

BIBLIOTECA

BID. Tesis 281

**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**



**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social**

UMI Number: U607218

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607218

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAT DE DRET  
BIBLIOTECA

Nº Registre 110.745

DATA 18-04-94

SIGNATURA B10.7 281

CIBIS: 780 302

Nº Dòcua 780 280

**LA INDIVIDUALIZACION DE LAS RELACIONES  
LABORALES**

**TESIS presentada para la obtención del grado  
de Doctor por D. ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER  
bajo la dirección del Dr. D. Tomás Sala Franco.**

# SUMARIO

## I.- INTRODUCCIÓN

## II.-LA FUNCIÓN CONSTITUTIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.-El contrato como acto y el contrato como norma.

2.-Eficacia Constitutiva del contrato de Trabajo.

2.1.-Tesis relacionistas

2.2.-Naturaleza contractual de la relación individual de trabajo.

2.3.-Breve incursión en la problemática del contrato de adhesión.

3.-Los elementos esenciales del contrato de trabajo.

3.1.-El consentimiento: presupuesto necesario del juego de la autonomía individual.

3.1.1.-Capacidad para consentir.

A) La capacidad del trabajador.

B) La capacidad del empresario.

3.1.2.-Manifestación del consentimiento.

3.1.3.-Los vicios del consentimiento.

A) Error

B) Dolo

C) Violencia e intimidación.

3.2.-El objeto complejo del contrato de trabajo.

3.2.1.-Noción y requisitos.

3.2.2.-Especial consideración de la  
determinación del objeto del contrato  
de trabajo.

3.3.-La causa del contrato de trabajo: un análisis  
desde la perspectiva de la autonomía  
individual.

3.3.1.-La causa en el Código Civil.

3.3.2.-La causa del contrato de trabajo.

3.3.3.-Los requisitos causales del contrato  
de trabajo.

4.-La novación constitutiva.

4.1.-La autonomía individual y las vicisitudes de la  
relación laboral.

4.2.- La novación extintiva.

4.2.1.-La transformación de un contrato de  
trabajo en una relación no laboral.

4.2.2.-El cambio de una relación laboral  
común en especial o viceversa.

4.2.3.-La novación propia de los contratos  
formativos (en prácticas y de

aprendizaje).

4.2.4.-El factor tiempo y la novación  
extintiva.

5.-Autonomía individual y suspensión del contrato de  
trabajo.

5.1.-El mutuo acuerdo de las partes.

5.2.-Las causas consignadas validamente en el  
contrato.

6.-Autonomía individual y extinción del contrato de  
trabajo.

6.1.-El mutuo disenso.

6.2.-La condición resolutoria.

6.3.-El término final.

6.4.- Los pactos indemnizatorios.

### III.-LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

1.-Eficacia normativa del contrato de trabajo.

2.-El sistema de fuentes de la relación laboral y la  
autonomía individual.

2.1.-Heteronomía y Autonomía individual: la relación  
del contrato con la norma estatal.

2.1.1.-La mejora individual de la norma  
mínima.

2.1.2.-La problemática de la disponibilidad  
individual de las Ordenanzas  
Laborales.

2.1.3.-El juego del artículo 3.5 ET en la función reguladora de la autonomía individual.

2.1.4.-El principio de no discriminación como límite a la autonomía de la voluntad.

2.2.-Autonomía individual y autonomía colectiva.

2.2.1.-La relación entre el contrato y el convenio colectivo.

2.2.2.-La doctrina del Tribunal Constitucional.

A) La STCO de 1 de Julio de 1992.

B) La STCO de 28 de Junio de 1993.

2.2.3.-La delimitación de la función reguladora de la autonomía individual en relación a la autonomía colectiva.

3.- La Autonomía individual en la determinación de las prestaciones.

3.1.-La Prestación laboral.

3.1.1.- La determinación de la prestación laboral.

A) La normativa sobre clasificación profesional.

B) La modificación contractual de las funciones y del régimen jurídico de la movilidad funcional.

3.1.2.- Régimen jurídico de la prestación laboral.

- A) La cantidad y calidad del trabajo:  
determinación contractual del  
rendimiento debido.
- B) El lugar de trabajo.
- C) El tiempo de trabajo.
- D) La posible incidencia de los  
artículos 40 y 41 ET en la función  
reguladora de la autonomía  
individual.

3.2.-Autonomía individual y prestación salarial.

4.-La autonomía individual en la modificación de la  
relación de trabajo.

4.1.-El pacto novatorio

4.2.-El pacto individual frente al cambio  
normativo.

4.2.1.- El principio de conservación de  
condiciones más beneficiosas de origen  
contractual.

4.2.2.- Compensación y absorción de condiciones  
más beneficiosas.

4.3.- La modificación unilateral de las  
prestaciones y de su régimen jurídico.

#### IV.-LA FUNCIÓN APLICATIVA DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

1.-Introducción. Planteamiento

2.-La indisponibilidad de derechos. El artículo 3.5 del

## **Estatuto de los Trabajadores.**

2.1.-Alcance de la expresión indisponibilidad en el Estatuto de los Trabajadores.

2.1.1.-Indisponibilidad, irrenunciabilidad, inderogabilidad.

2.1.2.-La renuncia de derechos.

2.1.3.-Transacción de derechos.

2.1.4.-Indisponibilidad y extinción del contrato de trabajo

2.2.-El ámbito material de la indisponibilidad de derechos.

2.3.-El ámbito temporal de la indisponibilidad.

## **V.-DINÁMICA DE LA INDIVIDUALIZACION DE LAS RELACIONES LABORALES: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS.**

## **VI.- BIBLIOGRAFÍA.**

## INDICE DE ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

Ar	Aranzadi
AL	Actualidad Laboral
Art.	Artículo
Bol	Boletín de Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
DS	Droit Social
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RL	Relaciones Laborales
RPS	Revista de Política Social
RT	Revista de Trabajo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STCO	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Vide	Véase en...

**CAPITULO I**

**INTRODUCCIÓN**

1.- En el Derecho del Trabajo predomina tendencialmente lo heteronómico sobre lo autonómico y la autonomía colectiva sobre la individual con la consiguiente reducción de la función reguladora de la voluntad de las partes<sup>1</sup>. Es esta una afirmación clásica, repetida de manera unánime por la doctrina, que deriva de la constatación de la realidad histórica y positiva<sup>2</sup>. El Derecho del Trabajo surge, históricamente, por la conjunción de diversos factores, entre los que destaca la intervención del Estado limitando la autonomía individual que en aquellos momentos no es mas que la autonomía de la voluntad omnímoda del empresario<sup>3</sup>.

La reacción histórica contra el derecho liberal o individualista que preconiza la absoluta libertad de las

---

<sup>1</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Negociación Colectiva e individualización de las relaciones laborales". en R.L. nº 20-21/91. Pág. 1.

<sup>2</sup> ALONSO GARCÍA, M. "La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", Bosch, Barcelona, 1958. BAYON CHACON, G. "La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo". Tecnos, Madrid, 1955.

<sup>3</sup> SALA- ALBIOL-CAMPS-GARCÍA NINET Y LÓPEZ GANDIA. "Derecho del Trabajo". 6ª Edición. Tirant lo blanch, Valencia, 1992. Pág. 32.

partes, y en el que las relaciones laborales se articulan, principalmente, a través del contrato de arrendamiento de servicios provocará la aparición de la regulación heteronómica, la intervención estatal como elemento nivelador y compensador de la propia autonomía individual, dado que esta no reflejaba el acuerdo libre de dos voluntades siendo, únicamente, expresión de la posición de fuerza y poder del empresario que establecía las condiciones de trabajo según su propio criterio, sin que en las mismas interviniera, de ninguna manera, la voluntad del trabajador.

El Derecho del Trabajo surge, así, como conjunto de normas heteronómicas dictadas por el Estado y dirigidas a proteger al trabajador y a pacificar el conflicto social surgido de la progresiva generalización del fenómeno del trabajo subordinado y por cuenta ajena<sup>4</sup>. De esta forma, el empresario va a ver limitado el ámbito de su libertad por una normación exterior, que le impedirá, de manera gradual, establecer las condiciones y los efectos de la relación jurídica que le une con sus trabajadores, y que ha sido calificada como una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder

---

<sup>4</sup> RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de Derecho del Trabajo". Vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia 1992. Pág. 24.

alguno<sup>5</sup>. El fundamento de la regulación heteronómica vendrá así constituido por el necesario contrapeso equilibrador de la desigualdad objetiva inherente a la relación individual de trabajo.

No es propósito del presente trabajo analizar el fenómeno histórico, sociológico y jurídico de la aparición del Derecho del Trabajo sino, simplemente, dejar constancia de que, desde su origen, esta disciplina está configurada desde la perspectiva heterónoma, entendida como regulación externa a los sujetos de la relación que constituye el núcleo básico de su imputación: el contrato de trabajo ; y que esa regulación externa surge, paradójicamente, para garantizar la libertad de uno de los sujetos, el trabajador, de forma que el nacimiento del Derecho del Trabajo se explica como resultado de la masiva promulgación de normas jurídicas protectoras<sup>6</sup>.

Esta intervención estatal, al hacerse mas extensa y omnicomprensiva, incluirá todos los aspectos de las relaciones de trabajo, resultando evidente que a través de aquellas intervenciones se trata, también, de sustituir, con disposiciones obligatorias externas, la

---

<sup>5</sup> KAHN-FREUND, Otto. "Trabajo y derecho". MTSS. Madrid 1987. Pág. 52.

<sup>6</sup> DE LA VILLA-GARCÍA BECEDAS-GARCÍA PERROTE. "Instituciones de Derecho del Trabajo". Ceura, Madrid. 1991. Pág.23.

regulación contractual de las partes, reduciendo así, su poder de decisión<sup>7</sup>.

2.-Junto a este papel interventor del Estado, surge el asociacionismo obrero con la finalidad de mejorar las condiciones del trabajo individual de los trabajadores asalariados a través de la acción colectiva que asegure el equilibrio de posiciones entre las partes contratantes<sup>8</sup>. Así, la irrupción histórica de la coalición obrera, permitirá la aparición de la primera drástica restricción de la autonomía de la voluntad del trabajador y empresario para regular el contenido de su relación contractual: el acuerdo colectivo<sup>9</sup> con un objetivo histórico claro consistente en superar las desigualdades de poder negocial que existen entre las partes de una relación individual de trabajo<sup>10</sup>.

La autonomía colectiva se configura como un poder normativo externo, en virtud del cual, los representantes de trabajadores y empresarios, regularán

---

<sup>7</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad, juridificación y desregulación". en R.L. T 1/87 pág. 26.

<sup>8</sup> SALA-ALBIOL "Derecho Sindical". 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992. Pág. 14.

<sup>9</sup> GARCÍA PERROTE, I. "Ley y Autonomía Colectiva" MTSS. Madrid 1987. Págs 19-20.

<sup>10</sup> DE LA VILLA et altri. "Instituciones de....". cit. p. 177.

las relaciones individuales de trabajo, limitando cada vez mas las posibilidades de establecimiento de concretas especificaciones en el contrato de Trabajo.

La aceptación por parte del Estado de los grupos sociales interesados en la salvaguardia y representación del interés colectivo propio con potestad normativa, dará la definitiva carta de naturaleza a la autonomía colectiva<sup>11</sup>.

De esta manera, la regulación heterónoma del contrato de trabajo, proveniente del Estado y la autonomía colectiva, proveniente de los grupos o agentes sociales, restringirán drásticamente la teórica autonomía de la voluntad de las partes en cuanto reguladora de la relación contractual, precisamente, porque su finalidad es mantener una cierta paridad de posiciones contractuales, una situación de equilibrio, que permita la presencia y juego de decisiones jurídicamente libres, de una libertad práctica dentro del ámbito del trabajo por cuenta ajena<sup>12</sup>.

3.- Esta brevísima exposición tiene como finalidad, únicamente, destacar como punto de partida que la Ley y

---

<sup>11</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción al derecho del trabajo". 5ª Edición. Tecnos, Madrid 1978. Pág. 252.

<sup>12</sup>ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo". 11ª Edición. Madrid 1989. Pág. 38.

la autonomía colectiva han colocado históricamente el baricentro de los fenómenos de regulación de las condiciones de trabajo mas allá del horizonte del contrato, porque es mas allá del horizonte individualista del contrato en donde se articulan y pueden encontrar arreglo adecuado las peticiones y los intereses que nacen del conflicto industrial<sup>13</sup>.

Sin embargo, conviene destacar como el Derecho del Trabajo ha reservado un papel determinado de carácter instrumental fundamentalmente, en el cuadro de fuentes, a la autonomía individual, de tal forma que ésta ha contado siempre con un margen de desenvolvimiento en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

A la aproximación y determinación de ese margen o campo de actuación de la autonomía de la voluntad se dirige la presente investigación. Para lo que parece oportuno reseñar, en la introducción del tema, los conceptos de heteronomía y autonomía, el papel tradicionalmente asignado al contrato de trabajo, para detenerse en el actual y sugestivo debate sobre la llamada individualización de las relaciones laborales que ha provocado, en los últimos tiempos, una abundante doctrina, centrada, fundamentalmente, en el terreno de

---

<sup>13</sup> D'ANTONA Massimo "La autonomía individual y las fuentes del derecho del trabajo" en R.L. nº 20-21/91. pág. 106.

los planteamientos generales, sin descender mas que, ocasionalmente, a cuestiones concretas, generalmente al hilo de la critica o del aplauso a determinadas decisiones judiciales<sup>14</sup>.

4.- Los conceptos básicos de autonomía y heteronomía en el derecho son del dominio común. Por autonomía entendemos poder de dictarse leyes a si mismo, poder de gobernarse a si mismo o, dicho de otro modo, hacer que las leyes dictadas por el propio individuo sean las que gobiernen y rijan sus relaciones jurídicas. Por heteronomía entendemos justo lo contrario: que la fuente originaria de regulación de la relación jurídica trasciende de los sujetos que la constituyen, es decir que viene impuesta desde fuera.

Sin embargo, ambos conceptos no pueden ser calificados de contradictorios. Son distintos, evidentemente, siendo su filosofía y sus consecuencias diversas, pero no son contrapuestos, puesto que el propio ejercicio de la autonomía requiere una regulación heteronómica<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> DURAN LÓPEZ-SAEZ LARA "Autonomía Colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo" en R.L. nº 20-21/91. Pág. 106.

<sup>15</sup> Son clásicos en nuestra doctrina los estudios conceptos sobre ambos conceptos de los Profesores ALONSO GARCÍA M. "La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo" y BAYON CHACON G. "La Autonomía de la voluntad

Se ha dicho que el proceso creador del Derecho se desintegra en dos formas: el de la norma coactiva y el de la norma voluntaria; el del precepto obligatorio impuesto exteriormente y sin intervención de la voluntad de los obligados por un acto de soberanía y en ejercicio de un poder legítimo y eficaz, y el del pacto celebrado libremente por los que quieren obligarse con reciprocidad y pueden hacerlo porque el ordenamiento jurídico se lo reconoce y les permite convertir su voluntad en norma<sup>16</sup>. Esta dualidad en la generación de la norma jurídica se incardina en la esencia misma del derecho.

En efecto, siendo la norma jurídica una norma de convivencia, ésta se establece a través de múltiples y variadas relaciones sociales, que requerirán cada una de ellas una norma que las regule, la cual deberá ser creada por aquel poder que se muestre mas idóneo para dirimir el conflicto de intereses que se puede hallar en juego en cada caso<sup>17</sup>.

Cuando la relación se establece entre iguales y a ellos solos afecta será la autonomía individual la que

---

en el derecho del trabajo". ambos citados en la nota 2.

<sup>16</sup> BAYON CHACON, G. "La autonomía..." citada. pp 9-10.

<sup>17</sup> COSSIO Alfonso de "Instituciones de Derecho Civil". Alianza Madrid. 1975. Vol. I. pp. 166-167.

regule su propia relación. Sólo cuando exista contradicción entre los intereses particulares y los generales, o cuando la desigualdad de las partes amenace someter una de ellas al dictado de la otra, se impondrá la intervención de la norma externa<sup>18</sup>.

Es este, según hemos visto, el sentido histórico de la intervención heteronómica en el Derecho del Trabajo, mayor que en otros ordenamientos jurídicos, puesto que su objetivo principal es, en palabras de KAHN FREUND regular, reforzar y limitar el poder de los empresarios y el poder de las organizaciones de trabajadores<sup>19</sup>.

Heteronomía y autonomía no son pues dos mundos aislados y contrapuestos; cada uno de ellos vive y se apoya en conexión constante con el otro, porque ambos constituyen el ordenamiento jurídico de una sociedad, en la que, ni la formulación de las normas puede abandonarse totalmente a la voluntad individual, ni el Estado o, en nuestro caso, los acuerdos sociales, pueden producir todas las consecuencias jurídicas de una relación<sup>20</sup>, de tal forma que coexisten siempre, en toda sociedad, como sistemas distintos de generación jurídica de forma complementaria, dependiendo esta complementariedad del

---

<sup>18</sup> COSSIO A. Op. cit. Vol I. pág. 49.

<sup>19</sup> KAHN FREUND, O. Op. cit. pág. 49.

<sup>20</sup> BAYON CHACON, G. Op. cit. pp. 12-13.

momento histórico y de las concretas relaciones sociales que se trata en cada caso de regular.

La autonomía de la voluntad se encuadra en el contenido total del ordenamiento jurídico como una de las instituciones que juegan en el proceso de producción de relaciones y en función de la determinación del contenido de las mismas; el reconocimiento que la ley hace de la autonomía privada no quiere decir que ésta se superponga a aquélla, sino que se relaciona complementándola, puesto que es la ley misma la que permite el juego de la voluntad individual, a la que concede validez en cuantos efectos se deriven de las relaciones por ella constituidas<sup>21</sup>. La mayor intervención del Estado y el predominio del interés colectivo sobre el individual, dejarán escaso margen de actuación al contrato; por contra el abstencionismo de la ley, la escasa intervención administrativa y la valoración del interés individual sobre el colectivo producirán el efecto contrario, esto es, un amplio campo de acción al acuerdo singular. Uno y otro fenómeno serán como dos puntos extremos de una cuerda desde los que se tirará en uno u otro sentido, según los intereses que prevalezcan en cada momento determinado, que, lógicamente, tendrán un fuerte contenido ideológico. En todo caso, importa

---

<sup>21</sup> ALONSO GARCÍA, M. Op. cit. pp. 36-37.

destacar como cada ordenamiento jurídico estatal -y particular dentro de éste- resolverá, en cada caso, el grado de complementariedad entre Autonomía y Heteronomía.

5.- Ya hemos puesto de manifiesto como el Derecho del Trabajo resuelve históricamente la particular relación de complementariedad entre las regulaciones heteronómicas, autonómica colectiva y autonómica individual, en favor de las dos primeras. En efecto, la ordenación jurídica impuesta por los poderes estatal y colectivo alcanza a todos los aspectos significativos de la relación de trabajo, dejando un muy escaso margen de actuación a la voluntad de las partes cuya función se reduce, de hecho, a la elevación o mejora de las condiciones fijadas en la normativa legal o en los convenios colectivos<sup>22</sup>.

La regulación imperativa no ha sido patrimonio exclusivo del Derecho del Trabajo, se produce en todos aquellos contratos en los que el presupuesto jurídico de la igualdad entre las partes resultó falso sociológicamente<sup>23</sup>. Son los casos en que la libertad de la iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de las partes contratantes se encuentran enormemente

---

<sup>22</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo". 11ª Edición. Tecnos, Madrid 1990. Pág. 390.

<sup>23</sup> SALA et altri, Op. cit. pág. 390.

restringidas, de tal forma que "el presupuesto ideológico de la igualdad de las partes contratantes no deja de ser una quimera"<sup>24</sup>. El Estado asume en estos supuestos la misión de proporcionar legislativa o reglamentariamente un contenido preceptivo o irrenunciable a este tipo de contratos.

El principio de la autonomía individual, juntamente con el de sus límites, está proclamado en el art. 1255 de nuestro Código Civil, cuya redacción permanece inalterada desde su promulgación:

"Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

La consagración de la autonomía de la voluntad y su potencialidad creadora quedan constreñidas porque, también, el derecho necesario despliega su influencia limitadora. Influencia que se hace mas patente y necesaria en aquellas relaciones en las que el contratante económicamente más fuerte impone determinadas cláusulas o el esquema completo del contrato en sentido ventajoso para él y en perjuicio del otro contratante mas débil, que se ve compelido a aceptarlo porque carece de

---

<sup>24</sup> DIEZ PICAZO L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". 2ª Edición. Tecnos, Madrid 1983. Vol. I. Pág. 101.

libertad de elegir y no tiene otra alternativa que aceptarlo o renunciar a la celebración del contrato<sup>25</sup>.

Es éste el sentido histórico del contrato de trabajo, que se configura como la institución central del Derecho del Trabajo y que constituye a la vez la raíz de su origen y la razón de su existencia como disciplina jurídica autónoma<sup>26</sup>. Las diferencias fundamentales con respecto al derecho común no son estructurales sino de tratamiento, y básicamente pueden resumirse en tres aspectos:

-En primer lugar, la existencia de una fuerza generadora de normas cogentes distinta de la del Estado: la autonomía colectiva. La negociación colectiva surge por razones de protección al trabajador y se convierte en una imposición de carácter heterónomo a la voluntad de las partes del contrato de trabajo<sup>27</sup>. En la medida en

---

<sup>25</sup> Vid en este sentido, la doctrina civilista sobre la materia, en especial sobre la concepción social del contrato, en relación fundamentalmente al debilitamiento de la sustancia consensual que llega a anular de hecho, la voluntad de alguno de los contratantes, y como en este sentido, por razones de política social o económica, el Estado se ve forzado a intervenir predeterminando legal o reglamentariamente el contenido contractual. Por todos: CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español Común y Foral". Madrid 1954. Vol III. Pág. 332. DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos..." citado, pág 102. DE COSSIO, A. "Instituciones..." citado, pp. 252-253.

<sup>26</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE. Op. cit. pág. 43.

<sup>27</sup> SIMITIS, S. "Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo" en GDLRI nº 45/90, pp 100 y ss.

que la negociación colectiva va ampliando su contenido, incluyendo todos los aspectos de las relaciones de trabajo, se produce una limitación cada vez mayor de las posibilidades de fijación de específicas condiciones de trabajo en los contratos individuales<sup>28</sup>.

-En segundo lugar, la extraordinaria acumulación de normas imperativas, con la consiguiente disminución de posibilidades para el pacto autónomo<sup>29</sup>. Desde el principio, este proceso de intervención normativa se relacionó con la limitación al poder del empresario; sin embargo, en la medida en que esas intervenciones normativas se hacen mas extensas y omnicomprensivas e incluyen todos los aspectos de las relaciones de trabajo, se trata de sustituir con disposiciones obligatorias externas, la regulación contractual de las partes, reduciendo su poder de decisión<sup>30</sup>.

-En tercer lugar, la existencia de una serie de principios aplicativos que complementan a los clásicos de jerarquía y orden normativo. Se trata del principio de norma mas favorable, del principio de condición mas beneficiosa y del principio de irrenunciabilidad de

---

<sup>28</sup> DURAN-SAEZ, Op. cit. pág. 109.

<sup>29</sup> SALA et altri. "Derecho del Trabajo" citado. pág 290.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad...." citado. pág 26.

derechos, sobre los que volveremos mas adelante, y que "tratan de dispensar un adicional grado de protección al trabajador"<sup>31</sup>.

6.- El art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, acogió, haciéndolo suyo, el sistema de fuentes del contrato de trabajo, que establecía el art. 1255 del Código Civil con carácter general, al disponer que:

"El contrato de trabajo se regulará:

1º Por las normas establecidas por las Leyes, Decretos y disposiciones ministeriales sobre reglamentación del trabajo en sus distintas modalidades.

2º Por la voluntad de las partes, siendo su objeto lícito, y sin que en ningún caso, puedan establecerse en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o pactos contrarios a las normas antes expresadas.

3º Por los usos y costumbres de cada localidad en la especie y categorías de los servicios y obras de que se trate, con igual salvedad que el número anterior establece".

El actual Estatuto de los Trabajadores, con la lógica inclusión de los Convenios Colectivos, no hace sino repetir la regulación de la Ley de Contrato de Trabajo,

---

<sup>31</sup> DE LA VILLA-GARCÍA BECEDAS- GARCÍA PERROTE "Instituciones...." citado pág 26.



al establecer en su art 3-1 lo siguiente:

"Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los Convenios Colectivos.

c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales."

Sobre la profundidad y alcance del art. 3 del Estatuto, en especial de sus párrafos 1, 3 y 5, dedicaremos una muy amplia atención mas adelante; importa, en estos momentos, destacar que la ordenación sistemática actual de las fuentes del Derecho del Trabajo contenida en el ET no hace sino seguir las pautas del Código Civil y la tradición histórica del Derecho del Trabajo<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Sobre el papel del convenio colectivo en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral, los estudios en la doctrina española son abundantísimos. Vid, por todos, GARCÍA PERROTE I. "Ley y Autonomía..." citado. ALONSO OLEA, M. "Las fuentes del derecho, en especial del derecho del trabajo, según la Constitución". Madrid 1982. BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción al..." citada y "Los Convenios Colectivos en el nuevo marco de las relaciones

7.- El modelo tradicional deja a la autonomía ámbitos de actuación reducidos, subordinados a la actuación de la Ley (fuentes heterónomas) y de la contratación colectiva (también heterónoma para la contratación de carácter individual)<sup>33</sup>. Así, tradicionalmente, el Derecho del Trabajo se ha caracterizado por la intensa restricción que en el mismo experimenta la autonomía individual<sup>34</sup> y por el hecho de que el contenido del contrato de trabajo se encuentra, en su mayor parte, predeterminado autónoma o heterónomamente<sup>35</sup>.

---

laborales" RES nº 1. DURAN LÓPEZ, F. "Contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema de relaciones laborales" en Estudios en memoria del Profesor Bayón. Madrid 1980. SALA FRANCO T. "La jurisprudencia de los Tribunales en materia de Negociación Colectiva y Convenios Colectivos" en DL nº 11/84 pp 7 y ss. "La Negociación Colectiva y los Convenios Colectivos". Bilbao 1990. etc.

<sup>33</sup> CASAS BAAMONDE M.E. "La individualización de las relaciones laborales" en RL nº 20-21/91. Pág 132.

<sup>34</sup> CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. "Autonomía individual: alternativa de desarrollo" en RL nº 20-21/91. pág. 132.

<sup>35</sup> SALA et altri "Derecho del Trabajo" citado. pág. 290. En este sentido ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE (Op. cit. pág. 774) señalan "que el contrato no es fuente del derecho sino de la obligación, sin perjuicio del poder que las partes tienen de regular su propia relación dentro del esquema marcado por las normas imperativas". MONTOYA MELGAR A. (Op. cit. pág 261) significa que "el contrato de trabajo tendrá sólo una significación reguladora o normativa de la relación de trabajo sólo a título complementario". DE LA VILLA-G<sup>a</sup> BECEDAS-G<sup>a</sup> PERROTE (Op. cit. pág 23) puntualizan que el derecho del Trabajo se ocupa "sólo residualmente de los pactos individuales entre las partes".

La jerarquización de las fuentes de reglamentación del contenido del contrato de trabajo, adecuándose estructuralmente al derecho contractual civil, presenta, en función de las características reflejadas, la peculiaridad de que la autonomía individual no tiene sino el ámbito residual que deriva de los espacios no ocupados por la norma (estatal o pactada) de carácter imperativo, el de las materias reguladas dispositivamente y el de la mejora de las condiciones laborales reguladas por las normas de derecho necesario relativo<sup>36</sup>. Como señala CASAS BAAMONDE, siguiendo la mecánica tradicional, en el ET "la autonomía negocial individual constituye la secuencia última de un proceso normativo normalmente bifásico (ley/convenio colectivo)", al que puede complementar, pero no contrariar, salvo que por su propia naturaleza, sean las normas laborales las que permitan o consientan la contradicción<sup>37</sup>.

8.- Poner en evidencia las tendencias dominantes en la evolución de una rama del derecho es una empresa

---

<sup>36</sup> Vid, en este sentido, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. Op. cit. pág. 86.

<sup>37</sup> CASAS BAAMONDE M.E. "La individualización..." citada. pág. 133.

peligrosa<sup>38</sup>, pues se corre el peligro de esquematizar en exceso sobre los cambios y el sentido de los mismos, alejándose por tanto de la realidad que se trata de describir. Sin embargo, y conscientes de ello, es necesario hacer referencia sucinta a aquello que la doctrina ha llamado "aceleradas y profundas transformaciones" de las instituciones técnicas y políticas del Derecho del Trabajo<sup>39</sup>.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico laboral ha vivido en los últimos años un proceso de transformación muy grande que arranca de la modificación del sistema político y normativo general y que ha tenido que desarrollarse para hacer frente a las condiciones reales de la estructura socioeconómica que debe regular. En ésta, los cambios han sido vastos y acelerados, afectando desde el nuevo carácter tecnológico del proceso productivo, hasta las modificaciones en la composición de la fuerza del trabajo<sup>40</sup>; los importantes y acelerados cambios económicos y políticos de la última década han

---

<sup>38</sup> JEMMAUD, A. "Droit du travail 1988: des retournements, plus q'une crise". DS nº 7-8/88 pág. 583.

<sup>39</sup> CASAS BAAMONDE-BAYLOS GRAU "Organización del Trabajo y Autonomía individual: la desregulación del Convenio colectivo" en RL Tomo II/88 pág. 159.

<sup>40</sup> Sobre los cambios tecnológicos y el Derecho del Trabajo, resulta imprescindible el libro de PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL F. "Nuevas Tecnologías y Derecho del Trabajo". Valencia 1991.

tenido importantes repercusiones sobre el mundo del trabajo y han generado nuevas formas de organización de las relaciones industriales caracterizadas por una mayor complejidad, descentralización y dispersión de los intereses en juego, que se resisten a regulaciones generalizadoras uniformes y abstractas<sup>41</sup>.

La combinación de estos factores (flexibilidad de las tecnologías y cambio de las estructuras productivas) puede marcar una alteración definitiva en los equilibrios de las relaciones laborales<sup>42</sup>. Se habla de favorecer el paso (o el retorno) a formas de gestión individual de las relaciones de trabajo no mediadas<sup>43</sup>. En estas condiciones, y como consecuencia de los rasgos de historicidad, coyunturalidad y adaptación al contexto socio-económico con que se suele caracterizar al Derecho del Trabajo por su extraordinaria movilidad institucional

---

<sup>41</sup> CASAS BAAMONDE M.E. "La individualización..." citada pp. 126-127.

<sup>42</sup> TREU, T. "Relaciones laborales: ¿declinar inevitable?" en RL T-I/85 pág.160.

<sup>43</sup> Sobre los primeros rasgos comunes al debate sobre la flexibilidad vide CASAS BAAMONDE-BAYLOS GRAU "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el derecho del Trabajo español" en RL T-II/87 pp. 316 y ss. JAVILLIER, J.C. "Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales" DS nº 1/86 pp. 65 y ss.

y normativa<sup>44</sup>, el debate sobre la flexibilidad del mercado de trabajo y de sus reglas jurídicas reguladoras, se ha propagado con rapidez por los diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas de relaciones laborales<sup>45</sup>. Parece que, fundamentalmente en Europa, como consecuencia directa de aquellas transformaciones, la respuesta que debe dar el Derecho del Trabajo pasa por una tendencia a la devaluación de los principios sobre los que, tradicionalmente, se había construido la legislación social<sup>46</sup>.

9.- Se habla así de flexibilización, desregulación, contractualización e individualización como respuesta jurídica a las nuevas demandas sociales de competitividad, internacionalización y optimización de la producción. También como respuesta a la búsqueda de singularidad, entendida como quiebra de la visión tradicional del tratamiento colectivo y uniforme de las relaciones de trabajo, tanto por una regulación legal uniformadora como por una regulación convencional que

---

<sup>44</sup>GONZÁLEZ ORTEGA, S. "La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo" en RL T-II/87. pág. 258.

<sup>45</sup> CASAS-BAYLOS-ESCUADERO "Flexibilidad...." citada. pág. 315.

<sup>46</sup>CASAS BAAMONDE M.E. "La individualización.....". citada. pág. 315.

analiza las cuestiones desde la perspectiva del interés colectivo<sup>47</sup>.

La doctrina se ha ocupado con profusión de este fenómeno<sup>48</sup> coincidiendo en que las manifestaciones de la

---

<sup>47</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Negociación colectiva...." citada pág. 2.

<sup>48</sup> Sobre la cuestión la bibliografía reciente es muy amplia, no sólo en la doctrina española, sino también en la extranjera. Al respecto, la practica totalidad de la citada hasta el momento se refiere de una u otra manera a la cuestión; también la que se cita mas adelante; sin embargo conviene dejar constancia, en estos momentos de aquella que mas concretamente aborda el debate sobre la individualización de las relaciones laborales. Así, sin ánimo de ser exhaustivos señalar la estudiada para este capitulo: en España, RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado?" en RL T-I/87. "Principio de Igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales" en RL nº 17/91. OJEDA AVILES A. "Autonomía colectiva y autonomía individual" en RL nº 20-21/91. SALA FRANCO, T. "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo" en Revista de Treball nº 7/88, pp. 9-18. GARCÍA BECEDAS G. "Interés colectivo e interés social: ¿Un lugar para el interés individual?" en Homenaje al Profesor Alonso Olea pp. 876 y ss. GARCÍA PERROTE I. "Autonomía individual en masa y antisindicalidad" en RL T\_II/89 pp. 256 y ss. SAGARDOY BENGOCHEA J.A. "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral" en Homenaje al Profesor Alonso Olea, pp. 262 y ss. "Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales en España" en RL T-II/87 pp. 237 y ss. DURAN LOPEZ- MONTOYA-SALA "El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario". Madrid MTSS 1987. PEREZ DE LOS COBOS, F. "La Flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja" en RL Tomo I/91, pp. 79 y ss. DEL REY GUANTER, S. "Desregulación, juridificación y flexibilidad en el derecho del trabajo" en RL T-I/89 pp. 282 y ss.; en Francia, LYON CAEN, G. "La bataille truquee de la flexibilité" en DS nº 12/85 pp. 801 y ss. y "Actualité du contrat de travail DS 1988 pp. 540 y ss. BONNECHERE, M. "les tendances a la dereglementation et leur incidence sur la theorie des sources en droit du travail" en DS 1/90 pp. 40 y ss. JEMMAUD, A. "Les polyvalences du contrat de travail" en Etudes offertés a G. Lyon Caen.

tendencia individualizadora de las condiciones de trabajo tratan de dar respuesta flexible a exigencias específicas de las empresas y unidades productivas y también a satisfacer intereses diferenciados de singulares trabajadores<sup>49</sup>. Se trata de lo que se ha dado en llamar el debate de la flexibilidad, que ha dado lugar en los últimos tiempos a una abundante literatura doctrinal sobre los mas diversos aspectos de la misma, debate que puede ser abordado desde tres puntos de vista<sup>50</sup>: uno de carácter general, que pone el énfasis en el análisis de la flexibilidad como valor en si mismo, y en el que, con frecuencia, se ha caído en una excesiva simplificación o ideologización<sup>51</sup>; un segundo plano consiste en determinar el grado de flexibilidad o rigidez que aparece en un concreto sistema de relaciones laborales desde una perspectiva jurídico positiva; por último, un tercer enfoque supone plantear propuestas jurídicas o políticas de modificaciones normativas que impliquen una mayor o

---

Paris 1989. pp. 299 y ss; entre otras; en Italia, ademas de las citadas ROMAGNOLI U. "La deregolamentazioni e le fonti del diritto del lavoro", ponencia presentada al European Symposium of labour rights París 1989, ejemplar multicopiado.

<sup>49</sup> DURAN-SAEZ "Autonomía colectiva....." citada pág. 108.

<sup>50</sup> DURAN-SALA-MONTOYA "El ordenamiento..." citada pp. 20-21.

