vinculante» atribuida al convenio colectivo, calificable como límite infranqueable para el legislador en el legítimo ejercicio de su actividad normadora, ni la cualidad de un acto como el convenio colectivo, nacido del no menos legítimo ejercicio de las organizaciones de representación de intereses de los trabajadores y empresarios de su autonomía colectiva, es condición bastante para acceder a los efectos legales de la fuerza vinculante.

En ulteriores apartados habrá ocasión de examinar más a fondo las consecuencias de esta interpretación constitucional. Lo que ahora me interesa señalar es que el destierro de la garantía de la fuerza vinculante del territorio constitucional desdobra, en nuestro ordenamiento jurídico, el problema de la eficacia jurídica del convenio colectivo. La *questio iuris* ya no se centra sólo en analizar el modo en que el ET garantiza a los convenios colectivos la fuerza vinculante. Desde el momento en que la realidad social desborda las reglas negociales de forma y fondo legalmente establecidas, el problema de la eficacia jurídica no es susceptible de tratamiento unitario. La privación a la garantía constitucional de

un contenido sustantivo termina así diversificando el sentido de la fuerza vinculante, que no es uno sino plural. Y es en esa secuencia argumentativa en la que hacen su aparición las ya citadas tesis normativista y neocontractualista sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo. Los convenios colectivos negociados de conformidad con la disciplina legal tienen la eficacia propia que se corresponde con su condición de normas jurídicas; siguen siendo hoy, como antaño, fuentes de derecho objetivo. Los otros instrumentos contractuales, los que no entran en el *nomen legis* de convenio colectivo o los que, aún respondiendo a la morfología del tipo legal convenio colectivo, no se han celebrado con arreglo a las previsiones estatutarias quedan instalados en uno de estos dos *loci*. En el mejor de los casos, que es el sustentado por los defensores de las tesis neocontractualistas, en un limbo jurídico, con eficacia asimilada a la del contrato mero; y, en la peor de las suertes, que es la patrocinada por las orientaciones normativistas de signo continuista, en un espacio social virtual, que no real, habitado por convenios *fuorilegge*, y en cuya entrada pende un cartel de «sin derechos de aplicación».

Las observaciones que se vienen de realizar ya anticipan o, al menos, sugieren las hipótesis que me propongo desarrollar en este trabajo y que pueden sintetizarse, de manera sumaria, del modo siguiente: 1) Una teoría normativa sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo en nuestro ordenamiento jurídico no puede prescindir en modo alguno, para su elaboración, de los cánones de interpretación histórico-sistemático y comparado; 2) La fuerza vinculante *ex art. 37.1 CE* instituye unas garantías mínimas acerca del modo de aplicación de los convenios colectivos sobre las relaciones laborales, que el legislador está obligado a respetar y 3) El ET ha desarrollado, en términos irreprochables desde la perspectiva constitucional, la garantía mínima de la fuerza vinculante, atribuyéndola de manera indiferenciada y por igual a todos los productos nacidos de la actividad contractual colectiva.

Antes de cerrar esta ya extensa introducción, no me parece impertinente efectuar unas observaciones de carácter personal. No es ésta la primera oportunidad en la que me aproximo a la *vexata questio* de la eficacia jurídica de los convenios colectivos; muy antes al contrario, de ella me he ocupado, durante la primera década del período constitucional, con una cierta insistencia<sup>6</sup>. Desde luego, en el presente trabajo mantengo en lo sustancial una línea de continuidad de pensamiento; pero también he procedido a reelaborar algunas tesis, que ahora rectifico, así como a aclarar o a desarrollar, ya sin rodeos, otras que entonces pudieron quedar en penumbra o fueron apenas esbozadas.

## 2. LA NOCIÓN DE EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO: UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-SISTEMÁTICA Y COMPARADA

4. El último tercio del siglo XIX registra, en la mayor parte de los países europeos ya industrializados, la aparición y ulterior expansión de un nuevo sistema de formación y re-

<sup>6</sup> Dando de lado las ocasiones en las que he abordado el tema de manera periférica o lateral, de la eficacia jurídica del convenio colectivo me he ocupado de manera sistemática en las obras siguientes: «La negociación colectiva en la Constitución», *RPS* 1979, núm. 121, págs. 492 y ss.; «El sistema español de negociación de condiciones de trabajo», en F. Valdés (Dir), *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid (IMPI) 1982, págs. 33 y ss. y 49 y ss.; *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid (Acarl) 1988, págs. 49 y ss. y «El paradigma legal en la negociación colectiva», *RL* 1990-I, págs. 268 y ss.

gulación del trabajo por cuenta ajena; de un sistema cuya consolidación resultará decisiva tanto para la afirmación del emergente movimiento sindical como para la fundación de una nueva disciplina jurídica.

En 1898, Beatrice y Sydney Webb concluían, con la publicación de su obra *La democracia industrial*, su monumental reconstrucción de la historia de las organizaciones sindicales británicas, aportando una información sistematizada sobre ese sistema, en la que se destacaba un dato: el distinto grado de intensidad y extensión aplicativa de las condiciones de trabajo contenidas en los *collectives agreements*, básicamente negociados en la *industry*. Estos podían ser aplicados a todos los trabajadores de la empresa o a sólo los afiliados a los sindicatos firmantes; y también podían ser inaplicados por completo, en un sentido favorable o desfavorable para los trabajadores. En todo caso, la eficacia de los convenios colectivos no se entendía o percibía como un problema jurídico sino como un problema de índole político-sindical: su mayor o menor vinculabilidad estaba en función de las concretas relaciones de fuerza existentes entre las partes sociales en conflicto<sup>7</sup>. Para los Webb, en suma, las relaciones entre negociación colectiva e *individual bargaining* planteaban en esencia un problema de poder social, refractario a ser resuelto mediante mediaciones jurídico-formales.

A conclusiones bien distintas había llegado pocos años antes, analizando su concreta realidad social, el economista alemán Lujó Brentano, quien había demandado, en línea de coherencia con las bases ideológicas de la corriente de pensamiento en la que militaba, el «socialismo de cátedra», la promulgación de una ley social que cancelara la injusta e irracional práctica del abono a los trabajadores, por parte de los empresarios, de unos salarios inferiores a los fijados en los *Tarifvertrags*<sup>8</sup>. La influencia de Brentano en la conversión del problema político de la «inefectividad» de los convenios colectivos en el problema jurídico de la «eficacia» de los convenios colectivos habría de resultar determinante en la elaboración, por los fundadores del derecho del trabajo en el continente europeo, de la teoría del convenio colectivo<sup>9</sup>.

En 1907, Hugo Sinzheimer, a partir de los resultados obtenidos de un estudio empírico de los convenios colectivos firmados en las industrias alemanas, había procedido a identificar la función socialmente típica de los *Tarifvertrags*, poniendo de relieve que la finalidad de los mismos no era otra que la de establecer un conjunto de reglas destinadas a disciplinar las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, reglas éstas que eran susceptibles de ser clasificadas en dos grandes grupos, según que la función normativa realizada fuese *inmediata* (*normas de trabajo*, reguladoras del contenido de los contratos de trabajo) o *mediata* (*normas profesionales*, enderezadas a ordenar las relaciones entre las partes firmantes y a asegurar la efectiva aplicación de aquellas otras)<sup>10</sup>. Sinzheimer era

<sup>7</sup> WEBB, B. y S., *La democracia industrial*, Madrid (Ed. Biblioteca Nueva) 2004 (traducción española de la edición inglesa de 1920), cap. VIII.

<sup>8</sup> Vid. BRENTANO, L., *Das Arbeitsverhältnis gemäs dem heutigen Recht*, Leipzig (Duncker & Humblot) 1877. Hay traducción inglesa (*The relation of Labor to the Law of to-day*, Nueva York (G.P. Putnam's Son), 1891, que es la que he manejado.

<sup>9</sup> Vid. VARDARO, *Contratti collettivi*., cit., págs. 37 y ss.

<sup>10</sup> SINZHEIMER, H. *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, Berlín (Duncker & Humblot) 1971 (reedición de la edic. de los 2 vols. de 1907-1908), citado por VARDARO, «Il mutamento della funzione del contratto collettivo», *GDLRI* 1983, núm. 20, pág. 720, de quien tomo las referencias.

consciente, sin embargo, de que el cumplimiento por el convenio colectivo de la función normativa o, lo que es lo mismo, de esos efectos sociales típicos queridos por las partes, tropezaba con obstáculos de envergadura. La garantía de la aplicación de las *Arbeitsnormen*, de esas normas destinadas a fijar las condiciones individuales de trabajo, podía ser asegurada, en aquél tiempo, por dos vías: de un lado, por los medios ofrecidos por la autonomía colectiva, ubicada en un escenario precario de ilicitud civil o, incluso, penal y, de otro, por las técnicas aprestadas por el derecho codificado de la contratación, consistentes en el reconocimiento a favor del convenio de la eficacia obligacional u obligatoria predicable de cualquier negocio jurídico contractual.

La fragilidad de ésta última vía —única en la que me interesa reparar— resultaba, sin embargo, evidente. En su versión primera y esencial, la transposición de la concepción más canónica de la eficacia obligacional al convenio colectivo implicaba reconocer que del pacto colectivo nacen exclusivamente obligaciones de conducta, expresadas en los compromisos, adquiridos por los empresarios y trabajadores vinculados con las partes firmantes mediante una relación de representación, de aplicar al contrato individual de trabajo el contenido de las mencionadas obligaciones. Pero en la hipótesis de incumplimiento de las reglas de conducta y al margen del sistema endoasociativo de sanciones, el único mecanismo resarcitorio jurídicamente invocable era el común del derecho de los contratos; es decir, la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios.

Por esa misma época, ya habían hecho su aparición algunas construcciones doctrinales dirigidas a integrar la función normativa típica de los convenios colectivos en la lógica contractual privatista vigente. De obligada cita son, en este capítulo, las tesis de Philipp Lotmar quien, al tiempo de ofrecer el obligado punto de referencia para las posteriores construcciones que de inmediato se pondrán en circulación<sup>11</sup>, sienta las bases doctrinales para el tránsito, en Alemania, de la legislación obrera al moderno derecho del trabajo<sup>12</sup>. Tras calificar al pacto colectivo como un *vertrag sui generis*, Lotmar quiso dar respuesta al problema de la eficacia jurídica de los convenios colectivos mediante una reformulación de las obligaciones asumidas por las partes firmantes, entre las que había de entenderse implícitamente incluida la promesa de «transfundir», en la fase de estipulación del contrato de trabajo, las condiciones tarifarias establecidas en aquellos<sup>13</sup>. Para Lotmar, pues, el contrato de trabajo nace a la vida jurídica con las cláusulas del convenio colectivo aplicable ya incorporadas. O por decirlo con sus palabras, «concluyendo o ratificando un contrato de tarifa, los trabajadores y empresarios se comprometen recíprocamente a no estipular, durante su vigencia, ningún contrato de trabajo que contenga condiciones diversas respecto de aquél contrato de tarifa»<sup>14</sup>. La efectiva aplicación del convenio o el reconocimiento

<sup>11</sup> Incluida la de Sinzheimer. Vid. RAMM, «Il contratto di tariffa di Philipp Lotmar: introduzione», *GDLRI* 1984, núm. 22, pág. 305.

<sup>12</sup> Cfr. RAMM, «Il contratto di tariffa...», cit., pág. 306.

<sup>13</sup> Vid. LOTMAR, Ph., «Die Tarifverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern», en *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik* 1900, págs. 1-122. Las referencias las tomo de la traducción de este texto al italiano, «I contratti di tariffa tra datore di lavoro e prestatoti di lavoro», *GDLRL* 1984, núm. 22, págs. 314 y ss., esp. 367 y ss. La configuración del convenio colectivo como contrato sui generis, en pág. 377.

<sup>14</sup> Cfr. LOTMAR, «I contratti di tariffa...», cit., pág. 377.

de una «fuerza vinculante a las tarifas, casi automática»<sup>15</sup> trae causa, para el romanista que «descubriera jurídicamente el convenio colectivo en Alemania»<sup>16</sup>, en la hipóstasis de aquella promesa con el contenido del convenio, de la que se derivará de manera mecánica una inviabilidad jurídica de celebrar contratos de trabajo con cláusulas contrarias a ese contenido.

Una construcción semejante, cuyo propósito implícito (aunque no fuera esa la consecuencia resultante) era resolver la eficacia del convenio en el marco del derecho vigente de la contratación sin necesidad de una reforma legislativa, no se encontraba entonces (ni se sigue encontrando ahora) al abrigo de muy serias objeciones dogmáticas y positivas; de tal envergadura como para poder concluir afirmando la absoluta incompatibilidad entre dicha construcción y las reglas y técnicas informadoras del derecho común de los contratos. Así lo razonaría de manera impecable Giuseppe Messina, otro de los fundadores del Derecho del Trabajo, quien, desde una perspectiva rigurosamente privatista, le recordará a Lotmar que a un límite impuesto a la voluntad de las partes del contrato de trabajo, como es el de la obligación de *contrahere* en un sentido conforme al convenio colectivo, no se le puede atribuir la eficacia «di una vera legge proibitiva o di una norma di diritto cogente», ya que las limitaciones no enunciadas por la ley solo despliegan eficacia obligatoria,» non —per cosí dire— *reale*»<sup>17</sup>. Por consiguiente y en contra de la voluntarista tesis propuesta por quien fuera Rector de la Universidad de Berna, Messina concluirá afirmando que las cláusulas de los contratos de trabajo contrarias a las tarifas han de entenderse plenamente válidas, sin perjuicio de que su estipulación pudiera dar lugar a las normales reacciones contractuales, consistentes en el ejercicio de las acciones por daño. Pero la insuficiencia de estos remedios de derecho común «è nella convinzioni di tutti»<sup>18</sup>.

5. A partir de esta convicción, la crónica del proceso de afirmación y ulterior consolidación del convenio colectivo como acto nacido del ejercicio de un poder de normación extraestatal se resumirá, en buena medida, en la crónica de los esfuerzos realizados —con mayor o menor tesón y protagonismo— por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para asegurar jurídicamente la aplicación del convenio colectivo; esto es, para dotar a las *normenvertrag* o, al menos, a las que Sinzheimer había calificado como *Arbeitsnormen*<sup>19</sup> de sus efectos sociales normativos. La detallada reconstrucción de una crónica semejante es, de seguro, una tarea que excede con creces el objetivo de este trabajo<sup>20</sup>. Con bastante

<sup>15</sup> Cfr. MESSINA, G., *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, Macerata 1904, *apud* D'Antonna, M., (a cura di), *Lecture di Diritto Sindacale*, Nápoles (Jovene) 1990, pág. 205.

<sup>16</sup> Cfr. SINZHEIMER, H., *Jüdische Klassiker deutschen Rechtswissenschaft*, Franckurt 1953 (reedición de la original de 1938), pág. 207 (cit., por RAMM, «Il contratto di tariffa di Philipp Lotmar...», cit., pág. 303).

<sup>17</sup> Cfr. MESSINA, *I concordati...*, cit., pág. 206 (la cursiva es del autor).

<sup>18</sup> Cfr. MESSINA, *I concordati...*, cit., pág. 207.

<sup>19</sup> La diferenciación de Sinzheimer entre normas de trabajo y normas profesionales está construida desde un prisma funcional. No obstante y mediante «una hábil corrección lingüística», Kaskel y, a partir de él, la doctrina alemana convertirá esta clasificación en la teoría de las dos «partes» del convenio colectivo (normativa y obligacional). Lo que inicialmente se utiliza para representar las funciones del convenio colectivo, termina siendo configurado como contenido necesario y esencial del «tipo ideal» de todo convenio colectivo. Cfr. VARDARO, «Il mutamento delle funzioni...», cit., pág. 731 y RAMM, «La natura giuridica...», cit., pág. 802.

<sup>20</sup> Un acabado análisis de las múltiples teorías sobre la eficacia jurídica del convenio, bien que entrecruzadas con las teorías del convenio colectivo, elaboradas por la doctrina laboralista durante el período de entreguerras puede consultarse en GALLART y FOLCH, A., *Las convenciones colectivas de las condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Barcelona (Bosch) 1932, págs. 59 y ss.

menor ambición, me limitaré a destacar los aspectos de esta crónica que, sin riesgo alguno de simplificación, pueden calificarse como comunes en la mayor parte de los países eurocontinentales. Una crónica, por otra parte, que, como ya fue indicado con anterioridad, puede razonablemente darse por cerrada en las décadas de los años 50 y 60 del siglo XX.

En este orden de cosas, vale la pena comenzar por señalar las dos grandes vías a través de las cuáles se han articulado, en unos casos, o se han pretendido articular, en otros, las respuestas al problema de la eficacia jurídica de los convenios colectivos, vías éstas que pueden denominarse, la una, como «autonomista» y, la otra, como «heteronomista». Antes de entrar en su examen, me parece obligado realizar algunas observaciones de carácter general que contribuyan a una mejor comprensión no sólo ni tanto de su respectiva significación sino, sobre todo, de sus puntos de convergencia y encuentro.

Conforme se viene de hacer notar, una y otra vía constituyen, en lo esencial, dos formas distintas de responder a un mismo e idéntico problema, cual es el de asegurar la observancia efectiva de los efectos sociales típicos del convenio sobre los contratos individuales de trabajo; o, si se prefiere enunciarlo en otras palabras, de garantizar el estricto cumplimiento de la función normativa del convenio colectivo sobre las relaciones de trabajo. Y como igualmente se ha recordado, la conversión de la eficacia de los convenios colectivos en un problema jurídico surge de la constatación de la falta de idoneidad del utillaje conceptual y técnico aprestado por el derecho civil codificado para garantizar ese objetivo. La eficacia meramente obligacional, propia de los contratos —y el convenio colectivo es un contrato, un acto de autonomía privada—, no asegura al contenido del convenio su invulnerabilidad frente a los pactos en contrario suscritos por los empresarios y trabajadores en ejercicio de su libertad de contratación. Por este lado, pues, el problema de la eficacia jurídica de los convenios colectivos se transformará, en lo esencial, en el problema de la inderogabilidad *in peius* de las cláusulas colectivamente pactadas por los contratos individuales de trabajo. O por decirlo desde otra perspectiva, en el modo de atribuir una tutela jurídica superior a la función normativa del convenio colectivo respecto de esa misma función desarrollada por el contrato de trabajo.

