

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

DOS SENTENCIAS SOBRE COSTUMBRE LABORAL

(SSTCT de 2 de febrero y 27 de mayo de 1982; Rep. Ar. 1.208 y 3.264.)

La costumbre como norma presenta, como es sabido, un estrecho ligamen con la realidad de los hechos en los que nace. Es absolutamente imprescindible, para determinar su contenido y alcance, saber en lo posible cómo nació y en qué conducta ha cristalizado la costumbre, qué hechos han acabado por imponerse a fuerza de repetirlos. Por la vinculación entre costumbre y realidad social, sorprende la poca atención que las dos sentencias citadas han prestado a los elementos fácticos que rodearon el nacimiento de la costumbre que se invoca, e incluso, a la conducta misma en que consiste la costumbre; y sorprende esta escasa atención porque no se trataría simplemente de una reiteración de los hechos probados; más bien, en este caso, los hechos serían una trasposición (1) y un criterio de valor notable para deducir el propio derecho. En ambas sentencias, el cuerpo de doctrina que se dedica a la costumbre parece ser exclusivamente teórico, centrándose la preocupación del Tribunal más en perfilar las características de una institución poco clara que en entrar más a fondo en el

(1) Sobre esta especial forma de operar de la costumbre en la actuación de los tribunales, SEMPERE NAVARRO: *Notas sobre la costumbre laboral*, en «Revista Española de Derecho del Trabajo», 10 (1982), págs. 198-199, según quien «el precepto consuetudinario queda doblemente vinculado a la actuación jurisdiccional; en cuanto norma, se sujeta a los mecanismos generales de aplicación del derecho, y en tanto consuetudinario, requiere una especial actividad del juzgador para adquirir el convencimiento sobre su existencia y significado». Por cierto que en esta doble actividad del juzgador puede estar el origen de no pocos errores históricos sobre la noción y la mecánica de la costumbre; véanse CASTRO: *Derecho civil de España*, tomo I, 1942, págs. 389 y sigs., o PUIG BRUTAU: *Introducción al Derecho civil*, Madrid, 1981, págs. 197-198.

mandato normativo y en la génesis de la propia costumbre y en cómo coordinar entre sí las normas reguladoras de la institución, por ejemplo.

En ambos casos, el litigio se desencadena en torno a una «costumbre» desarrollada en el seno de una empresa, que ésta pretende dejar inobservada; en el primer caso, por considerar que no se está ante una verdadera costumbre, sino que más bien se trata de meras regularidades de conducta observadas por la empresa, que en ningún caso son vinculantes para ella porque nunca pretendió que creara obligaciones —«la empresa vino actuando así por su propia iniciativa y voluntad y porque así le pareció conveniente, sin que existiese la convicción de que estaba obligada a ello por una norma» (STCT de 2 de febrero de 1982)—, y en el segundo caso, el motivo para la inobservancia de la presunta costumbre descansa sobre una «compensación» de días de descanso que tradicionalmente venía disfrutando el personal de la empresa los días 24 y 31 de diciembre, que operaría en relación con la normativa del Estatuto de los Trabajadores en relación con el número total de fiestas previsto en ésta y el cómputo anual de jornada. En este segundo caso, por tanto, el razonamiento para la supresión de la costumbre es más complejo y entrar a fondo en él hubiera supuesto deslindar temas tan ligados como la duración de la jornada y la ordenación de la misma, cuestión interesante que, sin embargo, el Tribunal ha soslayado.

Dada la construcción eminentemente teórica de ambas sentencias, ahora podemos prescindir del supuesto de hecho desencadenante y destacar de él solamente que en ambos casos se trata de presuntas normas consuetudinarias que operan en el seno de una empresa y que en ambos casos esta restricción del ámbito de la costumbre a la empresa no supone un obstáculo para comenzar el razonamiento discutiendo si se trata o no de una costumbre. En efecto, en la primera de las sentencias citadas, tras señalarse como elementos esenciales de la costumbre laboral los tradicionalmente aislados por la doctrina y la jurisprudencia civiles (es decir, la repetición de actos y la convicción de que se está operando con una regla de naturaleza normativa, que tiene valor vinculante para todos los implicados en la vida de relación en que la reiteración de actos ha tenido lugar), se añade que «aplicada la anterior doctrina al caso ahora debatido, es evidente que el hecho de que la empresa demandada hasta bien entrado el año 1980 hubiese venido despachando la concesión de préstamos a sus empleados en plazos que, sin ser fijos, eran muy similares a los de la clientela normal y oscilaran alrededor de los tres meses... constituye una simple repetición de hechos, que no una costumbre o uso jurídico de los que se regulan en los... artículos 1.º del Código Civil y 3.º del ET». En consecuencia, en el supuesto controvertido, sólo se da la repetición de hechos, el elemento externo, y no el elemento anímico, interno, que «viene a ser esencial a la costumbre como fuente del Derecho y el signo y carácter de su juridicidad». Ningún obstáculo se apunta por la sentencia que se base en el hecho de que la presente costumbre operaba sólo en una empresa (quizá porque, desde el planteamiento teórico clásico con el que la sentencia acomete el tema, la discusión estaba fuera de