<sup>51</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad, un ..." citada. Pág. 14.

menor rigidez del sistema jurídico estudiado.

El presente trabajo se enmarca claramente en el segundo de los aspectos citados, pretendiendo averiguar el grado de flexibilidad de nuestro concreto ordenamiento jurídico laboral, a través del análisis del papel que cumple en el mismo el juego de la autonomía individual. Ahora bien, hablar de flexibilidad concebida desde el punto de vista de las limitaciones que, en el ámbito de las relaciones laborales, el Derecho del Trabajo impone a la autonomía de la voluntad de las partes del contrato, requiere con carácter previo concretar la amplia variedad terminológica existente sobre la materia, consecuencia de la amplia variedad de conceptos que están implicados en el debate y reflejo de su propia complejidad<sup>52</sup>.

10.- Bajo el término flexibilidad, se escondieron en un primer momento, no conceptos jurídicos sino estrategias de poder en el seno de la empresa<sup>53</sup>, siendo concebida a menudo, como destacó RODRIGUEZ PIÑERO, como una mera reconquista del poder empresarial, como una vuelta a los orígenes, un aprovechar la modificación de fuerzas entre empresarios y sindicatos para imponer la

---

<sup>52</sup> DEL REY GUANTER, S. "Desregulación...." citada. pág. 283.

<sup>53</sup> SAGARDOY, J.A. "Anotaciones críticas..." citada pp. 249-250.

ley del mas fuerte<sup>54</sup>. Sin embargo, la doctrina ha ido estudiando y profundizando en la cuestión esclareciendo y clarificando los términos del problema. Ya en 1985 un imprescindible estudio de G. LYON CAEN puso el énfasis adecuado para enfocar debidamente el problema, al señalar que la libertad de los agentes económicos es variable según que un sistema jurídico multiplique sus leyes imperativas o las reduzca al mínimo, según que erija la autonomía en principio y confiera a la ley una función supletoria. El grado mas o menos entendido de permisividad, de derogabilidad, de autonomía, son las cuestiones decisivas a las que se refieren los sustantivos imprecisos de flexibilidad o de movilidad<sup>55</sup>.

En este sentido, SALA ha puesto de relieve que no hay que olvidar que, en todo caso, lo que está en cuestión en el fondo del debate sobre la flexibilidad no es tanto una cuestión nueva sino el alcance del "orden público laboral", alcance cuya valoración debe ser necesariamente coyuntural<sup>56</sup>.

Sin embargo, en muchas ocasiones cuando se habla del

---

<sup>54</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad: un debate..." citada pág. 14.

<sup>55</sup> LYON CAEN, G. "La bataille...." citada. pág. 801.

<sup>56</sup> SALA FRANCO, T. "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo", citado, pág. 18.

debate de la flexibilidad se está haciendo referencia también a la desregulación y a la juridificación<sup>57</sup>, de forma que la desregulación es vista como una forma extrema de flexibilidad<sup>58</sup>.

Por flexibilidad del ordenamiento jurídico laboral, siguiendo a DEL REY podemos entender el proceso de revisión del patrimonio normativo, tendente a posibilitar la adaptación de aquél a las que se consideran como unas nuevas necesidades económico-sociales, y ello, esencialmente, por medio de permitir un mayor protagonismo a la autonomía colectiva y, fundamentalmente, a la individual<sup>59</sup>.

La desregulación o desreglamentación, supone una drástica reducción de los niveles de protección legal, e incluso colectiva, con supresión de normas, para conseguir que las condiciones de trabajo se fijen con el libre acuerdo de las partes, retornando al juego del mercado de trabajo<sup>60</sup>. En el fondo, lo que late en la

---

<sup>57</sup> DEL REY GUANTER, S. "Desregulación..." citada. pág. 285.

<sup>58</sup> MARTIN VALVERDE A. "El derecho del trabajo de la crisis en España", REDT nº 26/1986. pág. 176.

<sup>59</sup> DEL REY GUANTER, S. "Desregulación..." citada pág. 285. Vide, en este mismo sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad..." citada pág. 30.

<sup>60</sup> Para una mayor profundización de la llamada "alternativa neoliberal" que es lo que en el fondo se prefiere con la desregulación vide, entre otros, DEL REY GUANTER, S. "Desregulación..." citada, pp. 283 y ss.

desregulación es un deseo de volver a los orígenes, de retorno a los viejos dogmas de la doctrina liberal pura; por eso, señala RODRIGUEZ PIÑERO, como el Derecho del Trabajo partió de la premisa de que el trabajo no es un bien económico como los demás, la desregulación supone poner en duda los principios mismos del Derecho del Trabajo<sup>61</sup>. La desregulación, requiere en alguna medida, y de forma paradójica, la intervención estatal, a través de leyes que se limiten a asegurar el libre juego de la autonomía individual, pero, dado que entre la ley y el contrato queda un amplio espacio para la autonomía colectiva, la desregulación requerirá la intervención del Estado destinada a impedir el apoyo legislativo a la autonomía colectiva, restringiendo los derechos sindicales, o recortando el espacio del convenio colectivo<sup>62</sup>, de tal suerte que no se puede oponer simplistamente desregulación a juridificación, como fenómeno contrario consistente básicamente en una

---

MARTIN VALVERDE A. "El derecho..." citada, p'. 165 y ss. SIMITIS, S. "La giuridificazioni dei rapporti di lavoro" GDLRI n° 30/86, pp. 215 y ss. EPSTEIN R.A. "A common law for labor relations: a critique of the New Deal Labor Legislation" en The Yale law journal n° 8/83 pp. 1357 y ss.

<sup>61</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad...." citada. pág. 28.

<sup>62</sup> CLARK, J. & WEDDERBURN, B. "La giuridificazione nel diritto del lavoro británico" en GDLRI n° 30/86 pág. 279.

hiperintervención estatal limitadora del juego de la voluntad individual o colectiva<sup>63</sup>.

De esta forma, no podemos identificar flexibilidad y desregulación, pues en tanto que esta última pretende la desaparición de las normas protectoras, aquella (la flexibilidad) no se plantea el problema de eliminar o cambiar normas sino el de cambiar los métodos de normación<sup>64</sup>.

11.- En el interior del debate transcrito, como epicentro del mismo, se encuentra la recuperación del papel del contrato de trabajo en la regulación de las relaciones laborales, que se ha acuñado con el término "individualización". Asistimos hoy al fenómeno conjunto de rebelión de la autonomía individual frente a la intervención estatal y de reivindicación de la contratación individual frente a la colectiva; fenómeno que se ha intentado justificar desde muchos puntos de vista<sup>65</sup> y que pretende incrementar el papel regulador del contrato de trabajo.

Esta recuperación del papel del contrato de trabajo

---

<sup>63</sup> En este sentido, vide BONNECHERE M. "Les tendencies..." citada, pp. 41-42.

<sup>64</sup> GIUGNI, G. "Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano" en GDLRI nº30/86. pág. 331.

<sup>65</sup> Vide, en este sentido, SIMITIS, S. "Il diritto del lavoro..." citado pág. 101.

como instrumento regulador de las relaciones laborales puede ser abordado desde muchos puntos de vista<sup>66</sup>; sin embargo, en este momento, vale la pena destacar que aquel incremento de la función reguladora del contrato es un hecho que se observa no sólo en la proliferación de cláusulas contractuales de todo tipo que singularizan la relación de trabajo<sup>67</sup>, sino también, en la llamada prosperidad legislativa del contrato de trabajo<sup>68</sup>.

En efecto, aunque este último fenómeno es común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en España, a partir de la reforma del Estatuto de los Trabajadores, efectuada por la Ley 32/84 de 2 de Agosto, se ha implantado un diseño legal en el que, junto a la relación normal de trabajo (el contrato de trabajo típico por tiempo indeterminado), se acoplan una gama de modalidades contractuales, que a su vez se descomponen en modalidades del contrato propiamente dichas, contratos de trabajo temporales en sus diversas modalidades y un elenco de relaciones laborales de carácter especial, cuyo elemento

---

<sup>66</sup> Como pone de relieve SALA ("El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral....", citado, pág. 9) "se trata ciertamente de un debate complejo en si mismo y en su coyuntura histórica y geográfica: el debate de las mil caras".

<sup>67</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "La modificación unilateral del contrato de trabajo: el caso francés". DL 1992, pág. 1.

<sup>68</sup> JEMMAUD, A. "Les polyvalences....", citado, pp. 299-300.

común es la decisiva importancia que tiene la autonomía individual para la determinación de las concretas condiciones de trabajo<sup>69</sup>.

De esta forma, se ha afirmado que frente a una relación de trabajo típica constituida por la relación laboral definida en el artículo 1.1 del ET, y por tiempo indefinido, nos encontramos con una serie de relaciones de trabajo atípicas constituidas por las señaladas modalidades contractuales que comportan un diverso sistema de protección<sup>70</sup>, de suerte tal que el Derecho del Trabajo ha dejado de ser un ordenamiento compacto e imperativo para convertirse en un sistema jurídico internamente fracturado, rebajado y desigual en el cumplimiento del cometido tutelar que le es propio<sup>71</sup>.

12.- En cuanto potenciación de la voluntad individual frente a la norma estatal o colectiva, la

---

<sup>69</sup> BAYLOS GRAU, A. "Derecho del Trabajo: modelo para armar". Ed. Trotta. Madrid 1991. Pp. 70-71.

<sup>70</sup> Vide, en general, CASAS-BAYLOS-ESCUADERO "Flexibilidad legislativa y contractualismo en...", citado. MARTIN VALVERDE A. "Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/84 de reforma del Estatuto de los Trabajadores" en AA.VV. "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos Madrid 1985. Pp. 17 y ss. BAYLOS GRAU, A. "Derecho del Trabajo: un...", citado, pp. 70-73.

<sup>71</sup> CASAS, M.E.- VALDES, F. "Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España" en RL Tomo I/89 pág. 256.

individualización, con independencia del reseñado aliento legislativo, se justifica en base a la recuperación de espacios de libertad del propio trabajador, que es, en si mismo, desigual o distinto del resto de los trabajadores. Como señala D'ANTONA, la opción cultural subyacente es la que pregona que un Derecho del Trabajo menos imbuido de la tradicional regulación heterónoma y mas próximo al establecimiento consensual del contrato restituirá al trabajador una libertad de la que ha sido demasiado frecuentemente expropiado por la heteronomía y la colectivización de intereses<sup>72</sup>.

En el análisis de esta tendencia, el trabajador individual aparece ahora como una personalidad distinta a la de sus representantes sindicales, detentando intereses contrapuestos con los de éstos, no defendidos o mal defendidos por quienes los tienen a su cargo y que se consideran tan legítimos como los tutelados por la representación sindical<sup>73</sup>.

Así pues, el retorno al contrato de trabajo y su consiguiente valoración, camina, como recientemente ha

---

<sup>72</sup> D'ANTONA, M. "La autonomía...." citada, pág. 10.

<sup>73</sup> OJEDA AVILES, A. "Autonomía Colectiva y...." citada pág. 37. GARCÍA PERROTE I. "Autonomía individual en...." citada señala que "son tendencias empeñadas en una suerte de intento de subvertir los principios que tradicionalmente han regido, y aún hoy rigen, las relaciones entre la ley, el convenio colectivo, y el contrato de trabajo".

señalado CASAS BAAMONDE<sup>74</sup>, por distintas vías: favorecida por la propia intervención legislativa y por la autonomía colectiva; alentada por nuevas formas de trabajo especialmente cualificadas, ricas o superprotegidas, que tratan de colocarse fuera de la regulación uniformadora del ordenamiento jurídico laboral; instrumentalizada por políticas empresariales de gestión plural, desindicalizada o descolectivizada de la mano de obra, al margen de la representación (unitaria o sindical) de los trabajadores; alimentada (en algunas ocasiones) por la jurisprudencia y acogida por los nuevos valores sociales recuperadores del individualismo jurídico y exaltadores de la desigualdad.

Sin embargo, la individualización de las relaciones de trabajo tiene un contenido complejo que trasciende de una mera revalorización del contrato y supone además una revisión crítica del papel de la negociación colectiva en cuanto mecanismo de determinación y regulación de las condiciones de trabajo<sup>75</sup>.

13.- Este redescubrimiento del contrato de trabajo se explica, en definitiva, porque, en el fondo, el

---

<sup>74</sup> CASAS BAAMONDE M.E. "La individualización..." citada, págs 108-109.

<sup>75</sup> DURAN-SAEZ, "Autonomía colectiva...." citada. pp. 108-109.

contrato puede ser tanto un instrumento flexibilizador de la disciplina estatal y colectiva de la relación de trabajo, cuanto garantía última del respeto a determinadas condiciones de trabajo<sup>76</sup>. La moderna doctrina vuelve sus ojos hacia el contrato de trabajo, como institución central de la disciplina<sup>77</sup>, al que no sólo se le buscan nuevas perspectivas, sino que, también, desde el análisis clásico, se estudian sus funciones tradicionales desde nuevas ópticas. Es claramente en este contexto, donde se encuadra el presente trabajo, que pretende fijar, nuevamente, la atención en el contrato de trabajo, como instrumento regulador de los derechos y obligaciones de la relación individual de trabajo.

En efecto si, como ya se ha señalado, lo que late en el fondo de la llamada individualización de las relaciones laborales es la recuperación de la función reguladora del contrato de trabajo, lo relevante es determinar si se trata de un problema nuevo o si, en definitiva, es el problema de siempre; importa averiguar cual es la misión de la autonomía individual en nuestro ordenamiento jurídico laboral, dentro del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo.

---

<sup>76</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "La modificación..." citada. pág 3.

<sup>77</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 43.

Se trata, en definitiva, del examen de las funciones del contrato de trabajo, la constitutiva, la normativa y la aplicativa, a la luz del renovado papel que a la autonomía individual parece concederle la moderna doctrina, para determinar su alcance y posibilidades, sobre todo en la relación típica de trabajo, en conexión con la ley y el convenio colectivo; analizando también la relevancia que la autonomía individual tiene en la novación, suspensión y extinción de la relación contractual, así como su importancia en la determinación de las concretas condiciones de trabajo y su modificación de conformidad con las disposiciones que, hoy en día, ofrece el vigente ordenamiento.

Todo ello desde una perspectiva estática, es decir al margen de la coyuntura del momento, sin olvidar que la autonomía individual, el contrato de trabajo, como se ha escrito gráficamente, camina viento en popa, en un sector del ordenamiento jurídico (el Derecho del Trabajo) donde parecía que navegaba a la deriva<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> JEMMAUD, A. "les polyvalences..." citado. pág. 300.

CAPITULO II

LA FUNCIÓN CONSTITUTIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO

## 1.- El contrato como acto y el contrato como norma.

### Las funciones del contrato de trabajo.

1.- El derecho de contratos ha representado tradicionalmente el área de mas plena realización de la voluntad del individuo<sup>1</sup>. El contrato que, en palabras del artículo 1254 del Código Civil, "existe desde que una o varias personas consienten en obligarse", supone el reconocimiento del papel creador de la autonomía individual, entendida como acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados constituyen y regulan una relación jurídica; de tal forma, que el contrato se ha convertido en la institución central de todo el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>. Así ocurre en el ordenamiento jurídico laboral, en el que el contrato constituye su institución central y su piedra angular en torno a la

---

<sup>1</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo II Vol. I Doctrina General del Contrato. Barcelona 1988. pág. 6

<sup>2</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol I. Madrid. 1988. Pág. 96.

cual se ha ido elaborando nuestra disciplina.<sup>3</sup>

2.- El contrato, en si mismo, encierra un encadenamiento de voluntades y propósitos, una vinculación entre dos o mas personas con derechos y deberes mutuos, ante el que las partes han comparecido con intereses distintos y con voluntad de compaginar y coordinar estos intereses. La teoría del contrato en general es, así, la teoría de la composición de intereses diversos, a veces complementarios, constituyendo la teoría del contrato de trabajo la composición de intereses esencialmente contrapuestos.<sup>4</sup> El conflicto contractual subyacente, tiene en el Derecho del Trabajo una dimensión mayúscula, en la medida en que la divergencia entre los contratantes es una transposición microscópica de la divergencia entre los grupos sociales a que pertenecen.<sup>5</sup>

Esta idea de contrato, que atribuye a la autonomía de la voluntad individual la creación de derechos y

---

<sup>3</sup> Vide, por todos, MARTÍN VALVERDE-RODRIGUEZ SAÑUDO-GARCÍA MURCIA "Derecho del Trabajo". Madrid 1991. Pág. 353.

<sup>4</sup> CABRERA BAZAN, J. "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo" en Estudios de derecho del trabajo en homenaje al profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid 1980. pág. 155.

<sup>5</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo". 11ª Edición. Madrid 1990. Pág. 259.

obligaciones, ha sido admitida, con algunas dificultades, a lo largo de la historia, hasta llegar a la actual y moderna concepción del concepto de contrato, que se resiste a aceptar como fundamento del contrato la idea del conflicto de intereses contrapuestos que se traduce en el dominio exclusivo de una voluntad por otra voluntad<sup>6</sup>, entendiéndose, por contra, que en todo contrato el elemento fundamental es la conjunción de intereses, obra de la libre voluntad de las personas, porque estas además de hacer uso de su libertad, se encuentran en condiciones de igualdad, y el ordenamiento jurídico considera que la mejor forma de resolver y regular sus intereses es aquella que ellos mismos establezcan<sup>7</sup>; de tal suerte que, en la práctica, esa conjunción de intereses requiere una intervención constante, más o menos intensa, del Estado, supliendo o sustituyendo la voluntad de las partes cuando el interés general entra en juego (como en contratos de seguros o de transportes, etc), o cuando lo aconseja la particular posición de

---

<sup>6</sup> Para un análisis de la evolución histórica del contrato de trabajo puede verse: DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado Vol I. pp. 94 a 97. PUIG BRUTAU J. "Fundamentos..." citado Tomo II, Vol I. pp. 20 a 35. y CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español Común y Foral" T-III. Derecho de Obligaciones. 8ª Edición. Madrid 1955. pp. 320-325.

<sup>7</sup> DIEZ PICAZO L. "Comentario al artículo 1254 del Código Civil" en AA.VV. Comentario del Código Civil. Vol II. Madrid 1991. pág. 429.

prepotencia de una de las partes contratantes, cual ha sucedido históricamente en el contrato de trabajo.<sup>8</sup>

En el acto contractual laboral se evidencia el antagonismo de posiciones e intereses entre empresario y trabajador, pero también se refleja su afán y su necesidad de conseguir un compromiso estable. El contrato de trabajo se estructura así como una "concordantia discordantium".<sup>9</sup>

3.- Para establecer el concepto de contrato, es necesario partir de una afirmación clásica, aunque no por ello menos evidente: el contrato es un tipo de negocio jurídico. El negocio jurídico como tal no aparece definido en el ordenamiento jurídico positivo; es por lo tanto, un concepto abstracto elaborado por la doctrina, que puede definirse como la manifestación de voluntad privada de una o más partes dirigida a obtener un fin práctico tutelado por el derecho.<sup>10</sup> El contrato constituye así una manifestación de la autonomía individual como negocio jurídico bilateral que da nacimiento a una relación jurídica entre las partes que

---

<sup>8</sup> COSSIO, A. de "Instituciones de Derecho Civil". Vol I. Madrid 1975. Pp. 228-235.

<sup>9</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho...." citado. pág. 260.

<sup>10</sup> TORRALBA SORIANO, V. "Derecho Civil". Vol. II. Barcelona 1989. pág. 507.

lo conciertan.

El ya citado artículo 1254 del Código Civil proporciona, si no una definición acabada, si las pautas y la idea precisa de lo que nuestro ordenamiento entiende por contrato, al establecer que:

"El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio".

Desde esta perspectiva, el efecto del contrato es la creación de una relación jurídica obligatoria. Sin embargo, como ha puesto de relieve DIEZ PICAZO, tal conclusión habría que considerarla precipitada, puesto que cuando el Código habla de consentir en obligarse quiere decir en establecer una vinculación entre las partes contratantes o decidir que unas determinadas relaciones o situaciones jurídicas queden regidas por las reglas y preceptos emanados de la autonomía individual.<sup>11</sup> Consentir en obligarse no es, única y exclusivamente, consentir en crear una relación jurídica que obliga a las partes sino, además, consentir también en quedar obligados por lo pactado en el contrato. Las partes habrán sido libres para contratar o no, pero una vez realizado el contrato, lo convenido y pactado subsistirá con fuerza obligatoria, con independencia de

---

<sup>11</sup> DIEZ PICAZO, L. "Comentariò al artículo 1254..." citado. pág. 430.

que subsista la voluntad inicial de obligarse.<sup>12</sup>

Se recoge de esta forma, la clásica distinción kelseniana del contrato como acto y el contrato como norma,<sup>13</sup> según la cual el contrato en si mismo engloba dos aspectos: de un lado, el acuerdo de voluntades que genera obligaciones y de otro, la situación o estado de derecho que resulta de lo convenido. De tal suerte que, como acto, el contrato se nos aparece como una acción de los interesados, a la cual el ordenamiento jurídico atribuye unos determinados efectos; mientras que, como norma, el contrato supone un conjunto de reglas a las que los contratantes están sometidos y que ordenan sus conductas recíprocas, mediante el establecimiento entre ellos de derechos y obligaciones.<sup>14</sup>

Así lo reconoce implícitamente el Código Civil en los arts 1089 -al establecer el contrato como fuente de la obligación-, 1254 -con la expresión "consienten en obligarse"- y, sobre todo, en el artículo 1091 que establece:

"Las obligaciones que nacen de los contratos tienen

---

<sup>12</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...." citado. Pág. 14.

<sup>13</sup> KELSEN, H. "Teoría Pura del Derecho". UNAM, México 1986. Pp. 267 y ss.

<sup>14</sup> Vide, en este sentido: DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado. pp. 96-97. OSSORIO MORALES, J. "Notas para una teoría general del contrato" RDP, 1965. Pp. 1080 y ss.

fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos".

Precepto que, aunque fuertemente criticado por la doctrina civilista, refleja la concepción de que el contrato es ley para las partes porque se ha convertido en una norma jurídica que regirá la conducta posterior de los contratantes.<sup>15</sup>

4.- La doctrina laboralista, independientemente de las tesis que sitúan el origen de la relación laboral en el puro hecho de la ejecución del trabajo -a las que haremos referencia en el apartado siguiente-, ha venido reconociendo en el contrato de trabajo las dos dimensiones transcritas, incluso en tiempos en los que, de una u otra manera, predominaban las tesis del "declinamiento" del contrato, estableciendo que el contrato individual de trabajo constituía la fuente real de la relación de trabajo, y que conservaba, al lado de este papel genético, un papel normativo consistente en

---

<sup>15</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos..." citado. pág. 14. Las críticas al precepto de la doctrina civilista se centran en que se trata de un precepto de escasa trascendencia disciplinar, y en consecuencia, de muy limitada utilidad práctica porque, aún constituyendo el contrato la ley particular de los contratantes, su fuerza vinculante deriva de la voluntad de la ley; tema sobre el que se volverá, con mayor amplitud, mas adelante. Vide, por todas, LUNA SERRANO, A. "Comentario al artículo 1091 del Código Civil" en AA.VV. Comentario del..." citado Vol II. pp. 11-12.

la creación de un conjunto de derechos y obligaciones para las partes.<sup>16</sup>

La doctrina española, que como veremos es unánime en la naturaleza contractual de la relación laboral, analiza la esencia del contrato partiendo de la distinción apuntada entre acto y norma. Así, se señala que el contrato de trabajo cumple, por un lado, una función constitutiva de obligaciones, y por otro, una función normativa regulando las condiciones de la relación laboral.<sup>17</sup>

Sin embargo, en la práctica, esa doble función se reduce únicamente a su función constitutiva, señalándose que la segunda función contractual se limita a dar ocasión a la aplicación automática a la nacida relación de trabajo de las normas estatales y colectivas (y, en su caso, consuetudinarias) que correspondan al tipo de actividad contratada,<sup>18</sup> puesto que el contenido de la relación de trabajo está, en su mayor parte,

---

<sup>16</sup> LYON CAEN, A. "Defense et illustration du contrat de travail" en APD T-XIII 1968. Pp. 59 y ss.

<sup>17</sup> SALA-ALBIOL-CAMPS-GARCÍA NINET-LOPEZ GANDIA. "Derecho del Trabajo". 6ª Edición. Valencia 1991. pág. 288. En este mismo sentido se pronuncian la mayoría de los manuales; por todos, vide MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del..." citado. pág. 261. MARTÍN VALVERDE et altri "Derecho del..." citado pp. 354 y 369.

<sup>18</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del..." citado. pág. 261.

predeterminado autónoma o heterónomamente,<sup>19</sup> siendo mínimo el campo de actuación de la libertad contractual.

Se señala que junto con la insustituible función constitutiva de la relación laboral, existe otra función reguladora, también esencial pero ya no indispensable por cuanto que el contrato de trabajo se inserta en un cuadro regulado, extensa e intensamente, por la normativa laboral de origen estatal y de origen convenido.<sup>20</sup> La relación de trabajo está mucho menos establecida por el contrato que por las disposiciones legales o colectivas.<sup>21</sup>

5.- Siendo ciertas las anteriores aseveraciones, no lo es menos que los contratantes pueden establecer para su contrato "los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes a la moral o al orden público" (artículo 1255 del Código Civil), lo que constituye una posibilidad, abierta en todos los contratos, y también en el contrato de trabajo, con sujeción a sus propias normas de orden

---

<sup>19</sup> SALA et altri "Derecho del ..." citado. pp. 289-290.

<sup>20</sup> MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del..." citado. pág. 369.

<sup>21</sup> COUTURIER, G. "Droit du Travail. 1/ Les relations individuelles de travail". París 1990. Pág. 83.

público laboral, o dicho en palabras del art. 3-1-c del Estatuto de los Trabajadores sin que en ningún caso puedan establecerse condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

6.- Cumple, pues, el contrato de trabajo la doble función de ser fuente constitutiva de la relación laboral y de regular las condiciones en que ésta ha de desenvolverse, mediante el establecimiento de los pactos que tengan por conveniente; y, con ocasión de su celebración, las partes no sólo constituyen y definen las prestaciones básicas que les obligan y la forma en que éstas han de desarrollarse, sino que, al mismo tiempo, determinan buena parte de la normativa heterónoma aplicable a la relación de trabajo constituida.<sup>22</sup> Se ha hablado, de este modo, de dualismo estructural del contrato de trabajo, que conlleva en si mismo una dualidad de funciones.<sup>23</sup>

Se produce así, una coexistencia entre la autonomía individual y la normativa laboral: la primera es

---

<sup>22</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo" en Actualidad Laboral nº 18/92 pág. 374.

<sup>23</sup> JEMMAUD, A. "Les Polivalences du contrat de travail" en Les transformations du droit du travail. Etudes offertés a G. Lyon Caen. París.1989. Pp. 301 y ss.

expresión del margen de libertad que el ordenamiento jurídico ha concedido a los sujetos para establecer sus relaciones y dotarlas del conjunto de derechos y obligaciones que tengan por conveniente; la segunda está constituida por el conjunto de disposiciones generales y objetivas emanadas de la Ley y de la autonomía colectiva, que se aplican necesaria e imperativamente a las relaciones laborales creadas por los contratantes y a las que las normas emanadas de su voluntad deben someterse.<sup>24</sup> La relación entre ambas, que ya hemos denominado de complementariedad, definirá el papel de la autonomía individual en la conformación y configuración de la relación de trabajo, para cuya determinación es necesario estudiar en profundidad las funciones constitutiva y normativa del contrato de trabajo.

---

<sup>24</sup> MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del..." citado. pág. 370.

## 2.- Eficacia constitutiva del contrato de trabajo.

7.- El contrato de trabajo, como negocio jurídico bilateral, hace nacer la relación de trabajo entre los sujetos que lo conciertan. Es un acto jurídico al que el ordenamiento atribuye un efecto determinado: el de la creación de la relación laboral. "Le contrat est la forme juridique qu'est réputé revertir le rapport de travail", ha escrito gráficamente A. LYON CAEN.<sup>25</sup> Sin embargo, esta afirmación no siempre ha sido posible realizarla con la rotundidad con la que aquí se expresa; como ha puesto de manifiesto JEMMAUD "la reflexión savante à fortement contesté la consistance du contrat de travail...et plus ans après et bien que certains persistent a penser que le salarié ne se trouve pas dans une situation contractuelle".<sup>26</sup>

En efecto, en la doctrina europea (fundamentalmente en

---

<sup>25</sup> LYON CAEN, A. "Actualité du contrat de travail" en DS nº 7-8/1988. pág. 540.

<sup>26</sup> JEMMAUD, A. "les Polivalences...." citado. pág. 299.

la alemana y en la francesa y, también, aunque quizá con menos intensidad, en la española), durante bastante tiempo afloraron múltiples reflexiones que, con mayor o menor intensidad y con distintos matices, ponían en duda el origen contractual de la relación de trabajo. Son conocidas como tesis relacionistas, y a ellas nos referiremos a continuación, con el propósito de examinar aquellos planteamientos ya superados, y de afirmar la contractualidad de la relación laboral.

## 2.1-Tesis relacionistas

8.- Con la denominación de "tesis relacionistas", la doctrina agrupa a todas aquellas corrientes científicas que han mantenido que el origen de la relación jurídico-laboral se encuentra en la integración o incorporación del trabajador en la empresa o que, de alguna manera, ponen reparos a la tesis contractualista que postula que el contrato hace nacer la relación jurídico-laboral.<sup>27</sup> No se trata aquí de realizar un análisis profundo de tales tesis, ni mucho menos de intentar resucitar sus planteamientos básicos, sino, simplemente, de dejar constancia de las mismas en la medida en que su crítica

---

<sup>27</sup> SALA et altri "Derecho del..." citado. pág. 288.

o superación implican, de alguna manera, poner el énfasis adecuado en la naturaleza contractual de la relación laboral; lo que, sin duda, contribuirá a dimensionar en su justa medida la función constitutiva del contrato de trabajo como reflejo y manifestación cierta de la autonomía individual.

9.- Para ello conviene partir del fundamento o explicación sociológico-política que dio lugar a la aparición de las tesis relacionistas, relatando las distintas teorías que en las mismas tienen cabida, con expresión de sus principios teóricos y positivos, y de las críticas doctrinales consiguientes.<sup>28</sup>

La doctrina española ha puesto de manifiesto que la

---

<sup>28</sup> Con este objeto, se señala la bibliografía que se ha seguido para el tratamiento de este apartado, sin ánimo de exhaustividad: ALMANSA PASTOR, J.M. "La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo" en RPS nº 67/1965. ALONSO GARCÍA M. "las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el Derecho del Trabajo" en CPS nº 30/1965, pp. 7 y ss. DURAND, P. "Traité de Droit du Travail" París, 1950, Pp. 200 y ss. LEGAZ LACAMBRA, L. "Estudios de doctrina jurídica y social". Barcelona, 1940, pp. 253 y ss. NIKISCH, A. "La incorporación y su significación para el derecho del trabajo" en RPS nº49/1961, Pp. 9 y ss. PEREZ BOTIJA, E. "las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo" en RGJL 1942 Pp. 7 y ss. POLO, A. "Del contrato a la relación de trabajo" en RDP núm 288-289/1941 Separata. RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Empresa y contrato de trabajo" en AUH Vol XX, Sevilla, 1960, pp.41 y ss. "Contrato y relación de trabajo" en AUH Vol XXVII. Sevilla 1967. SUAREZ GONZALEZ, F. "El origen contractual de la relación de jurídica de trabajo" en CPS nº 48/60 pp 69 y ss. DE LA VILLA, L.E. "Relaciones laborales de hecho" en RDT nº 47 pp. 67 y ss.

remodelación del contrato de arrendamiento de servicios en un nuevo tipo de contrato -el contrato de trabajo- se lleva a cabo, por lo que al derecho español se refiere, en dos etapas sucesivas. En la primera, mediante una serie de normas especiales en base a los artículos 16 y 1585 del Código Civil; y, en la segunda, mediante la completa independización del contrato de trabajo respecto del contrato civil de arrendamiento de servicios.<sup>29</sup>

Esta segunda etapa tiene como punto de arranque la crítica, común en toda la doctrina de la época, al derecho liberal individualista y su consiguiente disfuncionalidad social; su consecuencia, ya se ha señalado en la introducción, no es otra que la intervención creciente del Estado en el mundo del trabajo para compensar la desigualdad práctica que suponía la teórica libertad contractual. Lo que sucede es que para un sector doctrinal -los relacionistas- la intervención del Estado es tan importante y su presencia tan absorbente que la autonomía de la voluntad, base de los negocios contractuales, ha desaparecido, y por ello, trata de descubrir nuevas categorías que sustituyan al contrato, pues éste ya no sirve para explicar el origen

---

<sup>29</sup> SALA et altri "Derecho del...." citado. pp. 287-288.

y fundamento de la relación laboral.<sup>30</sup>

La crítica al liberalismo, común por otra parte a toda la doctrina, como ya se ha señalado, adopta en las tesis relacionistas la peculiaridad de considerar al contrato como elemento fundamental de la concepción del sistema liberal, que hace del reconocimiento de los derechos individuales fundamento del sistema mismo, y coloca a la ley al servicio directo de los particulares garantizando la libertad de acción de los mismos hasta el límite de lo tolerable.<sup>31</sup> Se critica la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación y la seguridad jurídica, entendida como garantía de derechos individuales, porque carecen de todo sentido social y de ética colectiva.

Se desea abandonar la idea de contrato porque, de ninguna manera, se quiere asimilar la situación del trabajador (que cuando trabaja para otros no compromete una cosa, sino que se compromete a si mismo) a las otras situaciones que se ofrecen en el campo de las relaciones patrimoniales.<sup>32</sup>

En síntesis, las tesis relacionistas sostienen que el contrato no es necesario, sino superfluo, de una parte, porque la relación laboral surge en virtud de la entrada

---

<sup>30</sup> SUAREZ GONZÁLEZ, F. "El origen...." citado pág. 71.

<sup>31</sup> POLO A. "Del contrato a..." citado. pág. 15.

<sup>32</sup>SUAREZ GONZÁLEZ, F. "El origen..." citado. pág. 73.

del trabajador en la empresa y de otra parte, porque la disciplina jurídica que regula las relaciones entre trabajador y empresario, está determinada por las leyes y los reglamentos.

10.- Muy variados y diversos han sido los matices que, a lo largo de la historia, han presentado las tesis relacionistas, aunque lo fundamental está ya esbozado,<sup>33</sup> sin embargo, parece oportuno trazar un breve esquema de las mismas, para lo que, en lo fundamental, seguimos a SUAREZ, para quien, en síntesis, las tesis relacionistas son tributarias de dos corrientes de pensamiento: la alemana y la francesa.<sup>34</sup>

11.- En Alemania, la teoría de la "Arbeitsverhältnis", tiene su origen en la doctrina oficial del nacionalsocialismo que propugnaba como

---

<sup>33</sup> No nos detenemos aquí en significar otros matices sociopolíticos de indudable influencia en las tesis relacionistas, ni tampoco, en los efectos que las mismas provocaron en determinadas corrientes de pensamiento político, fundamentalmente el nacionalsindicalismo, con o sin la anuencia de alguno de sus autores; aún consciente de la determinada importancia que ello pudiera tener; pues el objetivo es otro, en estos momentos, al analizarse aquellas bajo la óptica de la autonomía individual en su función constitutiva de la relación laboral. En la bibliografía citada en la nota 28, y fundamentalmente en la señalada por los allí citados, existe abundante material sobre la cuestión.

<sup>34</sup> SUAREZ GONZÁLEZ, F. "El origen contractual..", citado, pp. 73 y ss.

doctrina jurídica oficial el retorno al derecho germánico, separándose cada vez mas del derecho romano; para ello la idea de contrato de trabajo libre tenía que ser superada y sustituida por otra en la que la fidelidad mutua es la base del sistema.

Siguiendo esta línea de pensamiento, diversos autores (GIERKE, POTTHOFF, SIEBERT, etc) llegarán a la conclusión de que el fundamento de la relación de trabajo estriba en la incorporación a la comunidad de producción.