Tal será, y no otro, el alcance que, al menos en origen, delimita desde una perspectiva dogmático-jurídica el debate doctrinal sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos. No obstante ello, a este debate se van a ir adicionando, con el discurrir del tiempo, nuevas cuestiones cuyo tratamiento, en ocasiones, ha tenido un efecto de disolución o de confusión del problema de la eficacia jurídica con otros problemas que, aun siendo afines, tuvieron entonces sustantividad propia y, al menos alguna de ellas, y a mi juicio, la siguen teniendo ahora. De entre todas ellas, me detendré en tres en particular.

La primera y acaso más relevante, afecta a la naturaleza jurídica del convenio colectivo. En tal sentido, afirmar la naturaleza contractual del convenio, su condición de contrato nacido de la voluntad de unos grupos sociales dotados de subjetividad jurídica, no pasaría de ser una solemne banalidad. Lo cierto es, sin embargo, que no es ésta una afirmación pacífica<sup>21</sup>; antes al contrario, una muy influyente corriente doctrinal, fuertemente inspira-

<sup>21</sup> Por el momento, mantengo el planteamiento de este problema en términos de dogmática del convenio colectivo y no de teoría normativa.

da en el pensamiento institucionalista, ha terminado por instalar el convenio colectivo en el campo de las fuentes de derecho objetivo, configurándolo como una norma. La exclusión del convenio colectivo del ámbito de los contratos trae causa, de seguro, en la confusión entre la función normativa del convenio y la forma a través de la cual dicha función se instrumenta o, como advirtiera Guigni hace ya bastantes años, «entre el contenido reglamentario del acto y la forma *in cui ese viene essere*»<sup>22</sup>. Estas concepciones normativistas del convenio colectivo —que los regímenes corporativistas europeos del período de entreguerras acentuarán hasta límites máximos, degradando al convenio a la condición de un reglamento público— tienden a deducir la naturaleza del convenio no de su estructura o del acto que le da vida sino de sus efectos<sup>23</sup>. La atribución al convenio colectivo de una eficacia que, para asegurar su función social normativa, se aparta o separa de la estrictamente obligacional de los contratos no convierte, *per se* y de manera automática, al convenio colectivo en una norma, en el sentido más clásico y tradicional de la noción. En este sentido, la conocida y manoseada expresión de Carnellutti, según la cual el convenio colectivo «e un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge»<sup>24</sup>, puede ser entendida, como así ha venido sucediendo tradicionalmente<sup>25</sup>, como confesión de la incapacidad del pensamiento jurídico de encajar esta nueva figura en alguna de las categorías tradicionales acuñadas por la ciencia jurídica y, por tanto, como invitación a superar la misma mediante su calificación como un *tertium genus*, una especie de «monstruo jurídico»<sup>26</sup>, que comparte simultáneamente la condición de norma y de contrato. Pero con esta expresiva y afortunada metáfora, el ilustre jurista italiano, a mi juicio, pretendía, más que terciar en el debate de la naturaleza del convenio<sup>27</sup>, enfatizar la falta de correspondencia, en el plano jurídico formal, entre el irreductible carácter contractual del convenio («cuerpo de contrato») y la no menos irreductible vocación imperativa de sus efectos («alma de ley»)<sup>28</sup>. Al final del trabajo he de retornar sobre la idea carnellutiana.

<sup>22</sup> Cfr. GIUGNI, «La funzione giuridica...», cit., pág. 157.

<sup>23</sup> Nuevamente GIUGNI, «La funzione giuridica...», cit., págs. 157-158. En la doctrina española, no es infrecuente que ambas cuestiones, eficacia jurídica del convenio y naturaleza jurídica del mismo, tiendan a confundirse e identificarse. Tal es la tesis defendida por los normativistas. Entre las opiniones más recientes y de modo contundente, *vid.* GALIANA MORENO, J., («La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español de trabajo», en *La eficacia de los convenios colectivos*. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (Ed. MTAS) 2003, pág. 38), para quien «debe, pues, establecerse, como premisa que (...) la eficacia del convenio equivale a indagar la naturaleza predicable del mismo». Bien que desde premisas metodológicas diferentes, en esta misma confusión incurre CORREA CARRASCO, M. (*La negociación colectiva como fuente del derecho*, Madrid (Univ. Carlos III/BOE) 1997, pág. 150), para quien si se parte «de la base de que (el convenio colectivo) es una norma, su eficacia jurídica sería, por coherencia, consecuencia obligada de su naturaleza normativa».

<sup>24</sup> Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padua (Cedam) 1927, págs. 116-117.

<sup>25</sup> Bastará citar, por todos, a BARASSI, L., *Il diritto del lavoro*, vol I, Milán (Giuffré) 1949, pág. 111.

<sup>26</sup> La calificación es de DEXPAX, *Negotiations...*, cit., pág. 73.

<sup>27</sup> Qué para él era contractual. *Vid.* CARNELUTTI, *Teoria del regolamento...*, cit., págs. 107 y ss.

<sup>28</sup> O por decirlo nuevamente con las palabras del propio autor: «atraverso il meccanismo contrattuale (...) si sprigiona un movimento, che va oltre il rapporto giuridico tra le parti». Cfr., *Teoria del regolamento...*, cit., pág. 117.

La segunda de las cuestiones que también ha acompañado históricamente, y sigue acompañando aún de presente, a la polémica sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo es la relativa a la fundamentación jurídica de la aplicación del haz de derechos y obligaciones estipulados en el convenio colectivo a los contratos individuales de trabajo. Pese a su indiscutible proximidad o afinidad, eficacia jurídica y fundamentación de la aplicación del convenio suscitan problemáticas diferentes cuya solución, por lo mismo, ha de articularse a través de técnicas diferenciadas. Como ya se ha señalado, aquella primera, la eficacia jurídica, pretende asegurar a la función normativa del convenio una resistencia jurídicamente imperativa frente a los actos contrarios provenientes de la autonomía privada individual. La segunda, por el contrario, pretende dar cuenta del modo a través del cual las cláusulas contenidas en el convenio colectivo se aplican a las relaciones laborales.

Sin perjuicio de lo que se diga más adelante, esta segunda cuestión —que en una fase avanzada del proceso de juridificación de la eficacia del convenio va a ser identificada bajo la rúbrica de eficacia inmediata o directa (*unmittelbare Wirkung*), denominando a aquella otra como eficacia imperativa (*zwingenden Wirkung*)<sup>29</sup>— también va a ser objeto de un temprano tratamiento por la doctrina científica. En tal sentido, Lotmar se empeñará, desde los presupuestos civilistas que informan su teoría sobre el *Tarifvertrag*, en fundamentar la eficacia directa de las disposiciones colectivas sobre el contrato de trabajo mediante el recurso a una reinterpretación de la figura de la representación regulada en el DGB<sup>30</sup>. Diferente fue la posición mantenida por Sinzheimer, para quien las organizaciones sindicales (y empresariales) firmantes del convenio colectivo no actúan como representantes de los trabajadores sino como simples partes del *Tarifvertrag*, el cual, por un lado, sólo producirá efectos jurídicos vinculantes sobre estas mismas y, por otro, presupondrá la existencia de grupos organizados en ambas partes contratantes a través de los cuales se expresan los intereses colectivos<sup>31</sup>.

La tercera y última de las cuestiones que han estado asociadas al problema de la eficacia jurídica, es la relativa al ámbito subjetivo de aplicación del convenio colectivo; esto es, a la que viene siendo tradicionalmente denominada eficacia personal o subjetiva del convenio colectivo. De las tres cuestiones analizadas, es ésta, de seguro, la más alejada de los debates sobre la eficacia imperativa del convenio colectivo; la que, desde un principio, aparece con unos perfiles nítidamente diferenciados de ella. En tal sentido, bastará evocar una vez más el pensamiento de Sinzheimer. En el proyecto sobre *Arbeitsaristifgesetz* que elabora en 1916 con vistas a superar los esquemas civilistas del convenio colectivo, se diferenciará con notable rigor y claridad la eficacia jurídica del convenio, configurada como un problema de intensidad en la protección de los trabajadores, de la eficacia personal,

<sup>29</sup> Vid. por todos, HUECK, A./NIPPERDEY, H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Revista de Derecho Privado), 1963, págs. 348 y ss.

<sup>30</sup> Vid. LOTMAR, «I contratti di tarifa...», cit., págs. 350 y ss.

<sup>31</sup> Vid. SINZHEIMER, *Der Korporative...*, cit., págs. 57 y ss, cit., por RAMM, «La natura giuridica...» cit., pág. 802, quien, de otro lado, lleva a cabo una crítica a la *Verbanstheorie* de Sinzheimer. Lo cierto es, sin embargo, que la doctrina «corporativa» no se debe a Sinzheimer sino a Hüglin, limitándose aquél a utilizarla con vistas a la reconstrucción de ese fenómeno de autonormación social en que la negociación colectiva consiste. Cfr. VARDARO, «Il mutamento della funzione...», pág. 723, nota (12).

concebida como un problema de extensión subjetiva de dicha protección<sup>32</sup>. Y es que la doctrina alemana de la época, de manera unánime, —y la afirmación podría sin riesgo alguno universalizarse— entiende que, al margen del tipo de eficacia jurídica del convenio y de la fundamentación dogmática de su aplicación, las *Arbeitsnormen* solo despliegan efectos jurídicos en relación con los contratos individuales celebrados entre los miembros de las organizaciones firmantes del pacto o, de tener ámbito estrictamente empresarial dicho pacto, entre el empresario y los trabajadores a su servicio, miembros de la representación social firmante.

6. Como ya se ha hecho notar, las grandes vías a través de las cuales han circulado los procesos de racionalización formal con vistas a propiciar o promover la conversión del originario sistema de eficacia jurídica «obligacional» del convenio colectivo a otro de eficacia imperativa han sido dos: la «heteronomista» y la «autonomista». Un juicio sobre la incidencia de estas vías en el reconocimiento definitivo al convenio colectivo (*recte*: a sus *Arbeitsnormen*) de una inderogabilidad *in peius* frente a actos procedentes de la autonomía privada individual evidencia, sin embargo, que la especial protección actualmente reconocida a los actos de autonomización social no se ha logrado, como pretendía Lotmar, mediante un refinamiento hermeneúutico de las reglas que organizan el derecho común de la contratación. Dicha protección, como ya patrocinara Sinzheimer a principios del siglo XX, es el resultado de una expresa intervención legal. Al margen de su concreta formulación y con independencia, igualmente, de su dispersión temporal, la eficacia imperativa del convenio colectivo ha advenido, en la mayoría de los países de *civil law*, de la mano de muy concretas mediaciones legislativas<sup>33</sup>.

La vía sería iniciada, bien que en un sentido todavía fundamentalmente civilista, por los artículos 1637 del Código Holandés de 1907 y 322 y 323 del Código Civil Suizo, conforme a la nueva redacción de su libro V aprobada por ley de 30 de marzo de 1911. En ambos textos codificadores, el remedio sancionador que se impone a los pactos contrarios a las disposiciones contenidas en los convenios, de aplicación a los contratos de trabajo, deja ya de responder a la lógica resarcitoria propia del derecho de la contratación, para adquirir la lógica propia de los actos contrarios a ley<sup>34</sup>. En otras palabras, los actos derogatorios del convenio con declarados nulos. Serán, sin embargo, los ordenamientos alemán y francés los que aportarán las soluciones más innovadoras, apreciada la novedad desde una óptica canónicamente privatista.

<sup>32</sup> El texto de este proyecto puede consultarse en el apéndice de su obra *Ein Arbeitstarifgesetz*, Berlin (Duncker & Humblot) 1916.

<sup>33</sup> No comparto, pues, la tesis de quien, como CORREA CARRASCO (*La negociación colectiva...*, cit., pág. 182), sostiene que «un simple acercamiento a la realidad comparada sería suficiente para constatar cómo el concurso de la ley para asegurar la vinculabilidad del convenio frente a las relaciones individuales de trabajo no es, ni ha sido, necesario». Un examen aséptico de esa realidad, corroborada por el debate doctrinal, evidencia exactamente la tesis contraria; al menos, si esa realidad comparada es la que se pretende fundamentar la tesis es la de los países eurocontinentales y no la británica. *Vid.* LORD WEDDERBURN OF CHARLTON/SCIARRA, S., «Collective Bargaining as Agreement and as Law: neocontractualist and neo-corporative tendencies of our age», en Pizzorusso, A. (ed.), *Law in making*, Berlin (Springer) 1988, págs. 186 y ss.

<sup>34</sup> Estas referencias legislativas las he obtenido de VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., págs. 63 y ss. Para un análisis más amplio de las legislaciones europeas del período de entreguerras, *vid.* GALLART y FOLCH, A., *Las Convenciones colectivas de condiciones de...*, cit., págs. 40 y ss.

Conforme ya se ha indicado en reiteradas ocasiones, fueron los economistas alemanes, miembros de la *Verein für Sozialpolitik*, los pioneros en reclamar, en el último tercio del siglo XIX, una intervención de ley con vistas a evitar la ineffectividad de los convenios colectivos. Este precoz debate socio-político sería más tarde reconvertido en debate jurídico por Sinzheimer, que, probablemente estimulado por el eco de sus tesis en la doctrina de su época<sup>35</sup>, redactó un proyecto de ley<sup>36</sup>. Una vez caída la monarquía, la asamblea republicana promulgaría, el 23 de diciembre de 1918, la *Tarifvertragsverordnung* (TVO). El artículo 1.º de la TVO establecía, en su apartado primero, la ineficacia de las cláusulas del contrato de trabajo o de cualquier otro pacto individual que derogase las normas colectivas, disponiendo el apartado segundo, de su lado, la eficacia de los acuerdos individuales derogatorios cuando lo hubiese previsto expresamente el convenio colectivo o las condiciones de trabajo por aquellos acordadas resultaren más favorables y el pacto colectivo no hubiere vedado de manera expresa el tratamiento meliorativo<sup>37</sup>. También la ley francesa de 25 de marzo de 1919 introduce «*un recul*» sobre la concepción privatista del convenio colectivo, férreamente defendida por la jurisprudencia de la época, para la cual la única sanción derivada de la inobservancia, por parte del empresario, del pacto colectivo activa es de naturaleza resarcitoria<sup>38</sup>. En concreto, la ley proscibiría la introducción en los contratos de trabajo de cláusulas derogatorias del convenio colectivo, entendiéndose que, en caso de infracción a la regla prohibitiva, las cláusulas derogatorias habrían de reputarse como no puestas y automáticamente sustituidas por las convencional y colectivamente acordadas<sup>39</sup>. La ley austríaca de diciembre de 1919, en fin, también declarará la ineficacia de los pactos derogatorios del convenio por la autonomía individual, pero sin diferenciar en función del carácter favorable o peyorativo.

Pese a la lógica común que informa esta regulación legal, que no es otra que la atribución al convenio colectivo de una eficacia jurídica imperativa sobre la autonomía privada, no pueden pasarse por alto las distintas técnicas utilizadas por las mencionadas leyes. Mientras el sistema weimariano adopta un mecanismo sancionador de naturaleza negativa (ineficacia de las cláusulas derogatorias), el ordenamiento francés opta por una fórmula positiva (sustitución automática de las cláusulas individualmente deformes por las pactadas en convenio). La fórmula alemana, aun cuando pudiera resultar más próxima a las soluciones privatistas, pretendía privilegiar el momento sindical. De ahí, que la TVO consintiera a las partes firmantes disponer sobre la propia inderogabilidad del convenio colectivo, incluso en un sentido *in peius*. Con toda razón, Vardaro ha señalado que la TVO anticipa un mode-

<sup>35</sup> El XXIX Congreso de juristas alemanes, celebrado en 1908 en Karlsruhe, adoptó por unanimidad el acuerdo de recomendar «la reglamentación legislativa de los convenios colectivos estipulados entre empresarios y trabajadores de la industria». Vid. RAMM, «I contratti di tariffa...», cit., pág. 305.

<sup>36</sup> Vid. nota 32.

<sup>37</sup> El art. 21, de su lado, contemplaba la posibilidad de una declaración de eficacia general, para los trabajadores no representados, a través de un acto administrativo del Ministerio de Trabajo. Vid. HUECK-NIPPERDEY, *Compendio...*, cit., pág. 298.

<sup>38</sup> Cfr. RIVERO, J. SAVATIER, J., *Droit du travail*, 4.ª edic., Paris (PUF) 1966, págs. 250 y ss (la cursiva, en pág. 252).

<sup>39</sup> La ley, no obstante, dejaba amplios márgenes para la inaplicación de los convenios colectivos. Vid. DESPAX, *Negotiations, conventions...*, cit., págs. 39 y ss.

lo de legislación *half-mandatory* (cogente sobre el plano individual, pero derogable sobre el colectivo)<sup>40</sup>.