lugar, al no existir costumbre). La segunda STCT es más explícita e intenta ser más «rompedora» respecto de lo que podría llamarse simplistamente «tesis clásica», pero, como veremos, su carácter rompedor se mantiene sólo en la superficie del problema. En el caso se califica, correctamente, a la figura jurídica sometida a la consideración del Tribunal como uso de empresa, pero esta calificación no conlleva consecuencias depresivas sobre la eficacia jurídica del citado uso. Por el contrario, tras abundantes argumentaciones en torno al carácter general, interdisciplinar, del Título Preliminar del Código Civil y a las repercusiones que su modificación ha introducido en la caracterización de la costumbre, sostiene que «tal uso se circunscribe al ámbito de la empresa y resulta del todo admisible en esta esfera, ya que —merced al expresado carácter interdisciplinar del Título Preliminar del CC— su artículo 1.3 ha derogado el requisito de localidad que según el artículo 9.3 de la Ley de Contrato de Trabajo condicionaba el máximum de su posibilidad». Esta sentencia, por consiguiente, se adscribe a una línea argumental que ya fue desechada entre la doctrina laboralista casi recién aprobada la reforma del Título Preliminar del CC (línea que sostenía la derogación —paralela a la operada en el ámbito civil— del carácter «local» de la costumbre laboral) y tiene el inconveniente de que su argumentación descansa casi exclusivamente en el principio de modernidad, con la consecuencia de que, una vez aprobado el Estatuto de los Trabajadores (que no era extraño a las argumentaciones de los recurrentes, como lo demuestra el último considerando de la STCT citada) el principio de modernidad juega otra vez, solo que ahora para desmontar la argumentación del TCT, al reiterar que los usos y costumbres fuente del Derecho del Trabajo han de ser «locales y profesionales», y volver, dogmáticamente, las cosas a su estado original. El análisis conjunto de ambas sentencias propone un conjunto muy numeroso de problemas relacionados con la costumbre laboral; su concepto, su virtualidad, el tratamiento deprimido que en relación con ella puede recibir el uso de empresa, etc. No es posible analizar toda la relación de cuestiones planteadas, dada la dificultad de introducirlas en un espacio limitado como éste, pero sí vamos a tratar de hacer algunas observaciones que giran en torno a una idea central: las posibles alteraciones que en la noción de costumbre han podido introducir los nuevos hábitos organizativos y productivos implantados en una sociedad industrial. Sin embargo, estas observaciones deben partir de que el tema de la costumbre, y el de los usos, no está nada claro, que está complicado con «la gran variedad de opiniones de los estudiosos en relación con la clasificación entre usos normativos o negociales y en cuanto al mismo criterio distintivo entre unos y otros tipos de usos» (2). Esta oscuridad doctrinal hace precisas, aunque sean desarrolladas de forma muy sucinta, algunas consideraciones previas.

La costumbre, como fuente del Derecho es todavía centro de un debate

(2) GALANTINO: *La prassi aziendale*, en «Rivista Giuridica del Lavoro», I (1968), pág. 223.

confuso y prolongado que no se ha cerrado (3), pese a que las nuevas opiniones en torno a su naturaleza o a su función se acompañen, casi como si se tratase de una cláusula de estilo, de la observación de que estamos ante una fuente del Derecho en progresiva regresión, de importancia decreciente y propia tan sólo de estructuras sociales atrasadas (4). La consecuencia de ello será que algunos rasgos definitorios de la costumbre aún sean discutidos (5), y que el mismo legislador, cuando recientemente ha intentado mejorar la normativa legal sobre el tema, haya decidido guardar silencio sobre puntos clave, aún demasiado controvertidos para recibir el espaldarazo de una recepción legal (6). Por ello, no vamos a entrar en este debate, y sólo vamos a subrayar algunos elementos teóricos que nos van a ser de utilidad posteriormente. Según la doctrina mayoritaria, se entiende la costumbre como una norma originada por la repetición de actos que es acogida por la colectividad en la que nace con la convicción de que impone conductas debidas, vinculantes. Aunque la convicción social de que

(3) CASTRO: *Derecho civil de España*, cit., pág. 363, para quien la costumbre «se ha convertido hoy... en un nombre colectivo o en una expresión de perplejidad, pues se le identifica con el Derecho no escrito, como comprensivo de todo el Derecho no legislado, y se señalan como "los diferentes rostros de la costumbre" a los principios superiores, a los usos inveterados, al Derecho corporativo internacional y a la jurisprudencia», o DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I: *Parte general*, Salamanca, 1977, págs. 441 y siguientes, o NICOLINI: *Fonti extralegislative del Diritto del Lavoro*, Milán, 1982, páginas 65 y sigs.