Mucho mas acabada será la posición de NIKISCH, para quien la idea de contrato ya no es superflua. El trabajador, dirá, se obliga en el contrato de trabajo no a reiteradas prestaciones singulares, sino sólo a la incorporación a la empresa; la incorporación produce no sólo una dependencia del trabajador al empresario, sino también un vínculo personal de las partes que obliga al trabajador a fidelidad y al empresario a la protección del trabajador.<sup>35</sup>

12.- Otra corriente doctrinal, cuyos límites con la anterior resultan confusos, se ha inspirado en las doctrinas francesas, tiene su punto de partida en el concepto de institución y llega a la conclusión de que la empresa es una institución en la que se entra a través de

---

<sup>35</sup> NIKISCH, A. "La incorporación y su..." , citado, pp. 21-22.

la inserción en su complejo.<sup>36</sup> SCELLE redujo el contrato a un simple acto-condición como base de la relación entre empresarios y trabajadores.<sup>37</sup>

Con posterioridad DURAND señalará que "le rapport de travail n'est pas seulement de nature contractuelle. L'embauchage est la condition de l'utilisation de tous les pouvoirs legaux que les lois ouvrières utilisent. L'embauchage est l'acte condition originaire".<sup>38</sup>

13.- En la doctrina española todas las anteriores tesis gozaron de algún ascendiente, siendo particularmente intensa la defensa de las mismas realizada por POLO y su encadenamiento con el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento representado singularmente por el Fuero del Trabajo.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup>Formulación de G. RENARD, citado por SUAREZ GONZÁLEZ, F. "El origen...." citado, pág. 81.

<sup>37</sup>SCELLE, G. "Le droit ouvrier". 1929. citado por JEMMAUD A. "Les polyvalences..." citado pág. 299.

<sup>38</sup>DURAND, P. "Traité de droit du travail" avec le concurs de JAUSSAUD et VITU, 1947, pp. 171 y ss.

<sup>39</sup> POLO, A. "Del contrato a la relación...", citado, pp. 103; en especial las conclusiones. Vide, también, LEGAZ LACAMBRA, L. "Estudios de doctrina jurídica...." citado, al señalar que el ingreso en la relación de trabajo se hará mediante la manifestación de aceptar las condiciones de trabajo y la promesa de juramento o lealtad. Pp. 253 y ss.

14.- La mas elemental de las críticas realizadas a estas construcciones, consiste en que sea cual fuere el origen de la relación laboral, es claro que para que se produzca la incorporación parece necesario un previo acuerdo de voluntades, lo que constituye, sin duda, el núcleo fundamental de todo contrato. Sin embargo, ya hemos visto como en las construcciones más acabadas (NIKISCH, DURAND), el contrato no es ya innecesario aunque su papel se relativiza al máximo; por ello es necesario detenerse, aunque de forma sintética, en los fundamentos de las tesis descritas, que son paralelamente objeciones o impedimentos, según las mismas, para aceptar la naturaleza contractual de la relación laboral, en función no sólo de los argumentos de quienes las propugnaron sino, también, a la luz del actual ordenamiento jurídico positivo, pues ello contribuirá a afirmar la contractualidad de la relación laboral.

Siguiendo a SUAREZ, podemos distinguir dos tipos de objeciones: las primeras hacen referencia al origen de la relación, mientras que las segundas se refieren a su contenido.<sup>40</sup>

15.-A) Objeciones a la naturaleza contractual de la

---

<sup>40</sup> SUAREZ GONZÁLEZ, F. "El origen...." citado, pp. 102 y ss.

relación laboral que hacen referencia a su origen:

1.- La obligación del trabajo impuesta por el ordenamiento jurídico. Es una constante que la mayoría de los textos constitucionales establezcan el deber al trabajo de todos los ciudadanos. Singularmente, la Constitución española en su art. 35. Sin embargo, en la actualidad tal objeción no puede sostenerse sin rubor, tal es el sentido que el texto constitucional concede al precepto; el respeto a las libertades civiles y profesionales del individuo no permite considerar el deber de trabajar como un deber jurídico propiamente dicho, sino como un simple deber moral u obligación social<sup>41</sup>, en modo alguno incompatible con la naturaleza contractual de la relación laboral.

2.-Las partes no están en plano de igualdad, lo que impide la existencia de un verdadero contrato. Fue esta una de las primeras y principales objeciones que las tesis relacionistas sostenían para fundamentar la acontractualidad. Se decía que no podía existir tal contrato, en tanto que las partes concurrían al mismo en situación de grave desigualdad lo que impedía el libre acuerdo de voluntades esencial en toda relación contractual. No obstante, ya hemos señalado, que el sentido histórico de la intervención del Estado en el

---

<sup>41</sup>MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del..." citado, pág. 133.

sistema de relaciones laborales fue la limitación de la autonomía individual con el fin de aminorar la desigualdad de los contratantes. Ahora bien, aún así, se ha defendido que no es posible el contrato por faltar un verdadero consentimiento en la posición inferior de quien no es igual. Nos detendremos con mas amplitud al hablar del consentimiento, pero en este punto, baste señalar que lo decisivo es la existencia de igualdad jurídica entre los contratantes, y la misma existe cuando estos son libres a la hora de prestar su consentimiento, y cuando, como en nuestro caso, el poder heterónomo (ley o autonomía colectiva) han sustraído de la voluntad de las partes aquellos aspectos que pudieran atentar contra la propia libertad.<sup>42</sup>

3.-Los límites a la libertad de contratación. El empresario, en principio, tiene una amplia libertad de contratación para decidir el hecho de contratar y la persona con quien desea realizar su contrato, libertad que se encuentra sometida a determinadas limitaciones legales o convencionales que conforman la llamada regulación jurídica del mercado de trabajo. A través de ella, el Estado, o la autonomía colectiva supervisan o controlan el ejercicio de la contratación empresarial,

---

<sup>42</sup>En el derecho privado no siempre se concurre a la contratación en condiciones de igualdad real aunque si jurídica. Igual ocurre con la contratación administrativa.

estableciéndose también reservas o preferencias de empleo en favor de determinados grupos de trabajadores. El ejemplo más emblemático, por lo que a la cuestión se refiere, es sin duda el de la contratación de minusválidos en aplicación de la Ley 13/82 de 7 de Abril y RD 1451/83 de 11 de Mayo que obliga a la contratación de un cierto numero de minusválidos en función de la plantilla total de la empresa. Sin embargo, estas restricciones o limitaciones a la libertad de contratación no pueden ser argumento fundamentador de la acontractualidad, en función de tres tipos de razones. En primer lugar, por cuanto que el incumplimiento de las normas limitativas expuestas tan sólo generan sanciones de tipo administrativo y no la nulidad de contratos generalmente;<sup>43</sup> en segundo lugar, porque se trata de normas limitativas no suprimidoras de la libertad contractual; y, por ultimo, porque en el derecho privado también la ley concede a determinadas personas preferencias para adquirir bienes de otras, sin que ello afecte a la naturaleza contractual del negocio (piénsese, por ejemplo, en la preferencia del arrendatario para adquirir el inmueble objeto del contrato, la del colindante de una finca rústica, etc).

---

<sup>43</sup>SALA et altri "Derecho del trabajo" citado, pp. 380 y ss. Vide, también SALA, T. Y PEREZ DE LOS COBOS, F. "El incumplimiento empresarial de las cláusulas convencionales de empleo en PJ nº 12/88 pp. 175 y ss.

16.- B) Objeciones a la naturaleza contractual de la relación laboral referidas al contenido de la relación:

1.-El hecho de que el contenido del contrato de trabajo esté, en la mayor parte de las ocasiones, predeterminado heterónomamente. Con ello, se quiere significar que no existe autonomía de la voluntad, en cuanto que las partes no son libres a la hora de decidir el contenido de la relación jurídica que les une, y que no existe contrato porque no hay discusión de las condiciones, sino simplemente, aceptación de las mismas. El tema es de hondo calado puesto que, en el fondo se está planteando la existencia o no de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico laboral, y la propia consistencia de los llamados contratos de adhesión dentro de la teoría general de contratos.

Al respecto ya se ha señalado, como la autonomía individual es consustancial a toda relación de trabajo, cuanto menos en su momento constitutivo, y también, como veremos en su momento normativo. Por lo que se refiere al primero ya ha quedado dicho que las partes son libres de formalizar o no el contrato, de crear o no la relación; en cuanto al momento normativo, el hecho de que el contrato de trabajo esté, en su mayor parte, predeterminado heterónomamente no significa, en modo alguno que falte espacio a la autonomía individual. El

reconocimiento de la autonomía privada no quiere decir superposición a la ley, sino relación con esta dentro de una esfera en la cual la ley misma es la que permite el juego de la autonomía.<sup>44</sup> En todo caso, la doctrina civilista ya ha recogido en derecho privado la figura de los contratos normados o reglamentados, en los que, por condicionamientos de política económica o social, el Estado asume la tarea de dotar legislativa o reglamentariamente de un contenido imperativo e irrenunciable a determinados tipos de contratos.<sup>45</sup>

Y por lo que se refiere a los llamados contratos de adhesión -aquellos en los que sus condiciones son sólo obra de una de las partes, de tal suerte que la otra se limita a aceptar o adherirse-, la doctrina es clara, sobre su naturaleza jurídica, al señalar que no puede negarse su carácter contractual,<sup>46</sup> puesto que hay una verdadera prestación de consentimiento dado que las partes son libres a la hora de concluir o no el contrato.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup>ALONSO GARCÍA, M. "La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo". Barcelona. 1958. pág. 37.

<sup>45</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado. Vol. I. pág. 102.

<sup>46</sup>Ibíd. pp. 233-237.

<sup>47</sup>SUAREZ GONZÁLEZ, F. "El origen contractual..." citado, pág. 108. Vide, también, CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil..." citado, Tomo III, pp. 332-335.

2.- El mantenimiento de los contratos de trabajo en los casos de cambio de titularidad en la empresa. Es sabido que el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el cambio de titularidad en la empresa no extinguirá el contrato de trabajo, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Tampoco aquí hay fundamentación posible de tesis acontractualista alguna; la subrogación contractual y sus efectos explican suficientemente la situación.<sup>48</sup>

3.-La relación laboral derivada del contrato de trabajo nulo. Supone esta la objeción mas importante y la mejor construida por quienes han defendido las tesis relacionistas. Si existe una relación de trabajo cuyo contrato originario es nulo, resulta que la sola incorporación de hecho es suficiente para producir efectos, y por lo tanto, se concluye, no todas las relaciones de trabajo tienen su origen en el contrato.<sup>49</sup> El art 9.2 del ET dispone que "en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración

---

<sup>48</sup>SALA et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 289.

<sup>49</sup>SUAREZ GONZÁLEZ, F. "El origen...." citado, pág. 110. ALMANSA PASTOR J.M. al analizar las tesis relacionistas en "La prestación laboral en....", citado, pp. 3-5.

consiguiente a un trabajo válido". Su antecedente lo constituye el art 55 de la Ley de Contrato de Trabajo, sobre el que se efectuaron en su momento diversos estudios relativos a la fuente constitutiva de la relación laboral derivada del contrato de trabajo nulo, dividiéndose los partidarios de que la fuente la constituía el contrato, el hecho de la incorporación o la ley.<sup>50</sup> Tampoco en este supuesto, el ordenamiento jurídico laboral adopta soluciones especiales, pues, en realidad, el art 9.2 del Estatuto, como antes lo hacia el art 55 de la Ley de Contrato de Trabajo, no hacen sino aplicar la regla general contenida en el art 1303 del Código Civil, que dispone que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato".<sup>51</sup> El origen, pues, de la obligación de retribuir el trabajo prestado no es contractual porque, siendo el contrato nulo, el mismo no puede desplegar efectos; el origen es legal, y lo es también la fuente de esa relación laboral, puesto que habiéndose cumplido una prestación con base en un contrato de trabajo nulo, el

---

<sup>50</sup> Expuestas por ALMANSA PASTOR, J.M. en "La pretación laboral...", citado, pp. 25-26. Vide, también, DE LA VILLA, L.E. "Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa" en RFDUC nº 14/1961, pp. 459 y ss.

<sup>51</sup>SALA et altri "Derecho del Trabajo" citado. pág. 406.

efecto propio de tal hecho es la aplicación de la norma.<sup>52</sup>

## 2.2-Naturaleza contractual de la relación de trabajo.

17.- El análisis realizado en el apartado anterior nos permite rechazar las tesis que, en mayor o menor grado, niegan, cuestionan o simplemente ponen reparos al origen contractual de la relación laboral, en cualquiera de sus formas de presentación.

La relación laboral solo puede nacer del acuerdo voluntariamente prestado por los sujetos y los derechos y obligaciones derivados de la misma nacen, precisamente, del mismo acuerdo.<sup>53</sup> Son las partes las que deciden sobre las cláusulas esenciales del contrato, sobre la parte vital indispensable para la existencia del contrato mismo, en definitiva, sobre el ser o no ser de la relación laboral.<sup>54</sup> Como contrato, el de trabajo supone

---

<sup>52</sup>ALMANSA PASTOR, J.M. "La prestación laboral..." citado, pág. 26. En idéntico sentido BORRAJO, E. "La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo" en RT nº 2/1963, pp. 192-193. Vide, también, RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Contrato de trabajo y relación de trabajo" citado, pp. 16 y ss.

<sup>53</sup>MARTIN VALVERDE et altri, "Derecho del Trabajo" citado, pág. 354.

<sup>54</sup>PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía Individual y determinación..." citado pág. 376.

la existencia de un acuerdo de voluntades entre partes para constituir, regular o disolver entre ellas una relación jurídica.<sup>55</sup>

18.- Las anteriores afirmaciones encuentran apoyo en el artículo 1089 del Código Civil al determinar que el contrato es fuente de la obligación; cumpliendo así el contrato de trabajo la esencial función de constituir una relación jurídica obligatoria entre los contratantes, lo que conlleva el reconocimiento de la naturaleza contractual de la relación individual de trabajo. Reconocimiento que supone<sup>56</sup> una doble consecuencia:

-Que el acceso al trabajo se realiza a través del contrato de trabajo y

-Que los efectos de la relación laboral están supeditados a la celebración del contrato.

Los artículos 8-1 -el contrato "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél"- y 30 del Estatuto de los Trabajadores -"si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el

---

<sup>55</sup>ALONSO GARCÍA, M. "La autonomía de la voluntad en..." citado, pág. 108.

<sup>56</sup>SALA et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 288.

contrato porque el empresario se retrasase en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario-, son una muestra real de cuanto se ha dicho.

En definitiva, la posición jurídica de trabajador y empresario y el vínculo obligacional que entre ellos se establece tienen como único y necesario origen o punto de partida, el acuerdo por el que surge el compromiso de prestar el servicio y de remunerarlo.<sup>57</sup>

19.- Sin duda, el pacto sustancial del contrato es la creación de la relación de trabajo, que denominamos función constitutiva, cuyo estudio comprende los elementos esenciales del contrato, su eficacia e ineficacia, la posibilidad de suspender y extinguir la relación laboral creada por la voluntad de las partes y la inserción del propio contrato en el ordenamiento jurídico laboral como producto de la autonomía individual. No obstante, y para un correcto análisis de dicha función, parece necesario situar el contrato de trabajo a través de las notas que lo caracterizan y califican.

20.- Para ello, siguiendo básicamente la

---

<sup>57</sup>MARTIN VALVERDE et altri. "Derecho del Trabajo", citado, pp. 353-354.

clasificación de los contratos de PUIG BRUTAU,<sup>58</sup> podemos señalar lo siguiente:

1.- El contrato de trabajo es un contrato típico y nominado. Típico, en cuanto que está regulado por el derecho, el cual establece unas reglas cuya aplicación permitirá solucionar los problemas cuando las partes no hayan establecido criterios especiales al respecto.<sup>59</sup> Nominado, en cuanto que su propia denominación viene fijada en el ordenamiento jurídico.<sup>60</sup>

2.- Se trata de un contrato bilateral, por cuanto que en ambas partes (empresario y trabajador) concurre simultáneamente la doble posición de acreedor y deudor. El contrato unilateral sólo crea obligaciones a una de las partes, mientras que el bilateral es el que produce obligaciones correlativas a cargo de ambas partes.<sup>61</sup> En el de trabajo, el trabajador es deudor de un trabajo dependiente y acreedor de un salario en régimen de

---

<sup>58</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho...." citado. Tomo III. Pp. 400 y ss.

<sup>59</sup>TORRALBA SORIANO, V. "Derecho Civil" citado, Vol. II, pág. 105.

<sup>60</sup>En nuestro ordenamiento jurídico, la primera norma que tipifica y denomina el contrato de trabajo es el Código de trabajo de 1926, generalizándose la denominación con la Ley del Contrato de Trabajo de 1931. El actual Estatuto de los Trabajadores señala como fuente de la relación laboral "la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo". (artículo 3-1-c).

<sup>61</sup>LACRUZ BERDEJO, J.L. "Elementos de Derecho Civil". Barcelona 1977. Pág. 195.

ajenidad, por contra el empresario es deudor del salario garantizado y acreedor de un trabajo prestado bajo su dirección.

3.- Es un contrato oneroso porque cada una de las partes recibe unas ventajas a cambio de las que ella proporciona a la otra. Sin embargo, al profundizar en el carácter oneroso del contrato de trabajo, inevitablemente surge la cuestión de la recíproca causalidad de las obligaciones y prestaciones de ambas partes. MONTOYA afirma que el contrato de trabajo está regido por el principio de reciprocidad, de tal manera que las posiciones de las partes se corresponden de forma sinalagmática y en el que, por hipótesis, existe una equivalencia entre las posiciones de ambas partes.<sup>62</sup> Sin embargo, el propio autor considera que el tema no es tan simple. Volveremos sobre el mismo al analizar la causa del contrato de trabajo.<sup>63</sup>

4.- Es un contrato conmutativo, entendiendo por tal áquel en el que la entidad de la prestación de cada parte se encuentra determinada en el mismo momento de la

---

<sup>62</sup>MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo" citado, pág. 262.

<sup>63</sup>Sobre la cuestión vide CABRERA BAZAN, J. en AA.VV. "Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo", Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1977. También "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo" en Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid 1980. Pp. 155 y ss.

perfección del contrato. Sin embargo, se ha admitido la existencia de contratos aleatorios cuando la cuantía del salario dependa de comisiones.<sup>64</sup>

5.- Se trata de un contrato consensual, en cuanto que se perfecciona por el simple consentimiento (arts. 1258 del Código Civil, y 8-1 del Estatuto de los Trabajadores).

6.- El contrato de trabajo es un contrato normado, en cuanto que el acto contractual propiamente dicho -y fundamentalmente la regulación jurídica de él emanada-se someten a una amplia regulación legal y colectiva.<sup>65</sup> DIEZ PICAZO señala que, en algunas ocasiones, el Estado asume la tarea de dotar legislativa o reglamentariamente de un contenido imperativo e irrenunciable a determinado tipo de contratos porque, en algunos casos, la igualdad entre los contratantes no existe, y el puro juego de la libertad contractual clásica, basada en la autonomía de la voluntad supondría dejar a uno de los contratantes, el económicamente más débil, a merced del otro.<sup>66</sup> En el de

---

<sup>64</sup>RIVERO LAMAS, J. "Tipificación y Estructura del Contrato de Trabajo", en ADC XXV, 1972, pag. 175.

<sup>65</sup>MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pag. 262.

<sup>66</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de derecho...", citado. Vol. I, pag. 102. Vide, también, TORRALBA SORIANO, V. "Derecho Civil" citado, Vol II. Pag. 518. En ambos, al citar ejemplos de contratos normados, se señala el de trabajo.

trabajo, junto con esta intervención estatal, también se da la determinación imperativa a través de los convenios colectivos, que, como veremos, no sólo pueden predeterminar parte del contenido del contrato, sino también, como el Estado, diversos aspectos de la propia función constitutiva de la autonomía individual.

7.- Se trata de un contrato de tracto sucesivo, dado que las prestaciones mutuas no se cumplen y agotan en un sólo acto sino que, al contrario, están destinadas a prolongarse en el tiempo.

21.- Con las anteriores notas no se trata de adscribir el contrato de trabajo a alguna de las categorías contractuales tipificadas por el ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, con base en las características antes descritas, analizar la estructura y contenido del contrato en cuanto acto de voluntad, o, más bien, acuerdo de voluntades creador de una relación jurídica laboral. Así lo viene haciendo la Jurisprudencia, que sólo en contadas ocasiones alude al conjunto de las notas descritas, estudiando cada una de ellas por separado, en función del problema concreto que se plantea en cada caso. Con carácter general, la STS de 27 de Febrero de 1963, señala que "la convención concretada reúne los caracteres que singularizan el contrato de trabajo, porque es un pacto de ejecución

sucesiva, oneroso y sinalagmático, constituido intuitu personae".<sup>67</sup>

### 2.3.-Breve incursión en la problemática del contrato por adhesión.

22.- La práctica totalidad de la doctrina civilista, en el estudio de la teoría general del contrato, una vez analizadas las diferentes clases de contratos, dedica un capítulo especial a los contratos por adhesión.<sup>68</sup>

De otro lado, ya hemos indicado que alguno de los argumentos de las tesis relacionistas consistía, básicamente, en tachar al contrato de trabajo de simple adhesión, excluyendo de esta forma la contractualidad como origen de la relación laboral. Estas consideraciones obligan a hacer una breve referencia a la llamada contratación por adhesión, en la medida en que el mal entendimiento de la misma pudiera plantear problemas al papel del juego de la autonomía de la voluntad como

---

<sup>67</sup>Citada por ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho del Trabajo". 10ª Edición. Barcelona 1987, pag. 314.

<sup>68</sup>Por todos, vide los citados anteriormente: CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil....", pp. 332 y ss. COSSIO, A de "Instituciones....", pp. 252 y ss. DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos....", pp. 233 y ss. PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos....", pp. 425 y ss. TORRALBA SORIANO, V. "Derecho Civil", pp. 515 y ss.

fuerza de la obligación jurídico laboral.

Se ha utilizado la expresión contratos por adhesión, para caracterizar peculiares formas de contratación que, de suyo, implican la imposibilidad de una de las partes de intervenir en la configuración del contrato, porque se ve obligada, si quiere contratar, a la simple adhesión a las condiciones establecidas por la otra.

23.- Las características generales de este tipo de contratos, expuestas por PUIG BRUTAU,<sup>69</sup> son las siguientes:

a) El contenido de los mismos está redactado de manera uniforme para muchos contratos.

b) Esta forma es la respuesta que da la oferta a la demanda masiva.

c) La oferta existe con carácter genérico, sin que le preocupe, en general, el hecho de quien sea la contraparte concretamente.

d) Rasgo principal de los mismos es el hecho, indubitado, de que las partes no están en pie de igualdad.

e) En muchas ocasiones, las condiciones generales están preimpresas y a veces en letra minúscula.

---

<sup>69</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...." citado, pag. 432.

24.- En estas condiciones, resulta casi inevitable, preguntarse hasta que punto el contrato de trabajo puede ser calificado de contrato de adhesión. Sin embargo la respuesta ni puede ni debe ser general, puesto que, de suyo, contiene muchos mas problemas y matices que los que pudieran aparecer con carácter general a simple vista. Lo primero que habría que decir al respecto es que la fuerte intervención estatal en la configuración y regulación de un determinado tipo contractual no es incompatible con el fenómeno de la adhesión.<sup>70</sup>

No cabe duda tampoco que alguna de las características descritas de los contratos de adhesión están presentes en todo contrato de trabajo: singularmente la diferente posición que ocupan las partes -empresario y trabajador- que dista mucho de ser una situación de igualdad.<sup>71</sup>

Por otra parte, también parece evidente que la contratación laboral se mueve dentro del denominado mercado de trabajo, en el que juega decisivamente el papel de la oferta y la demanda, de tal suerte que en ese juego el trabajador está condicionado por su propia formación profesional o adaptación a los cambios tecnológicos y la empresa juega con una estrategia de

---

<sup>70</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos..." citado, Vol II, pág. 232.

<sup>71</sup>KHAN-FREUND, O. "Trabajo y Derecho". MTSS, Madrid 1987. Pp. 48 y ss.

contratación en función de la oferta de fuerza de trabajo,<sup>72</sup> lo que conlleva una desigual posición de cada trabajador en el propio mercado, y consecuentemente una diferente capacidad de negociación contractual.<sup>73</sup>

25.- Resulta, pues, evidente que, genéricamente, no puede calificarse el contrato de trabajo como un tipo específico de contrato por adhesión, sin perjuicio de que en casos concretos llegue a serlo. Ahora bien, es necesario hacer al respecto una doble puntualización, dimanante de la bifuncionalidad contractual que venimos predicando.

De un lado, la doctrina civilista no discute la naturaleza contractual del fenómeno de la adhesión, considerando que existe un verdadero contrato en cuanto que en el mismo concurren los requisitos inherentes a

---

<sup>72</sup> RECIO ANDREU, A. "Capitalismo y formas de contratación laboral", MTSS, Madrid, 1987, pp. 120-121.

<sup>73</sup> Así, al hilo de la cuestión, conviene destacar, como ha puesto de manifiesto, recientemente, la Profesora CASAS BAAMONDE ("La individualización de las relaciones laborales" en RL nº 20-21, pp. 128 y ss.) que la actual tendencia individualizadora se centra en desmontar la igualdad de los trabajadores, o al menos en destacar la diferenciación de intereses entre los distintos trabajadores contratantes, y así, el contrato, trabajando libremente en el seno del mercado, serviría para determinar, y en su caso, modificar las condiciones de trabajo de cada trabajador concreto. Y ello destaca, por lo que supone de paradoja, en la medida en que dicha individualización requiere, como veremos, amplias posibilidades de contratar en régimen de autonomía e igualdad.

todo contrato, y fundamentalmente el consentimiento en el sentido de aceptación de una oferta,<sup>74</sup> puesto que la parte es libre, a la hora de aceptar contratar o no hacerlo. El vínculo contractual se genera voluntaria y libremente. Lo mismo cabe decir del contrato de trabajo.<sup>75</sup>

De otro lado, es evidente, que la regulación jurídica del contenido y los efectos del contrato no es producto de la autonomía individual, de la libre discusión de las cláusulas concretas que regirán parte del contenido de la relación. Así en el de trabajo, podemos distinguir, en cuanto a su eficacia normativa, que, diseñado el campo de actuación que la ley y la autonomía colectiva permitan al juego de la autonomía individual, las cláusulas que el

---

<sup>74</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado, pp. 234-235.

<sup>75</sup>En sentido contrario, vide CABRERA BAZAN, J. "Sobre la causa y el...." citado, (pp. 181-183), en el que afirma que "el trabajador se ve forzado una y otra vez a vender su fuerza de trabajo en condiciones desventajosas, porque no puede hacer otra cosa al carecer de toda libertad para una opción diferente... ..en consecuencia, en la situación en la que se encuentra, el trabajador no puede prestar un consentimiento válido". CABANELLAS G. en "Elementos esenciales del contrato de trabajo" en Estudios sobre derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario Devealli. Buenos Aires 1979 (pp. 93-94) señala que: "en relación al contrato de trabajo, se podría afirmar que el consentimiento aparece casi siempre viciado, inexistente en la efectividad; ya que, unilateralmente, por el patrono se han establecido las cláusulas o condiciones que regirán la prestación de servicios, sin que el trabajador, pueda oponerse a estas, por ser la parte más débil en la contratación".

contrato establezca pueden o no tener como origen la citada autonomía, entendida como mutuo consentimiento y mutuo acuerdo de voluntades o, por el contrario, ser simplemente fruto de la adhesión, lo que nos llevaría a averiguar cuales serían los medios jurídicos para evitar o, en su caso, reprimir los abusos a que puede dar lugar la desproporción económica y de medios existente entre las dos partes<sup>76</sup>. La jurisprudencia laboral, en alguna ocasión, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad de determinadas cláusulas que, ofrecidas en bloque a la generalidad de los trabajadores, han sido aceptadas por estos, en el ámbito de la firma de una determinada novación contractual y, al respecto, han señalado que del examen de los hechos se desprende la presencia de una práctica empresarial generalizada, y no del ámbito individual de negociación de condiciones de trabajo, calificando la novación como un mero formulario de adhesión que no responde al resultado de una negociación individual<sup>77</sup>; el tema conecta, de lleno, con la llamada individualización en masa, cuestión sobre la que volveremos, más adelante.

---

<sup>76</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...", citado, Vol. I. pág. 229.

<sup>77</sup> STSJ de Cataluña de 1 de Junio de 1992 (AL nº 10/88, marginal 266).

26.- En síntesis se puede afirmar: que el contrato de trabajo no es una especie o tipo de contrato por adhesión. Afirmación que no impide señalar que, en determinadas ocasiones, el de trabajo sea un contrato realizado en circunstancias semejantes a las que se manifiestan en la contratación por adhesión, fundamentalmente por lo que se refiere a las cláusulas normativas no predeterminadas heterónomamente. Aún en estos supuestos el vínculo es contractual en cuanto que reúne los requisitos esenciales del contrato y la relación laboral no tiene otra fuente que la del contrato.

En todo caso conviene destacar, para finalizar esta breve incursión, con PUIG BRUTAU, que lo mejor que cabe decir del fenómeno de la adhesión es que muchas veces es inevitable, pero que ni en este caso, la sociedad puede renunciar a la justicia.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...." citado, pág. 435.

### 3.-Los elementos esenciales del contrato de trabajo.

27.- El art. 1261 del Código Civil dispone:

"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1º Consentimiento de los contratantes
- 2º Objeto cierto que sea materia del contrato
- 3º Causa de la obligación que se establezca."

Tres, pues son los elementos esenciales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa. La falta de alguno de ellos conlleva la inexistencia de contrato, configurándose, de esta forma, los requisitos apuntados como esenciales para determinar la validez y existencia de contrato.

En el contrato de trabajo, los elementos esenciales son los mismos, en cuanto que el propio Código Civil es de aplicación y el de trabajo constituye un contrato que, como negocio jurídico, va a producir unos efectos determinados, por lo que resulta indispensable que el acuerdo de voluntades se realice con arreglo a unas normas imperativas que deben ser respetadas por los

sujetos contratantes. Es el principal y tradicional supuesto de la intervención heterónoma que delimita la función constitutiva de la autonomía individual.

Consentimiento, objeto y causa son pues, los elementos esenciales, también del contrato de trabajo, en la distinción clásica entre los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato, según la que son esenciales aquellos elementos sin los cuales el contrato no puede darse y se identifican a los señalados en el artículo 1261 del Código Civil; son naturales los que cada negocio jurídico lleva normalmente consigo a no ser que los sujetos los eliminen; y son accidentales los que solo existen cuando las partes los determinan y agregan expresamente al negocio.<sup>79</sup>

No es elemento esencial la forma puesto que no está enumerada en el art. 1261 del Código Civil y así resulta de los artículos 1258 y 1278 del citado Código. Sólo excepcionalmente cuando así lo disponga la Ley, podrá tener ese carácter.<sup>80</sup>

28.- Esta distinción clásica sobre los elementos del

---

<sup>79</sup>CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil..." citado, pág. 350.

<sup>80</sup>MORALES MORENO, A.M. "Comentario al artículo 1261 del Código Civil" en AA.VV. "Comentario del..." citado, pág. 442.

contrato ha sido matizada por la doctrina moderna.<sup>81</sup> En el campo laboral, MARTIN VALVERDE-RODRIGUEZ SAÑUDO-GARCÍA MURCIA distinguen entre elementos y requisitos, en el sentido de que son "elementos" los presupuestos indispensables para la existencia del contrato y "requisitos" las condiciones exigidas a cada uno de aquellos elementos, para que el contrato sea válido.<sup>82</sup>

ALARCÓN CARACUEL precisa que no es lo mismo hablar de "elementos esenciales" que de "requisitos esenciales para la validez"; los elementos no son sino los rasgos definidores de cualquier objeto material o intelectual sobre el que recae la atención humana, son el producto de una operación analítica de la razón humana. Los requisitos son determinadas exigencias que el ordenamiento jurídico establece para que se produzca la consecuencia de que el contrato exista.<sup>83</sup> A diferencia de lo que sostiene la doctrina tradicional, concluye, "el análisis de los elementos esenciales es útil, no porque aparezcan en todos los contratos, sino porque son distintos en cada uno de los tipos contractuales, y es

---

<sup>81</sup>Vide DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado, Vol I. Pp 297 y ss. También DE CASTRO Y BRAVO, F. "El Negocio Jurídico". Madrid 1971, pág. 54.

<sup>82</sup>MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pp. 359 y ss.

<sup>83</sup>ALARCÓN CARACUEL, M.R. "La ordenación del tiempo de trabajo" ed. Tecnos. Madrid. 1988. Pp. 21-22.

diferencia tiene consecuencias jurídicas, cuando se trata de tipos contractuales reconocidos como tales por la norma jurídica".<sup>84</sup>

29.- La Jurisprudencia de nuestros Tribunales Laborales no se ha prodigado en el análisis de los elementos esenciales del contrato de trabajo, porque, como ha puesto de relieve BORRAJO "son poco frecuentes las sentencias que resuelven en el campo del derecho laboral supuestos para cuya solución se ha de dar cita a la mas sólida doctrina contractualista, que es sin discusión posible, la que tiene su asiento en la teoría general de obligaciones y contratos y por tanto en el Código Civil".<sup>85</sup>

Sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la cuestión han sido sistematizados por SEMPERE NAVARRO, en un imprescindible estudio, en el que, al analizar los elementos esenciales del contrato, señala que el negocio jurídico que supone el contrato de trabajo "surge sano al mundo del derecho cuando en el se dan válida y simultanea cita el consentimiento o acuerdo de voluntades entre los contratantes (la oferta y la

---

<sup>84</sup>Ibid pág. 27.

<sup>85</sup>BORRAJO DACRUZ, E. "Nulidad del contrato por ilegalidad de su objeto". Comentario a la Sentencia de la Magistratura de Trabajo nº 1 de Sevilla, en AL 1988-I, pág. 983.

aceptación de lo así propuesto que inicia el llamado sinalagma genético), el objeto que sea materia cierta del contrato (contenido de las prestaciones asumidas) y la causa de la obligación que se establezca (teologismo de consecución de intereses para cada parte contratante)".<sup>86</sup> De esta forma, en el contrato de trabajo, la obligada presencia de los elementos esenciales, puede comprobarse en la definición del contrato de trabajo que se obtiene del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>87</sup>, estudiándose seguidamente los requisitos que la ley impone, respecto de cada uno de ellos, para que el contrato de trabajo alcance su plena validez.

**3.1.-El consentimiento: presupuesto necesario del juego de la autonomía individual.**

30.- Nadie puede estar obligado en una relación jurídico-laboral sin haberlo querido. La naturaleza

---

<sup>86</sup>SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia" en AA.VV. Cuestiones actuales de derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea. MTSS. Madrid. 1990, pp. 661-662. Los paréntesis de la STCT de 16 de Junio de 1986 (azdi 5324).

<sup>87</sup>MARTIN VALVERDE et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pag. 359

contractual de dicha relación lo presupone necesariamente puesto que, por definición, el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades, de tal suerte que sin la voluntad real y personal de las dos partes no existe contrato de trabajo.<sup>88</sup>

El art. 1262-1º del Código Civil establece que:

"El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato."

De tal forma, que el consentimiento en el contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades sobre los otros dos elementos básicos del propio contrato: el objeto y la causa. Así lo previene positivamente el ordenamiento jurídico laboral cuando el Estatuto de los Trabajadores configura la relación laboral como prestación voluntaria de servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona denominada empleador o empresario (Art. 1.1). La voluntariedad implica, pues, la existencia de acuerdo libre de las partes, por el que se manifiesta el consentimiento, expresión de la libertad creadora de la persona en derecho.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup>COUTURIER, G. "Droit du travail..." citado, pág. 126.

<sup>89</sup>DE CASTRO Y BRAVO, F. "El negocio jurídico". Madrid 1971. Pág. 76.