La situación legislativa de nuestros días no difiere, en sus aspectos sustanciales, de la que se ha reseñado brevemente. En Francia, el art. L 135-2 del *Code* dispone que «lorsque un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif du travail, ces clauses s'appliquent aux contrat conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables». En el decir prácticamente unánime de la doctrina<sup>41</sup> y jurisprudencia francesas, este precepto consagra, desde luego, el efecto *imperativo* del convenio y del acuerdo colectivo, quedando vedadas las cláusulas derogatorias procedentes de actos de la autonomía individual. Como ha señalado la Sala de Casación, el mencionado precepto prohíbe a las partes del contrato de trabajo, durante su duración, «derogar por un acuerdo particular, salvo que sea más favorable para el trabajador, las disposiciones convencionales que sean aplicables»<sup>42</sup>. Pero también consagra el efecto *automático*, sobre cuya significación cesa la unanimidad. Mientras para un sector, dicho efecto equivale al reconocimiento de una eficacia «directa e inmediata»<sup>43</sup>, otra línea de pensamiento lo identifica con el efecto sustitución<sup>44</sup>. Más adelante, habrá ocasión de retornar sobre el alcance de este doble efecto, bastando por el momento con haberlo anotado. En Alemania, de su lado, la *Tarifvertragsgesetz* (TVG) de 1949, reformada en ulteriores ocasiones, también atribuirá al convenio colectivo una eficacia imperativa (*zwingende Wirkung*) así como una eficacia inmediata (*unmittelbare Wirkung*)<sup>45</sup>. Aun cuando ambas suelen agruparse doctrinalmente en la noción de inderogabilidad (*Unabdingbarkeit*) y bajo ese manto unitario vienen contempladas en el art. 4.º, eficacia imperativa y eficacia inmediata son conceptos no sólo diferentes; también pueden funcionar de manera autónoma. Mientras aquella primera prohíbe las derogaciones de los convenios colectivos que causen un perjuicio al trabajador procedentes de cualquier pacto o acuerdo individual, anterior o sobrevenido a la estipulación de aquellos, esta otra determina la aplicación del convenio de manera directa, sin necesidad de recurrir a ratificaciones o convalidaciones por las partes del contrato de trabajo<sup>46</sup>. El ordenamiento belga también reconoce la eficacia imperativa de los convenios colectivos, habiendo sancionado la ley de 5 de diciembre de 1968 la nulidad de las cláusulas de los contratos contrarias a las disposiciones del convenio y la automática sustitución de las mismas por las que resulten aplicables<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., pág. 65.

<sup>41</sup> Entre otros, vid: BRUN, A/GALLAND, H., *Droit du travail*, Paris (Sirey) 1958, pág. 744; DEXPAX, *Negotiation, conventions...*, cit., págs. 105 y ss; JAVILLIER, J.C., *Droit du Travail*, 6.ª ed., Paris (PGDJ) 1998, pág. 739; COUTOURIER, G., *Traité de droit du travail*, vol. 2, *Les relations collectives de travail*, 2.º, ed., Paris (PUF) 2001, págs. 499 y ss y PÉLISIER/SUPIOT/JEAMMAUD, *Droit du travail*, cit., pp 909 y ss.

<sup>42</sup> Por todas. Soc. 6-6-1994, Bulletin Civil, V, núm. 226.

<sup>43</sup> Cfr. COUTURIER, *Traite...*, cit., pág. 500.

<sup>44</sup> Cfr. PÉLISIER/SUPIOT/JEAMMAUD, *Droit du travail*, cit., pág. 912.

<sup>45</sup> *Vid.*, entre otros muchos, KASKEL, W./Dersch, H., *Derecho del Trabajo*, 5.ª, Buenos Aires (De Palma) 1961, págs. 123 y ss.; HUECK/NIPPERDEY, *Compendio...*, cit., págs. 349 y ss.; SÖLLNER, A., *Arbeitsrecht*, 6.ª ed., Stuttgart (Kohl-hammer) 1978, págs. 60 y ss.; ZOLLNER, W., *Arbeitsrecht*, 2.ª ed., Munich (Beck) 1979, págs. 255 y ss. y DAUBLER, W., *Tarifvertragsrecht*, 3.ª ed., Baden-Baden (Nomos) 1993, págs. 180 y ss.

<sup>46</sup> Por decirlo en palabras de DAUBLER (*Das Arbeitsrecht*, cit., pág. 66): «no se requiere un acuerdo especial «sobre su aplicación» ni tampoco una referencia a este respecto» (*einer besonderen «Geltungsvereinbarung» oder Bezuhame bedarf es nicht*).

<sup>47</sup> *Vid.* HUMBLET, P./RIGAUX, M., *Aperçu du droit du travail belge*, Bruselles (Bruylant) 2004, pág. 391.

Mención particular pide, finalmente, la situación italiana. Dando de lado las respuestas del régimen corporativo-fascista<sup>48</sup>, la doctrina mayoritaria del primer período constitucional se empeñará en buscar en los principios civilistas el fundamento de la inderogabilidad *in peius* de los convenios colectivos, elaborando una amplia serie de teorías ninguna de las cuales, empero, logrará conciliar el juego de aquellos principios con esta protección<sup>49</sup>. Como diría Mario Grandi, «es necesario reconocer que, dentro de los angostos límites del derecho positivo vigente, las afirmaciones acerca de la inderogabilidad *in peius* (del convenio colectivo) *sono tutt'altro che proviste di certezza e di sicuro fondamento*»<sup>50</sup>. En un contexto semejante, no han de extrañar los intentos llevados a cabo por un sector doctrinal minoritario, ya en las décadas de los años 70 y 80, por romper «el círculo cerrado» de las posturas contractualistas<sup>51</sup>. La jurisprudencia, de su lado, utilizará el artículo 2077 del Código Civil, aplicando a los convenios colectivos una previsión expresamente establecida para los convenios corporativos de eficacia general<sup>52</sup>. Esta orientación jurisprudencial constituirá el único y frágil apoyo de la vigencia de la eficacia inderogable del convenio colectivo hasta la reforma, por ley de 11 de agosto de 1973, del artículo 2113 del Código Civil; con ella, el debate sobre la inderogabilidad parece haber encontrado «un indirecto pero seguro elemento de solución»<sup>53</sup>. Con la nueva redacción dada a este precepto, a tenor del cual «las renunciaciones y transacciones que tienen por objeto derechos del trabajador derivados de disposiciones inderogables de ley y de contratos o acuerdos colectivos (...) no son válidas», el problema de la eficacia jurídica también terminará siendo resuelto, en el ordenamiento italiano, a través de una vía heterónoma.

7. Las vías legislativas adoptadas por los distintos ordenamientos eurocontinentales a fin de garantizar al convenio colectivo un tipo de eficacia derogatoria del régimen común aplicable a los actos nacidos del ejercicio de la libertad de contratación ofrecen, de seguro, algunas divergencias; pero también ofrecen abundantes convergencias. Son éstas las que merecen un comentario final.

Como se ha tenido oportunidad de hacer notar en reiteradas ocasiones, el debate sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo plantea, en su versión primera y esencial, un

<sup>48</sup> Vid. VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., págs. 98 y ss.

<sup>49</sup> Vid., nuevamente, VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., págs. 142 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. GRANDI, M., «Contratto collettivo di diritto comune, rappresentanza sindacale e Commissione interna», *RDL 1965*, II, pág. 63.

<sup>51</sup> La expresión entrecomillada es de PERSIANI, M., *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Padua (Cedam) 1972, pág. 155. Las más acabadas reconstrucciones del debate sobre la eficacia jurídica son, hasta la fecha y sin duda, las efectuadas por VARDARO (*Contratti collettivi...*, cit) y RUSCIANO, M., (*Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Turín (Utet) 1986).

<sup>52</sup> El apartado 2.º del art. 2077 del C.Civ italiano reza del tenor literal siguiente: «Le clausole difformi nei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni piú favorevoli ai prestatoti di lavoro». Esta norma fue introducida, en realidad, por el art. 54 del RD de 1 de julio de 1926. Vid. VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., pág. 100 y ss. La literatura sobre la aplicación del referido precepto a los denominados convenios de derecho común y sobre la viabilidad del mismo para fundamentar la inderogabilidad es abundantísima. Por todos, me remito al trabajo tan citado de VARDARO, *Contratti collettivi...*, cit., caps. VI y VII.

<sup>53</sup> Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., pág. 137. Para una visión crítica de esta reforma, RUSCIANO, *Contratto collettivo...*, cit., págs. 88 y ss.

problema de solución de las antinomias entre actos de autonomía colectiva y actos de autonomía individual. Constatada la falta de idoneidad de los mecanismos sancionadores típicos del derecho civil codificado para evitar la celebración por las partes del contrato de trabajo de actos elusivos o impeditivos de la vigencia aplicativa de aquellas normas del convenio reguladoras de las relaciones individuales, las legislaciones europeas sobre convenios colectivos de la primera generación centrarán sus esfuerzos en reconocer a dichas normas el atributo de su inderogabilidad, normalmente *in peius*, frente a los pactos y acuerdos individuales. No obstante ser éste el núcleo fuerte del debate doctrinal sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo y, por lo mismo, erigirse la garantía de la inderogabilidad del convenio colectivo en objetivo central de las mediaciones legislativas; no obstante todo ello, digo, tampoco puede darse de lado ni esquivarse la estrecha vinculación existente entre esta problemática y la relativa al modo de aplicación del convenio sobre los contratos de trabajo<sup>54</sup>. Esta conexión probablemente explica las tendencias legislativas (o doctrinales y jurisprudenciales) a un tratamiento de conjunto de ambas cuestiones. Por este lado, las legislaciones de la segunda generación —y la TVG alemana ofrece un excelente ejemplo de esta tendencia— regulan los efectos del convenio desde una doble dimensión: la tradicional, que concibe la inderogabilidad del convenio como la técnica adecuada para solucionar los conflictos entre actos procedentes de la autonomía colectiva y de la autonomía individual (eficacia imperativa), y la que se asocia a aquella, con la que pretende asegurar al contenido normativo del convenio colectivo una aplicación directa, no necesitada del auxilio de técnicas de impronta civilista (eficacia inmediata).

El ensanchamiento de la mediación legislativa produce sobre el convenio colectivo, en lo que aquí me interesa destacar, un efecto de doble faz. De un lado y por lo pronto, esta mediación no altera la naturaleza contractual del convenio; su función no será otra que la de atribuir una especial relevancia jurídica a la autonomía colectiva, reconociendo la prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo. Pero de otro, la intervención legislativa dota al convenio colectivo de una eficacia real o normativa<sup>55</sup> y no meramente obligacional, lo que confiere a la parte normativa del convenio colectivo de una estructura material equivalente a la de las normas cogentes. Por lo demás, y es esta una observación de máximo interés, la tutela reforzada que ofrece este tipo de eficacia no se atribuye en beneficio de ontológicos intereses generales; y, probablemente tampoco, en be-

<sup>54</sup> En tal sentido, una y otra cuestión aparecerán, bien que sin confundirse, en la temprana construcción de Lotmar para quien, como ya fue razonado, la inderogabilidad de las disposiciones del convenio deriva de la promesa de las partes contratantes de transfundir a los contratos dichas disposiciones.

<sup>55</sup> La utilización de la noción de eficacia *real*, como noción diferenciadora de la eficacia obligacional de factura privatista, se remonta a los orígenes del pensamiento jurídico-laboral. En tal sentido, la noción fue ya empleada por MESSINA («I concordati...», cit., pág. 296), habiendo pasado a formar parte del lenguaje dogmático habitual. *Vid.*, entre otros muchos, GRANDI, «Contratto collettivo di diritto comune...», cit., pág. 63; SCOGNAMIGLIO, R., «Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro», en vol. V., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Nápoles (Jovene) 1972, pág. 997 (que identifica la eficacia real con la eficacia normativa) y MENGONI, L., «Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano», en *La contattazione collettiva: crisi e prospettiva*, Milán (Franco Angeli) 1976, pág. 30. A una noción más que centenaria se la puede calificar como compleja; pero no se la debe tildar, como con desventura ligereza se ha hecho de reciente (cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., pág. 174), como una noción «ambigua». El término y su aplicación pueden ser discutibles; pero su contenido es de una meridiana claridad.

neficio de intereses colectivos. La tutela jurídica se confiere en interés de los trabajadores o, por mejor expresar la idea, el interés colectivo, «si visto como una constante, es esencialmente el interés de los trabajadores»<sup>56</sup>, expresado a través de las organizaciones sindicales y otras formas de representación de trabajadores, aptas para canalizar una voluntad unitaria y homogénea.

### 3. UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN UNITARIA DE LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES

8. En las consideraciones desarrolladas con anterioridad, se ha procurado delimitar, atendiendo a criterios histórico-dogmáticos y legislativos, el complejo concepto de eficacia jurídica del convenio colectivo. Como se habrá podido comprobar, en la reconstrucción del proceso de juridificación o racionalización formal del fenómeno de la negociación colectiva llevado a cabo no se ha deslizado referencia alguna a la doctrina o legislación española. No ha sido ésta, desde luego, una ausencia querida sino obligada: la negociación colectiva y el convenio colectivo han ocupado un espacio irrelevante no sólo en las secuencias iniciales de emergencia de la legislación industrial sino, además, en las fases tanto de tránsito de esa legislación hacia el derecho de trabajo como de ulterior consolidación de éste<sup>57</sup>. Bien es cierto que los anales de la historia registran precoces manifestaciones de negociación colectiva<sup>58</sup> y es igualmente cierto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tuvo la ocasión, durante el primer tercio del siglo XX, de emitir diversos pronunciamientos en los que, de manera central o lateral, se abordaron problemas relativos a la regularidad y naturaleza jurídica de pactos colectivos<sup>59</sup>. Estos datos no pasan de tener un carácter anecdótico en la conformación del sistema español de relaciones laborales en el arco de tiempo que media entre la restauración Monárquica y la liquidación de la II República. Como habría de razonar el maestro Bayón, el convenio colectivo, durante este dilatado período de tiempo, se encontró «encajonado, como aprisionado», entre los dos principales cauces de regulación histórica de las relaciones laborales: las bases de trabajo y los acuerdos intervenidos por la autoridad pública<sup>60</sup>. Por lo demás, el advenimiento del régimen franquista introducirá un prolongado paréntesis en el sistema de libertades cívicas y colectivas, expulsando a los convenios colectivos del ordenamiento jurídico, en un primer momento (1939-1958), para instalarlos, más tarde (1958-1975), bajo el férreo control de

<sup>56</sup> Cfr. GIUGNI, «La funzione giuridica...», cit., pág. 159

<sup>57</sup> Por todos, *vid.* el ya clásico y esclarecedor estudio de MARTÍN VALVERDE, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», en Martín Valverde et al., *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid (Congreso de los Diputados) 1987, págs. XV-XCIV.

<sup>58</sup> MONTALVO CORREA, J. (*Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos) 1975, pág. 131) noticia de un pacto colectivo celebrado en 1868 entre la Sociedad de Tejedores de Igualada y Ramón Tapies.

<sup>59</sup> Para una crítica crónica de esta jurisprudencia, *vid.* GALLART y FOLCH, *Las convenciones colectivas...*, cit., págs. 202 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. BAYÓN CHACÓN, G., «La evolución histórica de la contratación colectiva en España», en AA.VV., *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Madrid (Pub. Facultad de Derecho de la Universidad de la UCM) 1976, pág. 77.

ese pseudosindicalismo, que fue el sindicalismo vertical. En un contexto semejante, no es de extrañar el desapego de la doctrina por el derecho colectivo de la época; el desinterés por analizar un tipo de convenio, cuya naturaleza era la propia del acto reglamentario <sup>61</sup>.

La conclusión que cabe extraer de las anteriores y sumarias observaciones se adivina de inmediato: el debate sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos ha hecho su aparición, entre nosotros, a raíz de la promulgación de la CE en 1978. El recorrido históricamente breve de este debate, formulado el juicio desde una perspectiva comparada, no ha restado dosis de intensidad al mismo. Muy antes al contrario, el problema de la eficacia jurídica del convenio colectivo no sólo ha logrado mantenerse en un primer plano de la atención doctrinal y jurisprudencial; incluso se ha avivado en el curso de los últimos años.

En todo caso y sin volver sobre ideas ya expuestas con anterioridad, cualquier reflexión sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos en el sistema español de relaciones laborales, por sumaria que sea, ha de ubicarse, de manera obligada, en el doble plano: en el constitucional y en el de la legalidad ordinaria. Tal es, me parece, el inesquivable método para la elaboración de una teoría normativa sobre la tan citada eficacia, tarea ésta, por otra parte, que en modo alguno puede dar de lado el formidable caudal dogmático y de derecho comparado que se ha ido acumulando a lo largo de la experiencia secular de la negociación colectiva. Desde un punto de vista temporal, la CE y sus leyes de desarrollo instauran en el ordenamiento jurídico español, por vez primera, un sistema de negociación colectiva de todo punto equiparable, en sus principios de organización, al que puede funcionar en los países de nuestra vecindad jurídica. Pero el juicio cambia cuando la perspectiva de análisis es la espacial. Instalado en ésta óptica, ni la CE ni sus leyes de desarrollo pueden entenderse, al menos cuando consagran las libertades públicas y los derechos de ciudadanía, como bolsas normativas ajenas a las experiencias históricas y comparadas. Como ha dejado dicho el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, al referirse a ese reducto infranqueable para el legislador que enuncia el art. 53.1 CE, en el contenido esencial de un derecho se integran las «posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose» <sup>62</sup>. Es ésta reconocibilidad del tipo convenio colectivo la que proyecta, entre nosotros, un profundo sentido histórico; un sentido en el que convergen esas otras experiencias, que también han contribuido de manera decisiva a asentar el *humus* en el que se ha ido gestando y madurando la conciencia social sobre la eficacia jurídica del convenio colectivo.