(4) DE LOS MOZOS: *Derecho civil español...*, pág. 442; GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho civil*, I: *Parte general*, Madrid, 1979, pág. 174; para el Derecho del Trabajo, NICOLINI: *Fonti extralegislative...*, págs. 93 y sigs.; también SEMPERE (*Notas sobre la costumbre laboral*, pág. 196), que resume la situación afirmando que «el retroceso de las actividades agrícolas, artesanales o prestadas en empresas de reducidas dimensiones y con escasa organización técnica de su proceso productivo, junto con el paralelo y progresivo aumento de las empresas industriales y el auge experimentado por el sector terciario, han supuesto también un cambio en las relaciones socioeconómicas poco propicio para el desarrollo (o el mantenimiento) de normas fundadas en la repetición de actos. Ya es sintomático, a este respecto, que actualmente sea en esas actividades agropecuarias o marineras donde los usos laborales mantienen cierta vigencia como fuente de derecho de carácter autónomo».

(5) Vid. respecto de la llamada *opinio iuris* CASTRO: *Derecho civil de España*, página 389, o GARRIGUES: *Los usos de comercio (Significación del uso para el Derecho mercantil)*, en «Revista de Derecho Privado» (1944), pág. 826; FERRARA: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, I, Roma, 1921, pág. 130; NICOLINI: *Fonti extralegislative...*, págs. 70 y sigs.

(6) Así, según DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, pág. 148: «No se ha pretendido, sin embargo, según se desprende de los trabajos legislativos y especialmente del dictamen de la ponencia en la Comisión de Justicia de las Cortes, haber hecho una completa enumeración de los requisitos (de la costumbre). Especialmente, se han dejado fuera —se dice expresamente en el dictamen— algunos que podían resultar evidentes y otros que han resultado siempre discutidos (uso, uso como costumbre, *opinio iuris*, etc.)».

la norma es efectivamente vinculante ha recibido fundadas críticas (7) en nuestra doctrina, por entender que no se trata de un elemento interno a la costumbre, sino que sólo permite reconocerla, y que si se mantiene es sólo por el arrastre de las teorías de ciertas escuelas, lo cierto es que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia aún lo siguen exigiendo como elemento constitutivo de la costumbre; partamos, por tanto, de esta noción. Y se observará que aún es bastante amplia el área delimitada, que potencialmente puede abarcar muchas modalidades de autorregulación social. Desde este punto de vista, la ley, al recoger la costumbre como fuente independiente, aunque subordinada a ella, introduce ciertos elementos que indican cómo se coordinan costumbre y ley. Es decir, la ley no define la costumbre, toma su concepto y delimita las condiciones en las que costumbre y ley pueden coexistir y complementarse. Esos elementos han sido y son aún perfectamente coherentes con la génesis de la costumbre.

En efecto, el sentido de la costumbre como fuente del Derecho es —una vez superados los prejuicios históricos ocultos en la polémica sobre los poderes sociales en los que encontraba su origen (8)— proporcionar un elemento normativo flexible, adaptable a las necesidades de la colectividad en la que va a aplicarse, que supere los obstáculos que la rigidez provocada por el alejamiento y la abstracción genera en la norma escrita (9). Requiere como sustrato una colectividad homogénea, en la que se desenvuelvan unas relaciones en las que puedan desencadenarse pautas standard de conducta que, al generalizarse, aparezcan obligatorias para esa colectividad. Este apego a una determinada colectividad social venía expresamente reconocido en la redacción del artículo 6.º del antiguo Título Preliminar del CC, que reconocía el carácter de fuente del Derecho a la costumbre «del lugar»; con ello, a la vez que se reconocía la adscripción concreta de la costumbre, se le negaría virtualidad organizatoria general (10). No podría aplicarse fuera del lugar en el que había nacido, porque sólo así podría cumplir su función. Ya en momentos relativamente tempranos se observó, sin embargo, que el CC no había estado especialmente afortunado a la hora de aislar el elemento que permitía a la costumbre cumplir su misión envolvente de situaciones sociales concretas, porque hay pautas de conducta que pueden revestir los caracteres sustantivos de la costumbre y que, sin embargo, son «ilocalizables». El grupo social homogéneo en que la costumbre puede nacer no tiene por qué ubicarse necesariamente en un territorio, puede tratarse de una clase, de una profesión, etc. (11). Para algún sector de la doc-

(7) Vid. autores citados en la nota 5.

(8) Sobre la polémica, CASTRO: *Derecho civil de España*, págs. 370 y sigs.

(9) Específicamente para el Derecho del Trabajo, SEMPERE NAVARRO: *Notas sobre la costumbre laboral*, págs. 195-196.

(10) Lo que no sería sino manifestación de una derrota teórica con trascendencia política, como bien señala CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 376.