El estudio del consentimiento comprende, clásicamente, el análisis de tres aspectos distintos: en primer lugar, la capacidad para prestarlo, en segundo lugar, el estudio de la manifestación de dicho consentimiento; y, por último, los vicios en la formación o prestación del mismo. A cada uno de ellos nos referiremos por separado seguidamente.

### 3.1.1.-Capacidad para consentir

31.- Dado que nuestro ordenamiento jurídico configura al consentimiento como el primero de los requisitos esenciales del contrato, parece, de toda evidencia, que se preocupe también de asegurar que quien lo presta conozca suficientemente lo que va a realizar y que, correlativamente, conforme su voluntad de forma apropiada. Para ello, el Código Civil, utiliza una técnica de carácter negativo, estableciendo quienes no pueden prestar válidamente su consentimiento, es decir, quienes carecen de capacidad para consentir. La capacidad, así entendida, es pues la aptitud para realizar actos jurídicos con eficacia en el mundo del derecho.

Al respecto, el art 1263 del Código Civil regula la capacidad como capacidad para prestar el consentimiento.

Sin embargo, como señala DIEZ PICAZO, "no se trata de que el consentimiento pueda o no pueda ser prestado, sino de si el negocio jurídico generado por este consentimiento es o no un negocio jurídico válido y eficaz". Por esta razón debe hablarse de capacidad para contratar.<sup>90</sup>

32.- En el Derecho del Trabajo, es clásico, al estudiar la normativa laboral sobre capacidad, distinguir entre capacidad para contratar y capacidad para trabajar<sup>91</sup>; la primera hace referencia al análisis del consentimiento como presupuesto de la validez y eficacia del negocio jurídico, mientras que la segunda aborda el conjunto de prohibiciones y exigencias normativas relativas a la posibilidad o no de realizar la prestación laboral, es decir, de trabajar.

Nos referiremos en el presente estudio únicamente a la primera y, dentro de la misma, solamente a aquellos aspectos que hacen referencia al consentimiento como expresión de la autonomía de la voluntad.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de..." citado. Vol. I. Pág. 108.

<sup>91</sup>BORRAJO DACRUZ, E. "La capacidad para contratar la prestación de servicios". RDN II/1960, pp. 97 y ss.

<sup>92</sup>Aunque la mayoría de los manuales, al estudiar la capacidad para contratar, analizan también el problema de la capacidad contractual de los extranjeros en España, entiendo que el mismo es una manifestación de prohibición legal que no afecta a la capacidad de prestar consentimiento para contratar, siguiendo en este punto a

El ordenamiento jurídico laboral contiene un tratamiento específico de la capacidad contractual del trabajador distinto, en algunos aspectos del que efectúa el derecho común contractual; por contra, respecto al empresario no establece especificación alguna, por lo que habrá que estar íntegramente a las normas del Código Civil, como después veremos.

#### A) La capacidad del trabajador

33.- La regulación legal de la capacidad del trabajador se encuentra contenida, básicamente, en los arts. 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores y en las normas comunes del Código Civil (singularmente en los arts. 1263 y 1264 y en el Título IX del Libro Primero). Por lo que respecta a la regulación estatutaria, ésta se centra primordialmente en lo relativo a la edad, completándola la normativa civil en lo relativo a los restantes supuestos de incapacidad.

Al respecto, cabe distinguir tres situaciones distintas: la de capacidad plena, la de capacidad

---

DIEZ PICAZO, L. ("Fundamentos de..." citado. Vol. I, pág. 110.) para quien la capacidad se encuentra siempre en función de las condiciones personales, mientras que las prohibiciones se fundan en conveniencias legislativas. Ello a pesar del art. 7-c del Estatuto de los Trabajadores.

limitada y la de incapacidad.<sup>93</sup>

34.- Se encuentran en situación de capacidad plena, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 del Estatuto de los Trabajadores:

a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil. Es decir, los mayores de 18 años, según el art. 315 del indicado Código (como no podía ser de otra manera en virtud del art. 12 de la Constitución). Y que no estén incapacitados según las normas del reiterado Código.

b) Los menores emancipados. Dado que el art. 1263 del CC establece que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados, es evidente que los emancipados pueden celebrar válidamente el contrato de trabajo, en aplicación del art. 7.a del ET. No obstante conviene hacer alguna precisión respecto a la emancipación por matrimonio: Aunque en determinados casos (art. 48 del CC) puede contraerse matrimonio a partir de los 14 años, no se alcanzará verdadera capacidad de celebrar un contrato de trabajo hasta los 16, dada la prohibición del art. 6-1 del ET.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup>MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo" citado, pp. 359 y ss.

<sup>94</sup>MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo" citado, pp. 286-287.

c) Los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores. Configurándose de esta forma una capacidad plena para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho en quienes concurra simultáneamente una doble circunstancia: la de vivir independientemente, entendida como hecho físico de no convivencia, y la de contar para ello (vivir independientemente) con el consentimiento de sus padres o tutores,<sup>95</sup> que puede ser expreso o tácito (STCT 25 de Noviembre de 1986. Ar.12313).

d) Los mayores de dieciséis años, sometidos a tutela, que hubiesen obtenido del Juez el beneficio de la mayor edad, supuesto que la sentencia no impusiera la intervención del curador (arts. 321 y 288 del CC).<sup>96</sup>

35.- Se encuentran en situación de capacidad limitada los mayores de 16 años y menores de 18 que no estén comprendidos en los supuestos de capacidad plena enumerados en el apartado anterior. Su capacidad es limitada en cuanto que requiere la previa autorización de

---

<sup>95</sup>Entiendo que la expresión "vivan independientemente" equivale a independencia en la convivencia física, y no en independencia económica, pues lo contrario limitaría la posibilidad a quienes tuviesen rentas patrimoniales.

<sup>96</sup>MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo" citado, pág. 287.

quienes les tuvieran a su cargo (padre, madre, tutor, institución etc).

Esta situación de capacidad limitada presenta diversos problemas de cierto interés:

-Se trata de una autorización, no de una representación o asistencia. Es decir que quien contrata es el menor, no la persona que lo autoriza, y ello porque, por el contrato de trabajo, se compromete una prestación personal que solo puede comprometer quien la va a realizar, no otra persona (implícitamente así viene reconocido en el Código Civil art. 162 que exige el consentimiento del menor para la celebración de contratos que obliguen a realizar prestaciones personales). Lo que ocurre, es que la ley, para otorgar validez a este concreto consentimiento añade el requisito "extracontractual" de la autorización.<sup>97</sup>

-La autorización, tiene como característica, que el autorizante tiene plena libertad para concederla o no, sin posibilidad de oponerse a su negativa.<sup>98</sup>

Denegada la autorización de forma expresa, el menor,

---

<sup>97</sup>Al respecto, la doctrina es unánime. Vide ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo" citado pág. 102. MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo" citado, pág. 360. MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo" citado, pág. 287. SALA et altri "Derecho del Trabajo" citado, pág. 371.

<sup>98</sup>SALA et altri "Derecho del Trabajo" citado, pág. 371.

en principio, no puede oponerse a la misma; pero, entiendo que, cuando la negativa sea objetivamente arbitraria, abusiva o perjudicial para sus intereses, el único recurso que cabe al menor es solicitar su emancipación al juez, fundándola en la causa 3ª del artículo 320 del Código Civil, a la que hay que reconducir los supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad no resulte acorde con el interés de los hijos.

-En cuanto a la forma de la autorización, la misma podrá ser expresa o tácita, y así parece confirmarlo expresamente el Estatuto, al hablar en su art. 7.b) de autorización expresa o tácita, lo que ha sido corroborado por la Jurisprudencia, al admitir como autorización tácita el conocimiento de la celebración del contrato y la no oposición del autorizante.<sup>99</sup>

-Concedida la autorización, la misma opera como elemento "ante contractus" del consentimiento, de tal suerte que el contrato tendrá plena validez; y por lo tanto, el menor estará en condiciones de ejercitar todos los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato, dice el art 7-b) del ET, añadiendo " y para su cesación", lo que significa que la autorización actúa como presupuesto previo, pero no como condicionante de

---

<sup>99</sup>STCT de 25 de Noviembre de 1986 (Az. 12.313).

los futuros efectos contractuales, de tal suerte que no cabe hablar de autorización condicionada o limitada, ni siquiera de revocación de la misma, haya sido expresa o tácita.<sup>100</sup> Así viene a confirmarlo la jurisprudencia, que no considera relevante la autorización paterna para prorrogar contratos temporales.<sup>101</sup> En definitiva, a partir de la celebración del contrato, con autorización, se puede afirmar que el menor adquiere capacidad plena en cuanto al gobierno y administración de los efectos del contrato, pudiendo novarlo, o extinguirlo, siendo, por lo tanto, su consentimiento plenamente válido y productor de las pertinentes consecuencias jurídicas.

36.- Con respecto a la situación de incapacidad, genéricamente, el art. 1263 del Código Civil es tajante al señalar, que "no pueden prestar consentimiento: 1º los menores no emancipados, 2º los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir". Sin embargo, esta afirmación conviene que sea matizada por cuanto la normativa laboral establece prohibiciones propias en cuanto a la edad, y por cuanto el alcance del mencionado precepto del Código Civil merece ser aclarado.

---

<sup>100</sup>En contra, ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo" citado, pág. 102.

<sup>101</sup>STCT de 4 de Mayo de 1988 (Az. 3.629). Estampada la autorización en el contrato inicial, se hace "innecesaria la autorización en cada prórroga".

En cuanto a la edad, el ordenamiento jurídico laboral, ofrece las especialidades que hemos visto al analizar las situaciones de capacidad plena y limitada, y la fundamental exigencia contenida en el art. 6-1 del Estatuto, según la cual "se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años". Prohibición absoluta, que junto con lo señalado anteriormente para la capacidad permite concluir la incapacidad absoluta de prestar consentimiento a los menores de dieciséis años, ni con autorización, ni siquiera aunque estuviese emancipado por matrimonio, de tal suerte que, al exigir una edad determinada para que la persona pueda prestar su consentimiento, la intervención heterónoma estatal, nada ajena al carácter tuitivo y protector del ordenamiento jurídico laboral, limita y regula, por evidentes razones sociales, la función constitutiva de la autonomía de la voluntad. Al respecto, la STCT de 30 de Junio de 1982, Ar.3979, entendió que el contrato celebrado por un menor de dieciséis años que prestaba su trabajo ininterrumpidamente hasta después de dicha edad, era convalidado cuando el trabajador alcanzaba, por razón de edad, la capacidad necesaria a partir de los dieciséis años. Tesis convalidatoria, basada en la naturaleza del contrato de trabajo, y su condición de relación de

tracto sucesivo, criticada por la doctrina,<sup>102</sup> puesto que la convalidación puede predicarse de los negocios anulables, no de aquellos que son nulos desde su origen, en los que no cabe convalidación posible. Otra cosa es que, alcanzada la edad, pueda entenderse celebrado un nuevo y distinto contrato de trabajo.

De otro lado, ya hemos visto como el Código Civil impide la prestación del consentimiento a los locos o dementes y a los sordomudos que no sepan escribir (su consentimiento para trabajar deberá efectuarlo el tutor), lo que es plenamente aplicable al consentimiento del contrato de trabajo. Al respecto, la Ley 13/1983 de 24 de Octubre, sobre modificación del Código Civil en materia de incapacitación y tutela, ha reformado los arts 199 a 306 del Código; y de los mismos, a los presentes efectos, interesar resaltar lo siguiente:

-Son causas de incapacitación "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma" (art. 200 CC).

-La correspondiente declaración de incapacitación ha de realizarse mediante sentencia judicial (art 199 CC).

-"La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como

---

<sup>102</sup>SALA et altri, "Derecho del Trabajo" citado, pág. 379.

el régimen de tutela o guarda a que haya de estar sometido el incapacitado" (art. 210 CC).

- "El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo, ya sea por disposición expresa de la Ley, o de la sentencia de incapacitación" (art. 267 CC).

De lo que se deduce, que será, en todo caso, la sentencia declarativa de la incapacitación la que determinará si el trabajador puede prestar consentimiento por sí sólo, y por lo tanto contratar, si necesita para ello la representación del tutor o si no puede contratar su trabajo;<sup>103</sup> esto último equivaldría, evidentemente también, a la prohibición de trabajar.

37.- Sin embargo, aún cabe hacer una distinción con respecto a la incapacidad. En efecto, la doctrina civilista<sup>104</sup> distingue dos manifestaciones de la incapacidad de la persona: una incapacidad natural y una incapacidad derivada del estado de la persona.

Existe incapacidad natural cuando la persona se halla

---

<sup>103</sup>MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo" citado, pág. 290.

<sup>104</sup>Un resumen de la distinción y sus consecuencias, puede verse en MORALES MORENO, A.M. "Comentario al art. 1263 del Código Civil" en AA.VV. "Comentario del...." citado, Vol. II, pág. 455, con abundantes citas doctrinales.

en una situación física o psíquica en la que no le es posible entender y querer el acto jurídico que realiza, y puede ser una situación permanente o transitoria. En este supuesto no hay voluntad y, por lo tanto, no hay consentimiento, lo que supone la inexistencia de contrato, provocando la nulidad del mismo. Sin embargo, hay que tener en cuenta, con respecto al contrato de trabajo, que su naturaleza y su carácter de relación de tracto sucesivo "origina la convalidación del inicialmente nulo, una vez que el sujeto incapaz alcanza la necesaria capacidad" (STCT de 30 de Junio de 1982. Az. 3979).

La incapacidad derivada del estado civil de la persona es la cualidad jurídica de la persona que afecta a la eficacia de cada uno de sus actos, y que, como hemos visto, ha sido determinada por el Juez. El contrato de trabajo celebrado por persona incapacitada para ello es, por supuesto, nulo.<sup>105</sup>

#### B) La capacidad del empresario

38.- El hecho de que en el contrato de trabajo, el empresario no se comprometa personalmente, a diferencia de la prestación del trabajador que tiene un carácter

---

<sup>105</sup>MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 360.

personal, explica que la normativa laboral no contenga ninguna previsión especial acerca de la capacidad consensual del empleador. En efecto, la diferencia esencial, que impone un análisis distinto del consentimiento en uno y otro caso, radica en que el empresario puede celebrar un contrato, y ejecutar los actos derivados del mismo por representación, a diferencia del trabajador, respecto del cual, el carácter personalísimo de su prestación, exige un consentimiento y actividad personal.<sup>106</sup>

Por ello, habrá que estar plenamente a las disposiciones del Código Civil, teniendo en cuenta, además, que la posición de empresario puede ser adoptada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, no sólo por las personas físicas o jurídicas, sino también por las "comunidades de bienes" que reciban la prestación de servicios de los trabajadores.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup>ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo" citado, pág. 149.

<sup>107</sup>Por las mismas razones que las expuestas en la nota 91 (distinción entre incapacidades y prohibiciones), al estudiar la capacidad para prestar consentimiento por parte del empresario, no me detendré en el estudio de las limitaciones administrativas o convencionales a la libertad de contratación empresarial; para lo que puede verse: SALA FRANCO, T. "La libertad empresarial de contratación", Madrid 1980.

39.- Respecto del empresario persona física, su capacidad para prestar el consentimiento resulta directamente de las reglas contenidas en los artículos del Código Civil, ya examinados, fundamentalmente, por lo que a su incapacidad se refiere, el art. 1263. De tal suerte que podemos resumir afirmando que poseen plena capacidad para celebrar el contrato los mayores de dieciocho años, los menores emancipados y los que hubiesen obtenido el beneficio de la mayor edad. Igualmente quienes no estén incapacitados por sentencia conforme a las reglas generales del expresado Código Civil. Teniendo también en cuenta lo señalado para la incapacidad natural con respecto a los trabajadores (supuestos de enajenación mental transitoria, enfermedad etc).

Sin embargo, el menor de dieciocho años puede ser empleador, celebrando el contrato por representación (su padre, madre o tutor), lo que produce plenos efectos en la esfera jurídica del menor. Lo mismo cabe decir con respecto al incapaz, pues a pesar de la dicción del art 49-7 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la incapacidad del empresario como causa de extinción del contrato, la misma no actúa automáticamente, ya que se configura como causa de la decisión extintiva, siendo necesaria una manifestación de voluntad de sus

representantes legales o herederos,<sup>108</sup> toda vez que "la incapacidad física del titular de un negocio no obliga a este a cesar en el mismo" (STCT 17 de Marzo de 1987 Azdi. 5953). En todo caso, la sentencia declarativa de la incapacidad determinará la extensión y los límites de la misma.

Por lo que se refiere al pródigo, hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma del Código Civil de 1983, la declaración de prodigalidad no supone una privación de la capacidad de obrar, sino simplemente una limitación, de tal suerte que el pródigo esta sujeto a curatela (no a tutela), y precisa de la asistencia (no de la representación) del curador para contratar en los supuestos que determine el Juez por Sentencia. Ahora bien, para contratar trabajadores, parece claro que el pródigo necesitará de la asistencia del curador pues la actividad empresarial no es de las apropiadas para que tales sujetos la desarrollen por si solos.<sup>109</sup>

40.- Respecto del empresario persona jurídica, ésta

---

<sup>108</sup>ORTIZ LALLANA M.C. "La extinción del contrato de trabajo en los supuestos de incapacidad física o jurídica", en AA.VV. Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores (dirigidos por E. Borrajo). Tomo IX, Vol 2º, pág. 147.

<sup>109</sup>MONTOYA MELGAR, A. "derecho del Trabajo" citado, pp. 290-291.

goza de personalidad cuando hubiese quedado constituida con arreglo a derecho (art 35 del Código Civil), siendo personas jurídicas, según el mencionado precepto, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Constituida la persona jurídica, puede contraer obligaciones conforme a las leyes y reglas de su constitución (art 38 CC), por lo que podrán celebrar contratos de trabajo. El consentimiento lo prestará una determinada persona física conforme a las leyes y reglas de constitución de la persona jurídica, pero "en representación", por cuenta y orden de ésta, repercutiendo, por tanto en su esfera jurídica y patrimonial.

El problema puede surgir, cuando quien presta el consentimiento en nombre de una persona jurídica, carece de facultades para ello, y sin embargo, el contrato se suscribe, lo que ha sido resuelto por la Jurisprudencia aplicando el artículo 1259 del Código Civil reputando el contrato inexistente, "pues aunque la categoría de inexistencia no sea pacíficamente admitida por la doctrina científica, tal categoría permite conjugar armónicamente los artículos 1259, 1261 y 1300 del Código

Civil, pues cuando quien carece de representación, tanto legal como voluntaria, contrata a nombre del supuesto representado, no hace otra cosa sino crear la apariencia de un negocio que en la realidad jurídica no existe" (STCT 27 de Enero de 1988. Az. 953).

41.-De otro lado, hay que recordar, que el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, contempla como empresarios, también, a las comunidades de bienes que reciban prestación de servicios, lo que constituye un intento, solo parcialmente coronado por el éxito, de reconocimiento normativo de la posibilidad de que la condición de empresario sea asumida por sujetos que no tienen la condición ni de persona física ni de persona jurídica.<sup>110</sup> En efecto, doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto como la condición de empleadores en una relación de trabajo, puede ser asumida por comunidades de bienes y por otros sujetos distintos desprovistos de personalidad jurídica,<sup>111</sup> comunidades de derechos o grupos de sociedades, en el que las sociedades que los integran actúan con arreglo a

---

<sup>110</sup>CAMPS RUIZ, L.M. "El concepto laboral de empresario" en Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Dirigidos por E. Borrajo. EDERSA. Tomo I. Pág. 39.

<sup>111</sup>PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes" en REDT, 1980, nº 2, pág. 229.

criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica, y a los que, en determinadas circunstancias, la jurisprudencia a través de la figura de la comunidad de bienes, viene atribuyéndoles la cualidad de empresarios.<sup>112</sup> Ello puede plantear problemas en orden al análisis de la capacidad para prestar el consentimiento y a la determinación concreta de quien deba prestarlo. Al respecto, hay que señalar que no se trata, en estos supuestos, de celebrar un contrato con entes carentes de personalidad y, por tanto, incapaces de ser sujetos de derechos, pues esto es imposible; lo que ocurre es que, si el grupo no se constituye formalmente y adquiere personalidad, las personas individuales o jurídicas agrupadas son responsables solidarias frente al trabajador de las obligaciones derivadas del contrato celebrado con cualquiera de las mismas. Es decir el consentimiento se produce por un ente con personalidad

---

<sup>112</sup>En este sentido, vide: CAMPS RUIZ, L.M. "Los grupos de sociedades ante el Derecho del Trabajo" MTSS, Madrid 1987. "El concepto....." citado pp. 35-76, con importante recopilación y cita de sentencias. EMBID IRUJO, J.M. "Los grupos de sociedades ante el Derecho del Trabajo" en R.L. T-II/87 pp. 1247 y ss; y "Caracterización Jurídica del Grupo de Sociedades y su significado en Derecho del Trabajo" en R.L. T-I/85, pp. 564 y ss. MONEREO PEREZ, J.L. "Aspectos laborales de los grupos de empresa". REDT 1985, pp. 83 y ss. MONTOYA MELGAR, A. "Empresas multinacionales y Relaciones de Trabajo" REDT 1983, pp. 765 y ss. ORTIZ LALLANA, M.C. "Los grupos de empresa: determinación del empresario responsable" en A.L: nº 39-40/85, pp. 1945 y ss. VAZQUEZ MATEO "grupos de empresa y Derecho individual del trabajo", en D.L. nº 16/1985, Pp. 119 y ss.

jurídica con independencia de su consideración laboral de empresario como grupo, pues el Estatuto ha llevado a cabo una ampliación de la noción de empresario, no identificable ya con el concepto meramente contractual de la Ley de Contrato de Trabajo, pues del art. 1.2 del Estatuto, "no se deduce la necesidad de que el sujeto que asume las facultades de dirección, organización, administración y explotación del todo orgánico que es la empresa, haya de estar dotado de personalidad jurídica propia, sin perjuicio de que exista necesariamente otro soporte con personalidad en que se encarnen las responsabilidades legales",<sup>113</sup> singularmente la capacidad para prestar el consentimiento.

42.- En cuanto a la capacidad del suspenso y del quebrado, conviene hacer las siguientes matizaciones:

a) Respecto de la suspensión de pagos, aunque el suspenso no pierde la administración de sus bienes, ni la gerencia de sus negocios, el Juzgado determinará las limitaciones que estime convenientes; y, en todo caso, necesitará el acuerdo de los interventores "para toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato", por imperativo del art. 6.2º de la Ley de Suspensión de Pagos. Supuesto plenamente extensible a la

---

<sup>113</sup>STCT de 21 de Julio de 1987. (Az. 17.723).

contratación de trabajadores, lo que implica una incapacitación relativa, al necesitar el acuerdo de los interventores para que su voluntad produzca efectos respecto del contrato de trabajo.

b) En cuanto a la quiebra, la situación personal del quebrado, se asemeja a la cuasi-incapacitación, que le produce una profunda modificación en su capacidad de obrar.<sup>114</sup> Por lo que a los presentes efectos interesa, parece evidente que no podrá celebrar contratos de trabajo como empresario, al haber quedado inhabilitado para la administración de sus bienes, por efecto del art. 878 del Código de Comercio.<sup>115</sup> Sin embargo, los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la declaración de la quiebra pero con posterioridad a sus efectos no se reputaran nulos, pues no parece que el carácter personal de los mismos pueda tener cabida ni en el espíritu ni en la dicción del art. 878-2 del Código de Comercio.

---

<sup>114</sup>BROSETA PONT, M. "Manual de Derecho Mercantil" Madrid, 1983, 5ª Edición, Pag. 665.

<sup>115</sup>Vide PODETTI, H. "La capacidad en el contrato de trabajo" en Estudios sobre derecho individual de trabajo....., citado, pag. 112. Sobre esta cuestión pone de relieve, además, que la incapacitación derivada de la situación de quiebra o suspensión de pagos, no supone la privación de derechos inherentes a la persona como el derecho a trabajar, por consiguiente, quebrado y suspenso mantienen capacidad para contratar como trabajador.

### 3.1.2.-Manifestación del consentimiento

43.- Hemos señalado ya que el contrato de trabajo es un contrato consensual, es decir, que se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes. Sus efectos comienzan desde que las partes han consentido en obligarse a todas las consecuencias que el contrato lleva consigo, y con los límites y extensión que a esas obligaciones determinan los preceptos legales y convencionales, y los que, en la medida en que el ordenamiento lo permita, además hayan podido voluntariamente acordar las partes.<sup>116</sup> El consentimiento constituye el acuerdo deliberado, consciente y libre de la voluntad respecto de un acto externo, querido espontáneamente, sin cortapisas que anulen o destruyan esa voluntad.<sup>117</sup> De tal suerte, que el carácter consensual y bilateral del contrato de trabajo explica la inexcusabilidad de que en la base de este negocio jurídico se cuente con el consentimiento de los contratantes.<sup>118</sup>

Ahora bien, para que exista consentimiento no basta

---

<sup>116</sup>ALONSO GARCIA, M. "Curso de derecho del trabajo" citado, pág. 368.

<sup>117</sup>CABANELLAS, G. "Elementos esenciales del....", citado, pág. 95.

<sup>118</sup>SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales del....", citado, pág. 673.

con que quienes lo emitan tengan capacidad para ello, sino que se hace necesario que esa voluntad interna se manifieste, que no exista discrepancia entre lo querido y lo declarado, y que las partes contratantes coincidan en lo que pretenden, desde sus respectivas posiciones, en cuanto al objeto y a la causa del contrato.<sup>119</sup> Para que el vínculo laboral exista se necesita, pues, un acuerdo de voluntades manifestado por cuya virtud el trabajador se obligue a prestar un trabajo al empleador y éste se obligue a abonarle un salario en contraprestación a ese trabajo.<sup>120</sup> La manifestación del consentimiento se convierte en requisito imprescindible para su existencia, de tal forma, que sin esta manifestación, para el derecho, el consentimiento no existe. Los contratantes tienen que expresar o manifestar su voluntad, pues es a través de esa expresión o manifestación como la voluntad interna puede ser conocida<sup>121</sup> y, en consecuencia, producir efectos jurídicos.

---

<sup>119</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de...", citado, Tomo II, Vol, I, pág. 49.

<sup>120</sup>La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 18 de Octubre de 1988 (azdi. 6364) señala que "el contrato de trabajo es un contrato consensual, es decir que se perfecciona por el simple consentimiento, y se hace necesario que se manifieste este por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre el objeto y la causa que han de constituir el contrato".

<sup>121</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho...", citado, Vol I, pág. 112.

44.- Antes de estudiar, las diversas formas de manifestación del consentimiento, hay que concretar dos presupuestos básicos del mismo, que, aunque se deducen de cuanto se lleva dicho, conviene matizar adecuadamente; son la propia existencia del consentimiento y su bilateralidad. En primer lugar, por lo que se refiere a la existencia de la voluntad contractual, se requiere que la voluntad exista, es decir, que haya sido emitida por quien tiene capacidad para ello, que no adolezca de vicios, y que la misma sea fiel reflejo de lo realmente querido por la persona.<sup>122</sup> En segundo lugar, al hablar de bilateralidad del consentimiento, hacemos referencia a que, de conformidad con el art. 1261 del Código Civil, la concurrencia de voluntad tiene que ser mutua, es decir, el consentimiento tiene que ser de los dos contratantes y expresado por ambos; así ha sido señalado por la Jurisprudencia que reclama para el esquema fundamental del contrato "la existencia y conjugación de dos voluntades, como origen válido de obligaciones en el campo de la contratación laboral".<sup>123</sup> De este modo, la

---

<sup>122</sup>PUIG BRUTAU, J. ("Fundamentos de...." citado, pp. 51 y ss.) aborda, en este punto, un detenido estudio sobre una serie de problemas que podrían calificarse de patológicos del consentimiento: tales como la reserva mental, la declaración con falta de seriedad y la simulación de voluntad, a los que me remito, sin perjuicio de abordar el problema de la simulación más adelante.

<sup>123</sup>STS de 16 de Octubre de 1978 (Az. 3929).

vinculación contractual no existe porque las voluntades de las partes se hayan combinado o fundido de modo físico, sino porque cada parte ha podido formarse la idea, a base de lo manifestado por la otra, de cual es el interés que el derecho le protegerá cuando el contrato quede perfeccionado.<sup>124</sup>

45.- El ordenamiento laboral no contiene previsión alguna en cuanto a los modos o formas de exteriorización o manifestación del consentimiento, limitándose en el art. 8-1 del Estatuto de los Trabajadores, bajo el epígrafe forma del contrato, a señalar que el contrato podrá celebrarse por escrito o de palabra.<sup>125</sup>

La doctrina clásica, distingue entre dos maneras posibles de declarar la voluntad contractual, y en ese sentido admite declaraciones expresas o tácitas.<sup>126</sup>

El consentimiento se manifestará de forma expresa cuando el declarante lo representa por medio de signos

---

<sup>124</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de....." citado, pág. 56.

<sup>125</sup>RAYON SUAREZ, E. en "Forma del Contrato de Trabajo" en Comentarios a las Leyes laborales: el ET, EDERSA, citado, Tomo III, pp. 6-7, señala que "la expresión forma hace referencia a todo aquello el derecho exige, además de la manifestación de voluntad, y que debe añadirse a ella para que el negocio sea vinculante".

<sup>126</sup>Vid, por todos, CASTAN TOBEÑAS, J. "derecho Civil español..." citado, pp. 378 y ss. DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos....." citado, Vol. I. pp. 112-113.

adecuados para que su voluntad sea reconocible. Lo normal será el lenguaje, hablado o escrito, sin que quepa obviar otros modos a través de signos inequívocos socialmente admitidos.

Por contra, el consentimiento se manifestará de forma tácita cuando el mismo resulte de actos concluyentes, incompatibles con la voluntad contraria. Lo que ocurre en las declaraciones tácitas de voluntad, explica DIEZ PICAZO, es que "en ellas la persona realiza un determinado acto o adopta un comportamiento, que sin declarar abiertamente ni manifestar una voluntad, por una parte permite presumir que tal voluntad existe, y, por otra parte, permite a los demás inducir objetivamente un consentimiento contractual" <sup>127</sup>.

A estas dos formas clásicas de manifestación de la voluntad, PUIG BRUTAU, añade una tercera que denomina "declaración presunta", en supuestos en los que la Ley ha previsto ciertos hechos o circunstancias como antecedentes necesarios o suficientes para que se reconozca la existencia de una obligación contractual. La voluntad se presume existente, y la declaración de la Ley impone directamente sus consecuencias.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup>Ibíd, pág. 112.

<sup>128</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...." citado, pp. 58-59.

46.- Esta triple distinción entre las formas de manifestación del consentimiento me parece válida y útil para el contrato de trabajo.

En efecto, dejando de lado la manifestación expresa del consentimiento, la distinción entre consentimiento tácito y presunto es de utilidad en el ordenamiento jurídico laboral, y puede ser extraída del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores al señalar que el contrato de trabajo "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel". Es claro que el precepto encierra una presunción de existencia del contrato, y por lo tanto, también una presunción de existencia del consentimiento, como elemento esencial de aquél. Por lo tanto, dado el supuesto de prestación y retribución señalado, el consentimiento se presume existente por ministerio de la ley, sin que sea necesario que el mismo se deduzca de otros hechos distintos o de otros actos realizados por los contratantes. En cambio, ante la no prestación o retribución de servicios, y en algunas ocasiones ante la dificultad de su prueba, cabe deducir un previo consentimiento tácito derivado de conductas que poseen todo el valor de declaración de voluntad, ya sea

esta constitutiva, novatoria o extintiva.<sup>129</sup>

La deducción de la manifestación tácita del consentimiento ha de producirse a través de conductas o actos, en los que, a su vez, exista plena voluntariedad del sujeto que los realiza.<sup>130</sup>

47.- Tradicionalmente el estudio de la manifestación del consentimiento remite a la forma del contrato en la medida en que entre las variadas acepciones que admite el término<sup>131</sup>, el más común es el que identifica la forma como el modo o manera de manifestar externamente el consentimiento de los contratantes que cumple, entre otras, dos funciones básicas: informar a los propios contratantes y a posibles terceros de la obligación contraída y de su contenido, a la vez que dar seguridad al tráfico jurídico.

---

<sup>129</sup>Sobre el consentimiento presunto, SEMPERE NAVARRO A.V. en "Los elementos esenciales...." citado, pág. 679, señala que "la figura del consentimiento presunto, en realidad, no supone sino concreción general del principio de libertad de forma en la manifestación de la voluntad".

<sup>130</sup>Sobre la manifestación tácita de la voluntad en el contrato de trabajo, vide SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos...." citado, pp. 677-679, en donde realiza una abundante recopilación de supuestos concretos sobre hechos y conductas de los que se deduce el consentimiento tácito, extraídos de pronunciamientos jurisprudenciales.

<sup>131</sup> Vide RAYÓN SUAREZ E. "Forma del contrato" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las Leyes laborales: El ET", Vol. III, Edersa, Madrid, 1985., pp. 6 y ss. e, también, APARICIO TOVAR, J. "La forma en el contrato de trabajo" en REDT nº 1/1980, pp. 131 y ss.

En el ordenamiento jurídico laboral ha quedado consagrado, habitualmente, el principio de libertad de forma, recogiendo el contenido del artículo 1278 del Código Civil según el que "los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez". Ello supone remitir al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes la decisión sobre la forma de expresión del mutuo consentimiento. Tan amplia libertad deriva del enunciado del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores que establece "el contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra". Sin embargo, a continuación, el propio precepto enumera una serie de supuestos en los que es exigible la forma escrita, supuestos todos ellos que pueden fácilmente englobarse en la expresión normativa "cuando lo exija una disposición legal". En concreto deben celebrarse por escrito:

--Los celebrados para la formación<sup>132</sup>, por tiempo o para obra o servicio determinado, cuya duración sea superior a cuatro semanas, los contratos a tiempo parcial, en prácticas y a domicilio, así como los de los españoles

---

<sup>132</sup> Derogado el RD 1992/84 de 31 de Octubre que regulaba el contrato de formación, la referencia del artículo 8.2 ET a los contratos de formación se entiende, sin dificultades, referida al contrato de aprendizaje cuya forma escrita viene exigida por el artículo 13 del RD 2317/93 de 29 de Diciembre.

contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero; todos ellos ex artículo 8.2 ET.

--Los contratos indefinidos celebrados para la obtención de los beneficios establecidos en la Ley 22/92 de 30 de Julio. Los celebrados por una Administración Pública<sup>133</sup>.

Los contratos de fomento al empleo regulados por el Real Decreto 1989/84 de 17 de Octubre.

--Los contratos de trabajo en común y de grupo.<sup>134</sup>

--La mayor parte de las relaciones de carácter especial<sup>135</sup>.

A pesar de la exigencia de forma escrita en los contratos enumerados, su falta no acarrea la nulidad del contrato porque tal exigencia formal no tiene carácter constitutivo sino, simplemente, declarativo, por lo que su incumplimiento acarrea como consecuencia que, con carácter general, los contratos temporales se entiendan celebrados por tiempo indefinido, que no haya lugar a las subvenciones o bonificaciones que se deriven de la

---

<sup>133</sup> Art. 30 RD 2223/1984.

<sup>134</sup> Su forma escrita exigida en el artículo 14 LCT, en vigor con rango reglamentario según disposición final 4ª ET.

<sup>135</sup> Art. 3 RD 1435/85 de artistas en espectáculos públicos. Art. 4 RD 1382/85 que regula la relación laboral especial de alta dirección. Art. 2 RD 1438/85 de representantes de comercio. Art. 3 RD 1006/85 de deportistas profesionales. Art. 5 RD 1368/85 de minusválidos en centros especiales de empleo. Art. 15 RDL 2/86 de estibadores portuarios.

determinada modalidad contractual y que pueda imponerse la correspondiente sanción al empresario por la infracción prevista en el artículo 7.1 de la LISOS.<sup>136</sup>.