### 3.1. La garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos

9. El art. 37.1 CE dispone que «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza

<sup>61</sup> Sobre la naturaleza reglamentaria y pública de los convenios colectivos en los Estados corporativos, *vid.*, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *La eficacia general de los convenios colectivos*, Sevilla (IGO) 1960, págs. 113 y ss. En relación con el caso español y por todos, DE LA VILLA GIL, L.E., «Los convenios colectivos sindicales como normas socioprofesionales desvirtuadas», *Nuestro Tiempo* 1972, núm. 217, págs. 35 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. sentencia TC 11/1981, de 8-4, F.J. 8.

vinculante de los convenios». Apenas promulgado el texto constitucional, la referencia contenida en aquél pasaje a la «fuerza vinculante» de los convenios colectivos habría de plantear, en lo que aquí me importa destacar, un doble orden de problemas, estrechamente vinculados entre sí en el plano de la argumentación lógica. Afectaba el primero a la estructura jurídica del precepto, a su configuración bien como norma atributiva de garantías jurídicas directamente ejercitables y protegidas desde el propio texto constitucional bien como mandato dirigido exclusivamente al legislador a fin de por éste se procediera a seleccionar, de entre las opciones posibles, el tipo concreto de fuerza vinculante de la que habrían de disfrutar los convenios colectivos. De optarse por la primera interpretación, la tarea que de inmediato tomaba el relevo, y a la que había de darse respuesta manteniendo aún el razonamiento en un exquisito terreno jurídico-constitucional, no era de menor envergadura; se trataba de descodificar el contenido sustantivo del sintagma «fuerza vinculante». De haber optado, en cambio, por la segunda de las tesis, el debate sobre la inteligencia jurídica de este sintagma experimentaba una notable descompresión interpretativa. El reenvío al ámbito de las decisiones del legislador de la elección de las medidas más oportunas para asegurar la fuerza vinculante de los convenios colectivos habría tenido el efecto de promover, en el entonces más familiar espacio de la legalidad ordinaria, una perfecta simbiosis entre garantía constitucional y garantía legal.

Aún cuando entre los primeros intérpretes del art. 37.1 CE no faltaron voces favorables a una comprensión debilitada de la fuerza vinculante, la doctrina de la época, de manera mayoritaria, se alineó con las tesis fuertes, entendiendo que el reseñado pasaje constitucional no se limita a enunciar un mandato al legislador, sino que ya procede a adornar al convenio colectivo con unos concretos y específicos atributos jurídicos. Comentando éste precepto, Alonso Olea haría notar que «la Constitución garantiza», de un lado, el derecho a la negociación y, de otro, «*la fuerza vinculante de los convenios colectivos*», de modo que «es, pues, doble, la garantía constitucional, y doble hay que entender que es efectivamente la garantía concedida por la ley»<sup>63</sup>.

Poco tiempo después de promulgada la ley de desarrollo del texto constitucional, el ET, el debate doctrinal sobre la fuerza vinculante del convenio colectivo va a incorporar, sin embargo, un incomodo e imprevisto compañero de viaje, del que ya no logrará desprenderse. La aparición y ulterior consolidación de un tipo de convenio colectivo, negociado sin atenerse a las reglas de forma y de fondo establecidas en el Título III de aquél texto legal y, por lo mismo, prontamente identificado como convenio colectivo «extraestatutario», modifica de manera sustancial las bases de ese debate. La brusca irrupción en el sistema español de relaciones laborales de esta inesperada expresión de la autonomía colectiva enriquece y complica la discusión. Esta ya no sólo se centra en discernir si el art. 37.1 CE tiene o carece de efectos directos. Despejado que hubiere sido en un sentido afirmativo éste primer interrogante y aclarado el contenido material de la garantía constitucional de la fuerza vinculante, surge todavía un tercer y nuevo problema, consistente en determinar la extensión objetiva que ha de atribuirse a ésta garantía, a la constitucional, cuando la misma ha sido filtrada e identificada ya por el legislador.

<sup>63</sup> Cfr. ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid (Civitas) 1982, pág. 120 (la cursiva es del autor).

Planteado en éstos términos el debate constitucional en torno a la fuerza vinculante *ex art. 37.1 CE*, tres son las hipótesis que pretendo argumentar: 1) La garantía constitucional de la fuerza vinculante atribuye unas garantías subjetivas directas; 2) La fuerza vinculante garantizada por el art. 37.1 CE equivale a la atribución al convenio colectivo de una eficacia jurídica imperativa y automática y 3) Este tipo de eficacia debe entenderse constitucionalmente reconocida a toda manifestación nacida de la libertad negocial que el propio art. 37.1 CE también garantiza.

### 3.1.1. *La eficacia inmediata de la garantía constitucional de la fuerza vinculante*

10. Una de las más acusadas características del Estado de Derecho, del orden jurídico que erigió el principio de legalidad en fundamento y límite de la actuación de los poderes públicos, es la escisión entre la ley, norma suprema, y la Constitución, norma fundamental. Desde una perspectiva histórica, la atribución a la Constitución de la doble y simultánea condición de norma fundamental y norma suprema sentará las bases para el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho<sup>64</sup>. Un tránsito, de otro lado, que implicará una comprensión unitaria del ordenamiento jurídico en su conjunto desde la propia Constitución. Son los derechos, principios y valores constitucionales, comunes a todos los sectores del sistema jurídico, los que dotan de unidad al ordenamiento en el doble momento de la producción normativa y de la aplicación e interpretación de las reglas jurídicas.

La efectiva afirmación de este proceso de constitucionalización del sistema jurídico requiere, sin embargo, algo más y algo distinto de la vigencia formal de un texto constitucional y de la existencia de una garantía jurisdiccional de las normas iusfundamentales, señaladamente de la garantía de integridad de los derechos fundamentales (*judicial review of legislation*). Son éstas, desde luego, unas condiciones necesarias; pero unas condiciones que, a menudo, no bastan. Para la consecución de aquél objetivo puede precisarse, adicionalmente, la concurrencia de otras condiciones vinculadas no a la estructura de las normas iusfundamentales sino a elementos a ella ajenos, como puede ser, por ejemplo, la conciencia que se ha ido formando en la comunidad jurídica. La aceptación o el rechazo por ésta «de la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido constitucional— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos» es, en suma, un factor determinante del avance, retroceso o estancamiento del proceso de constitucionalización<sup>65</sup>.

No es mi propósito entrar a indagar la incidencia de estas condiciones complementarias en el proceso de constitucionalización, en España, del ordenamiento jurídico laboral; con bastante menor ambición, me limitaré a efectuar algunas reflexiones desde la óptica que aquí me interesa. En tal sentido, no me parece arriesgado afirmar que el transcurso del

<sup>64</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, P., «Un apunte sobre “refundamentación del ordenamiento jurídico”. Persona y Derecho», *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 2001, núm. 45, págs. 17 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. GUASTINI, R., «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en *Estudios de teoría constitucional*, México (IIJ) 2001, págs. 154 y ss.

tiempo está erosionando la inicial y mayoritaria configuración del art. 37.1 CE —por decirlo nuevamente con las palabras de Guastini—, «como una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos». En lo esencial, dos son los frentes desde los que, al menos si se atiende a su enunciado formal, se ha venido discutiendo en la última década la eficacia inmediata y directa de las garantías establecidas en el art. 37.1 CE. El primero proviene de la atribución al reseñado precepto de la condición de simple mandato al legislador<sup>66</sup>; el segundo trae causa en la calificación del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo como una garantía institucional<sup>67</sup>.

11. La primera de las objeciones se apoya en una interpretación meramente lexicológica o gramatical del texto constitucional. El art. 37.1 CE, se argumenta, sólo contiene un mandato dirigido al legislador, único destinatario del deber de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios. Las consecuencias que se hacen derivar de esta inteligencia literal del pasaje constitucional son numerosas y de envergadura, de entre las que me limitaré a evocar una sola, cual es la distinta «efectividad» atribuida al derecho de negociación colectiva, de un lado, y a los de sindicación y huelga, de otro. Mientras que a éstos la CE, en su condición de derechos fundamentales, les configura como derechos «plena y directamente exigibles por los ciudadanos» (*sic*), a aquél otro el texto constitucional le «ubica en un segundo plano», requiriendo «la mediación legislativa ordinaria para su plena puesta en práctica»<sup>68</sup>.

No entraré a discutir las poco razonables derivas de estas construcciones<sup>69</sup>, siendo procedente retomar al argumento central de la primera de las tesis negadoras de la eficacia inmediata del art. 37.1 CE. En tal sentido, no estará de más recordar que uno de los lugares de encuentro del pensamiento constitucional moderno es el reconocimiento de la diversidad de las normas constitucionales. Estas no tienen una estructura única sino plural. En concreto y atendiendo a criterios materiales, un sector de la doctrina identifica como tipo de norma iusfundamental aquella que contiene mandatos al legislador; esto es, que contempla la emanación de aquellas leyes indispensables bien para completar la estructura prevista por la Constitución bien para asegurar el ejercicio de ciertos derechos<sup>70</sup>.

La configuración, en nuestro texto constitucional, de un tipo de norma como la mencionada, dotada de una presunta autonomía, no se encuentra al abrigo de muy serias objeciones jurídicas. En primer lugar y si referida a los «Derechos y Libertades» (Cap. II), di-

<sup>66</sup> Tal es la tesis mantenida, entre otros, por SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (IES) 1981, pág. 24; MONTROYA MELGAR, A. «Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores», en AA.VV., *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Madrid (Acarl) 1984, pág. 58; DURÁN LÓPEZ, F. «El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva», *RL* 1990, núms. 15-16, pág. 23 y GALIANA MORENO, «La eficacia de los convenios...», cit., pág. 49.

<sup>67</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los límites constitucionales de la contratación colectiva», *RL* 1992, núm. 8, pág. 1.

<sup>68</sup> Los entrecomillados, en GALIANA MORENO, «La eficacia de los convenios...», cit., págs. 49-50.

<sup>69</sup> La calificación de la doctrina del TC, según la cual el derecho a la negociación colectiva integra el contenido esencial de la libertad sindical, se califica por GALIANA MORENO («Eficacia...», cit., pág. 50) como «subterfugio interpretativo», con el que se fuerza «la interpretación de la voluntad del constituyente».

<sup>70</sup> Vid. RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid (CEC) 1995, pág. 59.

cha configuración quiebra sin razonable fundamento la sistemática por la que, con mayor o menor acierto, ha optado la propia Constitución. La figura de la norma *mandato al legislador* tiene el efecto de expulsar de su ámbito constitucional propio al concreto derecho fundamental o derecho de los ciudadanos, reubicándolo en el debilitado territorio de los «principios rectores de la política social y económica». En segundo lugar, la vigencia de esta singular variante de norma constitucional difumina, hasta disolver, el activo papel que al legislador le corresponde, no ya en la concreción de aquellos principios rectores, sino en la delimitación y limitación de los derechos fundamentales y de los derechos de los ciudadanos. El legislador ejerce una decisiva función en el desarrollo de todos y cada uno de estos derechos, otorgando «orden en las particulares esferas de vida», procurando a los mismos «una existencia duradera» y creando los «conjuntos normativos», necesarios en «intensidad» diversa según el derecho en cuestión, para promover la fundamentalidad de los derechos «en cada uno de los ámbitos sociales»<sup>71</sup>. En tercer lugar, la tentativa de conferir al *mandato al legislador* la categoría de una norma iusfundamental, distinta del derecho fundamental o del derecho de los ciudadanos y enunciativa de un derecho de naturaleza ignota cuyo ejercicio real y efectivo queda deferido al o frustrado por el cumplimiento del legislador de su deber de normar, queda desmentida por el propio texto constitucional. Los mandatos al legislador que se establecen a lo largo del Cap. II de la CE no operan como condición de ejercicio del derecho en cuestión, sino como técnica de desarrollo, complemento, integración o limitación del derecho mismo. Por ilustrar la idea con algunos ejemplos, las remisiones a la ley formuladas en los arts. 18.4 y 28.2 CE no impiden que, ya desde el propio texto constitucional y sin mediación legislativa alguna, el derecho al honor y a la intimidad se alce como límite del uso de la informática y el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad active la restricción del derecho de huelga. En definitiva, de los mandatos al legislador contenidos en el capítulo de derechos y libertades no brota ni un tipo autónomo de norma constitucional ni, menos aún, un derecho fundamental o cívico debilitado en sus efectos directos.

Por otra parte y en un orden de consideraciones más próximo, la degradación del art. 37. 1 CE a la categoría de mandato mero al legislador y, por lo tanto, la privación al mismo de un valor normativo directo violenta el texto constitucional, que suministra empero argumentos de refuerzo para defender la postura contraria. Ubicado en el cap. II del Título I, el tan citado pasaje constitucional goza de la garantía instituida en el art. 53.1 CE, precepto éste que, como se ha hecho notar con autoridad, no es una simple repetición del principio formulado en el art. 9.1 del texto constitucional, sino que añade «un plus de regulación constitucional de los derechos fundamentales, plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad de intermedio de una ley»<sup>72</sup>.

La ablación al art. 37.1 CE de todo vestigio de eficacia directa, sin otro bagaje argumentativo que la literalidad del precepto, tiene un muy importante efecto inducido, cual es el sustraer al derecho cívico ahí consagrado de aquella garantía constitucional; de la ga-

<sup>71</sup> Cfr. HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada (Comares) 2003, pág. 188.

<sup>72</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Madrid (Civitas) 1983, pág. 113.

rantía de que la ley que asegure el derecho a la negociación colectiva y la vinculabilidad de los convenios colectivos ha de respetar su contenido esencial, que se tutelará a través del recurso (o de la cuestión) de inconstitucionalidad. La consideración del tan citado art. 37.1 CE como norma que consume su fuerza vinculante en el establecimiento de un concreto *facere* dirigido al legislador hurta tanto a la actividad contractual colectiva como a la fuerza vinculante de los convenios de toda referencia constitucional o, lo que es lo mismo, funde en el crisol de la legalidad ordinaria el contenido esencial de estos derechos, blindando a la actividad legislativa frente a eventuales reproches de inconstitucionalidad. Expresada la idea en términos dialécticos, o se afirma que es a la ley a la que corresponde dotar de contenido sustantivo a la fuerza vinculante de los convenios o se entiende que el art. 37.1 CE ya formula, con eficacia inmediata y directa, un contenido esencial que el legislador no puede desconocer. Lo que no cabe es acoger la primera de las tesis para, a renglón seguido, afirmar, sin embargo, que el art. 37.1 CE podría desplegar «eficacia directa si el legislador incumpliera el mandato» constitucional<sup>73</sup>. Dando de lado, lo que probablemente es ya mucho conceder, los agudos problemas de discernir el momento en que ha de entenderse inobservado un mandato que no se encuentra sometido a término, ni tampoco a plazos de caducidad o preclusión; dando de lado ese problema no menor, digo, con semejante reconocimiento termina colándose por la ventana lo que se pretende expulsar por la puerta, no alcanzándose a comprender cuál es el fundamento o la base jurídico-constitucional que permite endosar una eficacia directa sobrevenida a un precepto del que, precisamente, se niega su eficacia directa originaria. Y no se alcanza a comprender esa manifestación de travestismo jurídico por cuanto la atribución o la negación a una norma iusfundamental de eficacia directa depende de su estructura material y en modo alguno de la ejecución o inejecución de desarrollos legislativos. Desde luego, en la jurisprudencia constitucional contemporánea, especialmente en la alemana, las omisiones por el legislador de sus obligaciones de normar pueden dar lugar, en determinadas situaciones, a una vulneración del principio de igualdad<sup>74</sup>; pero de esas omisiones no puede brotar de manera sobrevenida, cuando se ha procedido a tipificar la norma iusconstitucional en cuestión como un simple mandato al legislador, una eficacia directa. En suma, de las dos proposiciones, tan sólo una puede defenderse con un mínimo de coherencia argumental y rigor interpretativo: o se niega la eficacia directa del art. 37.1 CE con todas sus consecuencias, incluida la pérdida de las garantías consagradas en el art. 53.1 CE, o se acepta dicha eficacia, también con todas sus consecuencias.

Un problema de factura jurídica radicalmente distinta se plantea una vez cumplimentado por el legislador el mandato constitucional. El art. 37.1 CE no enuncia los derechos que consagra<sup>75</sup> de forma cerrada y completa. Como ya he tenido ocasión de razonar en otro lugar, dicho precepto no establece un modelo cerrado ni en lo que concierne a los elementos esenciales de la actividad contractual colectiva ni en lo que mira a la fuerza vinculante del convenio; instituye, antes al contrario, un modelo abierto, plural y flexible

<sup>73</sup> Cfr. GALIANA MORENO, «La eficacia de los convenios...», cit., pág. 50.

<sup>74</sup> Vid. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, cit., págs. 59-60 y las referencias bibliográficas y jurisprudenciales ahí recogidas.

<sup>75</sup> Entiendo por derecho el haz de garantías, de facultades y de poderes que pueden integrar un derecho fundamental o un derecho cívico.

en el que caben diversas opciones de política de derecho<sup>76</sup>. Pero estos términos abiertos y esta formulación incompleta no privan a ese derecho, derecho preexistente, de una eficacia inmediata y directa<sup>77</sup>; su alcance es bien otro, consistiendo en convertir al legislador en el colaborador necesario para que el derecho pueda desplegar de manera apropiada esa eficacia. Ahora bien, en tal caso el legislador ya no dispone de un poder normativo ilimitado; el suyo es un poder vinculado al art. 37.1 CE y a los restantes preceptos conexos. Y lo es por cuanto es este precepto el que «prefigura» la fuerza vinculante del convenio, correspondiendo a la ley su configuración<sup>78</sup>. Discernir cuáles son los márgenes de esta colaboración entre la ley y el mencionado pasaje constitucional equivale a interrogarse sobre el alcance de la vinculación negativa del legislador a este derecho constitucional; en suma, equivale a desentrañar el contenido sustancial de la fuerza vinculante. Pero es este un interrogante sobre el que habrá de volverse más adelante. Lo que ahora me importa es destacar que, una vez actualizado por el legislador el correspondiente mandato legislativo, la intensidad de la vinculabilidad jurídica del convenio colectivo habrá de sujetarse ya a las previsiones legales, sin perjuicio del control que en todo momento puede ejercer la justicia constitucional sobre la conformidad de la ley al contenido esencial de la garantía instituida *ex art.* 37.1 CE.