(11) Característico sería el caso de la costumbre de los comerciantes, GARRIGUES: *Los usos de comercio...*, págs. 822 y sigs.

trina (12), en este carácter «ilocalizable» de algunas manifestaciones de la costumbre encuentra su explicación la supresión del requisito de la localidad de la costumbre en la nueva redacción del artículo 1.º del Título Preliminar del CC. Por eso la reforma no puede interpretarse en el sentido de que pueda aplicarse indiscriminadamente a una situación dada cualquier costumbre; no puede perderse de vista su estrecha relación con la colectividad social en la que nace y la conexión debe ser siempre probada (13). Se trata, más bien, de olvidar en parte el carácter «horizontal», territorial, de la costumbre para atender a la existencia en una sociedad estratificada de costumbres «verticales» profesionales, cuya importancia cuantitativa va incrementándose paulatinamente en detrimento de la versión clásica de la costumbre reajuste conceptual que, de paso, permite ampliar *ex lege* el campo de juego de la costumbre.

La tendencia ampliatoria que se advierte en el CC en relación con la costumbre se manifiesta, por otra parte, en el intento de resolución expresa de un viejo problema: la naturaleza jurídica y los efectos de los usos con trascendencia jurídica, problema resuelto por la vía de equipararlos en sus efectos a la costumbre, siempre que la función que desempeñen no sea estrictamente interpretativa. Castro y Bravo, aún bajo la vigencia de la antigua redacción del artículo 6.º del CC ya había aislado en la doctrina española la doble función de los usos. Estos, teóricamente, no constituían costumbre, aunque concurría en ellos lo esencial de la misma (la repetición de actos); constituían un apartado, junto a la costumbre, de la más amplia categoría de normas creadas por la dinámica social y podían desarrollar una función integradora, creadora de normas, lo mismo que la costumbre. En este sentido, el esfuerzo doctrinal para la diferenciación obedece sólo al «deseo de salvar las construcciones teóricas penosamente construidas respecto de la costumbre», aunque «en la práctica no se ve la posibilidad de trazar una diferencia esencial entre ambas instituciones» (14); por ello, la conclusión ha de ser que «el uso es un tipo de costumbre que tiene por materia la determinación del contenido de los negocios, y al que una disposición

(12) PUIG BRUTAU: *Introducción...*, pág. 208, según quien «para la modificación (del título preliminar del CC en este punto) se tuvo en cuenta la existencia de costumbres de ámbito general y sobre todo de usos generales de carácter profesional o que se observan entre personas de determinadas profesiones que no están encuadradas en una sola localidad»; de la misma opinión es BATLLÉ, comentario al art. 1 CC en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1978, pág. 52.

(13) Así, BATLLÉ: *Comentarios...*, pág. 52; PUIG BRUTAU: *Introducción...*, pág. 208; GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho civil*, pág. 173; resume adecuadamente la cuestión DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, pág. 460, pues uno de los rasgos más característicos de la costumbre es que «aparece con la fuerza individualizada e individualizante de los hechos; por eso no puede desprenderse del todo de ese carácter originariamente local o singular», o LÓPEZ LÓPEZ, comentario al art. 1.287 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., tomo XVI, vol. II, Madrid, 1981, pág. 51.

(14) CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 393.

legislativa se remite para que realice tal función» (15). La nueva redacción del Título Preliminar del CC abunda en una idea parecida, y el uso, más modesto, negocial, se equipara en sus efectos plenamente a la costumbre, aunque formalmente se respeta la separación bajo la forma de una asimilación de cosas que sustancialmente podrían distinguirse. Es decir, en el plano civil, teniendo en cuenta que nuevos tiempos traen nuevos modos sociales y que éstos por fuerza han de influir en una norma tan vinculada a las vicisitudes sociales como la costumbre, se han dado los pasos adecuados para adaptarla, evitando que se mantuviese como una figura de arqueología jurídica, y admitiendo lo que la doctrina ya había aislado como figuras emergentes en la vida social —los usos negociales.

En el Derecho del Trabajo la conducta del legislador se ha movido por otros caminos, de retroceso de la costumbre como fuente, y en esta postura ha influido quizá la convicción de que la costumbre es una norma propia de tiempos pasados, de formas productivas prácticamente artesanales y conservadora, entorpecedora del progreso, de la necesaria dinámica de las relaciones industriales (16); por otra parte, la generalización de la negociación colectiva, se dice, cumple con creces la función de adaptación que la costumbre desarrollaba, con lo que la costumbre no sólo es arcaica, sino hasta cierto punto innecesaria (17). No deja de ser curioso que para este retroceso de la norma consuetudinaria, la conducta del legislador ha consistido prácticamente en no hacer nada hasta el ET, salvo dejar las cosas como estaban y proporcionar una definición de costumbre que sin grandes sobresaltos puede remontarse al Código de Trabajo: la costumbre era todo lo que doctrina y tribunales civiles habían aislado y, además, local y profesional. Con ello se aseguraba la conexión de la norma consuetudinaria con el ambiente social en que halló su origen y, al propio tiempo, la generalidad y la abstracción que le eran necesarias como norma jurídica. En el ET, al anquilosamiento definitorio se añade una nueva forma de retroceso consuetudinario: se excluye la actuación de la costumbre con sólo que exista una estipulación contractual al respecto (18); el contrato individual acaba por anteponerse en todo caso a la costumbre. Con ello, sólo se reconoce débilmente la posible función de la costumbre, según la distinción teórica elaborada en el Derecho Común. En efecto, la doctrina civil (en relación con los usos) aisló dos posibles funciones de éstos, fundamentadas en dos preceptos del CC: el artícu-