48.- El artículo 8.3 ET dispone que "en todo caso, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral". Tal obligación responde al precedente establecido en el artículo 14 de la LCT, según el cual el contrato de trabajo debería celebrarse por escrito cuando lo dispusiera una disposición legal o cuando lo exigiese cualquiera de las partes. El actual redactado parece más realista en la medida en que establece la obligación en cualquier momento de la relación laboral dado que la obligación anterior a la celebración del contrato parece difícilmente protegible en derecho.

Ahora bien, en la actualidad tal obligación contractual puede relacionarse, sin dificultad, con el contenido de la Directiva de la CEE de 14 de Octubre de

---

<sup>136</sup> SALA et altri (Derecho del Trabajo, citado, pág. 343) señalan que la única excepción a la eficacia meramente declarativa de la exigencia de forma escrita viene constituida por el contrato de embarco, dado que la correspondiente Ordenanza de 29 de Mayo de 1969 en su art. 39.4 califica la forma escrita como condición indispensable para la validez del contrato. Vide, también ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág, 190.

1991 según la que el empresario viene obligado a informar al trabajador por escrito sobre los elementos esenciales del contrato que son enumerados en su artículo 2; obligación que se extiende a todos los contratos superiores a cuatro semanas, independientemente de que sean indefinidos y temporales y, también, a las modificaciones que se operen durante el transcurso de la relación laboral. Aunque la propia Directiva señala que la misma no afectará a las legislaciones y prácticas sobre forma del contrato o sobre prueba de la existencia y contenido del mismo (art. 6), su introducción en nuestra legislación interna<sup>137</sup> comportará importantes consecuencias por cuanto que conllevará la obligación empresarial, configurada como deber, de informar por escrito sobre las condiciones del trabajo, obligación que surge "ex lege" y no a instancias del trabajador como

---

<sup>137</sup> El actual proyecto de ley de modificación del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Procedimiento Laboral configura un nuevo artículo 8 del Estatuto con el añadido de "a tiempo completo" en el párrafo segundo, deja el resto del articulado como está actualmente con el añadido de un nuevo párrafo 4 que textualmente señala: "Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la relación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito". Con ello se pretende dar cumplimiento a la obligación derivada de la mencionada Directiva.

en la actualidad puede deducirse del artículo 8.3 ET<sup>138</sup>. Igualmente será necesaria llevar a acabo una revisión de nuestra normativa legal y reglamentaria (modelos de contratos) para depurar las carencias, bien de la exigencia de forma escrita contractual, bien de contenido mínimo exigible, bien de ambas<sup>139</sup>.

La finalidad tuitiva de la Directiva no ofrece lugar a dudas<sup>140</sup> y conecta, fácilmente, con la dinámica de la manifestación del consentimiento, en la medida en que su efectiva aplicación práctica producirá innegables efectos en el plano de la seguridad jurídica, cuya adecuada valoración será tributaria del contenido del contrato y del efectivo consentimiento de las partes respecto de tal contenido, de manera principal en la novación contractual de carácter modificativo en la que el papel del consentimiento del trabajador se antoja más relevante. De esta forma, una adecuada aplicación de la Directiva, aun cuando no pretenda formalmente la modificación de los

---

<sup>138</sup> En este sentido, vide: MARTIN VALVERDE, A. "La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo" en AL T-I/1992 pág. 195.

<sup>139</sup> SALA FRANCO, T. "La política comunitaria de armonización en materia laboral", Revista de Treball nº 18, 1992, pág. 25.

<sup>140</sup> MARTIN VALVERDE, A. (La directiva...", citada, pp. 181 y ss.) distingue en la finalidad tuitiva de la Directiva una finalidad social y otra económica cuyo contenido desarrolla ampliamente.

preceptos de la legislación interna en materia de forma del contrato, contribuirá a arrumbar el viejo principio consensualista o de libertad de forma de nuestro ordenamiento y a implantar el principio de documentación contractual propio de una cultura jurídica mas evolucionada<sup>141</sup>.

49.- Un último aspecto del estudio de la manifestación del consentimiento, es el relativo a la posible divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, es decir la discordancia entre el verdadero consentimiento y su manifestación.<sup>142</sup>

Con carácter general, se ha señalado que dado que las declaraciones de voluntad contractuales se dirigen fundamentalmente a la contraparte, la cual confía y conforma su voluntad en función de las mismas, debe mantenerse la validez del contrato tal como haya quedado determinado por la manifestación de voluntad, por respeto a la confianza que tal manifestación produce.<sup>143</sup> La discordancia entre lo manifestado y lo querido puede ser

---

<sup>141</sup> SALA FRANCO T. "La política comunitaria de armonización...", citado, pág. 25.

<sup>142</sup>Un amplio resumen sobre los estudios clásicos acerca de la relación entre la voluntad y su manifestación, y su respectivo valor, puede verse en DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado, pp. 114 y ss.

<sup>143</sup>TORRALBA SORIANO, O.V. "Derecho Civil" citado, pág. 525.



voluntaria o involuntaria. En cuanto a esta última los supuestos básicos son el error obstativo y la violencia física que se tratarán al hablar de los vicios del consentimiento. Respecto de la primera, en el contrato de trabajo, puede tener particular importancia la simulación.

La simulación es un supuesto de discrepancia voluntaria y querida por las partes entre sus declaraciones de voluntad y su voluntad real,<sup>144</sup> pudiéndose distinguir entre una simulación absoluta y una relativa, en la medida en que aquella afecta a la existencia misma del negocio jurídico.<sup>145</sup>

La tradicional intervención heteronómica en el contrato de trabajo, explica la relativa frecuencia de la aparición de supuestos de simulación en el contrato de trabajo, a los que la jurisprudencia ha tenido que hacer frente. En efecto, la voluntad de las partes, o singularmente de una de ellas, de sustraer de su relación las consecuencias imperativas que comporta todo contrato

---

<sup>144</sup>ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo" citado, pp. 184-185.

<sup>145</sup> DIEZ PICAZO, L. ("Fundamentos...", citado, Vol I, pág. 138) ha señalado que la simulación no pertenece a los vicios de la manifestación del consentimiento, pues "los autores del contrato simulado declaran voluntariamente, y su declaración coincide con su voluntad de declarar, lo que ocurre es que existe entre ellos conformidad en que su declaración sea meramente aparente, es decir, en que no opere como reglamentación preceptiva de sus intereses".

de trabajo, o de otro lado, la intención de obtener prestaciones sociales, explican los supuestos de simulación en los que se quiere disimular, o aparentar, según los casos, la existencia de una relación contractual de trabajo.

Frente a tales y posibles supuestos, el ordenamiento jurídico laboral posee mecanismos de defensa, que han sido utilizados frecuentemente por la jurisprudencia, y que básicamente se resumen del siguiente modo: la presunción iuris tantum de existencia de un contrato de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo paga o debe pagar (art. 8.1 ET), la terminante y repetida declaración jurisprudencial de que la naturaleza del contrato depende de las obligaciones que constituyan su objeto y no del nombre que le hayan dado las partes<sup>146</sup>; la también repetida declaración jurisprudencial, en aplicación de lo anterior, de la irrelevancia de la voluntad de las partes de sustraer un contrato de trabajo a sus normas reguladoras<sup>147</sup>; y por último la aplicación del artículo 1276 del Código Civil según el cual los contratos sin causa o con causa ilícita no producen

---

<sup>146</sup> Por todas, STS de 22 de Marzo de 1965 (Ar. 1630) y de 22 de Junio de 1988 (Ar. 5448). STCT de 11 de Enero de 1983 (Ar. 112), de 19 de Abril de 1983 (Ar. 3292) y de 10 de Junio de 1983 (Ar. 5451).

<sup>147</sup> Vid, por todas, dos STS de 18 de Abril de 1988 (Ar. 2973 y 2974).

efecto alguno, en relación a la simulación de existencia de contrato para la obtención de prestaciones, que se califican de fraudulentos.<sup>148</sup>

### 3.1.3.- Los vicios del consentimiento

50.- Para que el consentimiento resulte plenamente válido y constituya elemento esencial del contrato, es necesario que sea obra de la voluntad libre y consciente de sus autores. La doctrina coincide en señalar que el consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre; de tal suerte que cuando alguna de estas cualidades o condiciones no se dá, el consentimiento se encuentra viciado y en el contrato existe una irregularidad.<sup>149</sup>

El artículo 1265 del Código Civil establece que:

"Será nulo el consentimiento prestado por error,

---

<sup>148</sup>ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", citado, pp. 184-185; con abundante cita jurisprudencial, señalando, además, que los actos simulatorios, no son privativos del momento constitutivo, sino que se extiende, en determinados casos, a los momentos novatorio y extintivo, ; y que, de alguna manera, alcanzaron notoria importancia con motivo de la obtención del 40% de la indemnización del Fondo de Garantía Salarial, antes de la derogación del artículo 56.4 del ET efectuada por la Ley 32/1984 de 2 de Agosto.

Vide, también, GARCIA PIQUERAS, M. "La simulación en el contrato de trabajo" en A.L. nº 21/90.

<sup>149</sup>Vide, por todos, DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado, Vol. I, pp. 117 y ss.

violencia, intimidación o dolo".

Es evidente que la mecánica del Código Civil parte de la existencia del consentimiento, pero lo considera nulo, cuando la voluntad adolece de un vicio o defecto, en congruencia con la filosofía que basa la construcción del contrato y de su fuerza vinculante en la voluntad de la persona.<sup>150</sup> Se requiere, pues, la existencia de los elementos esenciales del contrato, pero uno de ellos, el consentimiento se ha formado defectuosamente; por ello cabe hablar con PUIG BRUTAU de que falta de conocimiento y falta de libertad son las dos grandes causas por las que resulta posible hablar de un vicio del consentimiento.<sup>151</sup>

51.- En el campo jurídico laboral, no existen previsiones normativas sobre los vicios del consentimiento, ni en general sobre ningún aspecto de éste, salvo la capacidad según ya hemos visto. Sin embargo, asumiendo la plena aplicabilidad de la dogmática civilista al problema de los vicios del consentimiento en el contrato de trabajo, resulta posible construir unos principios de aplicación propios del Derecho del Trabajo,

---

<sup>150</sup>MORALES MORENO. A.M. "Comentario al Artículo 1265 del Código Civil" en Comentarios del....., citado, Vol II. Pp. 458-459.

<sup>151</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...." citado, T-T-II, Vol. I. Pag. 73.

a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. En efecto, SEMPERE NAVARRO ha sistematizado las decisiones de nuestros tribunales y, a partir de las mismas, señala que son básicamente tres los grandes principios sobre los que se asienta la aplicación de los preceptos del Código Civil en materia de vicios del consentimiento al contrato de trabajo.<sup>152</sup> Principios que se resumen del siguiente modo:

a) Presunción sobre la bondad del consentimiento manifestado, que requerirá de prueba eficaz en contrario para no mantener la eficacia y validez de dicho consentimiento. Doctrina esta que no sólo se aplica en el momento constitutivo, sino también en el novatorio, y con mucha intensidad y frecuencia en el extintivo.<sup>153</sup>

b) Apreciación restrictiva de los hechos en base a los cuales se pretende la existencia de una

---

<sup>152</sup>SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales....", citado, pp. 692 y ss.

<sup>153</sup>Es reiterada la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo en relación a la validez del finiquito, si no se demuestran claramente vicios del consentimiento. Vid, por todas, STCT de 2 de Diciembre de 1986 (Azdi. 12.868). Doctrina recogida y reiterada por los Tribunales Superiores de Justicia. Ad exemplum vide STSJ Comunidad Valenciana de 24 de Mayo de 1991 (Boletín 700) y de 13 de Julio de 1991 (Boletín 1027); en esta última se dice: "Puede afirmarse, pues, que no sólo la recurrente no demuestra que existiese vicio del consentimiento alguno en sus actuaciones, sino que no cabe la menor suposición en tal sentido".

irregularidad que vicia el consentimiento.<sup>154</sup>

c) Importancia de las atribuciones poseídas por el Juzgador de Instancia en orden a la valoración de la prueba y el mantenimiento del carácter conjunto de la misma.<sup>155</sup>

Estos principios descritos, vienen a reforzar la tesis de DIEZ PICAZO, para quien, "más que una categoría dogmática de vicios del consentimiento, entendida absolutamente, hay un casuismo dogmatizado de casos de justicia e injusticia de la vinculación contractual".<sup>156</sup> En todo caso, la concreta dicción del art 1265 del Código Civil, exige un estudio pormenorizado y concreto de los llamados vicios del consentimiento.

#### A) Error.

---

<sup>154</sup>Significativa, al respecto, la STCT de 14 de Febrero de 1989 (Azdi. 1410), en la que se exige carácter auténtico e indubitado a la prueba que pretenda establecer vicio en el consentimiento. "La eficacia del consentimiento debe determinarse "mediante la doble indagación de la libre formación de la voluntad del declarante (art. 1165 CC) y del verdadero contenido de la voluntad emitida".

<sup>155</sup>Lo cual no es, sino la aplicación adecuada del carácter y naturaleza del recurso laboral de Suplicación. Al respecto, vide MOLINER TAMBORERO, G. "El Recurso Laboral de Suplicación", Deusto, Bilbao 1991, pp. 17 y ss.

<sup>156</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado, Vol. I, Pag. 118.

52.- Los tratadistas, suelen comenzar el estudio del error como vicio del consentimiento partiendo de su definición; en todos subyace la idea de divergencia entre la voluntad y la realidad. Así ALONSO GARCIA define el error como "vicio de la voluntad por virtud del cual éste se forma sobre la base de una creencia inexacta".<sup>157</sup>

Ahora bien, no todo error invalida el consentimiento, pues no toda divergencia sobre el conocimiento de la realidad tiene incidencia en el proceso formativo de la voluntad, de forma tal que la condicione y determine un vicio invalidante de la misma; por ello, todos los errores no tendrán el mismo tratamiento jurídico. A la ya comentada nula referencia normativa laboral sobre la materia, hay que añadir en este punto la escueta regulación del Código Civil sobre el error, lo que provoca que el derecho positivo sea incapaz de resolver la múltiple casuística que se produce en la materia, por lo que parece necesario, antes de proceder al análisis de los distintos tipos de error y de sus requisitos, proceder a esquematizar las circunstancias que, en todo caso, hay

---

<sup>157</sup>ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho...." citado, pag. 371.  
Así, DIEZ PICAZO, L. ("Fundamentos..." citado pag 131), define el error como "equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico".  
TORRALBA SORIANO, V. ("Derecho Civil" citado, pag. 520) lo define como "falso conocimiento de la realidad que incide en el proceso formativo de la voluntad".

que ponderar para determinar, en cada supuesto concreto, el alcance del error como vicio invalidante. En este sentido DIEZ PICAZO<sup>158</sup> señala las siguientes:

a) Responsabilidad del sujeto que ha sufrido la equivocación, distinguiéndose así un error excusable y un error inexcusable.<sup>159</sup>

b) Carácter básico o no en la intención del contratante del elemento sobre el cual el error recae.<sup>160</sup> Se distingue así entre errores relevantes e irrelevantes.

c) La situación del contratante contrario de quien padece el error y sus circunstancias.

53.- Se ha distinguido, también, entre el error propio y el obstativo; el primero existe cuando la voluntad se ha formado en base a un inexacto conocimiento de la realidad, mientras que el segundo existe, no en la formación de la voluntad, sino en su declaración, de tal

---

<sup>158</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos..." citado, Vol.I, pp. 132-133.

<sup>159</sup>La STCT de 10 de Enero de 1989 (azdi. 912) señala que "la asunción de responsabilidad que deriva de una declaración de voluntad está anclada en dos conocidos principios, el de autorresponsabilidad del declarante, y el de la fides que se despierta en el declaratorio....(de tal suerte)....que el error que no se presenta como disculpable o excusable queda relegado a una motivación intrascendente".

<sup>160</sup>La STS de 6 de Noviembre de 1985 (AZdi. 5729) requiere para estimar el error como vicio invalidante que tenga el carácter de sustancial.

suerte que existe error obstativo cuando lo que hay es una discordancia entre lo querido y lo declarado por equivocación no voluntaria. Sin embargo, la moderna doctrina entiende que no hay diferencia de trato jurídico entre uno y otro tipo de error.<sup>161</sup> Lo mismo puede afirmarse del contrato de trabajo, pues para la contraparte los efectos del error, sea propio u obstativo, son los mismos.

En nuestro ordenamiento jurídico la regulación del error se circunscribe al artículo 1266 del Código Civil, que dispone:

"Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa, que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma, que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona solo invalidará el contrato, cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta solo dará lugar a su corrección".

Al objeto de detallar la recepción de la regulación civil de esta causa de ineficacia del consentimiento en

---

<sup>161</sup>Vide PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...", citado, PP. 74 y ss. DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos..." citado, pag. 134.

el contrato de trabajo, conviene puntualizar lo siguiente<sup>162</sup>.

54.- Los distintos tipos de error que generalmente señala la doctrina civil (error in personam, in qualitate, in negotio, in quantitate, etc) pueden darse, con mayor o menor intensidad, en el contrato de trabajo, en cualquiera de sus momentos constitutivo, novatorio, o extintivo; ahora bien, para que el error invalide el consentimiento tiene que darse sobre aspectos decisivos para la celebración del contrato, de tal suerte que, si el error no se hubiese producido, el contrato no se habría celebrado.<sup>163</sup>

55.- Respecto del error in personam, la doctrina coincide en el particular interés que ofrece en el campo laboral<sup>164</sup> por el caracter "intuitu personae" del

---

<sup>162</sup>Para ello sigo, basicamente, el análisis efectuado por ALONSO GARCIA, M. en su "Curso de Derecho..." citado, pp. 371 y ss.

Para un estudio completo del error como vicio del consentimiento puede verse: MORALES MORENO, A.M. "El error en los contratos". Madrid 1980. Resumidamente del mismo autor "Comentario al art. 1266 del Código Civil" en Comentarios del Código Civil, citado, Vol. II, pp. 459 y ss.

<sup>163</sup>MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo" citado, pag. 364.

<sup>164</sup>Vide, por todos, ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pag. 182.

contrato de trabajo, destacando el hecho de que el error en cuanto a las cualidades personales, solo es invalidante, si las mismas son razonablemente exigidas por el tipo de trabajo a prestar en virtud del contrato.<sup>165</sup>

56.- Como requisitos adicionales al señalado carácter esencialmente determinante de la voluntad del contratante que lo sufre, podemos destacar los siguientes:

- a) Ha de ser un error excusable o no imputable

---

<sup>165</sup>ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE (Op. cit. pag. 182) ponen de relieve que las reticencias o faltas de verdad en las respuestas a tests o cuestionarios de empleo, carecen de trascendencia en cuanto a las preguntas que sean irrelevantes para el empleo mismo; en cambio, las falsedades respecto de condiciones sustanciales del empleo, pueden ser consideradas dentro del concepto de dolo. Se exceptúan de lo dicho las llamadas empresas ideológicas o de tendencia, para las que las preguntas sobre circunstancias personales pueden inducir a error en la contraparte a la hora de formar su consentimiento. Sobre ambas cuestiones, vide, mas ampliamente, BAYLOS GRAU, A. "La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador" en Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón y Del Peso. FDUM 1980. BLAT GIMENO F. "Relaciones Laborales en empresas ideológicas". MTSS. Madrid 1986.

En la doctrina francesa COUTURIER, G. ("Droit du Travail", citado, pp. 128-129) afirma que "en algunas ocasiones, los empresarios solicitan la nulidad del contrato invocando un error fundado en las declaraciones previas efectuadas por el trabajador. Es raro que, por este motivo, se conceda la nulidad del contrato, porque el error que se invoca, aunque no sea anodino, deviene, a menudo, de elementos de la personalidad del trabajador que el empresario no debe tener en cuenta para contratar".

al contratante que lo ha sufrido, pues "el error, para que pueda invalidar el contrato, ha de ser inexcusable, y no ser quien lo alega responsable de su existencia (STS de 17 de Noviembre de 1991. Ar. 8243).<sup>166</sup>

b) Un error que se haya podido evitar con una regular diligencia, no podrá ser invocado por el que haya incurrido en él para anular su declaración (STCT de 23 de Enero de 1989. Ar. 417).

c) Por último, no debe olvidarse que, el Derecho del Trabajo posee instrumentos propios que, de alguna manera, mitigan la aplicación automática de los postulados señalados respecto del error como vicio del consentimiento; es el caso del periodo de prueba. En efecto quien tuvo conocimiento del error antes de la finalización del periodo de prueba y no utilizó el mecanismo del desistimiento, no puede, con posterioridad, tratar de hacer valer aquel vicio consensual para invalidar el contrato.<sup>167</sup> Lo mismo ocurre con la ineptitud, como causa objetiva de extinción del

---

<sup>166</sup>En idéntico sentido, vide, entre otras, STCT de 10 de Enero de 1989 (Ar. 912).

<sup>167</sup>Vide, en este sentido, CARINCI-LUCA-TOSI-TREU "Diritto del lavoro". Vol 2. Il Rapporto di lavoro subordinato". Torino 1985. Pag. 46.

contrato de trabajo en virtud del artículo 52.a del ET, en el sentido de que la ineptitud anterior al periodo de prueba deja de ser operante como causa extintiva, salvo que fuese ocultada dolosamente por el trabajador y ello provocase el error sustancial del empresario, en cuyo caso acarrearía la nulidad del contrato.<sup>168</sup>

#### B) Dolo.

57.- El Código Civil señala en su artículo 1269 que existe dolo "cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho".

Lo fundamental es que nos encontramos ante un acto antijurídico, por cuya virtud uno de los contratantes induce al otro a prestar un consentimiento que, de no mediar el engaño, no hubiese manifestado.

58.- Los requisitos para que pueda apreciarse el dolo como invalidante de la voluntad los extraemos del citado artículo del Código Civil y del que le sigue (art

---

<sup>168</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo" citado, pág. 412.

1270). Son los siguientes:

a) Existencia de un acto ilícito (definido por el CC como palabras o maquinaciones insidiosas).

Ha de haber mediado una actitud de la contraparte encaminada a obtener un fin, pues sin intencionalidad no habrá dolo sino error.

b) Existencia de causalidad entre el dolo y la formación de la voluntad de quien lo sufre (el Código habla de que sin las palabras o maquinaciones insidiosas, la parte que las sufre no hubiera prestado el consentimiento).

c) El dolo ha de ser grave (art 1270 CC), referencia que sólo puede ser interpretada en el sentido de recaer sobre aspectos sustanciales del acuerdo.<sup>169</sup>

d) El dolo ha de ser empleado por una sola de las partes contratantes (art. 1270 CC), pues si el dolo es recíproco se produce una compensación de culpas y no es tenido en cuenta.

Los ejemplos mas emblemáticos de dolo en el contrato de trabajo, por lo frecuentes, son el relativo a la cualidad de la persona (titulación que se manifiesta

---

<sup>169</sup>MARTIN VALVERDE et altr "Derecho del Trabajo" citado, pag. 365.

ostentar, pero de la que en realidad se carece)<sup>170</sup> y el relativo al finiquito firmado por el trabajador mediando palabras o maquinaciones insidiosas del empresario.<sup>171</sup>

59.- La doctrina distingue entre dolo causal e incidental. Para que el dolo constituya un vicio del consentimiento y permita la nulidad del contrato, es necesario que el dolo mismo haya sido la causa del contrato. El dolo se califica de incidental cuando haya producido un simple cambio en las condiciones del contrato, y no permite la nulidad del negocio, sino simplemente la oportuna indemnización de daños y perjuicios. Distinción que tiene su utilidad en relación al contrato de trabajo, pues el dolo causal determinará la nulidad de todo el contrato, mientras que el incidental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9-1 del Estatuto de los Trabajadores, determinará solo la nulidad de la parte afectada del

---

<sup>170</sup>Supuesto resuelto, entre otras, por la STCT de 25 de Enero de 1989 (Ar. 639), que analiza la inexactitud de unos datos ofrecidos por una trabajadora, para lograr ser contratada en prácticas, y que es resuelto declarando la nulidad del contrato, por existencia de dolo en el consentimiento.

<sup>171</sup>SEMPERE NAVARRO, A.V. en "Los elementos...", citado, pag. 707, relata el supuesto contemplado en la STCT de 15 de Diciembre de 1978 (Ar. 7140) relativo a la solicitud de la empresa al trabajador analfabeto, para que estampe los garabatos, que utilizaba como firma, en un documento para pagarle un dinero; siendo, en realidad, ese documento, un finiquito.

contrato, con independencia de la posible indemnización de daños y perjuicios".<sup>172</sup>

### C) Violencia e intimidación.

60.- El último de los vicios del consentimiento que debemos estudiar es el de la violencia y la intimidación, cuyas definiciones se encuentran en el artículo 1267 del Código Civil: Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. De esta forma se identifica la violencia como coacción física y a la intimidación como coacción moral o síquica. La STS de 10 de marzo de 1986 (Ar. 1285) distingue y califica ambos supuestos, al señalar que "la violencia in genere en sus

---

<sup>172</sup>ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho...." citado, pag. 375. Basa la posible indemnización de daños y perjuicios en el art. 1902 del Código Civil; debe tratarse de un error, pues parece que el fundamento de aquella deriva directamente del artículo 1270-2 del Código Civil que establece "el dolo incidental sólo obliga, al que lo empleó, a indemnizar daños y perjuicios".

La STCT de 30 de Septiembre de 1987 (Ar. 20.116) señala que si los efectos del dolo inciden sobre el consentimiento de la contraparte, el contrato es nulo en su totalidad por aplicación directa del artículo 1270 del Código Civil.

dos aspectos de violencia material y violencia moral asume el primer lugar en la jerarquía de los vicios que aniquilan o perturban la libertad de querer, puesto que la primera, en su sentido de constricción material, de fuerza física irresistible, y la segunda, como amenaza grave e injusta de un mal temido, quitan toda posibilidad de obtener un movimiento propio y sujetan los motivos racionales de la volición frente a la conciencia rectora así encadenada".

61.- La doctrina laboralista entiende, con carácter general, que las previsiones del Código Civil son entera y directamente aplicables al contrato de trabajo.<sup>173</sup> Sin embargo, a pesar de la certeza de la anterior afirmación, parece necesario que, extraídos de la dogmática civil sobre este vicio del consentimiento, se establezcan una serie de precisiones en relación al contrato de trabajo.

62.- En primer lugar, es necesaria la ponderación de todos y cada uno de los elementos que concurren en cada caso concreto para determinar la concurrencia de violencia o intimidación sobre el consentimiento, de tal

---

<sup>173</sup>Por todos, vide: MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pag. 365. CABANELLAS, G. "Elementos esenciales.....", citado, pag. 101.

suerte que se convierte en un problema de hecho, que deberá valorar en cada supuesto particular el juzgador.<sup>174</sup>

En segundo lugar, la intimidación supone "según pacífica y constante doctrina jurisprudencial y científica, la amenaza de un mal ilegítimo, que, por su entidad objetiva o por el marco de circunstancias personales en que se produce, pueda turbar el ánimo del receptor, obligándole a realizar algún acto no querido por él, como único medio para evitar el mal con el que se le conmina".<sup>175</sup> Así los requisitos para que pueda apreciarse la intimidación como vicio generador de la nulidad del consentimiento son los siguientes:

a) Ha de existir una auténtica amenaza; en palabras del Código Civil "ha de inspirarse a uno de los contratantes un temor racional y fundado", por lo que en cada caso deberá examinarse la adecuación entre el mal en que consista la amenaza y la persona amenazada y sus

---

<sup>174</sup>SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales...", citado, pp. 701-702, con notas sobre una antigua y consolidada jurisprudencia que excluye de la revisión en recursos extraordinarios, los hechos determinantes de la existencia de violencia o intimidación, cuya apreciación está reservada al Tribunal sentenciador. Por todas, y con invocación de varios pronunciamientos civiles: STS de 8 de Noviembre de 1940 (Ar. 1028).

<sup>175</sup>STCT de 14 de Febrero de 1989 (Ar. 1410).

circunstancias.<sup>176</sup>

b) Que se amenace con un mal que debe ser inminente y grave; sin que al respecto tenga trascendencia el medio utilizado para transmitir el temor.

c) Entre la amenaza y el consentimiento ha de existir un nexo de causalidad claro y eficiente, de tal manera que aquella debe ser determinante para la emisión de la declaración de voluntad contraria a la verdadera voluntad e interés del sujeto amenazado.<sup>177</sup>

d) Que la amenaza revista matiz antijurídico, esto es, que sea contraria a derecho, pues para que la intimidación exista "se requiere, conforme reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, que la amenaza determinante de aquella sea injusta o ilícita".<sup>178</sup> Al respecto cabe señalar que, en principio, es lícito amenazar con el ejercicio de un derecho legítimo; sin embargo, no lo es cuando con ello se pretende obtener algo distinto o más importante de lo que se

---

<sup>176</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...", citado, Pag. 103.

<sup>177</sup>SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos....", citado, pag. 702.

<sup>178</sup>STS de 25 de Febrero de 1991 (Ar. 868).

conseguiría con el ejercicio del derecho que se pretende.<sup>179</sup>

En relación a la amenaza de promover un procedimiento judicial contra la persona a la que se pretende amenazar, la jurisprudencia ha señalado que, "si bien en ciertas ocasiones es justo y legítimo, en otras se convierte en un verdadero chantaje con trascendencia notoria, cuando la amenaza recae en persona débil, inculta, inexperta o desamparada, lo que hace presumible la eficacia de la coacción, máxime si quien la realiza aparece por su calidad y condiciones de llevarla a cabo" (STSJ Canarias de 27 de Mayo de 1992. Ar. 2432). Lo que no hace sino corroborar que la constatación de la fuerza intimidativa no puede constituirse con criterio general sino a través de una específica consideración de cada supuesto concreto.

63.- Por último, hay que hacer referencia a la cuestión relativa al hecho de que el contrato de trabajo se celebre bajo el imperativo o coacción de una necesidad económica, que en alguna ocasión se ha planteado la

---

<sup>179</sup>PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos...." citado, pp.105-106. Con cita de una importante Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1950 (Ar. 709).

doctrina.<sup>180</sup> El problema consiste en determinar si la necesidad económica del trabajador es relevante, a efectos del consentimiento, a la hora de formalizar el contrato o de constitución de decisiones novatorias. La cuestión planea, evidentemente, sobre toda la doctrina del consentimiento, y de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de que el contrato es expresión de la libre voluntad de las partes situadas en teórico plano de igualdad<sup>181</sup> y que el consentimiento debe ser libre, serio y espontáneo.<sup>182</sup>

Ya se ha puesto de manifiesto en otro lugar que el contrato de trabajo surge históricamente como medio para evitar la real desigualdad de las partes que lo conforman. Sin embargo esa desigualdad no es privativa de las relaciones laborales; pues, como ha puesto de relieve KAHN FREUND, la principal característica de todas las sociedades, y no sólo de las industriales, es la desigual distribución de poder.<sup>183</sup> Ante cuya realidad social "el derecho encubre, y en alguna medida debe hacerlo, la

---

<sup>180</sup>ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho....", citado, pp. 374-375.

<sup>181</sup>ALONSO GARCIA, M. "La autonomía de la voluntad...." citado, pag. 93.

<sup>182</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos....", citado, Vol. I, pag.117.

<sup>183</sup>KHAN FREUNDO, O. "Trabajo y derecho", citado, pag. 48.

realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos que considera concluidos entre iguales";<sup>184</sup> de tal suerte que la historia del Derecho del Trabajo se identifica con la intensificación de la regulación heterónomica, estatal o convencional, dirigida a la protección del trabajador como elemento más débil y más necesitado de protección, con el fin de proporcionarle mayores cotas de igualdad.

En estas condiciones la doctrina considera que por lo que se refiere a la "necesidad económica como determinante del hecho mismo de la celebración del contrato de trabajo, no parece que pueda aceptarse a los efectos de la invalidez del consentimiento prestado bajo la fuerza de la misma".<sup>185</sup>

Mucho más categórico MONTOYA, para quien sin dudas, "las presiones que las necesidades económicas pueden ejercer para los contratantes no son tomadas en cuenta por el derecho, que opera, en esta, como en tantas ocasiones, con una óptica formalista".<sup>186</sup> Algún sector

---

<sup>184</sup> Ibid, pp. 48-49.

<sup>185</sup>ALONSO GARCIA, M. "Curso de derecho...", citado, pag. 375.

<sup>186</sup>MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del...", citado, pag. 295, que refuerza la afirmación transcrita con la cita de CARNELUTTI, F. ("Teoría General del dercho", pag. 37): "El contrato es una noción formal: elemento necesario y suficiente para constituirlo es la manifestación de la voluntad. Que la voluntad sea más o menos libre no afecta a su existencia: siempre existe contrato".

doctrinal, por contra, considera que "no es dudosa la viabilidad de encajar, siquiera en sede teórica, la tesis de la intimidación en el mecanismo de formación del consentimiento en la contratación laboral", añadiendo que "sin embargo, tampoco puede dudarse de que tal mecanismo constituye el modelo normal de contratación seguido ya a lo largo de una etapa histórica suficientemente consolidada".<sup>187</sup>

Ciertamente que no puede negarse, en el plano de los hechos, que la situación de necesidad económica es determinante, en algunos casos, para la prestación del consentimiento a la hora de la constitución contractual de la relación laboral; pero no es menos cierto que no todas las situaciones de consentimiento viciado, o condicionado, permiten la anulación del contrato, pues "mas que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas, nos encontramos en presencia de una

---

<sup>187</sup>CABRERA BAZAN, J. "Sobre la causa...." citado, pag. 183: "No parece difícil identificar la forma como se constituye el vínculo contractual con la figura de la intimidación...hay, en ella, la inspiración a uno de los contratantes (el trabajador) del temor racional a sufrir un mal inminente y grave a su persona o bienes, en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes, como denuncia el artículo 1267-2 del CC. Ciertamente que el trabajador es libre para no aceptar esta forma de contratación, pero frente a ello, no tiene otra opción que la de abandonarse a una situación de miseria, lo que ciertamente constituye la amenaza de un mal inminente y grave".

serie de supuestos, en los cuales lo que hay que hacer es decidir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual.<sup>188</sup> En este sentido, el ordenamiento jurídico no considera determinante, con carácter general, para que el consentimiento resulte viciado, la situación de necesidad económica de uno de los contratantes,<sup>189</sup> singularmente porque el ordenamiento jurídico laboral posee mecanismos para evitar el abuso de derecho por uno de los contratantes (el empresario), fundamentalmente a través de lo dispuesto en el art 3-1-c y 3.5 del Estatuto, y a través de sus tradicionales principios aplicativos.

En alguna ocasión la jurisprudencia ha tenido que hacer frente a determinados supuestos, que si bien no planteaban la cuestión en toda su crudeza, si introducían matices y elementos suficientes para entrar en la consideración de cierta necesidad como posible vicio del consentimiento. En concreto, es el supuesto, citado por SEMPERE NAVARRO,<sup>190</sup> resuelto por la STCT de 16 de Junio

---

<sup>188</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos....", citado, pag. 118.

<sup>189</sup>Ad exemplum, la necesidad económica que provoca la venta de un inmueble, como único modo de subsistencia, no anula la compraventa.

<sup>190</sup>SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales..." citado, pag, 704. En el comentario a la sentencia añade: "el explicable cansancio por tener que razonar lo evidente provoca que se omita la argumentación acerca de que no hay un verdadero mal para el trabajador,

de 1981 (Ar. 4128), en el que el trabajador solicitaba que se declarase viciado su propio consentimiento al haber contratado temporalmente porque se le había compelido a ello, ya que él deseaba un contrato de duración indefinida, y si lo había aceptado era para evitar la pérdida de las prestaciones por desempleo (amenaza de mal inminente y grave), argumentación rechazada por el Tribunal toda vez que su admisión supondría la declaración de que el legislador dotó a su propia norma de un carácter coactivo determinante de la nulidad de los contratos celebrados con sujeción a sus indicaciones.

### 3.2.-El objeto complejo del contrato de trabajo.

64- Ya hemos señalado que el artículo 1261 del Código Civil establece como elementos esenciales, inherentes a la existencia de contrato, además del consentimiento que acabamos de estudiar, el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca.