12. El segundo frente desde el que podrían entenderse discutida críticamente la tesis de «la doble garantía» enunciada en el art. 37.1 CE deriva de la atribución a este precepto de la estructura material propia de las garantías institucionales. En su diseño más originario, en el construido por Carl Schmitt sobre la experiencia constitucional weimeriana y «su peripecia histórica»<sup>79</sup>, la noción de garantía institucional se opone a la de derecho fundamental. Una y otro se entienden como categorías contrapuestas. En Schmitt, lo institucional no es «un concepto correlativo» a derecho fundamental, sino que representa un «tipo de idea contrastante respecto de aquello que razona en términos de derecho individual y libertad»<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Cfr., VALDÉS DAL-RÉ, «El paradigma legal en la negociación colectiva...», cit., luego recogido en *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid (MTAS) 1996, págs. 239 y ss, por donde cito. La configuración del modelo constitucional de negociación colectiva como un modelo abierto es compatible, sin embargo, con la idea de que el art. 37.1 CE ya enuncia, *in nuce*, los elementos básicos o el esquema de un sistema negocial, *Vid.*, mi trabajo «La negociación colectiva en la Constitución», cit., también recogido en *Relaciones laborales...*, cit., pág.104.

<sup>77</sup> En otro lugar (cfr. *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 24-25) dejé escrito lo siguiente: «El derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos conforman un estatuto completo de la autonomía negocial de los grupos sociales organizados, efectivo por sí mismo y no necesitado de ningún complemento de ley para desplegar eficacia inmediata». Basta una lectura superficial de este texto, para percatarse que el problema que ahí planteaba era, única y exclusivamente, un problema de eficacia directa del art. 37.1 CE. De ahí, que me resulte una afirmación gratuita, privada de toda razonable interpretación de mis palabras, deducir de ellas que defiendo la idea de que dicho estatuto «*resulta por tanto aplicable aunque se produzca el desarrollo legal previsto en la norma con independencia del mismo*» (cfr. DURÁN, «El Estatuto de los Trabajadores...», cit., pág. 24). Lo que he sostenido todos estos años atrás, y sigo defendiendo hasta la actualidad, es que el art. 37.1 CE constituye el obligado parámetro de enjuiciamiento del desarrollo legal de la fuerza vinculante del convenio colectivo.

<sup>78</sup> Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre Constitución*, Madrid (CEC) 1999, pág. 242.

<sup>79</sup> Cfr. PAREJO, L., *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid (IEAL) 1981, pág. 17.

<sup>80</sup> Cfr. HÄBERLE, *La libertad fundamental...*, cit., pág. 155.

La radical separación entre estos dos tipos de normas, lleva asociada la distinta función que cada una cumple. Mientras el derecho fundamental atribuye derechos subjetivos y, por tanto, dispensa una protección jurisdiccional directa a sus titulares, la garantía institucional tiende a asegurar objetivamente la institución, favoreciendo solo de manera indirecta las situaciones subjetivas.

No son estos momentos ni lugar apropiado para entrar a examinar con detalle una figura de contornos tan imprecisos y polémicos como es la garantía constitucional de la eficacia vinculante, bastando, en lo que aquí interesa, efectuar algunas consideraciones de índole general. En este orden de cosas, no resultará impertinente comenzar por señalar que, para la jurisprudencia constitucional española, garantía institucional y derechos fundamentales no son conceptos incompatibles entre sí. Como dijera la sentencia 26/1987, de 27 de febrero, «buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen garantías institucionales, aunque, ciertamente, existen garantías institucionales que (...) no son derechos fundamentales»<sup>81</sup>. Y tampoco estará de más recordar la reformulación que la doctrina más moderna ha efectuado de las relaciones entre derechos fundamentales y garantías institucionales, definidas como complementarias en razón de la dimensión institucional de los propios derechos fundamentales<sup>82</sup>. Nuestro texto constitucional no consiente cortes netos entre ambas categorías de normas iusfundamentales, habiéndose destacado, con toda razón, que el concepto de contenido esencial manejado por nuestra jurisprudencia constitucional «es perfectamente intercambiable» con el que emplea el Tribunal Constitucional alemán para definir la garantía institucional<sup>83</sup>.

La configuración del art. 37.1 CE como una garantía institucional es obra de Rodríguez-Piñero. Dicho precepto, dirá quien fuera Presidente del TC, supone «a la vez un mandato al legislador y un límite a la actividad legislativa, en cuanto que la negociación colectiva constitucionalmente viene configurada como garantía institucional y al tiempo como derecho de libertad y limitación de intervenciones o restricciones respecto a la misma»<sup>84</sup>. La atribución al art. 37.1 de esta doble condición —garantía institucional y derecho de libertad— evidencia, pues, que el citado pasaje constitucional no es concebido, única y exclusivamente, como una norma destinada a asegurar una determinada institución (o, por mejor decirlo, un determinado instituto), de la que no derivan garantías subjetivas a favor de los individuos. La estructura material del art. 37.1 es más compleja. En cuanto derecho de libertad, los procesos de negociación colectiva y sus resultados no necesitan, para su efectivo ejercicio, una mediación legislativa; antes bien, suponen una limitación a las posibilidades de la regulación legal de la negociación colectiva y del convenio colectivo, así como del establecimiento de otras restricciones a uno y otro por parte de los poderes públicos». Pero como garantía institucional, el art. 37.1 CE exige del legislador una intervención que asegure «la efectividad del derecho y la fuerza vinculante del convenio», intervención que

<sup>81</sup> Cfr. F.J. 4.º, c.

<sup>82</sup> Vid. HÄBERLE, *La libertad fundamental...*, cit., págs. 160 y ss. En la doctrina española, y por todos, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «Garantías institucionales», en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*, vol. III, Madrid (Civitas) 2001, págs. 110 y ss.

<sup>83</sup> Vid. BAÑO, J.M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC* 1988, núm. 24, págs. 155 y ss.

<sup>84</sup> Cfr., «Los límites constitucionales...», cit., pág. 1.

«la Constitución ha estimado necesaria para el establecimiento y apoyo de esa libertad y, por ello, al servicio de la misma»<sup>85</sup>. Lejos pues de actuar como un factor de debilitamiento de los derechos que de manera expresa consagra el art. 37.1 CE, la configuración de esta norma como garantía institucional no otra función cumple que la de fortalecerlos; o, por enunciar la idea respecto de la garantía de la fuerza vinculante, la función de asegurar que el convenio colectivo «tenga un grado aceptable de (...) efectividad en el momento de su cumplimiento»<sup>86</sup>. En suma, la construcción de Rodríguez-Piñero, que puede compartirse, no pone en cuestión los efectos directos del art. 37.1 CE; lo que discute —pero es este un tema en el que ahora no interesa detenerse— «es el alcance que a ese efecto directo quiere darse más allá de la configuración de una libertad de negociación colectiva»<sup>87</sup>.

### 3.1.2. *La eficacia imperativa e inmediata de los convenios colectivos, núcleo esencial de la garantía constitucional de la fuerza vinculante*

13. En la sentencia 58/1985, de 30 de abril, el Intérprete Supremo de la Constitución dejó dicho que la vinculabilidad de los convenios colectivos es una garantía «no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional»<sup>88</sup>. Argumentada que ha sido en anterior apartado la eficacia directamente constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, en el presente intentaré descodificar el núcleo esencial e indisponible de esta garantía constitucional; de un núcleo cuya erosión o desconocimiento viciaría de inconstitucionalidad la ley dictada por el legislador al amparo del mandato formulado en el art. 37.1 CE.

Los primeros comentaristas del art. 37.1 CE estimaron que la atribución a los convenios de la garantía de la fuerza vinculante no otra cosa significó que la afirmación de la eficacia normativa de los mismos, constituyendo un reconocimiento explícito de la autonomía colectiva como «fuente de Derecho»<sup>89</sup>. Los convenios colectivos no responderían, pues, a la categoría del contrato, actuando como fuente de obligaciones, sino que serían «verdadera y propiamente una norma, que respecto de cada contrato o relación individual de trabajo juegan desde fuera, como derecho objetivo, impuesto a la voluntad de las partes de aquél contrato o esa relación»<sup>90</sup>. En punto a la fuerza de obligar del convenio colectivo, la Constitución no habría operado así ninguna reconversión jurídica; antes al contrario,

<sup>85</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional», cit., pág. 3.

<sup>86</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., pág. 4.

<sup>87</sup> Cfr., nuevamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación...», cit., pág. 2.

<sup>88</sup> Cfr., F.J. 3.º.

<sup>89</sup> Entre otros, SAGARDY BENGOCHEA, J.A., «Las relaciones laborales en la Constitución», *Libre Empresa* 1978, núm. 8, pág. 104; OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Madrid (Tecnos) 1979, pág. 380; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., «La negociación colectiva en la Constitución», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid (CEC) 1980, pág. 458; RIVERO LAMAS, J., «La contratación colectiva en el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980», en AA.VV., *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*, Madrid, (IESS) 1980, pág. 152 y SALA FRANCO, T., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid (Edersa) 1981.

<sup>90</sup> Cfr. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho...*, cit., pág. 121.

habría mantenido los criterios establecidos por la legislación franquista sobre convenios colectivos<sup>91</sup>. «La naturaleza jurídica del convenio —venía repitiendo con monótona insistencia la jurisprudencia de la época— desborda el marco contractual de las obligaciones laborales concretas para erigirse, a virtud del refrendo que le presta el poder jurídico, en conjunto de normas de carácter general, vigentes en determinado territorio y aplicables a grupos profesionales específicos»<sup>92</sup>. Desde entonces hasta nuestros días, el grueso de la doctrina científica española ha venido reconociendo, apenas sin disidencias, que la garantía constitucional de la fuerza vinculante confiere al convenio colectivo la dignidad de norma; de fuente de derecho en sentido traslativo, incorporada, por lo mismo, al sistema formal de fuentes.

Esta orientación doctrinal, de seguro muy influenciada por la tradición histórica española<sup>93</sup>, está asentada, de ordinario, sobre una relación de correspondencia de carácter tripolar: fuerza vinculante equivale a eficacia normativa y ésta, a su vez, implica la configuración del convenio como una norma en sentido propio y estricto, como una auténtica fuente formal del Derecho, creadora, no de derechos subjetivos, sino de derecho objetivo. Sin embargo y tras la promulgación del ET, esa relación de correspondencia planteó de inmediato muy serios problemas jurídicos, todos ellos derivados de la necesidad de ajustar la mencionada relación no solo a las previsiones contenidas en la ley ordinaria sino, adicionalmente y además, a una realidad social que rápidamente desbordaría dichas previsiones. En concreto, el principal problema que de inmediato se suscitó, y que a lo largo del tiempo, lejos de apaciguarse, se ha ido progresivamente acentuando, fue el discernir si los convenios colectivos negociados fuera del marco legal habían de compartir o no la condición de normas creadoras de derecho objetivo; problema éste al que más tarde, y ya en la segunda mitad de la década de los años 90, habría de añadirse un segundo de factura jurídica muy similar. La consagración legal de un tipo de producto negocial, nominado como «acuerdo colectivo» en lugar de cómo convenio colectivo, planteó el interrogante de elucidar si éste nuevo tipo se encontraba incluido o excluido de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Por este lado y a partir de entonces, el debate en torno al alcance del segundo inciso del art. 37.1 CE terminará convirtiéndose en el arco de bóveda de las teorías del convenio colectivo.

En un orden lógico, conviene, no obstante, tratar diferenciadamente, conforme ya fue anticipado, el problema de la delimitación de la garantía constitucional de la «fuerza vinculante» (contenido) del problema de la extensión material de esa garantía (ámbito objetivo de aplicación).

14. Desde una perspectiva estrictamente formal o, mejor aún, lexicológica, la expresión utilizada por el art. 37.1 CE tuvo un carácter innovador; más aun, introdujo en el lenguaje normativo un sintagma que resultaba ajeno a los usos lingüísticos de nuestro sistema jurídico así como de los ordenamientos jurídicos vecinos, entendida esta vecindad como comunidad de estructuras, principios y valores de un Estado constitucional de Derecho.

<sup>91</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El valor “cuasi-legal” del convenio colectivo», *RL* 1986, núm. 6, págs. 1 y ss.

<sup>92</sup> Por todas, sentencia de la Sala 4.ª del TS de 12-11-1076, Ar. 5876.

<sup>93</sup> Y de la que yo mismo participé. Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, «La negociación colectiva...», cit., ahora en *Relaciones laborales, negociación colectiva...*, cit., pág. 115.

No obstante y si apreciada desde una dimensión material, la novedad aportada por el art. 37.1 CE ha de considerarse de tono menor. Sea cual fuere el contenido que se le deba atribuir, la «fuerza vinculante» es un concepto que pertenece a y se inserta en la teoría de los efectos del convenio colectivo. O en otras palabras, hablar de fuerza vinculante de los convenios colectivos equivale a hablar de su eficacia jurídica, del despliegue de cambios o transformaciones que, en la realidad jurídica, va a producir la vigencia de esa autónoma reglamentación de intereses que el convenio colectivo arrastra de manera ineludible<sup>94</sup>.

La natural y radical ubicación sistemático-normativa de la fuerza vinculante de los convenios colectivos en el campo de sus efectos no dice todavía nada sobre el contenido o modo de ser de esa eficacia. Pero aporta, en sí misma considerada, algunas conclusiones de notable interés. Por lo pronto, el doble mandato del art. 37.1 CE, que garantiza y ordena garantizar a la ley la fuerza vinculante de los convenios colectivos, se sitúa en un campo ajeno al de su naturaleza. Como no podía ser de otro modo, la CE ni se pronuncia ni prejuzga la naturaleza de ese acto que va a dar vida al convenio colectivo y, menos aún, define el fundamento de dicho acto. Lo que el texto constitucional hace, desde su superioridad normativa, es, de un lado, garantizar al convenio colectivo un grado razonable y aceptable de efectividad en su cumplimiento, razonabilidad y aceptabilidad, éstas, que quedan protegidas con la garantía enunciada en el art. 53.1 de la norma suprema. Y, de otro y desde esa misma superioridad y con estos condicionamientos, ordenar al legislador que adopte las medidas necesarias para asegurar dicha efectividad. En segundo lugar, tampoco el art. 37.1 CE instituye garantía alguna acerca de la denominada eficacia subjetiva o personal del convenio colectivo; ésta será la que se derive de la inserción del convenio colectivo en el sistema jurídico. Y es en ésta inserción en la que podrán jugar un papel significativo, bien que no único, las decisiones de política de derecho adoptadas por el legislador ordinario y dirigidas, no ya a asegurar la fuerza vinculante del convenio, sino a dotar de contenido sustantivo ese derecho de libertad en que consiste la negociación colectiva.

Pese a que, al menos en una primera (y, a mi juicio, también última) lectura del texto constitucional, el contenido material de la garantía de la fuerza vinculante deba buscarse en el terreno de los efectos del convenio colectivo, no debe desconocerse que para el sector mayoritario de nuestra doctrina científica dicha garantía define ya la naturaleza del convenio colectivo como fuente de Derecho. En ejercicio del mandato constitucionalmente encomendado, el legislador vendría así pues condicionado por esa previa calificación jurídica.

En esencia, dos son las líneas argumentativas que la doctrina maneja a la hora de desplazar al terreno de la naturaleza del convenio lo que, en mi opinión y de manera clara e indubitada, el art. 37.1 CE sitúa en el campo de la eficacia. De conformidad con la primera de estas vías —probablemente la dominante—, la atribución al convenio colectivo de la nobleza propia de las normas se construye sobre un sencillo silogismo: la garantía constitucional de la fuerza vinculante confiere al convenio una eficacia normativa (premisa mayor), la eficacia normativa es una propiedad de las normas (premisa menor), luego el convenio es una norma, en el sentido más tradicional de la expresión (conclusión). La segunda vía prescinde de este rodeo, alcanzando idéntica conclusión sobre la base de una lectura

<sup>94</sup> Para esta noción de eficacia, bien que referida a los contratos, cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho patrimonial*, vol. I, Madrid (Tecnos) 1986, pág. 271.

simétrica de las dos garantías consagradas en el art. 37.1 CE: el reconocimiento del convenio colectivo como una fuente formal de Derecho (garantía de la fuerza vinculante) es el lógico corolario del reconocimiento de la negociación colectiva como fuente material del Derecho (garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva)<sup>95</sup>.

La configuración del convenio colectivo como una norma, como fuente formal del Derecho, trae causa en un doble equívoco. El primero consiste en fundir las variadas y complejas funciones económico-sociales que puede desarrollar y efectivamente desarrolla el convenio colectivo en la realidad social bajo el manto de una única, cual es la de instituir un conjunto de reglas jurídicas, directamente ordenadoras de las relaciones laborales, y dotadas, todas ellas, de unos efectos automáticos e inderogables. Es ésta, desde luego, una función típica del convenio colectivo, inscrita en su código genético, y que explica la tradicional y clásica consideración de la negociación colectiva como uno de los grandes cauces, junto a la legislación laboral, de reglamentación de las relaciones laborales. Pero no es una función única; y tampoco es una función cuya presencia condicione la existencia del convenio colectivo como acto jurídico. La experiencia negocial colectiva, tanto la nacional como la comparada, muestra, de un lado, la progresiva agregación por el convenio colectivo de nuevas funciones, refractarias a ser encajonadas bajo el común denominador de funciones normativas<sup>96</sup>, y, de otro, la creciente importancia de convenios colectivos no normativos. La configuración del convenio como una norma y la mecánica vinculación a esta calificación jurídica de efectos normativos difumina, hasta terminar disolviendo, la compleja y rica funcionalidad del convenio colectivo. O expresada la conclusión en otras palabras, la pluralidad de funciones desplegadas por el convenio colectivo no puede dejar de tener su expresión en el plano de los efectos jurídicos. Y es esa obligada relación de correspondencia entre unas y otros la que queda aniquilada cuando la naturaleza del convenio se deduce de una única función y, adicionalmente, a dicha naturaleza se le anuda, de manera mecánica y automática, la eficacia jurídica inmanente a esa naturaleza<sup>97</sup>.