(15) CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 398; también LÓPEZ LÓPEZ: *Comentario al art. 1.287 CC*, cit., págs. 49 y sigs.; como una misma cosa, en diferentes fases de consolidación, los ve GARRIGUES: *Los usos de comercio...*, págs. 826 y sigs.

(16) SEMPERE NAVARRO: *Notas sobre la costumbre laboral*, pág. 196.

(17) SEMPERE NAVARRO: *Notas sobre la costumbre laboral*, pág. 196.

(18) Art. 3.4 ET, interpretación pacífica, por otra parte. Por todos, véanse ALONSO OLEA: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 100; SEMPERE NAVARRO: *Notas sobre la costumbre laboral*, pág. 202.

lo 1258 CC (función «normativa» del uso) y el artículo 1287 CC (función «interpretativa»). En su función interpretativa, el uso contribuía a poner al descubierto la regla contractual (19), lo verdaderamente querido por las partes. Averiguando lo que razonablemente podían haber querido las partes, podía incluso llegar a integrarse el contenido del contrato (último inciso del artículo 1287 CC), siempre que de la voluntad expresamente manifestada no se dedujese el deseo contrario al precepto que por uso se trataba de introducir; en todo caso, la fuerza vinculante de la regla introducida en la contratación descansaba en el contrato mismo, en la voluntad de las partes (20). En su función normativa, en cambio, el uso no operaba así; se incluirían entre las obligaciones de las partes las obligaciones nacidas del uso por la vía coercitiva, como mandato de una norma imperativa que no estaba en manos de los contratantes eliminar (21); ya no se trataría de adivinar lo querido por las partes, sino de imponerles obligaciones nuevas, por encima de su voluntad, que podía desconocer la existencia del uso o incluso no desear los concretos efectos que la aplicación de la norma usual iba a desplegar. Pues bien, ahora, en el Derecho del Trabajo, además de permanecer la función interpretativa, la función normativa ha sufrido una importante alteración en retroceso del valor del uso; éste se convierte en un perpetuo derecho dispositivo (22) que las partes pueden eliminar a través del contrato de trabajo, aunque sus disposiciones sean más favorables (23). La radicalidad y la generalidad con que el legislador ha operado en relación con la costumbre laboral no han tenido parangón en ninguna otra remodelación del valor de las fuentes del Derecho del Trabajo realizada en el ET. Poca ha sido la reacción doctrinal ante este dato; de nuevo, la escasa valoración de la costumbre laboral como fuente ha estado presente en la discusión, generando la relativa indiferencia sobre este cambio.

Pero el problema adquiere matices diferentes cuando se conecta con otra institución típica, el llamado uso de empresa. Aquí las cosas cambian; se admite que se trata de una figura de trascendencia no desdeñable en cuanto a su in-

(19) CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 396.

(20) CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 396: «En todos estos casos se está dentro del ámbito de la interpretación; el uso se utiliza como dato aclaratorio o complementario para averiguar o presumir la voluntad de las partes. Bastará, pues, que de las declaraciones o conducta de las partes haya podido inferirse una voluntad de excluir —expresa o tácitamente— el uso o que éste no fuese tenido en cuenta por ellas, para que haya de ser excluido como tal elemento interpretativo.»

(21) CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 397: «El uso toma aquí un significado completamente distinto; no es ya un elemento que se integra en lo querido y declarado en el negocio por intermedio de la interpretación, sino que tiene un valor normativo: el de regla jurídica que señalará la eficacia del negocio.»

(22) Justo lo contrario de lo que ocurriría en los usos civiles desde la perspectiva de su función normativa, CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 397.

(23) CAMPS, comentario al art. 3 ET, en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, 1981, pág. 42.