Objeto y causa constituyen, probablemente, los dos

---

y que, desde luego, tampoco existe antijuricidad en las consecuencias que se derivarían de no aceptar el contrato ofertado".

conceptos más oscuros y difíciles de la teoría general del contrato,<sup>191</sup> lo que tiene su reflejo en la doctrina laboral, como no podía ser de otra manera, dado que el objeto y la causa son también requisitos esenciales del contrato de trabajo, que las partes deben garantizar so pena de hipotecar la validez del contrato que se pretende celebrar.<sup>192</sup> En nuestra disciplina el problema se agudiza, pues a la tradicional complicación de los términos objeto y causa, se unen los caracteres particulares que los mismos poseen en relación a las notas configuradoras del tipo legal de contrato de trabajo;<sup>193</sup> y también por las nulas o escasas referencias que nuestra legislación positiva laboral hace de estos dos elementos esenciales del contrato. En efecto, el ET no contiene ninguna referencia explícita a la causa del contrato; y por lo que se refiere al objeto, se limita a

---

<sup>191</sup> Tal afirmación es unánime en la doctrina civilista, vide, por todos, DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos....", citado: sobre el objeto señala: "el objeto del contrato ha sido un tema poco debatido por la doctrina, aunque es por demás oscuro y complejo" (pág. 142). Sobre la causa expone: "El concepto de causa dentro de la teoría del contrato es, seguramente, uno de los conceptos más oscuros, confusos y difíciles de aprehender de la doctrina y la técnica del derecho civil" (pág. 157).

<sup>192</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual y determinación...." citado, pág. 374.

<sup>193</sup> Sobre el particular, vide, más ampliamente, SALA FRANCO, T y LOPEZ MORA, F. "Contrato de Trabajo" en AA.VV. Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. EDERSA, Madrid 1990, pp. 3-34.

señalar en su artículo 3.1.c. que el mismo debe ser lícito.

Escasa concreción, sin duda, que no hace sino acrecentar el problema, sin que en este punto concreto se pueda hacer una total y absoluta remisión a los preceptos civilistas, precisamente, porque no deben ser totalmente identificables las nociones concretas de objeto y causa del contrato de trabajo con las de cualquier contrato de derecho privado; lo que, para el correcto análisis del problema, exige buscar cual es y cual puede ser la línea de demarcación entre la zona donde el derecho civil consolida el juego de sus reglas en el contrato de trabajo, y aquella donde el derecho civil no tiene ningún papel que jugar en el mencionado contrato.<sup>194</sup>

65.- A este respecto, ALARCÓN CARACUEL, partiendo de la idea de que el Código Civil, cuando regula las exigencias del objeto y la causa de los contratos (arts. 1271, 1272, 1273 y 1274), no contempla dichos elementos en su dimensión abstracta, sino en su acepción contingente concreta: la de los requisitos que para la validez del contrato deben reunir el objeto y la causa del mismo; deduce que los llamados elementos esenciales no pueden, por su propia generalidad, convertirse en

---

<sup>194</sup> PELISSIER, J. "Droit Civil et contrat individuel de travail", en D.S. nº 5, Mayo 1988, pág. 388.

elementos definitorios de cada tipo contractual, de tal suerte que, a excepción del consentimiento, el resto de los elementos tienen que ser "desencializados", es decir, someterlos a un proceso de tipificación-concreción, a fin de que objeto y causa puedan ser útiles como elementos definitorios de cada contrato típico.<sup>195</sup>

Esta operación de desencialización consiste, básicamente, en un proceso de concreción de conceptos. Así el concepto de causa subjetiva (inherente a todos los contratos) debe ser reconducido a un concepto de causa objetiva (que permite distinguir los contratos en los grandes grupos del art. 1274 del CC), identificando el concepto de causa-función con el objeto del contrato; objeto también desencializado, esto es, entendido como las obligaciones típicas que corresponden a cada figura contractual.<sup>196</sup>

Precisamente, en este sentido, conviene precisar y analizar el contenido de los conceptos objeto y causa en el contrato de trabajo.

### 3.2.1.- Noción y requisitos.

66.- El artículo 2 de la Ley de Contrato de Trabajo

---

<sup>195</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. "La ordenación del tiempo....", citado, pp. 25-27.

<sup>196</sup> Ibíd, pág. 27.

establecía que "el objeto del contrato a que se refiere esta ley, es todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencias ajenas o todo servicio que se preste en iguales condiciones".

En el ET ha desaparecido una concreta definición del objeto contractual, limitándose a la exigencia de que el mismo sea lícito. Sin embargo, la noción de aquello que deba entenderse por objeto del contrato de trabajo es posible extraerla sin dificultades del propio artículo 1.1 del ET que, al regular su ámbito de aplicación, hace referencia a los trabajadores "que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena, y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona"; por lo que la doctrina concluye que el objeto "está constituido por el servicio que el trabajador se compromete a prestar, y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado".<sup>197</sup>

Se trata, pues, de un objeto complejo o doble, constituido por la prestación del trabajo y la prestación salarial,<sup>198</sup> a pesar de que se observa en la

---

<sup>197</sup> MARTÍN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 363.

<sup>198</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual....", citada, pp. 374-375, señala que, a diferencia del derecho de obligaciones, en la doctrina laboral existe un importante consenso en torno a esta noción de objeto del contrato de trabajo. En efecto, para MONTOYA MELGAR, A. ("Derecho del Trabajo" citado, pág. 293) el objeto del contrato radica "en la prestación laboral y la prestación

jurisprudencia una cierta tendencia a reducir el objeto del contrato únicamente a la actividad laboral comprometida, lo que se explica, en opinión de SEMPERE NAVARRO, por los escasos problemas técnico jurídicos que el salario plantea desde este punto de vista y por la inercia de la unilateral previsión contenida en el artículo 2 de la LCT.<sup>199</sup>

Con respecto al objeto del contrato de trabajo, nos interesan, a los presentes efectos, su exigencia legal, los requisitos del mismo, y la conexión de la autonomía individual con la determinación del mismo.

Señalar que el objeto constituye elemento esencial del contrato de trabajo ya ha sido puesto de manifiesto con anterioridad y no es sino aplicar la exigencia contemplada en el nº 2 del art. 1261 del Código Civil al campo laboral, que se complementa con la previsión contenida en los artículos 1271 , 1272 y 1273 del citado

---

salarial, objeto, a su vez, de las obligaciones básicas de trabajador y empresario". Para ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE ("Derecho del Trabajo" citado, pág. 44) "el objeto del contrato son las obligaciones -de trabajar, de remunerar- asumidas por las partes, siendo el trabajo y el salario, a su vez, objeto de estas obligaciones". Vide, también, SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos..." citado, pág. 710. SANTORO PASARELLI, F. "Nozioni di diritto del lavoro", Nápoles 1985, pp. 146-147. CABANELLAS, G. "Elementos esenciales..." citado, pp. 106-114.

<sup>199</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos...", citado, pag. 710; con mención de la STCT de 7 de Octubre de 1971 (Ar. 5704).

cuerpo legal, relativas a que objeto de un contrato pueden ser las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres y los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, a la prohibición de que las cosas o servicios imposibles puedan ser objeto del contrato y, por último, a la exigencia de que el objeto del contrato debe ser determinado. De tal suerte que posibilidad, licitud y determinación constituyen requisitos inherentes a la existencia del objeto contractual.

67.- La posibilidad constituye un requisito institucional del objeto, de modo que ex artículo 1272 del CC "no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles".

Con respecto al contrato de trabajo, hay que tener en cuenta el carácter personal del mismo, dado que lo normal es que "la calidad y circunstancias de la persona se habrán tenido en cuenta al establecer la obligación" (art. 1161 del CC), lo que tendrá particular importancia a la hora de determinar la posibilidad o no del servicio, lo cual enlaza directamente con la diferenciación entre imposibilidad absoluta y relativa. La absoluta existe cuando nadie puede llevar a cabo el contenido del contrato; mientras que la relativa se dá cuando, siendo el objeto posible, no lo es para las partes del contrato

o para alguna de ellas. Ejemplo emblemático de esta distinción es el relativo a la falta de renovación del permiso de trabajo de los extranjeros, pues "la imposibilidad de que el trabajador continúe disponiendo de este permiso administrativo que es indispensable para trabajar, es legitimador per se de una rescisión contractual, incluso a la luz del artículo 1272 CC, expresivo de la imposibilidad de que sean objeto de contrato las cosas o servicios imposibles".<sup>200</sup> Se trata de una imposibilidad relativa por ministerio de la Ley.

Cabe hacer una segunda distinción en cuanto a la imposibilidad, según esta sea originaria o sobrevenida. La originaria, anterior al contrato, provoca la nulidad del mismo por inexistencia y contravención del art 1261 CC; la sobrevenida puede dar lugar a incumplimiento contractual o a la extinción de la obligación, en función de que la señalada imposibilidad pueda imputarse a la parte de la que depende.<sup>201</sup> En el contrato de trabajo, la imposibilidad sobrevenida, puede, además, ser fruto de la ineptitud sobrevenida del trabajador, lo que configura uno de los supuestos de la extinción por causas objetivas (art 52-a del ET).

---

<sup>200</sup>STCT de 14 de Marzo de 1979 (Ar. 1693).

<sup>201</sup> GETE ALONSO Y CALERA, M.C. "Comentarios al art. 1273 del Código Civil" en Comentario del Código Civil, citado, Vol.II, pág. 476.

Por último, es posible también, distinguir entre imposibilidad total o parcial; sólo la primera determina la inexistencia contractual por falta de uno de los elementos esenciales del contrato; respecto de la imposibilidad parcial, entre la discusión general sobre si acarrea, de suyo, la nulidad total del contrato,<sup>202</sup> en el contrato de trabajo hay que pensar en una nulidad parcial, por la fuerza del art 9-1 del ET.

68.- La licitud es el único requisito del objeto del contrato recogido expresamente por el ET en su art 3.1.c., que no hace sino reiterar el espíritu del artículo 1271 del Código Civil, en virtud del cual pueden ser objeto del contrato "todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres". Al respecto, es importante tener en cuenta lo ya señalado respecto al carácter complejo o doble del contrato de trabajo, producto de su recíproca bilateralidad; en efecto, si la prestación laboral consiste en una actividad ilícita o inmoral, el contrato de trabajo será

---

<sup>202</sup>Así, a favor de la nulidad total, LACRUZ-SANCHO DELGADO-RIVERO "Elementos de Derecho Civil", I-2, Barcelona 1983, pag. 86. A favor, por aplicación de la norma segunda del artículo 1460 del Código Civil ("si se hubiese perdido la cosa solo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente", DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...", citado, Vol I. Pp. 149-150.

inexistente por ilicitud de su objeto;<sup>203</sup> mientras que si la prestación salarial resultase ilícita, esa parte del contrato sería nula y debería sustituirse por los preceptos legales correspondientes "ex art. 9-1 E.T."

ALONSO GARCIA entiende que la exigencia legal de que los servicios objeto del contrato no sean contrarios a la ley ni a las buenas costumbres comprende dos conceptos distintos: el de objeto ilícito y el de objeto prohibido. "La ilicitud del objeto nace de la condición o naturaleza intrínsecamente inmoral de la prestación, y sus efectos se traducen en la nulidad del contrato así celebrado, y en la falta de acción de las partes para reclamar. La prohibición, en cambio, no deriva de la naturaleza misma de la prestación, de su intrínseca condición inmoral, sino de un imperativo legal que impide contratar sobre una determinada materia en cuestión".<sup>204</sup>

69.- Hay que destacar, respecto de la ilicitud una cierta contradicción jurisprudencial. En efecto, en el asunto de vendedores de rifas no autorizadas (Prodiecu), mientras que algunas sentencias sostienen que cuando el objeto del contrato es ilegal, no cabe calificar de

---

<sup>203</sup>MARTÍN VALVERDE et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pag. 363.

<sup>204</sup>ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho...", citado, pag. 712.

nulidad para una de las partes contratantes y de validez para la otra, por lo que al ser contrario a la ley el servicio de venta de boletos de Prodiecu, por aplicación del art. 1261 del Código Civil, entre ambas partes no hay contrato;<sup>205</sup> otras sostienen que la imposibilidad de la empresa de dar ocupación efectiva por ilicitud de su objeto, faculta al trabajador a solicitar la extinción del contrato en base al art. 50 del ET.<sup>206</sup>

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia es constante a la hora de determinar que la ilicitud de la actividad empresarial no puede trascender sin más, para teñir de igual carácter al objeto de los vínculos contractuales, de tal forma que sólo cuando la prestación sea ilícita o inmoral afectará a la existencia contractual.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> STSJ de Madrid de 12 de Febrero de 1990 (Ar. 795). Paradójicamente, la STSJ del País Vasco de 29 de Enero de 1993 (Ar. 388) considera los contratos de trabajo en venta de cupones sin autorización administrativa como nulos por causa ilícita. Vide, infra, "La causa del contrato de trabajo".

<sup>206</sup> STCT de 18 de Octubre de 1988 (Ar. 6370), vide, al respecto, el comentario a dicha sentencia en A.L. T-II/88, Sentencia nº 1198, que expresa que la misma "parece apartarse de la doctrina conforme a la cual el contrato es nulo, y no comporta otras consecuencias que las derivadas de la prestación de servicios".

<sup>207</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos...." citado, pp. 711-712. "Así no existe objeto inmoral o ilícito en el contrato de trabajo de una limpiadora que realiza su prestación profesional en local dedicado a la práctica de actividades inmorales, ni en el de la auxiliar administrativa de una ilegal agencia privada de

### 3.2.2.- Especial consideración de la determinación del objeto del contrato de trabajo.

70.- El objeto del contrato de trabajo ha de ser determinado o determinable, por aplicación del art. 1273 del Código Civil y porque no puede haber obligaciones contractuales si no se ha determinado en que consisten tales obligaciones.<sup>208</sup>

Por lo que se refiere al contrato de trabajo, generalmente se ha venido identificando la determinación del objeto del contrato con la asignación de una categoría profesional al trabajador,<sup>209</sup> incluso a la actividad profesional o al tipo de trabajo a que se compromete el trabajador.<sup>210</sup> Y aunque tal determinación es suficiente para entender cumplido sin ningún género de problemas la exigencia del Código Civil relativa a la determinación del objeto del contrato, recientemente,

---

colocación de empleadas de hogar".

<sup>208</sup>DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...." citado, pag. 153.

<sup>209</sup> CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones de la prestación de trabajo". Madrid 1983, pp. 67-68.

<sup>210</sup>ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho...", citado, pág. 380. MARTÍN VALVERDE et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 363.

PÉREZ DE LOS COBOS ha señalado como en la práctica contractual empiezan a proliferar cláusulas destinadas a concretar esa determinación del objeto contractual, y como la misma constituye uno de los campos mas fértiles para el desarrollo del juego de la autonomía individual.<sup>211</sup> Afirmación, esta última, que parte, por un lado, de la consideración de que la determinación de las prestaciones laboral y salarial es, en definitiva determinación del objeto; y, por otro lado, que tal labor determinadora no está exenta de problemas, como el propio autor reconoce, debidos fundamentalmente, por una parte, a la desigual y contradictoria respuesta que la jurisprudencia ha venido dando a las impugnaciones sobre la legalidad de distintas y diversas cláusulas destinadas a conformar el objeto del contrato;<sup>212</sup> y, por otra, al problema de los efectos que sobre la determinación del objeto del contrato tienen los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores.

71.- En efecto, la exigencia del artículo 1273 del Código Civil, relativa a que el objeto de todo contrato

---

<sup>211</sup>PÉREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual y...", citado, pp. 376-377.

<sup>212</sup> Vide, entre otras, STCT de 20 de Abril de 1983 (Ar. 3361), 4 de Junio de 1987 (Ar. 12257), 25 de Enero de 1989 (Ar. 457), 27 de Febrero de 1989 (Ar. 1314). STS de 23 de Febrero de 1990 (Ar.121) y STSJ de Andalucía de 22 de Julio de 1989 (RL nº 20-21/1991).

sea determinado en cuanto a su especie o determinable por lo que respecta a su cantidad, supone, en el campo laboral, que la prestación de trabajo y, con ella, las distintas condiciones laborales (de lugar, de tiempo, de cantidad o de clase de trabajo), en función de las cuales se determina aquella, y la prestación salarial, hayan de determinarse por acuerdo expreso o tácito de las propias partes (art. 8-1 ET), con sometimiento a las normas estatales o convencionales de naturaleza imperativa (art. 3-1-c del ET) o, en defecto de pacto, por aplicación de la normativa reguladora de cada condición.<sup>213</sup>

Esta definición del objeto contractual que compete a las partes, no es un mero requisito formal; por el contrario, supone conformar la relación laboral que del contrato nace,<sup>214</sup> pero que no se agota en el mismo, porque el contrato no explica y no contiene en su totalidad las dinámicas normativas que se registran en el plano de las relaciones laborales; puesto que, si la autonomía privada negocial tiene una esfera de competencia circunscrita a los intereses privados de los contratantes, en el plano de la relación laboral se articulan intereses de toda índole que superan los

---

<sup>213</sup>SALA FRANCO, T LÓPEZ TARRUELLA, F. "La modificación de la prestación de trabajo". Ed. Deusto, Bilbao 1991, pág. 17.

<sup>214</sup>PÉREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual ..." citado, pág. 375.

estrictamente patrimoniales o individuales de las partes (desde los derechos de libertad a los derechos sindicales); lo que explica que la regulación del contrato de trabajo, y en gran medida de su objeto, esté configurada en función de intereses que trascienden de los de los contratantes.<sup>215</sup>

Es en este punto donde se produce la distinción mas importante del Derecho del Trabajo respecto del derecho civil: la existencia de normas laborales de carácter imperativo que impiden el libre juego del acuerdo de voluntades, ya en el momento constitutivo, para la determinación de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Las partes del contrato de trabajo, además de los límites genéricos del Código Civil contenidos en los artículos 1271 a 1273 (posibilidad, licitud y determinación), tienen que acomodar su definición del objeto contractual al juego de las normas imperativas, en aplicación del artículo 3-1-c del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, cuando los contratantes delimitan y modulan las condiciones laborales de la prestación de trabajo y/o de la prestación salarial, a la vez están definiendo las normas por las que se ha de regir la relación laboral que nace.

---

<sup>215</sup>D'ANTONNA, M. "La autonomía individual y las fuentes del derecho del trabajo" en R.L. nº 20-21/1991, pág. 17.

72.- Es evidente que, fruto de la función constitutiva del contrato de trabajo, las partes deben determinar su objeto, y lo pueden hacer, no sólo asignando al trabajador una categoría profesional determinada, dando con ello lugar a la aplicación automática de las normas laborales que modulan las condiciones de las prestaciones que constituyen dicho objeto; sino también, y viene siendo, cada vez más, práctica habitual, pueden las partes determinar las funciones concretas a desempeñar, el lugar de trabajo, el horario y la jornada, las vacaciones, las retribuciones básicas y/o complementarias, etc.

Por ello, se implican en este punto los distintos problemas que plantea la interpretación del artículo 3.1.c. señalado, en relación con las posibilidades contractuales de regular dichas condiciones, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a las cláusulas contractuales que establecen las condiciones, derechos y obligaciones de la relación laboral. Problema que será analizado en el estudio de la función normativa del contrato de trabajo.

### 3.3.- La causa del contrato de trabajo: un análisis desde la perspectiva de la autonomía individual.

#### 3.3.1.- La causa en el Código Civil

73.- Hemos señalado con anterioridad, que el artículo 1261 del Código Civil establece que no hay contrato sino cuando, además de consentimiento y objeto cierto, concurre "la causa de la obligación que se establezca", de suerte tal, que en la teoría del contrato la causa se convierte en uno de los elementos esenciales para su existencia. Sin embargo, a pesar de dicha configuración como elemento esencial, es éste uno de los temas más complicados y difíciles de la teoría general del contrato, que ha provocado una abundante literatura jurídica en la dogmática civilista<sup>216</sup>. Sin embargo, y a pesar de que la doctrina es unánime al señalar a la causa como elemento esencial del contrato de trabajo, en el

---

<sup>216</sup> En todos los manuales de Derecho Civil citado, existe una amplia remisión bibliográfica a estudios específicos de la causa. Con carácter general puede verse, además de los manuales, entre otros: DE LOS MOZOS, J.L. "La causa del negocio jurídico" en Revista de Derecho Notarial, 1961, pp. 283 a 425. DIEZ PICAZO, L. "El concepto de causa en el negocio jurídico" en ADC, 1963, pp. 3 y ss. y TORRALBA SORIANO, V. "Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en ADC 1966, pp. 601-708.

campo laboral los estudios sobre la causa del contrato de trabajo son pocos<sup>217</sup>, como pocos son los pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales del orden social que analicen con detenimiento la figura de la causa como elemento esencial del contrato de trabajo.

La tradicional dificultad del concepto y alcance de la causa obedece, en opinión de PUIG BRUTAU, a dos razones distintas: por un lado, la variedad de sentidos con que la palabra causa se emplea en el Código Civil y, de otro, la circunstancia de que la exigencia de la causa como requisito sin el cual no existe contrato, no aparece en todos los códigos modernos que, sin embargo, llegan a los mismos resultados prácticos<sup>218</sup>.

74.- Cualquier intento de analizar la causa en el

---

<sup>217</sup> Con carácter específico, sobre la noción de causa en el contrato de Trabajo puede verse: LAMA RIVERA, L.J. "La causa en el negocio jurídico laboral" en RT, 1953, nº 6, pp. 697-710. SUAREZ GONZALEZ, F. "Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo" en RT, 1960, nº 2 pp. 1881-1894. CABRERA BAZAN, J. "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones del contrato de Trabajo", citado, pp. 155-183. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales del contrato de Trabajo", citado, pp. 655-717, en especial 713 y ss.

En algunos manuales, se hace escueta referencia al concepto y requisitos de la causa, con mayor amplitud en ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pp. 384 y ss.

Vide también las referencias en ALARCON CARACUEL, M.R. "La ordenación del tiempo de trabajo", citado, en especial, pp. 21-37.

<sup>218</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, citado, pag. 117.

contrato de trabajo debe partir, necesariamente, del concepto que sobre la misma establece el Código Civil. En efecto el artículo 1274 CC establece que "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor". Sin embargo, tal definición de lo que deba entenderse por causa es inmediatamente criticada por la doctrina por cuanto que la misma ni es propiamente una definición conceptual ni sirve para todos los tipos de contratos<sup>219</sup>.

75.- De este modo, preocupación constante de la doctrina ha sido la elaboración de un concepto de causa que permita no solo delimitar su naturaleza como elemento esencial sino también resolver los problemas prácticos

---

<sup>219</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos..", citado, pag. 128. DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...", citado, pp. 165-166, resume los reproches que la doctrina ha realizado a la definición y la técnica del Código Civil, del siguiente modo: 1.-No suministra un concepto de causa, sino tres criterios distintos. 2.- Los criterios son incongruentes e inarmónicos. 3.-La distinción entre contratos remuneratorios y contratos de pura beneficencia es falsa, artificiosa y arbitraria. 4.- Dentro de los contratos onerosos, la explicación del CC sólo sirve para los sinalagmáticos y conmutativos. 5.-Aun dentro de estos la causa se emplea en su sentido finalista, en los gratuitos como causa eficiente.

que sitúan su centro de gravedad en el conocimiento de la solución normativa del propio concepto. Y así, numerosas han sido las teorías que sobre tal concepto se han ido formulando por la doctrina científica<sup>220</sup>, y que, en líneas generales, responden a dos visiones o análisis distintos de la noción de causa.

En efecto, por un lado, se ha puesto el énfasis en el aspecto subjetivo de la cuestión, el fin de las partes para formalizar el contrato será el elemento decisivo para configurar la causa como la intención concreta perseguida por las partes al realizar el negocio jurídico, el propósito específico que las ha guiado a celebrarlo. A este propósito, a esta intención se llamará causa, de suerte tal que, de alguna manera, se estará identificando causa con motivos.<sup>221</sup> La crítica de estas teorías es simple, pues al ser las motivaciones de la voluntad un campo más que nada psicológico, es necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico, de suerte tal que no toda ilicitud en la intención anula el contrato; la causa es siempre la misma

---

<sup>220</sup> Una exposición de las distintas teorías puede verse en CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español Común y Foral", Tomo I, Vol. II, pp. 545 y ss. También en DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil...", citado, pp. 159-165 y 166-168.

<sup>221</sup> Es el resumen de la dirección subjetivista que representada por la doctrina francesa, especialmente PLANIOL, realiza DIEZ PICAZO L. en "Fundamentos de Derecho Civil...", Vol. I, pp. 168.

en cada tipo de contrato, mientras que los motivos o intenciones de las partes pueden ser distintos para cada parte contratante y variables hasta lo infinito.<sup>222</sup>

De otro lado, esquemáticamente se puede señalar que la doctrina italiana, cuya mas acabada construcción la proporciona BETTI<sup>223</sup>, señaló que la causa no debe predicarse de los contratos sino de todos los negocios jurídicos, de tal suerte que todos ellos tienen una razón de ser. Identificando la causa con esa razón de ser, la conclusión es que la razón de ser del negocio jurídico es la "función económico social" que dicho negocio cumple en el ordenamiento jurídico; con lo que la solución al problema se objetiviza, de forma que es la función económico social típica la causa del negocio jurídico.

La anterior teorización no explica, por si sólo, la intervención de la autonomía de la voluntad, ni tampoco la figura de la causa ilícita<sup>224</sup>. Por ello, la moderna doctrina, tiende a conjugar las dos vertientes para aclarar la naturaleza de la causa: lo querido o buscado

---

<sup>222</sup> CASTAN TOBEÑAS J. "Derecho Civil Español Común y Foral". Tomo 3, 1992, pag. 639

<sup>223</sup> BETTI, "Teorie generale delle obbligazioni", cuatro vols. Milán 1953-1955. Traducción Española de DE LOS MOZOS, J.L., 2 vols. Madrid 1969.

<sup>224</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos.....", citado, Vol. I. pp. 167-168. AMOROS GUARDIOLA, M. "Comentario al Artículo 1274 CC" en AA.VV. "Comentarios del Código Civil", citado, Vol. II, pag. 480.

por las partes al celebrar el contrato, y la función jurídica que el mismo realiza, de suerte tal que la causa objetiva debe ser querida por las partes contratantes en su intención objetiva.<sup>225</sup>

76.- Desde esta perspectiva sincrética llega a comprenderse mejor el significado del requisito legal establecido en el Código Civil, como apunta gran parte de la doctrina civilista española que, con diferencias de matiz, introduce los dos elementos -objetivo y subjetivo- en las explicaciones del concepto y naturaleza de la causa. Así, para PUIG BRUTAU, la causalidad significa que "la persona que se obliga no lo hace simplemente para quedar obligada, sino que lo hace por una causa que se manifiesta objetivamente en los elementos típicos de un contrato"<sup>226</sup>. Para DIEZ PICAZO, causa es el "propósito del resultado empírico, que ha de ser común a las partes contratantes; si bién cuando no exista un propósito específico, la causa se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad genérica típica del negocio"<sup>227</sup>. Para TORRALBA "causa es el propósito común

---

<sup>225</sup> AMOROS GUARDIOLA, M. Op. cit. nota anterior, pag. 480.

<sup>226</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos....", citado pag. 129.

<sup>227</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos.....", citado, pag. 175 y 169, respectivamente.

de las partes de alcanzar la finalidad practica tutelada por el ordenamiento jurídico", de forma tal que "solamente cuando el fin práctico perseguido por las partes coincide con el esquema y función que la ley asigna al tipo contractual, el contrato tendrá aquella causa concreta que justifique su protección jurídica".<sup>228</sup>

Esta concepción permite llegar a las siguientes conclusiones, en opinión de DIEZ PICAZO:

a) Que la causa es algo distinto de los motivos, puesto que es común en los negocios con dualidad de partes.

b) Que el propósito común del resultado empírico ha de ser elevado por ambas partes a la categoría del presupuesto básico de su negocio.

c) Cuando no existe propósito específico y definido, común a ambas partes, la causa del contrato se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad típica genérica del negocio.<sup>229</sup>

77.- Las funciones que la causa desempeña en relación con el contrato, sistematizadas por AMORÓS, son las siguientes:

---

<sup>228</sup> TORRALBA SORIANO, V. "Derecho Civil", Vol II, PPU, Barcelona, 1989, pp. 529-530.

<sup>229</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos....", citado, pag. 175.

a) Función caracterizadora: La causa es requisito para la exigencia del contrato. Sin causa suficiente no hay contrato sino mero compromiso social carente de protección jurídica.

b) Función justificadora de la atribución patrimonial, en cuanto que existe una situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial.

c) Función de dependencia o conexión entre contratos conexos.

d) Función clasificadora de los distintos contratos.<sup>230</sup>

78.- La regulación del Código Civil, relativa al concepto causal expresada en el artículo 1274, se complementa con lo regulado en los arts. 1275, 1276 y 1277 CC, que permiten construir los llamados requisitos causales del contrato, según los cuales es necesario la concurrencia de tres requisitos causales en todo contrato: la existencia, la licitud y la veracidad de la

---

<sup>230</sup> AMOROS GUARDIOLA, M. "Comentario al art. 1274 CC", citado, pp. 481-482. Sobre la última función descrita, en la doctrina laboral, ALARCON CARACUEL, M. R. ("La ordenación del tiempo....", citada, pag. 27) señala que el concepto de causa permite distinguir los contratos en los grandes grupos delo artículo 1274 del Código Civil.

causa. En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de causalidad como elemento esencial para la existencia del contrato, de forma tal que la causa se configura como presupuesto básico del contrato que configura además, su grado de eficacia. Para que exista contrato es necesaria una causa, lícita y verdadera. En palabras del Código Civil los contratos sin causa no producen efecto alguno. Los contratos con causa ilícita no producen, tampoco ningún efecto, siendo ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral; y la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

La problemática que plantean los requisitos de la causa serán estudiados al analizar la causa del contrato de trabajo.

### 3.3.2.- La causa en el contrato de trabajo.

79.- El estudio de la causa en el contrato de trabajo exige, con carácter previo, volver sobre las notas configuradoras del contrato de trabajo, puesto que el concepto específico de causa requiere analizar la propia estructura del mismo, no sólo por la expresa remisión del artículo 1274 del Código Civil, sino también para poder fundamentar la función social típica que el

derecho reserva para tal contrato. Al respecto ya se ha señalado que nuestro ordenamiento jurídico configura el de trabajo como un contrato bilateral, oneroso y conmutativo; sin embargo, conviene profundizar algo más en la caracterización estructural del contrato de trabajo.

El punto de partida para un estudio sobre la estructura del contrato de trabajo es, en opinión de RIVERO, la afirmación de su bilateralidad, entendida como dos declaraciones de voluntad que producen dos obligaciones que tienden a operar un intercambio.<sup>231</sup> Ahora bien, la cuestión fundamental radica en determinar si la génesis y el régimen de las obligaciones recíprocas es efecto del contrato o, por el contrario, es efecto de las propias obligaciones contrapuestas; es decir, si el fundamento de la obligación contractual deriva del contrato mismo o cada una de las dos obligaciones tiene su causa en la otra.

La cuestión no es baladí puesto que de su adecuada solución depende, en buena medida, el propio concepto de causa del contrato de trabajo.

A la vista de lo que dispone el artículo 1274 del Código Civil "en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante , la prestación o

---

<sup>231</sup> RIVERO LAMAS, J. "Tipificación y estructura....", citado, pag. 157.

promesa de una cosa o servicio por la otra parte", el fundamento de la obligación contractual parece residir en la existencia de obligaciones contrapuestas en el contrato que se sirven reciprocamente de causa. Es la teoría del sinalagma según la que, bilateralidad o reciprocidad se identifica con una causalidad mutua de las obligaciones en su génesis (sinalagma genético) e interdependencia de las prestaciones en la fase de cumplimiento (sinalagma funcional).<sup>232</sup> Esta ha sido la opinión en la doctrina laboral clásica, que en la tipificación del contrato de trabajo ha designado como una de sus características principales su carácter sinalagmático, en el sentido de que cada uno de los sujetos del contrato de trabajo está obligado a una prestación, estableciéndose entre ambas prestaciones una interdependencia en virtud de la cual, cada prestación actúa como presupuesto necesario de su recíproca.<sup>233</sup> Desde esta visión, se ha señalado que en el contrato de trabajo la noción de causa carece de importancia pues la

---

<sup>232</sup> RIVERO LAMAS, op. cit. nota anterior, pag. 158.

<sup>233</sup> ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pag. 313. Mas matizadamente ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE señalan que el contrato de trabajo "es sinalagmático en sentido funcional, esto es en el de que busca una correspondencia, paridad o equivalencia entre los deberes jurídicos básicos recíprocos de las partes", latiendo o quedando subyacente en el contrato de trabajo la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación.

causa siempre existiría y no sería nunca ni ilícita ni inmoral.<sup>234</sup>

En sentido distinto, se ha sostenido que las obligaciones de las partes nacen por el consentimiento de las partes y del mismo contrato, como vínculo o relación jurídica unitaria, de suerte tal que carece de sentido explicar que las obligaciones de las partes nacen porque se apoyan causalmente la una en la otra, sino que la expresión de la voluntad de obligarse que hacen las partes es suficiente para crear el vínculo obligatorio.<sup>235</sup> Y ello, no sólo porque el artículo 1262 del Código Civil establece que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación de la cosa y la causa que han de constituir el contrato, sino también porque, en el de trabajo, la prestación laboral no sólo da derecho a la prestación laboral, sino que aquella es título suficiente para el nacimiento de otros derechos no exclusivamente patrimoniales, y propicia a su vez la asunción de determinados deberes cuya adecuada dimensión excede claramente de un análisis causal cuya fuente sea precisamente la prestación salarial.

---

<sup>234</sup> CABANELLAS, G. "Elementos esenciales del contrato de Trabajo", citado, pag. 116.

<sup>235</sup> RIVERO LAMAS, J. "Tipificación y estructura...", citado, pp. 166-167.

Con ello se quiere decir que el trabajador está obligado a trabajar porque mediante la prestación del consentimiento se constituyó un contrato, del que se deriva para el mismo una obligación jurídica de trabajo, y un derecho a un salario, además de otros derechos y obligaciones, cuyo origen reside en el contrato de trabajo que constituye el fundamento y la causa de las obligaciones mutuas de trabajador y empresario, sin que el nacimiento de las mismas o su posterior subsistencia necesite fundamentarse en una causalidad recíproca.<sup>236</sup>

La anterior teorización encuentra su adecuado reconocimiento positivo en el Estatuto de los Trabajadores, no sólo en la expresión "voluntariamente" de su artículo 1.1, sino también en la configuración de la falta de pago (incumplimiento de la prestación salarial) y la falta de trabajo (incumplimiento de la prestación laboral), no como causa para la no subsistencia de la recíproca obligación, sino como causa para la extinción del contrato mismo.

80.- Establecido el contrato de trabajo como causa de las respectivas obligaciones que conforman el mismo, importa delimitar el concepto de causa en el contrato de trabajo. La doctrina, básica y generalmente, no presenta

---

<sup>236</sup> RIVERO LAMAS, J. Op. cit. nota anterior pag. 169.

grandes diferencias en el análisis del elemento causal del contrato de trabajo, recogiendo las tesis objetivas o sincréticas de la dogmática civil.

Para ALONSO GARCIA, "la causa del contrato es la función económico social que el contrato cumple o, en otras palabras, el fin objetivo e inmediato al que se dirigen las obligaciones en el mismo contenidas".<sup>237</sup> En la misma dirección, SEMPERE NAVARRO señala que "la causa es la finalidad económico social querida por el ordenamiento jurídico para el negocio en cuestión".<sup>238</sup> Más matizadamente, RAMIREZ MARTINEZ-GARCIA ORTEGA-SALA entienden que "causa del contrato se identifica con su función social típica, y en el caso del contrato de trabajo consiste precisamente en el intercambio entre trabajo subordinado y salario en regimen de ajenidad."<sup>239</sup> Con combinación de elementos objetivos y subjetivos, MONTOYA señala que "por causa del contrato de trabajo ha de entenderse la voluntad de cambio entre trabajo y salario, ordenada a al producción de bienes y

---

<sup>237</sup> ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pag. 384.