Pero las tesis normativistas no sólo comprimen las complejas y variadas funciones del convenio colectivo; la configuración de la negociación colectiva como fuente material de derecho también produce ese mismo efecto de encorsetamiento. Qué la negociación colectiva es un proceso de creación de normas (*rule making*), no es una conclusión que pueda prestarse a discusión crítica, ni tan siquiera en el terreno especulativo. Pero al margen y con independencia de otras finalidades distintas, desarrolladas con mayor o menor persistencia histórica por la contratación colectiva, tales como la de actuar como método de solución de conflictos (*conflict resolving*) o instrumento de participación en la gestión de las decisiones empresariales, estas orientaciones duramente normativistas de la negociación

<sup>95</sup> Vid. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., págs. 286 y ss, esp. pág. 292.

<sup>96</sup> Vid., a este respecto, las interesantes reflexiones de DI LUCA TAMAJO, R., «L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva», *Riv. Ital. di Diritto del Lavoro* 1985, I, núm. 1, págs. 16 y ss. También RIVERO LAMAS, J., «Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma de 1997», *REDT* 1998, núm. 89, págs. 381 y ss.

<sup>97</sup> Tal es, me parece, la tesis de CORREA CARRASCO (*La negociación colectiva...*, cit., pág. 150) para quien la eficacia normativa del convenio colectivo es el resultado «de anudar a la norma convencional la eficacia propia de su naturaleza» o, en otras palabras, «si partimos de la base de que (el convenio colectivo) es una norma, es obvio que deberá desplegar efectos normativos», imponiéndose directamente «a las relaciones individuales».

colectiva introducen un corte radical, que no sólo es funcional sino también sistémico, entre los momentos de creación de las reglas jurídicas y de administración de las reglas ya negociadas. Sin embargo una y otra fase forman parte de ese complejo fenómeno social que es la negociación colectiva. Las experiencias contractuales más recientes han puesto en crisis, en la mayor parte de los ordenamientos eurocontinentales, la neta separación entre los modelos dinámico y estático de negociación colectiva<sup>98</sup>, revalorizando la dimensión más procedimental y, por lo mismo, menos normativa de la negociación colectiva<sup>99</sup>. Más aún, no me parece arriesgado afirmar que, al menos en ciertos niveles de negociación, en los niveles que se sitúan en los escalones superior (negociación colectiva *au sommet*) e inferior (negociación colectiva de empresa), lo relevante comienza a ser no tanto la regla de conducta que prescribe derechos y obligaciones aplicables a las partes de las relaciones laborales individuales, sino los procedimientos a través de los cuales definir, aplicar o integrar de manera conjunta las propias reglas<sup>100</sup>.

El segundo equívoco de las tesis normativistas reside en la confusión entre el contenido del acto jurídico en que el convenio consiste y la forma en la que el acto mismo se expresa. En el convenio colectivo, aquél, el contenido del acto, tiene una tendencial vocación a actuar como ley ordenadora del estatuto del trabajador asalariado, como conjunto de reglas que prescriben determinadas conductas o comportamientos; esta otra, la forma de expresión del acto, tiene una dimensión radicalmente contractual. Si el contrato se define como todo acuerdo de voluntades a través del cual nacen obligaciones<sup>101</sup>, el convenio colectivo pertenece, por su morfología, a esta categoría, sin que obste a dicha calificación jurídica la singularidad de los sujetos contratantes, que normalmente —no siempre<sup>102</sup>— adoptan formas colectivas de representación de intereses, instrumentales al cumplimiento de la función económico-social a la que el propio convenio colectivo sirve. El carácter colectivo de los sujetos no desmiente la naturaleza contractual del convenio, influyendo, en su caso, en la imputación subjetiva de sus efectos. En definitiva, la naturaleza del convenio ha de ser definida en atención a su estructura formal, que es la propia del contrato, y no en razón de sus efectos o funciones, que pueden ser o no normativos.

Retornando al debate jurídico-constitucional, se ha hecho notar que las tesis normativistas del convenio colectivo, mayoritarias en nuestra doctrina científica, se fundamentan bien en una lectura integrada de las dos garantías que enuncia el art. 37.1 CE bien en una interpretación cuyo referente normativo exclusivo es el inciso final de este pasaje constitucional. No son éstas, sin embargo y a mi juicio, unas tesis fácilmente deducibles del texto constitucional.

Por lo pronto, el reconocimiento del «derecho a la negociación colectiva» no equivale a la consagración de la actividad contractual colectiva como fuente material de derecho.

<sup>98</sup> Vid. la ya clásica delimitación entre estos dos modelos elaborada por KAHN FREUND, O., *Labor and the Law*, cit., págs. 56 y ss.

<sup>99</sup> Sobre la necesidad de integrar estas dos dimensiones en un único proceso, vid. las siempre actuales reflexiones de FLANDERS, A., «Collective Bargaining: a theoretical analysis», *British Journal of Industrial Relations* 1968, núm. 1, págs. 9 y ss., luego recogido en A. Flanders (edit), *Collective bargaining*, Middlesex (Penguin Books) 1969, págs. 17, por donde cito.

<sup>100</sup> Vid. LORD WEDDERBURN OF CHARLTON/SCIARRA, «Collective bargaining...», cit., págs. 224 y ss.

<sup>101</sup> Cfr. por todos, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 96.

<sup>102</sup> No en el caso del empresario individual, parte de un convenio colectivo.

No entraré ahora a discutir si, en el plano de la teoría de las fuentes del derecho, a la negociación colectiva puede asignársele la cualidad de «fuerza social con facultad normativa creadora» —que tal es la noción más estricta y canónica de fuente material del derecho<sup>103</sup>— o, más bien, (y es tesis que me parece más plausible) es el procedimiento a través del cual se expresa la *potestad normandi* de los grupos sociales organizados. Pero aún aceptando este enfoque a efectos dialécticos, el sentido del primer inciso del art. 37.1 CE es el de haber procedido a la juridificación formal no de un poder normativo primario y extraestatal sino de la autonomía negocial o libertad contractual, entendida como sistema de reglas de acción y de organización a través de las cuales «los representantes de los trabajadores y empresarios» defienden los intereses que les son propios. En este sentido, tiene razón Rodríguez-Piñero cuando señala que la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva se configura, en su versión primera y esencial, «como un derecho de libertad» que, ejercitable fundamentalmente en relación con el Estado, «protege a las partes sociales frente a eventuales interferencias o limitaciones» no justificadas desde una perspectiva constitucional<sup>104</sup>. Desde luego, esa libertad, —que no se agota en una vertiente negativa sino que está acompañada de una dimensión positiva, que compromete a los poderes públicos a adoptar aquellas medidas que permitan el ejercicio de ese derecho de una manera real y efectiva<sup>105</sup>— presupone la existencia de un poder de autonomiación social. Pero es éste un poder *extra ordinem*, limitándose el art. 37.1 CE a sancionar un ámbito de libertad, cuyo objeto de imputación no es sólo el procedimiento o el cauce de expresión formal de dicho poder sino, más ampliamente, el conjunto de derechos que, en un sistema democrático de relaciones laborales, aseguran la autonomía colectiva.

El entendimiento de la garantía del derecho a la negociación colectiva como expresa consagración por el art. 37.1 CE de un ámbito de libertad contractual reconocido a los grupos sociales organizados con vistas a autoreglamentar sus intereses recíprocos desvincula naturaleza y fuerza vinculante del convenio colectivo. Esta no es una mera «transposición, en el plano positivo, de un poder social convertido en norma jurídica»<sup>106</sup>. Con buen criterio, a mi juicio, nuestro texto constitucional recupera para el convenio colectivo su genuina y originaria condición de contrato, de acuerdo nacido de la autonomía privada colectiva que encuentra en el conflicto social por excelencia su natural espacio de desarrollo. Es ésta la naturaleza que le corresponde en razón de su origen, de la realidad social en la que se desenvuelve y de la forma en que se gesta y administra; la única, por lo demás, capaz de conciliar o, si se prefiere, integrar de manera razonablemente armónica las dos grandes tensiones de signo opuesto que desde siempre vienen convergiendo en el convenio colectivo: una estructura unitaria y unas funciones plurales.

<sup>103</sup> Cfr., CASTRO, F., *Derecho civil de España*, 2.ª ed., t. I, Madrid (IEP) 1949, pág. 331. De todo punto enigmática resulta la noción de la negociación colectiva como fuente material de derecho, definida ésta a su vez «como especie de catalizador de los elementos extrapositivos del sistema interno, reconduciéndola al sistema externo, es decir, al plano de la positividad». Cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., pág. 91.

<sup>104</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., pág. 3.

<sup>105</sup> En relación con el sentido promocional del derecho constitucional a la negociación colectiva, vid. VALDÉS DAL-RÉ, «La negociación colectiva...», cit., ahora en *Relaciones laborales, negociación...*, cit., págs. 97 y ss.

<sup>106</sup> Cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., pág. 263.

15. Una de las más destacadas consecuencias del tratamiento y solución de los problemas de eficacia jurídica del convenio colectivo en términos de naturaleza jurídica ha sido la pérdida de sustantividad de la garantía constitucional —y la conclusión puede sin esfuerzo alguno extenderse a la garantía legal— de la fuerza vinculante. El efecto disolvente de esta confusión puede ser apreciado desde distintas ópticas, de entre las que la metodológica no es de tono menor. El tratamiento de la eficacia jurídica del convenio colectivo como un simple corolario de su cualidad de norma jurídica, fuente de derecho objetivo, simplifica el debate jurídico-constitucional sobre el segundo inciso del art. 37.1 CE; pero lo simplifica a cambio de embrollarlo y dramatizarlo en el doble terreno de la legalidad ordinaria y de la realidad social. Más adelante tendré ocasión de volver sobre éste punto. Lo que me importa ahora es intentar recuperar un espacio de autonomía conceptual, funcional e institucional para la garantía establecida en el tan mencionado art. 37.1 CE.

Es ésta una tarea que ha de ser abordada a partir de un indeclinable presupuesto metodológico: el convenio colectivo cumple o puede cumplir una pluralidad de funciones. La negociación colectiva es, desde luego y como ya pudieron constatar hace más de un siglo los esposos Webb, un instrumento alternativo a la contratación individual<sup>107</sup>; un medio de restricción y limitación de la autonomía individual. Pero el convenio colectivo no es sólo un cauce de fijación de condiciones de trabajo; también es un medio de pacificación social, de auto-organización de las representaciones de intereses, de ordenación de las relaciones entre las partes signatarias, de participación en la gestión de las empresas, de definición del marco general de la negociación colectiva y de la conflictividad laboral o, en fin, de predeterminación negociada de eventuales intervenciones legislativas, por citar alguna de las más significativas<sup>108</sup>. Innecesario resulta señalar que no todos los convenios colectivos cumplen simultáneamente este complejo y variado catálogo de funciones. Más aún, un superficial análisis de la realidad de los sistemas de negociación colectiva, nacional o extranjeros, muestra una tendencia a la diversificación de los instrumentos negociales en atención a sus funciones. Con todo y con ello, también puede convenirse que, al menos desde la óptica de la negociación colectiva apreciada en su conjunto, la función socialmente típica, aquella que, desde su aparición, ha estado siempre presente es la reglamentación de las relaciones laborales individuales. Tal es y no otra la función económico-social típica o, si se prefiere, la causa del convenio colectivo.

Este presupuesto, el reconocimiento de la diversidad de funciones a las que sirve el convenio colectivo, ya ofrece pistas de interés para acometer la tarea de dotar de contenido sustantivo a la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo, tarea ésta que va a encararse mediante sucesivas aproximaciones. La primera y acaso la más evidente puede formularse del modo siguiente: la satisfacción por el convenio colectivo de una pluralidad de funciones ha de tener correlato en el plano de sus efectos. O expresada

<sup>107</sup> Vid. WEBB, *La democracia industrial*, cit., esp. Cap. VIII.

<sup>108</sup> La pluralidad de funciones ha sido teorizada no sólo desde el campo jurídico, sino, además, desde el más extenso ámbito de las relaciones laborales. Bien conocida es, en tal sentido, la teoría de CHAMBERLAIN, N.W./KHUN, J.W., *Collective Bargaining*, 2.ª ed., Nueva York (McGraw- Hill) 1965, págs. 108 y ss, para quienes la negociación colectiva puede ser, alternativamente: una contratación *for the sale of labour*, una forma de *industrial government* y un método *of management*. Un análisis crítico de esta tesis, en FLANDERS «Collective bargaining...», cit., págs. 31 y ss.

la idea con otro lenguaje, las mutaciones que el convenio colectivo despliega en el mundo de la realidad jurídica, a partir de su entrada en vigor, no se declinan en singular sino en plural. No hay una sola y única eficacia jurídica del convenio; la eficacia se acomoda a la función. El problema reside entonces en discernir cuál es, si alguna, la eficacia jurídica constitucionalmente garantizada en el art. 37.1 CE; o, por expresar la idea con mayor rigor, cuál es el contenido esencial de la fuerza vinculante, aquél que actúa como límite infranqueable, límite de los límites de los derechos fundamentales, en relación al cual el legislador ordinario no puede efectuar ponderación alguna entre el derecho fundamental en cuestión y los otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos<sup>109</sup>.

Una inteligencia de la citada garantía constitucional a la luz del recorrido histórico, de las experiencias jurídicas deparadas por los sistemas jurídicos comparados y, sobre todo, de los valores que informan el Estado Social y Democrático de Derecho y que se manifiestan, en lo que aquí importa destacar, en el pluralismo social, en la tensión del ordenamiento hacia la adopción de medidas que aseguren de manera real y efectiva el principio de igualdad entre los individuos y los grupos en que estos se integran y en la propia conciencia social sobre la contribución de las instituciones encargadas de encarnar ese pluralismo y de lograr esa igualdad mediante la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos que les son propios obliga a entender que aquella garantía no otra cosa debe significar que la protección de la función económico-social típica del convenio colectivo. El contenido esencial de la fuerza vinculante asegura a las reglas y disposiciones del convenio colectivo destinadas a regular los contratos de trabajo una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual; le asegura, en suma, una eficacia real y no meramente obligacional. Es aquella, la eficacia real, y no ésta, la eficacia obligacional, la única eficacia que, sin desnaturalizar ni desvirtuar la figura del convenio colectivo como un acuerdo de voluntades, como un negocio jurídico contractual nacido del poder de autonormación social, le garantiza el cumplimiento de su función típica. Mediante la protección de su fuerza vinculante, entendida como eficacia real, el art. 37.1 CE no otro objetivo hace, así pues, que tutelar constitucionalmente la propia causa del convenio colectivo.

La eficacia real dota al convenio colectivo (*recte*: a las disposiciones que regulan las relaciones laborales individuales) de dos efectos. De un lado, del efecto automático en virtud del cual las reglas establecidas en el convenio colectivo se imponen directa e inmediatamente sobre las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación; de otro, del efecto imperativo (relativo) a tenor del cual quedan vedadas las derogaciones peyorativas del convenio colectivo mediante pactos individuales y sustituidas, las que contradigan este efecto, por las homólogas del convenio colectivo que resulten de aplicación. La previsión constitucional, en definitiva, asegura a las que Sinzheimer denominara como *arbeitsnormen* —luego identificadas como cláusulas normativas del convenio— una inderogabilidad que implica la eficacia inmediata del convenio colectivo sobre las rela-

<sup>109</sup> La literatura sobre la noción del contenido esencial, en sus diversas variantes (relativa y absoluta) es muy abundante. Por todos, *vid.* MEDINA GUERRERO, M., *La Vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid (McGraw Hill) 19966, págs. 145 y ss; NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid (CEC) 2000, págs. 129 y ss y ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª reimp, Madrid (CEC) 2001, págs. 286 y ss.

ciones individuales de trabajo, así como su inderogabilidad, a la que se adiciona un sistema de sustitución automática de las cláusulas deformes provenientes de la autonomía individual.

Entendida la garantía constitucional de la fuerza vinculante como atribución a los convenios colectivos de una eficacia real y no meramente obligacional, dicha garantía tutela intereses diferentes. En primer lugar, el interés de los trabajadores individuales a la aplicación de las condiciones laborales estipuladas en el pacto, a los que se asegura, durante la vigencia del acuerdo, un tratamiento que resulta, cuando menos, equivalente al colectivamente concertado. En segundo lugar, el interés de las representaciones de los trabajadores y empresarios a la efectividad del resultado del ejercicio de su autonomía negocial. Ambos intereses no están colocados, sin embargo, en posición de paridad. En la medida en que la titularidad del derecho a la negociación colectiva pertenece a los «representantes de los trabajadores y de los empresarios», el reconocimiento de la prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato, concebidos uno y otro como cauces para reglamentar las condiciones de trabajo, tutela de manera preeminente el interés colectivo de las organizaciones firmantes a la aplicación real y efectiva de la parte normativa del convenio colectivo. Por este lado, la eficacia inderogable asociada a la fuerza vinculante del convenio se configura como una medida promocional de la autonomía colectiva de carácter *half-mandatory*; esto es, una medida que puede ser apartada por la propia autonomía colectiva<sup>110</sup>, pero que ha de ser respetada por la autonomía individual. Los titulares del derecho a la negociación colectiva disponen así de un marco constitucional simultáneamente protector y flexible. La Constitución garantiza y ordena garantizar al legislador la inderogabilidad de los acuerdos colectivos, pero no impide a quienes negocian que, en atención a criterios de oportunidad cuya valoración a ellos corresponde en atención a la titularidad del derecho a la contratación colectiva, consientan derogaciones peyorativas del tratamiento colectivo, pactando, en su caso, las condiciones de la disponibilidad de los derechos del propio convenio colectivo.