cidencia práctica (24), respecto de él no se puede decir con razón que estemos ante una institución en retroceso. Y sobre su naturaleza continúa la oscuridad y la discusión; pero si se analizase en clave de costumbre, habría que reconsiderar el mismo retroceso de la costumbre y su proceso de restricción en el ámbito laboral, así como lo acertado de éstos. Partamos, para referirnos a esta cuestión, de una definición tradicional: «en Derecho del Trabajo se habla de uso de empresa en el sentido de práctica adoptada frente a los trabajadores en el seno de una 'empresa' como entidad unitaria, cualquiera que sea el más preciso concepto de ésta. La referencia a la empresa pone de manifiesto que la práctica es relevante en cuanto concierne al tratamiento usado frente a una pluralidad de trabajadores... y no a los individuos», este último caso —el tratamiento individual— sería «irrelevante respecto de la organización» (25). Estos caracteres —tratamiento colectivo dentro de la empresa— generan profundas dificultades de identificación por varias razones. Por una parte, porque el uso se desenvuelve dentro de una unidad productiva, entre partes ligadas con vínculos contractuales relativamente homogéneos y de ejecución contemporánea. Este hecho posibilita la pulverización del uso y su reconducción al contrato individual. Entonces ya no veríamos operar a ninguna otra cosa que no fuera el contrato de trabajo, modificado por actos concluyentes o tácitamente —a través del comportamiento del empleador reiterando la prestación en que el uso consiste y la aceptación tácita del trabajador, manifestada a través del no rechazo de esta prestación—; en el contrato tienen su fuerza de obligar y no son más que simples cláusulas contractuales (26). Este razonamiento es abrumadoramente mayoritario, y presenta matizaciones varias, algunas de las cuales tratan de reaccionar ante la indudable manifestación colectiva del uso de empresa, pero que reconducen siempre al contrato en última instancia la fuerza de obligar del uso en

(24) MOREL: *Le Droit Coutumier Social dans l'entreprise*, en «Droit Social», 7-8 (1979), págs. 279 y sigs.

(25) SPAGNUOLO-VIGORITA: *Gli usi aziendali*, Nápoles, 1965, pág. 55. Otras definiciones similares pueden ser la propuesta por GALANTINO: «Con el término uso, costumbre, práctica o praxis empresarial, doctrina y jurisprudencia indican un comportamiento actuado varias veces por el empresario frente a todos los trabajadores de la propia empresa o frente a una sola parte de ellos que él elija en base a criterios libremente determinados» (*La prassi aziendale*, cit., pág. 221); o la de NICOLINI: «Se habla de uso de empresa en el sentido de práctica adoptada frente a los trabajadores en el seno de una empresa, entendida como entidad unitaria», añadiendo que «la referencia a la empresa... pone de manifiesto que la práctica adquiere relevancia en cuanto concierne al tratamiento usado frente a una pluralidad de trabajadores (la plantilla íntegra o también grupos de trabajadores, identificados por la homogeneidad de situación funcional o, en ciertos casos, también personal)» (*Fonti extralegislative...*, págs. 96-97). Como puede verse, no existen variaciones sustanciales en torno a los elementos clave de la definición.

(26) Sobre las líneas maestras de esta primera corriente doctrinal, puede verse NICOLINI: *Fonti extralegislative...*, págs. 97 y sigs., o GALANTINO: *La prassi aziendale*, pág. 222; SPAGNUOLO VIGORITA: *Gli usi aziendali*, págs. 168 y sigs.

cuestión (27). Por esta razón, resulta un escollo importante para estas tesis la extensión de los efectos de la práctica empresarial a otros trabajadores que no hayan disfrutado en concreto de ella o respecto de los cuales no se ha producido ninguna declaración de voluntad tendente a asegurarles en el disfrute futuro de la citada práctica (28). Otros escollos se oponen a la consideración del uso como algo distinto de simples cláusulas contractuales. Por una parte, está el dato de que su origen reside en una conducta del empleador normalmente —concediendo la prestación en que el uso consiste a sus trabajadores—, entonces, o se considera que el empleador goza de un poder «ordenador» en la empresa (en el sentido de creador de normas), o, alternativamente —si no se quiere volver a la tesis de la contractualización— habría que estimar que estamos ante un «uso individual», figura en la que «se ha traducido una ampliación del contenido y, por tanto, de los efectos del contrato, mediante un nuevo precepto y, por tanto, una nueva cláusula originariamente no prevista por las partes» (29); es decir, ya se sale del ámbito estricto de la modificación del contrato o de la cláusula contractual tácitamente añadida, y se entra en el terreno de la costumbre, pero de una costumbre muy peculiar, individualizada. El inconveniente de esta vía de salida está en que el uso individual es realmente una figura anómala, y como tal uso tiene en común con los usos negociales comunes «sólo el poder servir —como cualquier otro indicio— para la interpretación de la voluntad real; el uso individual puede aclarar una conducta individual», pero «no sirve para la interpretación integrativa y menos aún tiene función normativa» (30). Entonces, por la vía del uso individual volvemos de nuevo al ámbito contractual, con el inconveniente de que se ha salido de él para emplear una figura más que discutible en su naturaleza y en sus efectos. Sin embargo, las tesis que tratan de remitir todo el problema del uso de empresa a la vía contractual individual mediante comportamientos concluyentes en sus múltiples formas, aunque no siempre estén erradas —es posible que efectivamente en casos concretos la explicación no sea otra que ésta—, tampoco explican siempre lo ocurrido en casos en los que no ha existido una voluntad modificativa expresa e incluso la voluntad de las partes se manifiesta de forma contundente en contra de esta tendencia modificadora del contrato (y el ejemplo de la primera de las sentencias citadas sería muy claro); en efecto, no se ve la razón por la que una reite-

(27) GALANTINO: *La prassi aziendale*, págs. 226 y sigs.