<sup>238</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales del contrato...", citado, pag. 713.

<sup>239</sup> RAMIREZ-GARCIA ORTEGA-SALA, "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pag. 256.

servicios".<sup>240</sup> En fín, desde una perspectiva sincrética, ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE establecen que la causa hay que entenderla en dos sentidos: "Objetivo, como finalidad típica normal pensada y querida por el ordenamiento jurídico respecto del contrato, y subjetivo, como fín real y práctico que las partes se proponen al contratar".<sup>241</sup>

81.- La jurisprudencia, nada ajena a la dificultad del concepto, en contadas ocasiones se ha referido a la causa precisando su concepto o naturaleza; la mayoría de las veces se ha referido, con notorias deficiencias, como veremos, a la existencia o licitud de áquella. En cuanto al concepto, la STS de 28 de Enero de 1974 (Ar. 995) establece que la cauas radica "para el trabajador en la obtención de una remuneración y para la empresa en la obtención del correspondiente servicio, haciendo suyos los frutos o resultados del mismo". Con mayor amplitud, se ha señalado que el artículo 1274 CC no da un concepto genérico de causa de los contratos, sino específico de cada uno de ellos, si bien de su examen se deduce un sentido objetivo, en cuanto viene a significar el fín que

---

<sup>240</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pag. 295.

<sup>241</sup> ALONSO OLEA- CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pag. 43.

se persigue en cada hipótesis contractual, ajeno a la finalidad meramente subjetiva de los contratantes (STS 21 de Noviembre de 1988. Ar. 9038). También con una visión general, la STCT de 15 de Marzo de 1989 (Ar. 2084), señala que hay que entender tal elemento esencial del contrato "en la forma que dice el artículo 1274 del Código Civil, es decir en los contratos onerosos (y el de trabajo lo es) se entiende por causa para cada parte la prestación de promesa o servicio de la otra parte".

82.- Cualquier intento de construir una noción de causa del contrato de trabajo, debe partir, a mi juicio, de la consideración de una noción de causa que permita su aplicación a las distintas figuras contractuales, con el reconocimiento de que cada una de ellas tendrá una causa específica distinta, que deberá responder a aquella genérica noción, de suerte tal que para el contrato de trabajo debemos partir de aquella concepción, según la cual el concepto responde a dos elementos distintos, uno subjetivo y uno objetivo; es decir, por causa hay que entender el propósito común de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico. En nuestro campo laboral, ello nos lleva a una doble consideración:

a) De un lado, establecer cual es la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico con el

contrato de trabajo.

b) De otro lado, cual es el juego de la autonomía individual (propósito de las partes) en orden a alcanzar dicha finalidad práctica.

83.- Respecto de la primera, aunque nuestro ordenamiento positivo no proporciona una definición doctrinal del contrato de trabajo<sup>242</sup>, es evidente que la misma puede deducirse, sin ninguna dificultad de los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que contrato de trabajo será aquel por el que una persona (trabajador) se compromete a prestar personalmente unos servicios, retribuidos y por cuenta ajena, en el ámbito de organización y dirección de otra (empresario).<sup>243</sup> Es éste, pues, el sentido que el

---

<sup>242</sup> Si la hubo con anterioridad; concretamente el artículo 1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 establecía que "Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual una o varias personas participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios, o a una persona jurídica de tal carácter bajo la dependencia de estos, mediante una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella". También el art.1 de la LCT de 1931, en términos similares.

<sup>243</sup> RAMIREZ-GARCIA ORTEGA-SALA, "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pag. 254. En idéntico sentido toda la doctrina.

Desde la óptica de los elementos esenciales, MONTOYA MELGAR, A. (Derecho del Trabajo, citado, pag. 262) define el contrato de trabajo como "el negocio jurídico

contrato de trabajo tiene en nuestro ordenamiento jurídico, entendido de esta forma por la doctrina y la jurisprudencia, de suerte que cuando una persona presta sus servicios subordinados y por cuenta ajena para otra, se presume que en el origen de esa relación laboral existe un contrato de trabajo (STCT de 20 de Noviembre de 1985. Ar 6329).

Es claro que el contrato de trabajo institucionaliza una relación onerosa, en la que el trabajador es al mismo tiempo deudor de trabajo y acreedor de remuneración y, a la inversa, el empleador es acreedor de trabajo y deudor de remuneración, por lo que no parece dudoso que la función económico social del contrato de trabajo consista en el intercambio de prestaciones que constituye su esencia, entendidas estas en su sentido amplio y estricto de comportamiento o conducta que las partes tienen el deber de cumplir y la facultad de exigirse mutua y simultáneamente<sup>244</sup>.

Ahora bien, el intercambio de prestaciones (de trabajar y de remunerar) que constituye la función social del contrato de trabajo no es un simple intercambio de

---

bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico-laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial".

<sup>244</sup> CABRERA BAZAN, J. "Sobre la causa y el principio de equivalencia...", citado, pp. 158-159.

trabajo y precio, porque no todas las relaciones jurídicas por las que se prestan servicios personales retribuidos son contrato de trabajo. Para que éste exista es necesario que el mencionado intercambio se produzca en un régimen de dependencia y ajenidad; es decir que se trate de un intercambio específico de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad, porque el ordenamiento jurídico, al definir el tipo legal de contrato de trabajo, en el artículo 1.1 del Estatuto, expresamente así lo establece al especificar "servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección" del empresario.

Acertadamente ha puesto de relieve la doctrina que la dependencia constituye la exigencia fundamental de la prestación jurídico laboral y la ajenidad la condición definitoria del salario respecto de la retribución genérica, siendo una y otra presupuestos sustantivos de necesaria presencia en las relaciones laborales.<sup>245</sup> Por ello, precisamente, el intercambio que constituye la finalidad práctica del contrato de trabajo tutelada por el ordenamiento jurídico es un intercambio de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad, siendo en el fondo el intercambio de las prestaciones que

---

<sup>245</sup> SALA FRANCO-LOPEZ MORA "Contrato de Trabajo" en AA.VV. Comentarios a las Leyes laborales: el ET. Tomo I. Edersa, Madrid, 1990, pag. 6. Con carácter general se estudian los conceptos de dependencia y ajenidad.

constituyen su objeto en las condiciones previstas por el derecho positivo.

De esta forma, aunque la dependencia y la ajenidad se sitúan en el mismo plano, a nivel causal ambas tienen su origen en el contrato, porque la norma, el ordenamiento jurídico en definitiva, establece unas determinadas notas esenciales configuradoras del contrato de trabajo, que lo caracterizan como contrato dotado de singularidad propia y distinta de los demás, de suerte tal que sin la concurrencia de dichas notas características no podrá existir tal contrato.<sup>246</sup>

84.- Establecida la función social típica del contrato de trabajo o, en otras palabras, la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico del contrato de trabajo, la misma, no constituye, solamente, en si misma la causa del contrato. Como se ha señalado anteriormente la causa es un elemento esencial del contrato que requiere previamente una actuación de la autonomía individual. Es necesario completar aquella visión objetiva con el elemento subjetivo de la voluntad de los contratantes, para hacer efectivo el reiterado

---

<sup>246</sup> En este sentido SALA FRANCO-LOPEZ MORA (Op. cit. nota anterior, pag 16) señalan: "A nivel causal, dependencia y ajenidad se encuentran en un mismo plano: una es causa y a la vez consecuencia de la otra". Con fundamento en la naturaleza cambiaria de la causa en el contrato de trabajo.

precepto del Código Civil según el cual el consentimiento (autonomía de la voluntad) se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa del contrato; de forma tal que los tres elementos esenciales del contrato, en la mecánica del Código Civil, tienen su fundamento en la voluntad del hombre.

La aceptación de la noción de causa como función social del contrato queda incompleta, porque, en sí misma, no contiene referencia alguna al libre albedrío del hombre. Desde una visión objetiva, la causa existe siempre en cada tipo contractual, sin que para su presencia sea necesario el concurso de la voluntad, el cual sólo será relevante para determinar la inexistencia del elemento contractual. La visión sincrética, tiene como virtud incorporar al concepto de causa la exigencia volitiva de las partes contratantes, es la autonomía de la voluntad, la que al manifestar su consentimiento sobre la función social que cumple el tipo contractual determina la exigencia causal, esencial para el contrato.

De esta forma, la causa del contrato de trabajo vendrá constituida por el propósito común de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el derecho, esto es, el intercambio de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad.

Desde esta visión es posible la explicación de los requisitos causales del contrato, a los que se hace

referencia a continuación.

### 3.3.3.- Los requisitos causales del contrato de trabajo.

85.- Siguiendo la terminología de DIEZ PICAZO, llamamos requisitos causales del contrato a las exigencias que los artículos 1275 y 1276 del Código Civil imponen a la causa para que la misma pueda constituir elemento esencial del contrato<sup>247</sup>. Para que el contrato de trabajo exista es necesario, no sólo que tenga causa, sino que la misma sea lícita y verdadera, configurándose así la existencia, la licitud y la veracidad como los requisitos de la causa de los contratos.

La importancia de los requisitos causales del contrato alcanza toda la dinámica de la relación laboral puesto que a lo largo de la vida de la misma se podrán producir diversos negocios jurídicos, distintos del puramente constitutivo, (novación, suspensión, extinción) que, como tales, requerirán la presencia de los requisitos causales inherentes a dichos negocios.

---

<sup>247</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho...", citado, Vol.I., pp. 354.355.  
En idéntico sentido para el contrato de trabajo, vide ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho...", citado, pp. 385-387.

86.- Existencia de la causa. El artículo 1275 del Código Civil establece que "los contratos sin causa no producen efecto alguno". La doctrina ha puntualizado que la figura del contrato sin causa es muy difícil de concebir como supuesto autónomo, pues o bien se reconduce a la simulación absoluta o bien se reconduce a la falta de objeto<sup>248</sup>.

Si admitimos que el contrato sin causa existe cuando se formulan unas declaraciones de voluntad sin el propósito de alcanzar la función económico-social propia del tipo contractual<sup>249</sup>, en el contrato de trabajo, por la fuerza del art. 8-1 ET, la falta de causa es asimilable al supuesto de simulación absoluta, tan frecuente, por otra parte en el campo laboral.

En efecto, como ya he señalado, a pesar de que la simulación es en el fondo un supuesto de discrepancia entre la voluntad querida por las partes y la realmente

---

<sup>248</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de derecho....", citado, Vol. I, pag. 179. En idéntico sentido LACRUZ BERDEJO, J.L. "Elementos de Derecho Civil, II-1º, Barcelona, 1977, pag. 148. Igualmente PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho....", citado, pag. 130, señala "el contrato sin causa no puede ser el celebrado sin ninguna finalidad, sino es para crear una apariencia de contrato detrás del cual no exista contrato alguno, en cambio si se ha creado una apariencia de contrato para disimular otro contrato diferente que sea el verdaderamente querido (simulación relativa) se tratará de la causa falsa prevista en el art. 1276 CC".

<sup>249</sup> TORRALBA SORIANO, V. "Derecho Civil", citado, pag. 530.

declarada, la doctrina coincide en el hecho de que la simulación absoluta no es un problema que afecte al consentimiento y a la forma de su emisión sino que aquellos supuestos absolutamente simulatorios responden a negocios causalmente defectuosos<sup>250</sup>.

La jurisprudencia también remite los casos de simulación absoluta a la inexistencia de causa; así la STS 1ª de 18 de Julio de 1989 (Ar. 5715) expresamente señala "La simulación absoluta, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro Código Civil, ha sido estructurada por la doctrina mas decantada y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad declarada y la voluntad real -vicio del consentimiento-, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio; es decir, la simulación implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los arts. 1275 y 1276 CC y, por lo tanto, con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita".

En el fondo, la simulación no es una discordancia entre la voluntad emitida y la querida, sino que la voluntad emitida responde a lo que se quiere que aparezca, es decir, responde a una finalidad no querida

---

<sup>250</sup> GARCIA PIQUERAS, M. "La simulación en el contrato de trabajo", citado, pág. 241.

para el contrato en cuestión por el ordenamiento jurídico, careciendo por lo tanto de causa.

La jurisprudencia laboral, no ha sido pródiga en referir a la inexistencia causal los casos de simulación absoluta, en cuya virtud las partes formalizan un contrato de trabajo que carece de contenido real, con la finalidad de completar períodos de carencia para obtener prestaciones de seguridad social, desempleo etc. En estos casos, el extinto Tribunal Central de Trabajo refirió la nulidad del contrato por la vía del fraude de ley ex artículo 6.4 del Código Civil, o al abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo ex art. 7.2 CC.<sup>251</sup>. Todos estos supuestos, son negocios sin causa, y carecen de efectos por aplicación del artículo 1275 CC.

87.- Licitud de la causa. El reiterado artículo 1275 del Código Civil señala que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, para añadir que "es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral". DIEZ PICAZO observa que del precepto transcrito se deduce que hay dos tipos de causa ilícita: la ilegal, que se opone a las leyes, y la causa inmoral, también llamada torpe, que se opone a la moral y a las buenas

---

<sup>251</sup> Nuevamente GARCÍA PIQUERAS, M. "La simulación en el contrato....", citado pp. 246-247, con cita de varias sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo.

costumbres.<sup>252</sup>

Sin embargo, en la realidad es enormemente complicado distinguir entre la ilicitud del objeto y la de la causa, debido fundamentalmente a la amplitud con que ambos supuestos están concebidos en el ordenamiento jurídico.<sup>253</sup> Lo mismo ocurre en el contrato de trabajo, en el que no siempre resulta fácil distinguir entre objeto ilícito y causa ilícita. Sin embargo, paradójicamente, este ha sido uno de los argumentos de la jurisprudencia para traer a colación el concepto de causa en el contrato de trabajo, existiendo en muchos de los supuestos, mas que ilicitud de causa ilicitud del objeto.<sup>254</sup>

Por el contrario, parece totalmente acertada la línea jurisprudencial según la cual los negocios laborales, constitutivos o novatorios, destinados a violar el derecho a la igualdad material de los trabajadores, o a hacer ineficaces derechos fundamentales

---

<sup>252</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de....", citado, pag. 180.

<sup>253</sup> ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho del...", citado, pág. 3w86. En idéntico sentido, PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de ...", citado, pág. 136.

<sup>254</sup> Tal es el supuesto, a mi juicio, de la reiterada jurisprudencia que declara nulos los contratos en virtud de los cuales una persona accede a prostituirse, en el interior de un local, a cambio de una retribución del dueño del establecimiento. Vide, por todas STSJ de Baleares de 9 de Enero de 1992 (Ar. 201).

como el de la libertad sindical, son negocios con causa ilícita y, por lo tanto, no producen efecto alguno.<sup>255</sup>

La STS de 25 de Marzo de 1991 (Ar. 1898), intentando diferenciar la ilicitud de causa y objeto, señala que "la ilicitud de la causa no reside sólo en la ilicitud del objeto, sino que también deviene la ilicitud en razón al matiz inmoral o de fraude de ley que revista la operación en su conjunto, destacandose al efecto, como elemento característico el ataque o lesión de un interés general en el orden jurídico o moral".

En el fondo, lo importante no es si la ilicitud se encuentra en este o aquel elemento esencial del contrato, "lo importante es saber si la ilicitud tiene o no entidad suficiente para invalidarlo".<sup>256</sup>

88.- Veracidad de la causa. El artículo 1276 del Código Civil establece que: "la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se

---

<sup>255</sup> Son los supuestos planteados y resueltos por la STCT de 18 de Octubre de 1988 (Ar. 475) que declara la ilicitud causal de una novación contractual destinada a violar el derecho a la igualdad material de un grupo de trabajadores, y por la STS de 25 de Marzo de 1991 (Ar. 1898) que declara también la ilicitud causal de un mutuo acuerdo para la extinción del contrato de trabajo cuya finalidad era indemnizar con una fuerte suma al trabajador, para evitar su presencia en una futura negociación colectiva.

<sup>256</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. "Elementos de derecho...", citado, pág. 153.

probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita".

El precepto, indirectamente exige que en todos los contratos exista una causa verdadera, pero positivamente previene que, si las partes han manifestado una causa falsa, encubriendo otra verdadera, será ésta y no aquella la determinante del contrato. Es decir, en el fondo se refiere a dos supuestos distintos: uno, el de la inexistencia de causa, aunque aparentemente se haya manifestado, expresa o tácitamente, otra, supuesto ya analizado de simulación absoluta; otro, el de la existencia real de causa, que ha sido falseada pretendiendo mostrar una que no responde a la realidad, se trata del supuesto de simulación relativa, al que hay que reconducir la falsedad causal.<sup>257</sup>

En el contrato de trabajo, adquiere particular importancia el supuesto de la simulación relativa, no sólo por la frecuencia, sino también por las consecuencias de la misma. En efecto, en nuestro campo laboral, la simulación relativa puede actuar de dos formas: a) que aparezca como no laboral, un contrato que en realidad es de trabajo; b) Que aparezca como laboral

---

<sup>257</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos...", citado, pág. 181.

un contrato que no lo es.<sup>258</sup> En ambos supuestos existe causa, y por lo tanto contrato, lo que ocurre, es que a la vista aparece una causa falsa, esto es distinta de la verdadera. No nos encontramos ante la inexistencia causal sino ante la falsedad causal. Y en ambos habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 1276 del Código Civil, sin que quepa la nulidad contractual sino la reconducción de la apariencia a su verdadera realidad escondida.

En el primer supuesto (contrato que aparece como no laboral, pero que en realidad es un contrato de trabajo), la fuerza del artículo 1276 CC es evidente, reforzada por lo señalado en el artículo 8.1 ET. Basta que se den los elementos que caracterizan al contrato de trabajo (trabajo dependiente retribuido en régimen de ajenidad), para que, cualquiera que sea la denominación que le hayan dado las partes y la causa falsa que hayan expresado, se estime celebrado un verdadero contrato de trabajo. La jurisprudencia se ha ocupado con profusión de este fenómeno, singularmente, en abundantes supuestos que se ha pretendido aparentar un contrato de transporte cuando, en realidad, se trataba de un contrato

---

<sup>258</sup> ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho...", citado, pág. 387.

eventual del negocio verdadero encerrado; la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes, con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera, la cual será eficaz en cuanto reuna las condiciones necesarias". (STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de Octubre de 1991. Ar. 5763).<sup>261</sup>

En definitiva, lo que el ordenamiento jurídico establece es que demostrada la falsedad causal del contrato, si el contrato real es posible, el mismo produce efectos plenos.

---

<sup>261</sup> En idéntico sentido STCT de 21 de Enero de 1987. Ar. 1128). A la mencionada doctrina hay que reconducir, también los supuestos en los que las partes aparentan una duración temporal del contrato, cuando loo que se quiere es una duración indefinida.

laboral.<sup>259</sup>

En el segundo supuesto ( contrato que aparece como laboral, pero que en realidad no lo es), el artículo 1276 impone idéntico resultado: la causa verdadera del contrato real se sobrepone a la del aparente, no teniendo éste ningún valor y produciendo sus efectos la relación celebrada en función de la figura que verdaderamente se convino.<sup>260</sup>

Así lo viene entendiendo la jurisprudencia que señala que "la simulación relativa tiene por efecto la nulidad del negocio aparente, pero como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta solo es un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada, no obstaculiza la validez

---

<sup>259</sup> Al respecto, la jurisprudencia es reiterada, sobre todo en los llamados supuestos de los mensajeros o repartidores de prensa, de los que también se ha ocupado con profusión la doctrina. En este sentido vide, STS 26 de Febrero de 1986 (Ar. 834), STS 13 de Abril de 1987 (Ar.2407), STS 28 de Abril de 1987 (Ar. 3905), STS 22 de Junio de 1988 (Ar. 5448), entre muchas otras. Supuestos todos, que pueden reconducirse a la veracidad o falsedad de la causa. Aunque, es evidente y problemática la diferenciación entre un contrato de transporte y de trabajo, en función de las circunstancias, como ha puesto de relieve la doctrina, singularmente, vide VALDES DALRE, F. "Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte". en RL, nº 20 y 21 de 1992, pp. 1-6 y 1-8 respectivamente.

<sup>260</sup> ALONSO GARCIA, M. "Curso de Derecho....", citado, pág. 387.

#### 4.- La novación del contrato de trabajo.

##### 4.1. La autonomía individual y las vicisitudes de la relación laboral.

89.- Constituye común opinión doctrinal que el contrato de trabajo es un contrato de duración en el que el factor tiempo juega como elemento esencial e intrínseco de la relación jurídica que se establece, de tal forma que tanto su objeto como su causa están presididas por el citado elemento temporal, pues ambos (objeto y causa) sólo pueden alcanzar su plenitud en el marco de una relación jurídica duradera en la que las prestaciones mutuas no se cumplen y agotan en un sólo acto sino que, al contrario, están destinadas a perpetuarse en el tiempo.<sup>262</sup>

---

<sup>262</sup> Por todos, vide: RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La relación de trabajo de duración determinada" en RPS nº 50/1961, pp. 27-65. ALARCÓN CARACUEL, M.R. "La ordenación del tiempo...", citada, pp. 34-37. MERINO SENOVILLA, H. "El contrato a tiempo parcial: un tratamiento diferente del tiempo de trabajo". Tesis mecanografiada. PP. 22 y

Desde esta perspectiva, en el contrato de trabajo cobra especial importancia el problema de las vicisitudes de la relación jurídica que tiene en él su fuente. La idea de vicisitud, en sentido estricto, trata de captar el fenómeno del cambio o de la alteración que en su devenir histórico puede sufrir una relación jurídica cualquiera, y también, las consecuencias y efectos jurídicos que este cambio o esta alteración puede producir.<sup>263</sup> Los fenómenos de cambio o alteración de una relación jurídica son, propiamente, modificaciones de la misma y, en nuestro sistema jurídico, la modificación de la relación obligatoria comporta siempre una novación de la obligación.

90.- Generalmente, se ha discutido con profusión sobre la cuestión relativa a determinar si es posible la modificación de la relación, o si por el contrario toda modificación comporta la extinción de la obligación anterior y su sustitución por una nueva. En el fondo de la cuestión, late la "irritante ambigüedad"<sup>264</sup> con que el Código Civil regula la figura de la novación. En efecto,

---

ss.

<sup>263</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de ....", citado, Vol. I. pág. 792.

<sup>264</sup> SANCHO REBULLIDA, F. "Comentario al artículo 1203 del Código Civil", en Comentarios del Código Civil, citado, Vol II, pág. 294.

mientras que el artículo 1156 CC considera la novación como causa de extinción de las obligaciones y los artículos 1203 a 1213 regulan su régimen jurídico dentro del capítulo dedicado a la extinción de las obligaciones, el propio artículo 1203 CC está dedicado a las causas de modificación de las obligaciones, y del 1204 CC parece deducirse el carácter excepcional de la modificación extintiva y, por consiguiente, la idea de que, en principio, la novación es meramente modificativa.

Modificar y extinguir no son acepciones compatibles, en tanto que la modificación supone que la relación persiste en todo aquello que no resulte modificado por el acuerdo novatorio, mientras que la extinción por sustitución de la primitiva obligación por una nueva, implica que todo el sistema anterior de organización de intereses queda totalmente sustituido y sin efecto no vigencia alguna. Por ello la trascendencia de una u otra solución es importante en la medida en que afecta a la esencia misma del contrato entendido como un todo coherente y unitario que, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, no admite radicales separaciones, so pena de llevar a cabo una total desintegración de la unidad jurídica que le caracteriza.<sup>265</sup>

Sobre la base de esta inseguridad normativa, la

---

<sup>265</sup> STS (Sala 6ª) de 16 de Julio de 1984. En RL Tomo I/85. Pág. 613.

tradicional doctrina y la jurisprudencia<sup>266</sup> han construido una concepción amplia de la institución novatoria comprensiva de una novación amplia o extintiva y una novación impropia o simplemente modificativa. Mediante la primera, la obligación preexistente se extingue y queda totalmente sustituida por la nueva; mediante la segunda, la obligación pervive quedando modificada según el alcance del propio pacto novatorio. En la duda hay que considerar que la novación es meramente modificativa. El deslinde entre una y otra clase debe hacerse tomando en consideración, de manera fundamental, la voluntad de las partes como elemento subjetivo y, objetivamente, la manifiesta incompatibilidad entre una y otra.<sup>267</sup>

Sin embargo, la moderna doctrina ha entendido que la novación, mas que una institución autónoma, es un efecto jurídico.<sup>268</sup> En lugar de hablar de una novación modificativa o impropia y de una novación extintiva o

---

<sup>266</sup> Vide la amplia relación doctrinal citada por CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español Común y Foral", citado, Tomo 3, Madrid, 1992, pp. 486-489. En cuanto a la jurisprudencia vide, en particular, STS de 11 de Noviembre de 1983 (Ar. 6110) y de 3 de Octubre de 1985 (Ar. 4570); en general, la amplia cita jurisprudencial recogida al respecto por SANCHO REBULLIDA, F. en "Novación de las obligaciones", Barcelona 1964, pp. 204-297.

<sup>267</sup> CASTAN TOBEÑAS, J. Op. cit. nota anterior. Pág 487.

<sup>268</sup> SANCHO REBULLIDA, F. "Comentario al artículo 1203 CC", citado, pág. 295.

propia, debe hablarse de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecido por las partes.<sup>269</sup>

91.- De cuanto se lleva dicho se comprende la particular intensidad del juego de la autonomía individual en el instituto novatorio. Su importancia es capital no sólo para establecer la distinción entre los efectos extintivos o modificativos del contrato novatorio, sino también y de manera especial, como fuente de dicho contrato.

En efecto, si la relación jurídica obligatoria tiene como fuente principal la autonomía de la voluntad de las partes, su modificación se encuentra sometida a dicha autonomía individual, estando, por tanto, sujeto el pacto modificativo a las exigencias generales de los contratos y, muy especialmente, a los requisitos de consentimiento y forma. Se trata de una modificación convencional cuyos protagonistas son únicamente los propios sujetos de la relación jurídica.

Junto a esta novación convencional, existen otras dos formas posibles de modificación de la relación

---

<sup>269</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de derecho...", citado. Vol. I. Pág. 800.

obligatoria. La primera cuando la facultad de modificar sea concedida a una sola de las partes, bien por lo dispuesto en el propio negocio jurídico, bien porque el ordenamiento concede a una de ellas tal facultad de manera exclusiva. Nos encontramos ante un evento modificativo producto de una declaración de voluntad de uno de los sujetos de la obligación. La segunda, cuando la modificación se produce de forma automática por mandato de la norma.

92.- En el contrato de trabajo la novación presenta matices peculiares y específicos producto del propio sistema normativo laboral, y muy especialmente por el concreto juego de la autonomía de la voluntad en la relación individual de trabajo. Su análisis específico ha sido realizado por la dogmática laboral clásica, en la que resulta referencia obligada, a los presentes efectos, el libro de RIVERO LAMAS<sup>270</sup> sobre la novación del contrato de trabajo, en el que se realiza un amplio estudio jurídico sobre las modificaciones de la relación individual de trabajo cuyas bases siguen siendo válidas, a pesar de los cambios normativos ocurridos desde su publicación.

Y es que la legislación laboral, singularmente el

---

<sup>270</sup> RIVERO LAMAS, J. "La novación del contrato de trabajo". Barcelona, 1964.

Estatuto de los Trabajadores, no regula la figura de la novación del contrato de trabajo que es, sin embargo, posible por directa aplicación de los preceptos del Código Civil y a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1.c. del ET. Si hace referencia la legislación a diversas formas modificativas de la relación laboral, distintas del pacto bilateral, de tal forma que en nuestro ordenamiento jurídico laboral es posible distinguir por razón del origen tres formas distintas de modificación de la relación laboral que tiene su origen en el contrato de trabajo<sup>271</sup>:

A) Modificaciones automáticas provenientes del cambio de una norma legal, reglamentaria o convencional.

B) Modificación bilateral producto de la autonomía individual de las partes contratantes a través del contrato novatorio.

C) Modificación unilateral por voluntad de una de las partes del contrato. En este sentido por voluntad del empresario es posible distinguir tres tipos: a) el ius variandi empresarial. b) la modificación sustancial ex artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores. c) la modificación disciplinaria. También es posible la modificación por voluntad unilateral del trabajador.

A los presentes efectos, nos interesa únicamente la

---

<sup>271</sup> SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA "La modificación de la prestación de trabajo" Deusto, Bilbao, 1991. Pp 17-19.

modificación bilateral, esto es la novación del contrato de trabajo como acto jurídico producido por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en virtud del cual deciden la extinción de la relación jurídica laboral mediante su sustitución por otra nueva, o simplemente su modificación variando sus condiciones principales.

Sin embargo, y por razones de método, en este capítulo sólo se analizará la novación extintiva, dejando la modificativa para el capítulo destinado al examen de la función normativa de la autonomía individual. En efecto, como ya ha sido puesto de manifiesto, el contrato constituye una manifestación de la autonomía individual como negocio jurídico bilateral que da nacimiento a una relación jurídica entre las partes que lo conciertan y crea un conjunto de derechos y obligaciones entre las partes contratantes, es decir cumple dos funciones una genética y otra normativa. Sin embargo la novación del contrato como negocio jurídico contractual de naturaleza laboral, ofrece la particularidad de que su causa tiene carácter instrumental respecto del contrato que extingue o modifica, de tal suerte que en el primer caso -novación extintiva- opera genéticamente creando una nueva relación que sustituye a la anterior, mientras que en el segundo -novación simple- se actúa sobre el cumplimiento del

contrato de trabajo ya en curso.<sup>272</sup> Con ello se quiere señalar que a pesar de que en toda novación es posible distinguir el acto contractual en si de lo acordado con el mismo pacto, sólo la novación extintiva tiene un verdadero efecto constitutivo, en tanto que, consumada la novación, existe un nuevo contrato que no es accesorio, ni de segundo grado, ni derivado sino principal<sup>273</sup> y, por ende, se extingue el contrato novado, circunstancias que no se dan en la novación simplemente modificativa.

#### 4.2. La novación extintiva.

93.- Es común configurar la novación propia como un medio voluntario de extinción de las obligaciones por cuya virtud las partes sustituyen la obligación originaria por una nueva con objeto o título diverso<sup>274</sup>. De esta forma, el contrato novatorio propio de la relación jurídico laboral es aquel acuerdo de voluntades por el que las partes extinguen el contrato de trabajo

---

<sup>272</sup> RIVERO LAMAS, J. "La novación en el....", citado, pág. 162.

<sup>273</sup> Nuevamente RIVERO LAMAS, J. "La novación del...." citado, pág. 171.

<sup>274</sup> Definición común en toda la dogmática civilista; por todos, vide TORRALBA SORIANO, V. "Derecho Civil", citado, Vol. II, pág. 482.

que les unía y lo sustituyen por un nuevo contrato con objeto o elemento principal distinto.

La característica principal de la novación extintiva laboral es su naturaleza excepcional y su aceptación restrictiva por parte del ordenamiento jurídico. La señalada presunción civilista en favor de la novación impropia o modificativa sobre la extintiva debe ser reforzada en materia laboral puesto que el principio de conservación del negocio, tan intenso en el Derecho del Trabajo, y el de estabilidad en el empleo, apoyan una solución novatoria meramente modificativa<sup>275</sup>. Aquella particular intensidad del principio de conservación del negocio en materia laboral se refleja, en opinión de ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, entre otros, en los siguientes aspectos:

a) La amplitud con que el ordenamiento jurídico laboral recoge el sistema de sustitución de cláusulas nulas por los preceptos jurídicos adecuados (art. 9.1 ET).

b) El contrato de trabajo consiente, a lo largo de su duración, alteraciones profundas en sus prestaciones, que no perjudican la continuidad de su existencia, concebidas como pactos novatorios modificativos.

c) La relación laboral consiente, también, períodos

---

<sup>275</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pág. 405.

mas o menos largos de suspensión en los que la misma tiene una vida latente, para reanudar su plena eficacia posteriormente.

d) Tolera, por último, novaciones subjetivas o subrogaciones en la persona y derechos del empresario sin solución de continuidad en las prestaciones contractuales.<sup>276</sup>

Por lo tanto, en el Derecho del Trabajo, solo es posible hablar de modificación extintiva cuando las partes del contrato declaren expresamente su voluntad de extinguirlo y celebrar otro de distinta naturaleza<sup>277</sup>. Ello implica la necesidad de abordar, aunque sea someramente, los problemas del consentimiento y la forma de prestarlo, así como a la causa del negocio jurídico novatorio y a la solución operativa de distintos problemas específicos de la novación extintiva del contrato de trabajo.

94.- El consentimiento en el contrato novatorio no plantea ninguna dificultad a la vista de lo ya analizado respecto del consentimiento en general; los mismos

---

<sup>276</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 224.

<sup>277</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pág. 405.

En este mismo sentido, resulta significativa la STSJ País Vasco de 13 de Febrero de 1991 (Ar. 1067).

requisitos de capacidad para prestarlo, de forma en la manifestación y de ausencia de vicios invalidantes son plenamente aplicables a la novación. No obstante vale la pena destacar dos cuestiones al objeto de clarificar adecuadamente la recepción específica de la doctrina general ya estudiada.

La primera de ellas se refiere a la capacidad limitada de los trabajadores mayores de 16 años y menores de 18 y a los efectos de la autorización previa al contrato que deben prestar quienes les tuvieran a su cargo. Tal como expuse en su momento, la autorización opera como elemento "ante contractus" del consentimiento, de forma tal que, una vez celebrado el contrato, el trabajador adquiere capacidad plena para ejercer y cumplir todos los derechos derivados del contrato de trabajo, incluida la posibilidad de extinguirlo (art. 7.b ET). Siendo la novación extintiva una forma de extinción del contrato, entiendo innecesaria la autorización para celebrar el contrato novatorio extintivo, a pesar de los efectos constitutivos que posee. Se trata, evidentemente, de un cambio cualitativo importante dado que con la novación no solo se extingue una relación jurídica anterior si no que se constituye una nueva y, por lo tanto, si se trata de celebrar un nuevo contrato de trabajo, distinto, podría pensarse en la necesidad de una autorización para el mismo. Sin embargo entiendo que no,

dado que concedida la autorización para celebrar el primitivo contrato de trabajo, la misma comprende el ejercicio de todos los derechos inherentes al mismo, entre los que hay que entender el de novarlo, aunque dicha novación sea constitutiva.

La segunda cuestión se refiere a la forma de manifestación del consentimiento en el contrato novatorio, al que le es aplicable el principio general de libertad de forma que rige para la contratación en materia laboral, de tal suerte que es posible admitir, a salvo las exigencias de forma escrita de los contratos resultantes de la novación del primitivo contrato de trabajo, la forma expresa y la forma tácita de manifestación del consentimiento novatorio.<sup>278</sup> Sin

---

<sup>278</sup> El acto novatorio no está sometido a especiales exigencias de forma, rigiendo el principio general de libertad "por lo que es operante la novación tácita cuando pueda ser presumida por actos de inequívoca significación" (STS de 27 de Diciembre de 1980. Ar. 5098), habiendo llegado incluso a afirmar la Jurisprudencia que "si bien es cierto que no consta, ni en un sentido ni en otro, la voluntad terminante a extinguir por novación las anteriores obligaciones como requiere el artículo 1204 del Código Civil, no es menos cierto que la doctrina reiterada del Tribunal Supremo permite afirmar su existencia cuando así resulte de los hechos realizados por las partes" (STS de 1 de Febrero de 1978. Ar. 230). Todo ello recogido, también por la STSJ de Cataluña de 7 de Diciembre de 1992. (Ar. 6355).