16. El reconocimiento de la eficacia automática e imperativa del convenio colma el contenido esencial de la garantía constitucional, conclusión ésta rica en consecuencias constructivas. Si, como ya se ha señalado, la eficacia jurídica de los convenios atiende a los efectos de estos sobre las relaciones laborales individuales, garantizando y mandando garantizar al legislador la aplicación inmediata y la inderogabilidad del contenido normativo de los acuerdos alcanzados por las partes sociales, es evidente que la Constitución no prejuzga ni predetermina la posición de los convenios colectivos en el sistema jurídico, punto éste abierto a diferentes desarrollos. La garantía de la eficacia real, entendida como contenido indisponible para el legislador en el ejercicio de sus funciones normativas, queda protegida, desde luego, por la caracterización del convenio colectivo como una norma jurídica, por su incardinación en el sistema formal de fuentes del Derecho y su consideración de fuente de derecho objetivo; pero esa garantía también es compatible con la configuración del convenio colectivo como un contrato, pues, como ya fue razonado, la eficacia imperativa del convenio, seguro, y probablemente también la eficacia inmediata, son técnicas al

<sup>110</sup> *Vid.*, las observaciones que sobre esta configuración hace VARDARO (*Contratti collettivi...*, cit., págs. 209 y ss.), reflexionando sobre las experiencias alemana e italiana.

servicio de la solución de las eventuales antinomias que se producen entre dos de los grandes cauces (autonomía colectiva y autonomía individual) idóneos para disciplinar las relaciones laborales individuales. Dicho en otros términos, los atributos de la eficacia inmediata e imperativa de los convenios colectivos no están ligados «por necesidad lógica al presupuesto de la inserción de éstos en el sistema formal de las fuentes del Derecho»<sup>111</sup>. Por lo demás, es ésta una apreciación que puede corroborarse en plenitud mediante el fácil procedimiento de observar las experiencias jurídicas de nuestro similar entorno cultural. La eficacia inderogable es un efecto del convenio colectivo compartido no sólo, y lógicamente, por los ordenamientos en los que el acuerdo colectivo se encuentra incorporado al sistema formal de fuentes del Derecho; también lo es en aquellos otros en los que el convenio es un contrato o pacto privado colectivo, en parte sujeto al régimen general del derecho común de la contratación<sup>112</sup>.

### 3.1.3. *El ámbito objetivo de protección de la garantía constitucional de la fuerza vinculante*

17. Ya se hizo notar que, apenas promulgada la ley de desarrollo del texto constitucional, el ET, el debate doctrinal sobre la fuerza vinculante del convenio colectivo incorporará un incomodo e imprevisible compañero de viaje, del que ya no logrará desprenderse. La aparición y ulterior consolidación de un tipo de convenio colectivo, negociado sin atenerse a las reglas de forma y de fondo establecidas en el Título III de aquél texto legal y, por lo mismo, prontamente identificado como convenio colectivo «extraestatutario», modifica de manera sustancial las bases de ese debate. La brusca irrupción en el sistema español de relaciones laborales de esta inesperada manifestación de la autonomía contractual enriquece, al tiempo que complica, la discusión. Esta no sólo se centrará en discernir la eficacia del art. 37.1 CE y, en su caso, aclarar el contenido esencial de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Al margen de estos dos problemas, surgirá un tercero, consistente en determinar el ámbito objetivo de protección de la garantía constitucional.

En esquemática síntesis, la restricción de la garantía constitucional de la fuerza vinculante a los convenios colectivos de eficacia general suele fundamentarse con el auxilio de alguna de estas tres tesis. La primera tesis, que es la menos refinada desde el punto de vista de la construcción constitucional, se asienta sobre un sencillo silogismo: el art. 37.1 CE no otra significación tiene que la de mandar al legislador a que garantice la eficacia de los convenios (premisa mayor); el ET sólo atribuye fuerza vinculante, entendida como eficacia normativa, a los convenios colectivos que disciplina (premisa menor), luego los no regulados por la ley que ha procedido a desarrollar aquél mandato quedan extramuros de la garantía constitucional (conclusión). La segunda tesis no niega efectos directos al art. 37.1 CE, pero sostiene que de tales efectos no puede derivarse la consecuencia de reconocer fuerza vinculante *ex Costitutionse* a otro convenio distinto de aquél que el legislador ha establecido. En el sentir de los defensores de esta tesis, la opción del legislador por

<sup>111</sup> Cfr. MENGONI, «Il contratto collettivo...», cit., pág. 32.

<sup>112</sup> Vid. las agudas reflexiones que, para la realidad italiana, efectúa SCIARRA, «Contratto collettivo» en el *Digesto*, IV ed., Turín (Utet) 1988, págs. 22 y ss. del *estratto*.

garantizar la fuerza vinculante a un tipo concreto de convenio colectivo ni elimina ni excluye la posibilidad de otras manifestaciones de la autonomía privada, no reconocidas legalmente. Pero el ejercicio de esta autonomía al margen de la ley «sólo es eso; un ejercicio de autonomía contractual en el marco de libertad que el ordenamiento en cada momento reconozca», de modo que, más allá de esa libertad, no cabe deducir «incidencia jurídica alguna en la eficacia o vinculabilidad interpartes del convenio colectivo irregular o extraestatutario»<sup>113</sup>. La tercera tesis, de factura rigurosamente formalista, desplaza el centro de gravedad de sus argumentos desde el plano de las garantías sustantivas del art. 37.1 CE al plano de la noción de convenio colectivo. De conformidad con ello, la tutela de la fuerza vinculante no alcanza al común género de los acuerdos colectivos, sino a una especie muy concreta de este género: el convenio colectivo. Sobre la base de una argumentación de este tenor, fundamentada en los datos que —se dice— facilita la legislación vigente y la construcción dogmática que en Europa ha ofrecido «una explicación universal de este fenómeno», la ulterior atribución al convenio legal, al de eficacia general, del *nomen iuris* de convenio colectivo y la asignación al acuerdo extraestatutario, al de eficacia limitada, de la denominación de pacto colectivo, sirve y basta para explicar las razones por las que éste último no puede acceder a la garantía constitucional de la fuerza vinculante<sup>114</sup>.

No es cuestión ahora de entrar en polémica con todas y cada una de estas tesis, entre otras razones por cuanto, al menos respecto de las dos primeras, ya se han manifestado los disensos y las convergencias<sup>115</sup>. Los tenaces esfuerzos doctrinales, aisladamente amparados por alguna sentencia del TC<sup>116</sup> —cuya doctrina en punto al alcance del art. 37.1 CE, por cierto, resulta manifiestamente tributaria de las distintas y divergentes tesis puestas en circulación por la doctrina científica—, destinados, de un lado, a configurar las dos garantías establecidas en el art. 37.1 CE como garantías de desarrollo legislativo y, de otro, a dar por clausurado y sellado ese desarrollo con la regulación de los convenios colectivos de eficacia general, son, como con toda razón se ha indicado, «esfuerzos vanos»<sup>117</sup>.

Otro es el terreno en el que me interesa ahora ubicar, desde una óptica metodológica, el problema sobre el ámbito de protección de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Se ha señalado que el segundo inciso del art. 37.1 CE formula una doble garantía. De un lado, asegura al convenio colectivo una muy concreta vinculabilidad; de otro, mandata al legislador a que adopte las medidas necesarias para asegurarla. En el legítimo ejercicio de sus opciones de política legislativa, el legislador, habida cuenta de la pluralidad de funciones que cumple el convenio colectivo, puede articular esa vinculabilidad con el auxilio de muy diversas técnicas, directas o indirectas, las cuales, por otra parte, han de entenderse compatibles con las procedentes de la propia autonomía colectiva. Pero en todo

<sup>113</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., págs. 7-8. También y en parecidos términos, GOERLICH PESET, «Concepto y eficacia del convenio colectivo», *REDT* 2000, núm. 100, págs. 1445 y ss.

<sup>114</sup> Cfr. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, cit., pág. 471. Vid. igualmente, su 7.ª ed., Madrid 1995, págs. 798 y ss. También, SAGARDOY BENGOCHEA, *La eficacia...*, cit., págs. 23 y ss.

<sup>115</sup> Para una crítica a la tercera de las tesis, me permito remitir a mi obra *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 36 y ss.

<sup>116</sup> Vid. sentencia TC 208/1993, de 28-6.

<sup>117</sup> Cfr. RIVERO LAMAS, J. «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal», *Revista del MTAS* 1997, núm. 3, pág. 114.

caso, esa libertad del legislador tiene como límite infranqueable el respeto al contenido esencial de la fuerza vinculante.

Sobre estas premisas de carácter metodológico, el debate sobre el ámbito objetivo de protección de la garantía de la fuerza vinculante *ex art. 37.1 CE* pide una reformulación. El problema no estriba sólo en discutir si este pasaje constitucional garantiza o no a los convenios colectivos celebrados al margen del Título III del ET una fuerza vinculante de similar intensidad que a los convenios negociados intraestatuto, interrogante éste que, a mi juicio y como en su día razoné<sup>118</sup>, debe despejarse en un sentido afirmativo, pues, a la postre, y como la jurisprudencia constitucional viene señalando de manera iterativa, tales acuerdos tienen amparo constitucional<sup>119</sup>. Además de este problema, aunque a él asociado, es preciso discernir si la ley que ha desarrollado el art. 37.1 CE ha respetado o no ese núcleo infranqueable en que consiste el contenido esencial y que se expresa a través de la atribución al convenio colectivo, a la parte normativa de todo convenio colectivo, una eficacia inmediata e imperativa. Tal es, precisamente, la tarea que se acometerá en el próximo y último apartado.

### 3.2. El desarrollo legal de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos

18. Una vez promulgado el texto constitucional, la Ley que procediera a desarrollar los derechos contenidos en el art. 37.1 CE había de respetar el contenido esencial que el propio pasaje constitucional tutela y ordena tutelar al legislador. En concreto y en lo que aquí me interesa destacar, la Ley había de organizar ese derecho de libertad en que la negociación colectiva consiste en unos términos que asegurasen a los resultados nacidos del proceso contractual una eficacia inmediata e imperativa. No de otra forma ha de entenderse el mandato del legislador en punto al desarrollo de la garantía constitucional de la fuerza vinculante, conclusión ésta que ya anticipa la cuestión que de inmediato se plantea y es preciso resolver, y que puede formularse en forma de interrogante: el ET, que es sin sombra alguna de incertidumbre la ley de cabecera del derecho de negociación colectiva<sup>120</sup>, ¿asegura a todas las convenciones colectivas de trabajo<sup>121</sup> una fuerza vinculante ajustada a las exigencias constitucionales?

De manera abrumadoramente mayoritaria, la doctrina científica española despeja el interrogante apenas enunciado en un sentido negativo. Bien que las secuencias argumentativas que sostienen la conclusión no son siempre coincidentes y tampoco lo son

<sup>118</sup> Una vez más, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 79 y ss.

<sup>119</sup> *Vid.*, de reciente, la sentencia TC 121/2001, de 4-6 (FJ 5.º). Pero antes, el TC ya se había pronunciado en este mismo sentido (entre otras, sentencias 73/1984, de 11-7; 98/1985, de 29-7; 57/1989, de 16-3 y 108/1989, de 8-6).

<sup>120</sup> Ley de cabecera, pero no ley única, ya que la LOLS ha de entenderse, al menos para quienes compartimos la tesis de la jurisprudencia del TC de que la negociación colectiva, si ejercitada por sindicatos, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical.

<sup>121</sup> Utilizo esta arcaica expresión en un sentido inclusivo de todos los productos nacidos de la negociación colectiva.

las consecuencias que se extraen de la misma, el argumento final o de cierre de esta tesis es común: el ET sólo se aplica a un tipo concreto y definido de convenio colectivo, cual es el regulado por la propia ley. La garantía constitucional de la fuerza vinculante no alcanza, pues, a todas las convenciones colectivas de trabajo, sino exclusivamente a una especie muy singular: el convenio colectivo de eficacia general. De dicha garantía quedan excluidos, por tanto y de un lado, los convenios de eficacia limitada y, de otro lado, las convenciones colectivas que, aun desplegando una eficacia general, no son convenios colectivos o no han sido legalmente asimilados a ellos (art. 83.3 ET).

Como acabo de indicar, es ésta una opinión mayoritariamente compartida por la doctrina en la que terminan por converger, de manera paradójica, las más dispares construcciones sobre el sentido y alcance del art. 37.1 CE. De ella participan, lo que no es de extrañar, quienes sostienen que este pasaje constitucional es un mandato mero al legislador, sin perjuicio de que posteriormente un sector considere que los convenios de eficacia limitada (no así los acuerdos colectivos no asimilados) son ilegales<sup>122</sup> y otro, en cambio, atribuya a tales convenios una mera eficacia contractual, en todo asimilable y sin matices, a la que despliegan los contratos de derecho común<sup>123</sup>. Y también participan de esta opinión quienes entienden que el art. 37.1 es un precepto sólo dotado de eficacia vertical, sector doctrinal éste que, también, reconoce a los convenios de eficacia limitada una eficacia jurídica obligacional<sup>124</sup>. Por último y en fin, no se han sustraído tampoco a esta opinión quienes defienden que la garantía constitucional de la fuerza vinculante significa el reconocimiento a todo convenio, incluido el de eficacia limitada, de una eficacia jurídica normativa. También para este sector de la doctrina, las fuentes reguladoras de este tipo de convenios son la CE y la voluntad de las partes negociadoras<sup>125</sup>; esto es, el derecho común de las obligaciones y contratos<sup>126</sup>.

Sin perjuicio de lo que se ha de razonar de inmediato, la objeción más relevante que puede verse sobre ese complejo y variado conjunto de tesis es la contradicción; esto es, la manifiesta falta de correspondencia bien entre los contenidos sustantivos de la garantía constitucional y de la garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, bien entre los ámbitos objetivos de aplicación de una y otra. Esta falta de identidad es apreciable, en unos casos, por defecto, tal y como sucede cuando se sustrae al art. 37.1 CE la eficacia directa o, aún reconociéndosela, su virtualidad termina fundida con las que se han calificado sobrevenidamente como legítimas decisiones de política de derecho del legislador. Pero en otras ocasiones, la cesura entre los planos constitucional y legal se produce por exceso, tal y como ocurre con aquellas tesis que fundamentan la fuerza vinculante de

<sup>122</sup> Vid. MONTROYA MELGAR, «Problemas actuales...», cit., y *Derecho del Trabajo*, 21 ed., Madrid (Tecnos) 2004, pág. 165.

<sup>123</sup> Por ejemplo, DURÁN LÓPEZ, «El Estatuto de los Trabajadores...», cit., págs. 38 y ss.

<sup>124</sup> Por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva...», cit., pág. 8 y GOERLICH PESET, «Concepto y eficacia del convenio...», págs. 1447 y ss.

<sup>125</sup> Por ejemplo, SALA FRANCO, T., *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid (IES) 1981, pág. 10.

<sup>126</sup> Es esta la tesis mayoritaria de la jurisprudencia laboral que, al tiempo de atribuir a los convenios extraestatutarios una base constitucional, les aplica el régimen general de la contratación, reconociéndoles no una eficacia normativa sino meramente contractual. Entre otras muchas, sentencias Tribunal Supremo (TS) de 2-2-1994, Ar. 784; 21-6-1994, Ar. 5464; 14-12-1996, Ar. 9462; 25-1-1999, Ar. 896; 17-4-2000, Ar. 3936; 16-5-2002, Ar. 7561 y 27-9-2002, Ar. 10661.

cualquier producto negocial distinto del que se dice regulado por el ET en una constitucionalidad «alegal», aunque luego, como hace la jurisprudencia, la garantía constitucional de la fuerza vinculante asignada a estos productos no pase de ser un mero *flatus voci* (eficacia contractual), que termina hermanado con las interpretaciones más débiles de la tan citada garantía.

Y, sin embargo, la afirmación de que el ET mira en exclusiva a los convenios de eficacia general no es ni clara ni evidente. Y de semejante falta de claridad y evidencia adolecen, a mi juicio, las tesis que privan a los convenios colectivos de eficacia limitada o a los acuerdos colectivos no asimilados a convenios de eficacia general de la fuerza vinculante que, en virtud del mandato constitucionalmente recibido, garantiza el ET. La construcción de una tesis normativa sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos en nuestro sistema de relaciones laborales requiere, así pues, un giro metodológico. Y éste, a mi juicio, pasa de manera inexorable por una recomposición del tradicional divorcio entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

19. La configuración del derecho del trabajo como un sector del ordenamiento jurídico dotado de sustantividad propia o, si se prefiere, emancipado del derecho civil constituye, de seguro, uno de los tópicos más arraigados e indiscutidos en la doctrina laboralista europea. Un tópico que forma parte de un legado que se ha venido transmitiendo y racionalizándose de manera ininterrumpida desde las primeras generaciones; precisamente, desde aquellas que más contribuyeron a la conformación dogmática y a la juridificación formal de los principios y técnicas que identificaron históricamente el tránsito de la legislación obrera al derecho del trabajo. Como razonara Anton Menger en 1890, el Código Civil «tenía poco que ofrecer a la clase obrera», siendo bien magro el servicio que le rendía la libertad contractual, tan apreciada y ensalzada por el derecho codificado<sup>127</sup>. Ocioso resulta afirmar, por lo demás, que la autonomía del derecho del trabajo<sup>128</sup> no es una autonomía predicable sólo en el orden científico; lo es, antes de nada, en el orden jurídico. Es la especificidad de su objeto —por decirlo con la clásica terminología acuñada por Alonso Olea<sup>129</sup>— la causa y fundamento de esa autonomía.

No es mi intención, y la ocasión tampoco me lo permitiría, abrir un debate sobre la intensidad y extensión del proceso de emancipación del derecho del trabajo del derecho civil. Lo que ahora me interesa es reflexionar, aunque sea de manera breve y bastante esquemática, sobre la evolución que han ido experimentado las relaciones entre el derecho del trabajo y el derecho civil, apreciadas desde la óptica del par ley especial/ley común.