(28) NICOLINI: *Fonti extralegislative...*, pág. 213.

(29) NICOLINI: *Fonti extralegislative...*, pág. 118, y, en consecuencia, ya «la inserción de la cláusula en el contrato no estará subordinada a una declaración de las partes dirigida a ello: será suficiente que las mismas partes no hayan regulado sus intereses de forma tal que lo excluyan. Por tanto, la cláusula vinculará a las partes por sí, no porque haya sido querida».

(30) CASTRO: *Derecho civil de España*, pág. 398, en nota, criticando esta tesis, en cuanto ha sido empleada para fundar en el uso el valor vinculante de las llamadas condiciones generales de la contratación.

ración de liberalidades haya de volverlas de golpe obligatorias (31). E, incluso, admitiendo que en todo uso de empresa existe una serie de comportamientos homogéneos cuyo origen está en la voluntad del empleador, cualquiera que ésta sea, no debe olvidarse que en otras ramas del Derecho, la práctica negocial, la práctica de la contratación ha generado conductas (inicialmente ligadas a la voluntad de las partes (32) que han acabado por trascender sobre su originaria voluntariedad, para convertirse en reglas consuetudinarias por la vía de los llamados «usos negociales»; es decir, que es posible la objetivación posterior, por la reiteración, de reglas originariamente queridas e implantadas en los contratos por la sola voluntad de los contratantes, para que éstas vuelvan a los contratos operando ya desde fuera, por encima de la voluntad de las partes contratantes, como normas. Y que, por ejemplo, también en toda costumbre hay un inicio voluntario, que no sería un obstáculo si se generalizara la conducta a todo un sector productivo. En otras palabras, estimo más acertada aquella posición doctrinal que apunta como verdadero problema de la consideración como costumbre de los usos de empresa a la falta de generalidad en éstos, generalidad que es un elemento esencial de toda norma jurídica (33). Pero habría que replantearse también el significado del requisito generalidad en relación con la costumbre y el uso laborales, para los que viene manifestado en la necesidad de que la costumbre trascienda del ámbito de una sola empresa, que sea por lo menos local.

En realidad la «localidad» como requisito de la costumbre es algo más que un simple resabio de antiguas definiciones; es un obstáculo grave a la consideración como costumbre de aquellas manifestaciones de las consecuencias jurídicas de la homogeneidad de conductas que son hoy las más importantes prácticamente y nuestra jurisprudencia, tan adaptable para las nuevas instituciones y las nuevas circunstancias en otras ocasiones no ha considerado oportuno revisar la noción de costumbre desde la perspectiva de nuestra disciplina y la realidad social sobre la que se sustenta; parecidamente ha actuado el legislador. La primera de las sentencias mencionadas es una muestra de este clasicismo, repítien-

(31) Alterando la naturaleza misma del acto. Téngase en cuenta que «en el caso no se trata de una repetición de contratos acompañados todos de las mismas cláusulas, sino de una repetición de actos retributivos homogéneos: de esta forma, el elemento de hecho de la reiteración no puede actuar en el sentido de introducir en el contrato actual una cláusula expresamente prevista» (SPAGNUOLO VIGORITA: *Gli usi aziendali*, pág. 190; acoge la crítica también NICOLINI: *Fonti extralegislative...*, pág. 116).

(32) Es también un ejemplo característico de esta forma de constituirse los usos la génesis que diseña GAJRRIGUES para los usos mercantiles (*Los usos de comercio...*, págs. 823 y sigs.), también acogida por SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1973, pág. 30.

(33) Que éste es uno de los problemas fundamentales al respecto, GALANTINO: *La prassi aziendale*, págs. 225 y sigs.; asimismo, SPAGNUOLO VIGORITA: *Gli usi aziendali*, págs. 185 y sigs., y jurisprudencia citada por SEMPERE NAVARRO (*Notas sobre la costumbre laboral*), en pág. 213; la STCT 27 de mayo de 1982 citada sería un ejemplo de la apreciación de este problema.

do la noción tradicional. En la segunda había un germen de renovación conceptual digno de ser tenido en cuenta; el problema es que la propia sentencia limita su trascendencia al reconducir la argumentación sobre la nueva noción de costumbre a un esquema estrictamente basado en el juego de la sucesión normativa. Pero lo cierto es que en la propia sentencia estaba presente una nueva noción de costumbre (aunque se redujera a la categoría de argumentación *ad abundantiam* lo que en realidad debía ser la argumentación central), que se basaba en los siguientes fundamentos: «El artículo 1.3.II del CC se refiere a un uso jurídico no meramente interpretativo de la declaración de voluntad... con el fin de cualificar el denominado uso integrador que los artículos 1258 CC y 9.3 de la LCT destinan, respectivamente a completar llegado el caso los contenidos... del vínculo laboral en concreto. El que... ese uso tenga la consideración de costumbre quiere decir que le aprovechan todas y cada una de las exigencias que las nuevas reglas interdisciplinares del Título Preliminar hayan podido normar el fenómeno consuetudinario», de las cuales «sería la novedad más notable —en cuanto superación de las limitaciones localistas del viejo artículo 6.II del CC— la reducción del ámbito espacial del uso integrador a la dimensión inferior a la local, de todo círculo razonable de afectados en que concurriese una repetición de conductas eventualmente susceptibles de generar aquél».