Al menos en su origen, las leyes laborales especiales (leyes sobre contratos de trabajo o leyes sobre convenios colectivos de trabajo) instituyen, en relación a su objeto, un marco de regulación que se aleja de «los principios fundamentales del derecho privado»<sup>130</sup>, introduciendo quiebras o moderaciones al juego de la libertad contractual y a sus efectos más típicos en los momentos de creación, modificación o extinción de las relaciones jurí-

<sup>127</sup> Cfr. Menger, A., *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, cit., por Larenz, K. *Derecho Civil. Parte general*, Madrid (Editoriales de Derecho Reunidas) 1978, pág. 66.

<sup>128</sup> Es ésta, desde luego, una autonomía relativa, dada la unidad del ordenamiento jurídico.

<sup>129</sup> Tal es la terminología utilizada por ALONSO OLEA en el Cap. I de las sucesivas ediciones a su obra *Introducción al Derecho del Trabajo*, desde la 1.ª ed. (Madrid 1962) hasta la 5.ª ed. (Madrid (Civitas) 1994).

<sup>130</sup> Cfr. LARENZ, K., *Derecho Civil...*, cit., pág. 68.

dicas y poniendo a punto una serie de reglas y técnicas con vistas a la aplicación de un conjunto normativo que busca la unidad interna y la diferenciación externa. En definitiva, la conformación del derecho del trabajo como un sector del ordenamiento construido, no sin fatigas ni resistencias, desde la crítica al derecho civil tiene traducción en el tipo de relaciones que se instauran entre el derecho especial y el derecho común, obedientes, en lo esencial, a una lógica derogatoria. Por ilustrar la idea con un ejemplo ya citado, las primeras leyes europeas sobre convenios colectivos, la francesa y alemana, que implantan una legislación especial sobre las convenciones colectivas de trabajo, no otra finalidad persiguieron que la derogación de los efectos típicos de los contratos, sustituyendo la clásica eficacia obligacional por una eficacia imperativa.

La comprensión de las relaciones entre el derecho del trabajo y el derecho civil en los términos descritos va a experimentar, sin embargo, cambios significativos, en buena medida ocasionados por la acción combinada de dos factores: la definitiva maduración del derecho del trabajo como derecho autónomo y la progresiva aparición en el ordenamiento laboral de una pluralidad de estatutos especiales. Para la moderna doctrina laboralista, los problemas de construcción del ordenamiento laboral no transitan ya por la afirmación de su particularismo frente al derecho civil<sup>131</sup>; los problemas se centran en cómo armonizar, integrar y coordinar las fuertes tensiones que se dan en su interior entre unidad y diversidad. En otras palabras, el derecho del trabajo ya no se concibe como un derecho especial del derecho civil sino, y ello es bien diferente, como un nuevo derecho común en cuyo seno habitan normas especiales<sup>132</sup>.

Las anteriores y bastantes elementales observaciones no han tenido otra finalidad que la de definir el escenario metodológico desde el que, a mi juicio, recomponer la tradicional disociación entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

20. Ya se ha hecho notar que nuestra doctrina científica, de manera mayoritaria, y nuestra jurisprudencia ordinaria, de manera unánime, califican la legislación sobre negociación colectiva y convenios colectivos establecida en el ET como una ley especial, respecto del derecho común de la contratación. Es esta una tesis que en modo alguno se puede compartir. En primer lugar por razones de método. La atribución al derecho codificado de la condición de norma aplicativa de primer grado para un negocio jurídico dotado de una extrema singularidad y una extremada sustantividad cual es el convenio colectivo, con independencia de cual sea su eficacia personal, niega de raíz cualquier espacio de autonomía al ordenamiento laboral. El convenio colectivo es, desde luego, un acuerdo de voluntades; un contrato. Pero de ahí a afirmar, como con notable ligereza manifiesta de reciente nuestro TS, que un convenio colectivo de trabajo de eficacia limitada se sitúa al mismo nivel y rango que el contrato de trabajo<sup>133</sup> media un salto en el vacío o, mejor aún, un giro

<sup>131</sup> Es esta una aseveración que también puede comprobarse con rudimentarios empirismos, bastando con cotejar la atención que al problema de las relaciones entre derecho del trabajo y derecho civil dispensaban los tratados más clásicos (por ejemplo, *vid.* DURAND, P./JAUSSAUD, R., *Traité de Droit du Travail*, t. I, Paris (Dalloz), 1947, págs. 250-262) y la práctica nula atención que ahora se dispensa.

<sup>132</sup> Cfr. DEXPAX, *Negotiations, conventions...*, cit., 126.

<sup>133</sup> Sentencias TS de 18-2-2003, Ar. 3372 y 11-9-2003, Ar 9030.

parabólico que sitúa las relaciones laborales colectivas en la fase inmediatamente anterior a la propia formación del derecho del trabajo. Pero aquella tesis es objetable, sobre todo, por razones de fondo.

Antes que ley de desarrollo del art. 37.1 CE, el ET es, por expreso mandato constitucional, la ley encargada de ordenar y regular el trabajo por cuenta ajena (art. 35.2 CE); es decir, de juridificar el propio objeto del derecho del trabajo, en el que —y es afirmación no necesitada de fundamentación— se integra el conjunto de relaciones laborales, individuales y colectivas<sup>134</sup>. El constituyente encomienda al legislador ordinario la articulación, en el plano de la legalidad ordinaria, de los valores sociales que la propia Constitución consagra; de unos valores que aspiran a traducir jurídicamente esa feliz noción de síntesis en que consiste el Estado Social y Democrático de Derecho y que, en el campo de las relaciones laborales, condensa la acumulación progresiva de las instituciones, reglas, principios, técnicas e instrumentos destinados, en su mayor y mejor medida, a proteger a la persona del trabajador y a recomponer o reequilibrar la asimetría de poder que, al trabajador, le depara la libertad contractual. En suma, el ET se configura, desde el propio texto constitucional, como la ley común de las relaciones laborales.

Esta calificación del ET como ley común rige, desde luego, para el contrato de trabajo; pero también tiene vigencia para la negociación colectiva y los convenios colectivos. De ello, ya empieza a hacerse eco la jurisprudencia laboral más reciente para la que, además del derecho común de las obligaciones y contratos, a la negociación colectiva celebrada al margen de las reglas estatutarias y al convenio colectivo de eficacia limitada les resulta también de aplicación, «en su dimensión básica», las reglas y los principios generales del propio ET<sup>135</sup>. Cuáles son esas reglas y principios contenidos en el ET, constitutivos del derecho común laboral de la negociación colectiva y de los convenios colectivos, es interrogante que puede despejarse de manera razonable mediante el recurso al canon de la interpretación finalista o teleológica.

Pese a que el Título III del ET se abre con la rúbrica «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos», no son los arts. 82 a 92 los únicos preceptos legales de los que se ocupa el texto estatutario. A lo largo y ancho de su articulado, las referencias a la actividad contractual colectiva y a los productos de ella nacidos (convenio o acuerdo colectivo) son constantes. Sin entrar en un análisis fino de su contenido, las que en otro lugar denominé referencias extrasistemáticas del ET a los convenios colectivos, para aludir a aquellas ubicadas fuera del Título III<sup>136</sup>, forman parte, de seguro, del derecho común laboral de los convenios colectivos. Pero en esta categoría también han de integrarse bastantes de las reglas establecidas en el Título III; en principio, todas, salvo aquellas que enuncian las condiciones de validez para la suscripción y vigencia del convenio de eficacia general. En tal sentido y por ilustrar la conclusión con ejemplos, es evidente que las prescripciones de los arts. 87, 88 y 89.3 ET cobran sentido en el marco de una negociación estatutaria. Y es de igual evidencia que los arts. 82.1 y 2, 83.1 y 85.1 formulan reglas y principios de direc-

<sup>134</sup> Dada la condición de ley ordinaria, de ese conjunto hubo de desgajarse aquellas manifestaciones de la autonomía colectiva constitucionalmente reservadas a ley orgánica (art. 81.1 CE).

<sup>135</sup> Entre otras, sentencias TS 11-3-2003, Ar. 3351 y 17-11-2003, Ar. 9094.

<sup>136</sup> Cfr. *Configuración y eficacia...*, cit., 80.

ta aplicación para la negociación colectiva y el convenio colectivo, sin más adjetivación. La pertenencia de estos principios a un derecho común laboral de los convenios colectivos puede confirmarse con el fácil recurso al enunciado de preguntas retóricas: ¿puede calificarse, con un mínimo de fundamento, como privativa del convenio de eficacia general la definición de convenio colectivo que surte el art. 82.1 ET?; configurado el derecho a la negociación colectiva *ex* art. 37.1 CE como un derecho de libertad ¿puede negarse, sin incurrir en un grueso reproche de inconstitucionalidad, que la determinación del ámbito aplicativo de cualquier convenio o acuerdo colectivo corresponde a la libre decisión de las partes?; ¿puede pasar el menos exigente test de razonabilidad jurídica la tesis de que sólo los convenios colectivos de eficacia general han de cumplir su función económico-social típica «dentro del respeto a las leyes»?

21. Como se ha señalado en muy reiteradas ocasiones a lo largo del presente estudio, el contenido esencial de la garantía de la fuerza vinculante asegura a la función económico-social típica del convenio colectivo una vinculabilidad que se sustancia en los tan citados efectos automático e imperativo<sup>137</sup>. La tesis que aquí defiende, y que ya sostuve hace algún tiempo en otro lugar, es que el ET ha desarrollado en plenitud el mandato que enunció el art. 37.1 CE, confiriendo a todo acuerdo de voluntades nacido de la autonomía colectiva los efectos propios de esa vinculabilidad más fuerte frente a la autonomía individual en que consiste la eficacia real. En concreto, son los apartados b) y c) del art. 3.1 ET los preceptos que han procedido a desarrollar ese mandato constitucional.

Si bien «con lamentables imperfecciones técnicas»<sup>138</sup>, el art. 3.1.b ET califica los convenios colectivos como actos normativos; esto es, como actos que imponen reglas de conducta dirigidas a regular las relaciones laborales, a crear derechos y obligaciones, a innovar, en suma, el orden jurídico existente. En cuanto actos normativos o, si se quiere, actos jurídicamente relevantes dotados de un valor normativo («fuentes de la relación laboral»), las reglas establecidas por los convenios colectivos se imponen directa e inmediatamente (efecto automático) sobre las relaciones individuales de trabajo sin necesidad de esperar un acto de recepción o incorporación por las partes del contrato de trabajo ni precisar acto de adhesión de los destinatarios, que serán todos los empresarios y trabajadores incluidos en la unidad de contratación, en el supuesto de haberse pactado el convenio con las exigencias de forma y fondo establecidas legalmente, o sólo los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias, caso de que el convenio o acuerdo colectivo no se hubiere concertado de conformidad con esas exigencias. Pero el art. 3.1.b ET no es la única norma estatutaria que instrumenta, en el plano de la legalidad ordinaria, el efecto automático de la garantía constitucional de la fuerza vinculante. También el primer párrafo del art. 82.3 de este mismo texto legislativo consagra el mencionado efecto inmediato. De una interpretación a contrario de este pasaje legal se deduce que, «si los convenios regulados por esta *Ley obligan* a todos los empresarios y trabajadores (...)), los no regulados por el Título III obligan, pero con otra extensión subjetiva: sólo a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación y representados por las partes signatarias. La obligatoriedad de todo convenio constituye un principio jurídico básico del derecho laboral co-

<sup>137</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 82 y ss.

<sup>138</sup> Cfr. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho...*, cit., pág. 122.

mún sobre negociación colectiva<sup>139</sup>, obligatoriedad ésta que, en el contexto del reseñado precepto y aunque sea de «forma solapada»<sup>140</sup>, consagra la eficacia inmediata de todo convenio (o acuerdo) colectivo; esto es, la aplicación directa sin necesidad de actos de incorporación al contrato individual.

Además del efecto automático, los convenios y acuerdos colectivos —todos ellos, sin adjetivación alguna— también tienen reconocida una eficacia imperativa, al decretar el art. 3.1.c ET la nulidad de las estipulaciones contractuales, procedentes de la autonomía individual, desfavorables o contrarias a las reglas contenidas en aquellos. Este precepto legal prohíbe, en suma, las derogaciones *in peius* del contenido normativo del pacto, salvo que la propia autonomía colectiva hubiera removido esta restricción, consintiendo a las partes del contrato disponer del tratamiento colectivo. Una interpretación sistemática de los arts. 3.1.c y 3.5 ET permite configurar la eficacia inderogable (relativa) de los convenios colectivos como una medida promocional del interés colectivo a la efectiva aplicación de la parte normativa de carácter *half-mandatory*.

La atribución por el art. 3.1 ET, apartados b) y c), a los convenios colectivos, sea cual fuere su ámbito personal, de una eficacia real en su doble vertiente de eficacia inmediata y eficacia imperativa desarrolla en plenitud la garantía constitucional de la fuerza vinculante. Con la interpretación de aquellos preceptos como la que aquí se propone, el tradicional divorcio entre legalidad constitucional y legalidad ordinaria queda reconstruido; entre una y otra legalidad no hay ni fisuras ni cesuras. Pero esta reconstrucción, que también facilita la reconciliación de la realidad jurídica con la realidad social, instala la diferencia entre los convenios (o acuerdos) estatutarios y los que no acceden a esta condición en el único terreno que en verdad corresponde.

La diferencia no estriba ni en su origen, que en ambos casos es uno y el mismo, el poder de autonomiación social del que disponen los grupos sociales organizados de representación de intereses de empresarios y trabajadores, ni en el tipo de mutaciones que despliegan en el mundo de las relaciones laborales individuales; el modo de aplicación de uno y otro sobre éstas es idéntico, sustanciándose en una eficacia automática e imperativa o inderogable. Tampoco consiste su diferencia en una distinta naturaleza jurídica. En la medida en que el art. 37.1 CE y el ET garantizan la función económico-social típica de cualquier acto nacido del ejercicio de la libertad contractual colectiva, y al que la Constitución identifica con el *nomen* más clásico y tradicional con el que viene universalmente reconocido, las *arbeitsnormen* de todo convenio colectivo pueden ser calificadas como normas jurídicas, siempre y cuando se tenga claro que para que un pacto colectivo sea calificado como tal no es preciso que sea una fuente de Derecho que cree derecho objetivo; basta que modifique el orden jurídico y que sus disposiciones se impongan sobre las relaciones laborales individuales de manera automática e imperativa<sup>141</sup>. Pero la eficacia real constitucio-

<sup>139</sup> Sobre el concepto de principio jurídico y sus diferencias con la regla jurídica, *vid.*, por todos, MARTÍN VALVERDE, A, «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos», *REDT* 2002, núm. 114, págs. 813 y ss.

<sup>140</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, J., «Comentario al artículo 82», en Monereo, J.L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares) 1998, pág. 872.

<sup>141</sup> Nuevamente me remito a mi obra *Configuración y eficacia...*, cit., págs. 85 y ss. Recientemente, es ésta la tesis aceptada por RIVERO LAMAS, «Las relaciones entre la Ley...», cit., pág. 116.



nalmente garantizada a los convenios colectivos no transforma su radical naturaleza, que en un sistema de libertades no puede ser otra que la propia del contrato<sup>142</sup>. Desde esta perspectiva, creo que el carácter híbrido al que se refiere la metáfora carnelutiana no reside en la naturaleza del convenio colectivo, en el cuerpo del convenio, que responde siempre a la estructura de los negocios jurídicos contractuales; es su eficacia (su alma) la que es mestiza, ya que, en atención a las funciones que el convenio cumple, dicha eficacia puede ser a veces meramente contractual y en ocasiones, en cambio, desplegar los efectos propios de una norma cogente. En suma, convenios (o acuerdos) colectivos estatutarios y convenios (o acuerdos) no estatutarios desarrollan con la misma e idéntica intensidad la función normativa históricamente asociada a las expresiones de la autonomía negocial. Unos y otros comparten una común naturaleza contractual; y ambos, igualmente, tienen constitucional y legalmente asegurados unos efectos automático e imperativo en la aplicación de sus cláusulas normativas<sup>143</sup>.

La diferencia jurídica primera y esencial entre uno y otro tipo de convenio colectivo termina residiendo, lisa y llanamente, en la extensión subjetiva de su eficacia jurídica. Mientras los convenios intraestatuto alcanzan a todos los trabajadores y empresarios incluidos en la unidad de negociación, los convenios extraestatuto utilizan como criterio de aplicación la relación afiliativa o asociativa; en definitiva, el principio de representación.

<sup>142</sup> Por consiguiente, no comparto en modo alguno la tesis de quien (cfr. CORREA CARRASCO, *La negociación colectiva...*, cit., págs. 122 y ss.) entiende que la naturaleza del convenio como fuente formal de derecho constituye el estadio superior en el proceso de evolución de la eficacia del convenio colectivo. Una tesis semejante se nutre de una visión extremadamente formalista y binaria del universo jurídico; una visión en la que entre la norma jurídica, como fuente formal del Derecho, y el contrato, dotado de una eficacia meramente contractual, se encuentra el reino de la nada. Sin embargo y gracias a los esfuerzos doctrinales de algunas generaciones de ilustres juristas (entre los cuales Kelsen brilla con luz propia) y a las iniciativas de legisladores audaces y socialmente reformistas, ese reino se encuentra hoy habitado por una notable serie de actos jurídicos con valencia normativa o, si se prefiere, contratos con eficacia normativa. El convenio colectivo se halla, afortunadamente, entre esos habitantes.

<sup>143</sup> La equiparación de los convenios colectivos a las normas estatales a ciertos y limitados efectos (por ejemplo, a efectos de publicación en los Boletines Oficiales o de acceso al recurso de casación por violación por la sentencia de instancia del convenio colectivo) no transmuta la naturaleza del convenio estatutario.