En otras palabras, en la sentencia se constata, correctamente a mi juicio, la adecuada dimensión del elemento generalidad cuando se pone el contacto con la costumbre, una norma que es por naturaleza reduccionista en sus ámbitos de actuación (34). La generalidad implica aquí una regulación de las relaciones jurídicas de un círculo de sujetos en cuanto tal colectivo. La colectividad, la abstracción en la regulación de las relaciones jurídicas en el seno de la empresa ya había sido puesta de relieve al admitirse otras fuentes del Derecho del Trabajo con ese ámbito reducido —y el Derecho colectivo es una muestra de ello, también, en su momento, las Reglamentaciones y Ordenanzas o los Reglamentos de Régimen Interior— y no puede negarse al predicarse de normas emanadas de otras fuentes aunque sean éstas, como ocurre en el caso del uso, la propia colectividad inorgánica. Ese círculo razonable de afectados a que aludía la sentencia citada podría ser un campo adecuado para el surgimiento y el mantenimiento de una costumbre, pasando a segundo plano la unidad empresarial, enfocada, como lo hacen los autores negadores de esta posibilidad, desde la perspectiva del empresario. Entonces, partiendo de una remodelación del sustrato social sobre el que la costumbre puede basarse, el artículo 3.º ET podría ser entendido desde dos formas de interpretación diferentes, ninguna de las cuales entorpecería la consideración como costumbre del uso de empresa. Por una parte, se le podría interpretar respetando íntegramente su tenor literal, limitando la función de la costumbre en sentido estricto al modesto papel que ha des-

(34) DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, pág. 393; LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. I, Barcelona, 1974, págs. 54-55.

empeñado hasta ahora. Pero esto no impide que deba entenderse matizada esta construcción a través de la admisión de lo que Castro llamaba «usos de remisión legal», es decir, con el recurso a las figuras previstas en los artículos 1258 y 1287 CC, entre cuyas funciones estaba precisamente la normativa y que, como ya observaba dicho autor, no presentan diferencias sustanciales con la costumbre «libre», aunque sí de mecánica, en cuanto que aquí operan reforzados por la vía de la remisión legal, una remisión legal —la contenida en los preceptos mencionados— que es, además, genérica, para todo tipo de contratos y para cualquier circunstancia en que pueda alegarse la existencia de un uso. Se trata, por tanto, de una costumbre no independiente, pero no por ello de naturaleza diferente. En este sentido, no deja de ser curioso advertir que, incluso entre autores que sostienen el más pobre papel para los usos de empresa, los ejemplos propuestos de remisiones del ET a la costumbre para integrar sus normas son ejemplos de costumbres que normalmente pueden surgir en el seno de la empresa, y que se entienden con dificultad fuera de dicho ámbito (35), por lo que el obstáculo de la falta de generalidad en la costumbre empresarial no parece que se aprecie en los ejemplos.

Otra vía interpretativa del artículo 3.º ET en materia de costumbre tendería a redefinir el requisito de localidad que el ET impone como rasgo para la costumbre y reconducirlo a «todo círculo razonable de afectados» en el que concurriese una repetición de conductas susceptibles eventualmente de generar un uso, la concurrencia de estas circunstancias en cada caso habría de ser apreciada por el juez —lo mismo que éste apreciaría la existencia de la costumbre en su acepción tradicional—, pero no se excluiría la existencia de una posible costumbre de empresa, en cuanto también aplicadas y surgidas en el punto en que se pretenden aplicar, postura ésta adecuada a lo que hoy sabemos de la empresa como organización y como centro de imputación normativa. Esta posición podría venir amparada por una modalidad interpretativa también admitida por el artículo 3.º del CC, la aplicación de las leyes conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y presentaría la indiscutible ventaja de evitar rodeos argumentales, reconduciendo el tema a la función normativa de los usos, tal como se formulara en su día en el Derecho Civil siendo así que el ordenamiento originario ha reaccionado contra el formalismo corrigiendo hasta la dicción de sus leyes básicas, al igual que permite corregir, reajustar elementos conceptuales que no han sido modernizados desde las definiciones que proporcionaron las Partidas.

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
(Universidad de Sevilla)

(35) Sobre esta cuestión y los problemas interpretativos que puede plantear, SEMPERE NAVARRO: *Notas sobre la costumbre laboral*, págs. 217 y sigs., en particular con referencia al rendimiento debido por el trabajador.