Desde otra perspectiva, las anteriores afirmaciones se encuentran matizadas respecto de la novación propia o extintiva, en el sentido de que la declaración terminante de voluntad que exige el artículo 1204 CC para que se aprecie la existencia de una novación extintiva, no es aplicable con el rigorismo que de dicho precepto se deduce a la simplemente modificativa o impropia". (STS de

embargo, la admisión del consentimiento presunto ofrece dificultades que hacen imposible su aceptación. En efecto, entendida la declaración presunta para aquellos supuestos en que la Ley ha previsto ciertos hechos o circunstancias como antecedentes necesarios o suficientes para que se reconozca la existencia de una obligación contractual, nada hay en la norma que de lugar a una presunción extintiva del contrato de trabajo; ni siquiera en la afirmación contenida en el artículo 1204 del Código Civil relativa a la necesidad de que para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es necesario, a falta de declaración terminante al respecto, que la anterior y la nueva sean de todo punto incompatibles. Y ello porque de dicho artículo es imposible presumir el efecto extintivo<sup>279</sup>, y porque, en materia laboral, el mutuo acuerdo extintivo, como veremos, no puede presumirse, sino que debe deducirse con claridad de lo expresado por las partes o de sus respectivas actuaciones coetáneas o posteriores al hecho extintivo.<sup>280</sup>

---

26 de Enero de 1988. Ar. 145).

<sup>279</sup> SANCHO REBULLIDA, F. "Comentario al artículo 1204 CC" en Comentarios del Código Civil, citado, Vol. II, pág. 297.

<sup>280</sup> En este sentido, existe numerosa jurisprudencia que al analizar el mutuo acuerdo extintivo, requiere que el mismo sea expreso, o se deduzca indubitadamente de la actuación de las partes coetánea o posterior al contrato,

Así lo entiende la Jurisprudencia laboral que ha sido constante en señalar tajantemente que "la novación no puede nunca presumirse". (STS de 27 de Marzo de 1990. Ar. 2356).<sup>281</sup>

95.- Ya se ha señalado que la causa del contrato de trabajo consiste en el propósito común de las partes de conseguir el resultado empírico previsto por el ordenamiento jurídico, esto es, el intercambio de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad. Es fundamental pues la intervención de la autonomía individual que no es ajena en el concepto de causa. Lo mismo sucede en el contrato novatorio, si bien hay que señalar que la causa de la novación extintiva no puede coincidir con la del contrato de trabajo, y ello, porque el resultado previsto por el ordenamiento jurídico para

---

en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1282 CC. En el apartado dedicado al mutuo acuerdo extintivo, se estudia en profundidad dicha jurisprudencia. Vide, por todas, STCT de 15 de Septiembre de 1987 (Ar. 19.114), STSJ Comunidad Valenciana de 22 de Octubre de 1990 (Bol. 853) y de 26 de Septiembre de 1991 (Bol. 1150).

<sup>281</sup> En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 de Octubre de 1989 (Ar. 7532) cuando señala que "la novación no se presume nunca, y ha de constar de forma clara y terminante la voluntad de otorgarla, como lo proclama constante y notoria doctrina jurisprudencial". Igualmente las STS de 17 de Diciembre de 1990 (Ar. 9795), de 17 de Febrero de 1987 (Ar.712), y STSJ Madrid de 16 de Enero de 1990 (AR. 349).

el pacto novatorio es distinto, y en alguna manera complejo. En efecto, junto a la causa del contrato de trabajo que se extingue por la celebración del pacto novatorio extintivo, cabe apreciar la causa del nuevo contrato que sustituye al anterior, y aún la causa de la propia novación, de forma que de los tres elementos esenciales del contrato, sólo el consentimiento coincide, siendo el objeto y la causa distintos.

Siendo posible identificar una doble finalidad en el instrumento novatorio laboral: extinguir el contrato de trabajo vigente y constituir una nueva relación jurídica, la causa del contrato novatorio estribará en el propósito común de las partes de extinguir el contrato de trabajo, sustituyéndolo mediante la creación o constitución de una relación jurídica distinta de la anterior. Para que la novación sea válida será necesario no sólo la identificación de la existencia de dicha causa, sino también, que la misma sea verdadera y lícita<sup>282</sup>. La Jurisprudencia ha subrayado "el carácter rigurosamente causal de las novaciones contractuales extintivas", siendo indispensable "la constatada exigencia de una causa legitimadora del válido acuerdo de voluntades según

---

<sup>282</sup> En este sentido RIVERO LAMAS, J. "La novación del ...", citado, pp. 128-129.

los artículos 1261 y 1274 a 1277 del Código Civil".<sup>283</sup>

96.- Siendo pues la autonomía de la voluntad el elemento decisivo y fundamental que determina la existencia de un contrato novatorio extintivo y, resaltando la exigencia causal como indispensable para el reconocimiento de los efectos extintivos y constitutivos de la novación propia, en el campo laboral se plantean una serie de problemas concretos en orden a las posibilidades que el pacto bilateral tiene de extinguir una relación laboral preexistente y sustituirla por otra completamente nueva. Problemas que, como ya he puesto de manifiesto al hablar de la determinación del objeto contractual, obedecen a la peculiar posición que la autonomía de la voluntad tiene en el ordenamiento jurídico laboral, en relación a la cantidad de normas imperativas que limitan dicha autonomía y a la concreta aplicación de principios imperativos deducidos de la Constitución y de la legislación ordinaria, singularmente el de estabilidad en el empleo, el de conservación del negocio y el de irrenunciabilidad de derechos. La incidencia de las causas señaladas, que impregnan todo el tema, deben ser abordadas a través del análisis de las distintas posibilidades de novación propia en el contrato

---

<sup>283</sup> STSJ de Madrid de 24 de Octubre de 1990 (Ar. 2525).

de trabajo.

Ahora bien, aunque la autonomía de la voluntad es el elemento decisivo a la hora de calificar como extintivo el pacto novatorio, con carácter general hay que señalar que solamente nos encontraremos ante una novación propia cuando, del contrato novado, producto de la libre voluntad de las partes que lo conciertan, resulte que el anterior sistema de organización de intereses quede totalmente sustituido y sin efecto ni vigencia alguna. Por ello, tradicionalmente, la doctrina se ha ocupado de resaltar la escasa utilización y el carácter poco práctico de la novación extintiva del contrato de trabajo.<sup>284</sup>

Sin embargo, en la jurisprudencia reciente, hay algunos ejemplos del carácter no excepcional del instrumento novatorio, más aún, si admitimos que nos encontramos en presencia de una novación extintiva, no solamente cuando un contrato de trabajo se extingue y se sustituye por otro de naturaleza no laboral, sino también, cuando un contrato de trabajo de una determinada especie o modalidad, mediante la novación, se transforma en otro laboral aunque distinto.<sup>285</sup> La especialidad o no

---

<sup>284</sup> RIVERO, J. "La novación...." citada. pág. 153.

<sup>285</sup> Sobre la tipificación del contrato de trabajo y la especificación de los contratos especiales, vide el interesante estudio de LOPERA CASTILLEJO, M.J. en el capítulo introductorio del libro "El contrato de trabajo

de la nueva relación surgida, el objeto del propio contrato y, aún su duración, se convierten, de este modo, en elementos decisivos a la hora de determinar los efectos extintivos y constitutivos de la novación operada, pues el cambio de estos elementos, constante la voluntad conjunta de las partes y conforme a la misma, determina la alteración total del régimen jurídico del contrato. A todo ello me refiero a continuación.

#### 4.2.1.- La transformación de un contrato de trabajo en una relación no laboral.

97.- El artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores no especifica como causa autónoma de extinción del contrato de trabajo a la novación propia. Sin embargo, como ya se ha adelantado, el acuerdo novatorio extintivo es perfectamente posible en el campo laboral por directa aplicación de los señalados preceptos del Código Civil (arts. 1204 y ss) y porque, además, puede entenderse comprendido en la primera de las causas de extinción señaladas por el mencionado art. 49 ET: el mutuo acuerdo

---

especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles". MTSS, Madrid, 1990, págs. 41 a 55. También AA.VV. "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo"; Universidad de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1965.

de las partes. En efecto, admitida, con carácter general, la autonomía de la voluntad como causa autónoma de extinción del contrato de trabajo, nada impide entender que el pacto bilateral puede, mediante un contrato novatorio, dar por extinguida la relación laboral vigente entre las partes y, al mismo tiempo, crear una nueva con un sistema de organización de intereses totalmente distinto.

En efecto, el contrato por el que empresario y trabajador deciden poner fin a la relación laboral que les unía mediante la constitución de una relación jurídica nueva de carácter no laboral, constituye, a pesar de su escasa utilización práctica y del rigor formal y causal que se exige para su admisión, la expresión mas genuina y típica de la novación propia en el contrato de trabajo. Se trata de una alteración radical de la causa del contrato cuyo origen reside en la voluntad conjunta de las partes manifestada bien a través de una declaración expresa, o cuando, sin necesidad de tal declaración, la antigua y la nueva relación obligatoria resulten, por naturaleza, incompatibles.<sup>286</sup>

De esta forma, el consentimiento se convierte en el verdadero motor del acuerdo extintivo de forma que la jurisprudencia es extremadamente rigurosa en la exigencia

---

<sup>286</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pp. 405-406.

de los requisitos inherentes a la libre formación y manifestación del acuerdo de voluntades, a cuya explícita declaración, exigida en el artículo 1204 CC, se une la necesaria presencia de una causa legitimadora del válido acuerdo de voluntades y ello, con especial intensidad en el campo laboral, habida cuenta de la superior tutela que el ordenamiento dispensa al contrato de esta naturaleza en favor del trabajador, que se manifiesta en la limitada disponibilidad de sus derechos de origen normativo, en la especial vigilancia de la no existencia de abuso de derecho o fraude de ley y en el carácter rigurosamente causal de las novaciones extintivas.<sup>287</sup>

A falta de declaración expresa, la voluntad de las partes puede manifestarse de forma tácita, a través de los hechos coetáneos o posteriores, o cuando la antigua y la nueva obligación resulten de todo punto incompatibles por su propia naturaleza. En este aspecto concreto, la jurisprudencia viene refiriendo la incompatibilidad a la inexistencia, en la relación obligatoria posterior, de los presupuestos sustantivos que configuran el tipo legal del contrato de trabajo ex arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, o bien, pese a la constatada presencia de los referidos presupuestos, a la existencia de una exclusión legal

---

<sup>287</sup> STSJ de Madrid de 24 de Octubre de 1990. (Ar. 2524).

constitutiva recogida en el artículo 1.2 del Estatuto.

Así, la STSJ de La Rioja de 15 de Octubre de 1991<sup>288</sup> ha establecido que nos encontramos en presencia de una novación propia o extintiva cuando una relación laboral, por la que el trabajador se dedicaba personalmente a mediar en operaciones de compraventa por cuenta y dentro del ámbito de organización de la empresa, se convierte en una relación no laboral, por cuanto que el trabajador constituyó una organización empresarial propia dedicándose, a partir de entonces, a comprar, para vender, los productos de la empresa. Nos encontramos en presencia de un pacto novatorio extintivo, en el que a falta de declaración expresa, la primitiva y la nueva obligación resultan incompatibles por su naturaleza, pues en la segunda han desaparecido las notas de personalidad, dependencia y ajenidad que configuran el tipo legal del contrato de trabajo.

Por otro lado, la Jurisprudencia ha venido admitiendo, también, la existencia de novación propia cuando un trabajador que estaba unido por un contrato de naturaleza laboral con la administración pasa, sin solución de continuidad, a desempeñar un puesto de

---

<sup>288</sup> Ar. 5373.

trabajo de funcionario interino<sup>289</sup>, o de régimen estatutario<sup>290</sup>. En este caso la manifiesta incompatibilidad entre ambas obligaciones deriva del mandato legal contenido en el artículo 1.2.a del Estatuto de los Trabajadores.

Cabe significar, por último, en sentido contrario, como la fuerza atractiva del contrato de trabajo provoca que una relación jurídica no laboral pueda convertirse en laboral, con independencia de los supuestos de declaración expresa de las partes, cuando en aquella se produzcan los elementos definitorios del tipo legal del contrato laboral. En efecto, aunque la voluntad de las partes es libre para elegir uno u otro tipo contractual, no lo es para imponerse un concreto régimen jurídico cuando tal operación ha sido ya efectuada por la ley con un carácter imperativo<sup>291</sup>. Es decir, pactado por las partes un contrato de naturaleza civil, y desarrollado como tal, existe novación, y por lo tanto contrato de trabajo, cuando la dinámica de aquella relación haya dado lugar a la presencia de un intercambio específico de

---

<sup>289</sup> Vide, entre otras, STSJ de Andalucía de 8 de Febrero de 1991 (Ar. 1433) y STSJ de Comunidad Valenciana de 29 de Septiembre de 1990 (Bol. 764).

<sup>290</sup> Vid, STS de 1 de Marzo de 1993 (Ar.1695).

<sup>291</sup> SALA FRANCO-LOPEZ MORA "Contrato de Trabajo", en AA.VV. "Comentarios a las Leyes laborales", citado, EDERSA, Madrid, 1990, Tomo I, pág. 4.

trabajo dependiente y salario en régimen de ajenidad.<sup>292</sup>

4.2.2.- El cambio de una relación laboral común en especial o viceversa.

98.- En la duda entre calificar como extintiva o modificativa la novación contractual cuyo efecto es la transformación de una relación laboral común en especial o, de una especial en común, hay que inclinarse por la tesis extintiva. Aunque ambas son especies comprendidas dentro de un mismo genero común, el diferente régimen jurídico de una y otras así parece avalarlo. En efecto, no sólo la especialidad del trabajo, del lugar de prestación de servicios, o del propio empleador, sino también la modalización que, en las relaciones especiales, experimentan alguna de las notas de la definición legal de trabajador asalariado, provocan un tratamiento legislativo claramente distinto y, por lo

---

<sup>292</sup> Es el supuesto planteado y resuelto por la Sentencia del TSJ de Baleares de 10 de Febrero de 1992 (Ar.522) en el que una inicial relación de arrendamiento de servicios entre varios médicos y una entidad mercantil fue sustituida, a partir de una determinada fecha, por otra merced a la concurrencia de hechos determinados que configuraron una relación laboral, por haber cambiado la inicial prestación de servicios, y haberse convertido esta en una prestación dependiente. El Tribunal aplica el artículo 1204 CC, y entiende que ha habido una novación extintiva porque la voluntad de las partes se manifiesta en la absoluta incompatibilidad de ambas obligaciones.

tanto, abogan por una solución claramente extintiva.

El pacto por el que empresario y trabajador transforman una relación laboral, común o especial, en otra, especial o común, respectivamente, es un contrato novatorio de naturaleza extintiva mediante el cual se pone fin al contrato que vinculaba a las partes y se sustituye por otro totalmente nuevo en el que el sistema de regulación de intereses pactado, y fundamentalmente el de carácter imperativo, ha sufrido una rotunda transformación. Así viene entendiéndolo la jurisprudencia tanto en el cambio de relación laboral común a especial, como de especial a común.<sup>293</sup> Si bien todo ello matizado en base a dos criterios ya reiterados con anterioridad: el primero, la absoluta relevancia de la voluntad de las partes y, en consecuencia, de la no presunción de la misma<sup>294</sup>; el segundo, la apreciación enormemente restrictiva de la incompatibilidad absoluta entre las obligaciones derivadas de relaciones laborales común y especiales, lo que ha llevado a la jurisprudencia a lo no

---

<sup>293</sup> STS de 5 de Junio de 1986 (Ar. 3473) y de 17 de Abril de 1986 (Ar. 2194), respectivamente. En este mismo sentido, FERNANDEZ LOPEZ- RODRIGUEZ PIÑERO ("La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85" en RL Tomo I/88, pág. 188) señalan: "el pase de un trabajador común a alto directivo no es una simple modificación de la relación laboral de origen, sino que constituye una novación en el sentido técnico, mediante el establecimiento de un nuevo contrato".

<sup>294</sup> STS de 17 de Febrero de 1987 y STSJ de Madrid de 16 de Enero de 1990, citadas.

apreciación de novación extintiva, a falta de expresa declaración y a considerar que la relación común, sustituida por la especial, quedaba simplemente suspendida<sup>295</sup>, lo que determinaba la inexistencia de novación propia.

Ciertamente, esta novación solo parece pensable con respecto a alguna de las relaciones laborales de carácter especial; en principio, y sin perjuicio de la posible virtualidad práctica de algún supuesto de laboratorio, sólomente parece tener virtualidad práctica con respecto a la transformación de una relación laboral común en una especial de alta dirección o de representantes de comercio, o viceversa.

99.- Cuanto se lleva dicho puede comprobarse de forma práctica mediante el análisis, parcial evidentemente, de la relación laboral especial del personal de alta dirección regulada por el Real Decreto 1382/85 de 1 de Agosto, en especial de su artículo 9 dedicado a la promoción interna.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> STS de 6 de Mayo de 1981 (Ar. 2100), de 23 de Septiembre de 1982 (Ar. 6702) y de 10 de Diciembre de 1982 (Ar. 7798).

<sup>296</sup> Vide al respecto en general, la abundante doctrina que estudia el mencionado Real Decreto, y en especial: BORRAJO DACRUZ, E. "Altos Cargos", Edersa, Madrid, 1984 (anterior a la publicación del RD); "El personal de Alta Dirección en la empresa" en AA.VV. "Comentarios a las Leyes Laborales", citado, Edersa,

En efecto, la nueva regulación de la relación laboral especial del personal de alta dirección resuelve el problema, que había ocupado hasta entonces a doctrina y jurisprudencia<sup>297</sup>, relativo a la situación del contrato del trabajador que, sometido a la legislación común, era promovido ("ascendido") a puestos de trabajo cuyo desempeño suponía una transformación de su régimen jurídico, para entrar de lleno en lo que el artículo 2.1.a del Estatuto denomina personal de alta dirección. Hasta la publicación del Real Decreto 1382/85, la jurisprudencia se debatía entre dos alternativas distintas: de un lado, considerar la promoción interna como una verdadera novación extintiva, mediante la cual, empresario y trabajador ponían fin a la relación laboral común que hasta entonces les unía y constituían una nueva relación laboral, totalmente distinta, sin que, en modo alguno, su ulterior extinción afectase a la antigua relación extinguida con el pacto novatorio de promoción interna<sup>298</sup>; de otro lado, la posibilidad de considerar que en la promoción interna no había novación extintiva,

---

Madrid, 1987, pp. 5-38. SALA FRANCO, T. "La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas". Deusto, Bilbao, 1990. FERNÁNDEZ LOPEZ- RODRIGUEZ PIÑERO "La relación laboral especial...", citado, pp. 169-229.

<sup>297</sup> Vide BORRAJO DACRUZ, E. "Altos cargos laborales", citado, pp. 88-98, y la amplia referencia jurisprudencial allí citada.

<sup>298</sup> Vid STS de 5 de Junio de 1986 citada.

sino simplemente una suspensión de la relación laboral común, cuya duración coincidía con la de la especial que se constituía, y que finalizaba al extinguirse la especial por desistimiento del empresario.<sup>299</sup> Todo ello, evidentemente, a falta de pacto expreso y concreto al que necesariamente había que estar, salvo regulación imperativa en contrario.

La tesis novatoria tenía sólidos fundamentos jurídicos, singularmente derivados de la propia esencia del instituto novatorio ex arts 1204 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, la tesis meramente suspensiva, que se amparaba en la existencia de una tácita suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, con fundamento en el artículo 45.1.a del Estatuto, ha sido calificada por la doctrina como mas progresista, y adecuada al carácter protector del ordenamiento jurídico laboral, en relación fundamentalmente a las amplias posibilidades del poder de desistimiento del empresario.<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> STS de 10 de Marzo de 1982 (Ar. 1471) y de 15 de Noviembre de 1982 (6702), entre otras.

Como pone de relieve BORRAJO, E. ("El personal de alta dirección...", citado, pág. 25) esta solución (u otra similar basada en la excedencia) ya había sido recogida, en protección del trabajador, por diversas ordenanzas laborales, singularmente, entre otras, RNT de la Marina Mercante (arts. 50 y 90.2), Estatuto de los Profesionales de emisoras de radio y televisión (art. 26) y OL de Prensa (art. 17.A.a).

<sup>300</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "El personal de alta dirección en la empresa", citado, pp. 25 y 26. En idéntico sentido, FERNÁNDEZ LOPEZ-RODRIGUEZ PIÑERO, "La relación laboral

100.- Como ya ha quedado dicho, el artículo 9 del citado RD 1382/85 regula el llamado pacto de promoción interna, supuesto en el que un trabajador vinculado a una empresa por una relación laboral común sea promocionado al ejercicio de actividades de alta dirección, en línea con la solución suspensiva que había apuntado la jurisprudencia. El régimen jurídico del pacto de promoción interna es el siguiente:

1.-Deberá formalizarse por escrito.

2.-Se produce una ampliación subjetiva que afecta al empresario. En efecto, el pacto de promoción interna no se refiere únicamente al "ascenso" a funciones de alta dirección en la misma empresa, sino también "en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar". Con ello el RD acepta normativamente la existencia de grupos de empresa, lo que ha sido unánimemente aplaudido por la doctrina.<sup>301</sup>

3.-Otorga a las partes la posibilidad de pactar el efecto suspensivo de la relación laboral común o el novatorio. Es decir el pacto "que deberá formalizarse por escrito" es el competente para decidir si la nueva relación laboral especial sustituye a la común, o por el

---

especial del ....", citado, pág. 189.

<sup>301</sup> Vide, por todos, MARTÍN VALVERDE, et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 177. FERNÁNDEZ LOPEZ-RODRIGUEZ PIÑERO "La relación laboral especial..." , citado, pág. 189.



contrario sólo la suspende. A falta de pacto, que necesariamente deberá ser expreso y escrito, se entiende que la relación sólo se suspende.

4.- El efecto suspensivo, por haberse así pactado, o por ausencia del mismo, determina que, a la extinción de la relación laboral de carácter especial, el trabajador tenga derecho a reintegrarse en su puesto de origen, y ello, sin perjuicio de las indemnizaciones que legalmente procedan a resultas de aquella extinción. Y ello en todo caso excepto que la extinción del contrato especial de alta dirección obedezca a un despido disciplinario declarado procedente (art. 9.3 in fine RD 1382/85). En este caso, la norma entiende que el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador afecta a ambos contratos el especial, y el común suspensivo, por lo que la procedencia del despido determina la extinción de ambos.<sup>302</sup>

---

<sup>302</sup> La generalidad de la doctrina se limita a señalar, sin ulteriores puntualizaciones, la dicción del Real Decreto, señalando en todo caso que la suma gravedad de la sanción de despido, al ser declarado procedente, demuestra la existencia de una falta que imposibilita la confianza ordinaria propia de la relación laboral común. (BORRAJO, E. "El personal de alta dirección...", citado, pág. 26.).

FERNÁNDEZ LOPEZ-RODRIGUEZ PIÑERO ("La relación laboral especial...", citada, pág. 222) abogan por mitigar la interpretación literal del precepto apuntando "la posibilidad de que el Juez -al valorar la licitud del despido acordado por el empresario- valorase la entidad de la falta cometida también a efectos de aflorar la extinción de la relación laboral común, haciendo uso de su facultad de aparejar, en su caso, a los hechos, una

De esta forma, nos encontramos con el hecho de que con el pacto suspensivo, el primitivo contrato de trabajo no se extingue sino que se suspende. Desde el punto de vista de la novación contractual tal efecto no encaja con la naturaleza del instituto novatorio tal como lo hemos analizado, puesto que debería existir una extinción de la primitiva obligación que se sustituye por una nueva. Nos encontramos pues ante un supuesto, específicamente laboral, que, tampoco es modificativo, por su posible reversibilidad. Cabe hablar, por lo tanto, de una novación meramente suspensiva.

5.-De optarse expresamente por la sustitución de la relación común por la especial que se crea, nos encontraremos ante un verdadero pacto novatorio extintivo, mediante el que la voluntad de las partes determina la extinción de la obligación anterior mediante sus sustitución por otra nueva. Pero, inmediatamente, el artículo 9.2 del RD 1382/85 se preocupa de señalar que tal novación solo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio. Los efectos de la novación quedan, por ministerio de la norma -frente a la que, en mi opinión, no cabe el pacto en contrario pues quedaría prohibido por el artículo 3.1.c

---

sanción de menor gravedad que el despido (art. 58.2 ET) que permitiera la pervivencia de la relación común si ésta es la opción del trabajador".

del Estatuto- diferidos en dos años a contar desde el acuerdo, manteniéndose, durante el indicado lapso de tiempo, el anterior contrato común de trabajo en suspenso, con combinación temporal de efectos suspensivos y extintivos. El fundamento de tal postergación de efectos lo encuentra la doctrina en el deseo de evitar la utilización de la figura de la promoción interna con carácter fraudulento<sup>303</sup>.

El cómputo de la antigüedad es un problema que el régimen contenido en el RD 1382/85 deja sin resolver. Sin embargo, del análisis global de todo el RD citado y de las reflexiones de la doctrina sobre la materia, es posible extraer las siguientes conclusiones:

A) La autonomía de la voluntad de las partes es libre para establecer al respecto lo que tenga por conveniente, tanto cuando se haya pactado el efecto suspensivo como el extintivo. La ausencia de interdicción legal al respecto y la especial intensidad con que juega el principio de autonomía de la voluntad en la configuración del régimen jurídico de esta relación especial avalan sobradamente esta tesis.

B) A falta de pacto expreso sobre el cómputo de la antigüedad, hay que distinguir según los efectos que se hayan pactado respecto de la relación laboral común:

---

<sup>303</sup> Por todos, SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 965.

a) Si se ha pactado el efecto extintivo, al haberse extinguido la relación común, la única antigüedad posible es la derivada de la fecha del pacto de promoción interna, en la que se constituye el nuevo vínculo mediante la transformación operada en la antigua relación. En este punto, transcurrido el plazo de dos años para que tenga efectos la novación efectuada, los mismos se retrotraen al momento constitutivo, es decir, a la fecha de la sustitución de una relación laboral por otra.

b) Si la relación común está en suspenso, debemos distinguir dos cuestiones: la primera, relativa a la antigüedad en la relación laboral especial: lo lógico es deducir un cómputo autónomo de la antigüedad como directivo<sup>304</sup>. La segunda, hace referencia al cómputo del período de antigüedad devengado por el trabajador mientras desempeñaba la relación especial cuando el alto cargo vuelve a reanudar la relación común. Aunque a este respecto la jurisprudencia es vacilante<sup>305</sup>, la regla laboral de la antigüedad en la empresa, y no en la

---

<sup>304</sup> FERNÁNDEZ LOPEZ-RODRIGUEZ PIÑERO "La relación laboral especial...", citada, pág. 190.

<sup>305</sup> A favor, STS 20 de Marzo de 1985 (Ar. 1352), en contra, STS de 6 de Marzo de 1985 (Ar. 1282).

función, abona una tesis favorable<sup>306</sup>.

4.2.3.- La novación propia de los contratos formativos (en prácticas y de aprendizaje).

101.-En nuestro ordenamiento jurídico laboral, los contratos formativos (en prácticas y de aprendizaje) se encuentran regulados por recientísimas disposiciones: el Real Decreto-Ley 18/1993 de medidas urgentes de fomento de la ocupación y el Real Decreto 2317/1993 de 29 de Diciembre por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial<sup>307</sup>. Hasta fechas bien recientes, los contratos en prácticas y para la formación se encontraban regulados en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores (actualmente derogado), norma desarrollada mediante el Real Decreto 1992/84 de 21 de Octubre (también derogado, primeramente en cuanto se opusiera a lo previsto en el

---

<sup>306</sup> Conclusión respecto del computo de la antigüedad en las suspensiones de contrato en general de CAMPS RUIZ, L. M. "Antigüedad", en AA.VV. "Comentarios a las leyes laborales", citado, Edersa, Madrid, 1985, Tomo V. Pág. 372.

<sup>307</sup> Un estudio sobre el régimen jurídico de la colocación y de los contratos de aprendizaje, de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo en CAMPS RUIZ, L.M. "La reforma del mercado de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

RDL 18/93 y, definitivamente, por el RD 2317/93). El Estatuto establecía el mínimo régimen jurídico de ambos contratos sin llegar a dar una definición acabada de los mismos, limitándose a señalar su finalidad. El contrato en prácticas tenía como finalidad "facilitar la práctica profesional del trabajador para perfeccionar sus conocimientos y adaptarlos al nivel de estudios cursados" (Art. 11.1.a ET). El contrato para la formación tenía como objetivo permitir, a las personas mayores de dieciséis años y menores de veinte, "la adquisición de conocimientos teóricos o prácticos que les permitan desempeñar un puesto de trabajo" (art. 11.2 ET).

Conforme a estas finalidades, el RD 1991/84 si contenía las oportunas definiciones de ambas modalidades contractuales: el contrato en prácticas era el concertado "para la prestación de un trabajo retribuido que permita a su vez al trabajador aplicar y perfeccionar sus conocimientos y le facilite una práctica profesional adecuada a su nivel de estudios" (art. 1 RD 1991/84,). El contrato de formación era "aquél por el que el trabajador se obliga, simultáneamente, a prestar un trabajo y a recibir formación, y el empresario a retribuir el trabajo y, al mismo tiempo, a proporcionar a aquel una formación que le permita desempeñar un puesto de trabajo" (art. 6 RD 1992/84).

La nueva normativa referenciada introduce perfiles

distintos en la configuración de ambos contratos, no solo en su régimen jurídico, sino, también, en cuanto a sus definiciones o conceptos. De esta forma, el contrato en prácticas no aparece definido como tal, limitándose el artículo 3.1.a. del RDL 18/93 a señalar que "el puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados", sin que el aludido desarrollo reglamentario añada nada al respecto. Como primera conclusión podría reseñarse que el contrato en prácticas no ha visto variado su objeto de forma principal, en cambio si ha sufrido una variación sustancial su régimen jurídico.

Por el contrario, el contrato de aprendizaje presenta notables elementos configuradores que lo hacen radicalmente distinto del anterior contrato en formación. En efecto el objeto del contrato de aprendizaje es, ahora, en la dicción legal "la obtención de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un oficio y un puesto de trabajo cualificado" sin que se haga ninguna referencia a la prestación del trabajo como objeto del contrato, que hay que entender, obviamente, presente.

En todo caso, dejando de lado en este momento, la valoración de la modificación legislativa apuntada, lo decisivo de estas modalidades contractuales que, frente al contrato común, permite calificarlas como especies

distintas, es que la finalidad práctica, o la función económico social prevista por el ordenamiento jurídico para estos contratos, no es únicamente un intercambio de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad; sino que, junto a tal primaria finalidad, implícita en todo contrato de trabajo, se añade algo más: en el contrato en prácticas, la proporción por el empresario de un puesto de trabajo que permita la obtención de la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios; en el de aprendizaje, el empresario debe proporcionar formación, en concreto formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o un puesto de trabajo cualificado. Por ello, la doctrina coincide en señalar como decisivo para la modalización de los anteriores tipos contractuales la singularidad de su causa<sup>308</sup>, afirmación que puede entenderse, sin problemas, para los nuevos tipos contractuales recientemente regulados.

Otro elemento decisivo de la configuración de estas modalidades contractuales, es su carácter necesariamente

---

<sup>308</sup> Vide, por todos: PRADOS DE REYES, F.J. "El contrato de Trabajo para la formación" en AA.VV. "Comentarios a las Leyes Laborales", citado, Edersa, Madrid, 1985, Tomo III, pp. 175-250, en especial 197-199. LOPEZ GANDIA, J. "Trabajo en prácticas y para la formación" en AA.VV. "Comentarios a las leyes laborales", citado, Edersa, Madrid 1985, Tomo III, pp. 135-174, en especial 142-144. "El contrato de trabajo en prácticas (Ley 32/84 y RD 1992/84)" en AL nº 5/86, pág 390. SALA et altri "Derecho del Trabajo" citado, pp. 1040 y 1043.

temporal. En efecto, debido a la finalidad pretendida con ambos contratos, su duración no puede ser indefinida, sino que necesariamente debe ser limitada en el tiempo, correspondiendo, en cada caso, a la opción de política legislativa la determinación de los períodos máximo y mínimo de duración.

Desde esta doble perspectiva, es perfectamente posible el pacto bilateral por el que las partes decidan la extinción del contrato en prácticas o de aprendizaje, antes de su vencimiento, y su sustitución por un contrato común de carácter indefinido<sup>309</sup>. Nuevamente la autonomía de la voluntad aparece como decisiva en la constitución de la novación extintiva y en la regulación de sus efectos. El único problema que puede plantearse es el relativo a la posibilidad que tienen las partes de convertir el contrato en prácticas o de aprendizaje en un contrato común de carácter temporal. A este respecto, hay que destacar, que el pacto novatorio, por su carácter constitutivo, tiene las mismas posibilidades que un contrato ex novo para hacer uso de las posibilidades

---

<sup>309</sup> Posibilidad alentada por la propia normativa estatal a través de la Ley 22/92 de 30 de Julio de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo que establece beneficios para la transformación en indefinidos de contratos en prácticas y para la formación; beneficios que se aplicarán a las transformaciones en indefinidos de los actuales contratos en prácticas y de aprendizaje, en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional primera del RDL 18/93.

contractuales que, en relación al límite temporal, ofrecen los artículos 15 y 17.3 del Estatuto de los Trabajadores y normas que los desarrollan, y nada parece obstar a que el contrato en prácticas o de aprendizaje sea novado, y por lo tanto, sustituido por un contrato de naturaleza temporal estructural, es decir por un contrato previsto en cualquiera de los apartados del párrafo primero del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Por último, mas dudoso puede parecer la novación extintiva mediante la sustitución de un contrato en prácticas o de aprendizaje por un contrato de naturaleza temporal de fomento al empleo, al amparo del Real Decreto 1989/84, o al amparo de posibles futuros programas de fomento al empleo. La duda incide sobre el contrato de trabajo en prácticas y obedece, como ha señalado LOPEZ GANDIA<sup>310</sup>, a la prohibición establecida en el artículo 5 del RD 1989/84 de contratar por esta vía cuando se trate de cubrir el mismo puesto de trabajo que haya quedado vacante en los doce meses anteriores, o si el puesto de trabajo hubiese quedado vacante por la terminación de otro contrato temporal que hubiera agotado el plazo máximo de duración legalmente previsto. La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de novar el contrato de

---

<sup>310</sup> LOPEZ GANDIA, J. "Contrato de Trabajo en prácticas y para...", citado en AA.VV. Comentarios..., citado, Tomo III, pág. 168.

trabajo en prácticas cuando "previamente se ha acordado la celebración de un nuevo contrato acogido a las disposiciones reguladoras de la contratación para fomento al empleo, demostrando así una voluntad concorde en la celebración de un tipo de contrato diferente al de duración indefinida".<sup>311</sup> Imposible resultará, a partir del desarrollo reglamentario del Real Decreto Ley y, sobre todo, si se aprueba en sus propios términos el proyecto de ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores que, en punto al fomento del empleo, parece circunscribirlo a trabajadores perceptores de prestaciones de desempleo (artículo 5 del RDL 18/93), en cualquiera de las dos modalidades contractuales y, mas especialmente, en la de contratos de aprendizaje, puesto que éstos (art. 3.2.g. del RDL 18/93 y artículo 14 del RD 2317/93), no serán perceptores de prestaciones por desempleo).

102.- La inexistencia de pacto novatorio escrito plantea algunos problemas, cuando se producen determinadas situaciones de hecho, cuyo análisis es necesario en orden a precisar la existencia o no de

---

<sup>311</sup> STS de 12 de Febrero de 1986 (RL Tomo I/86, pág. 548).

Implícitamente llega a la misma conclusión para los contratos en formación PRADOS DE REYES, F.J. "El contrato de trabajo para la ....", citado, pág. 219.

novación extintiva.

El primero de ellos se refiere a la no realización de las prácticas o a la no impartición de la formación teórica según el tipo de contrato<sup>312</sup>. En efecto podría suceder que, celebrado válidamente un contrato de estas características, a lo largo de su devenir en el tiempo, el empresario incumpliese su obligación de formación o de facilitación de las prácticas. En estos supuestos pudiera pensarse que nos encontramos ante una novación extintiva, no escrita, por la que aquél quedaría extinguido y sustituido por otro común. Y aunque las consecuencias prácticas podrían ser parecidas, pues con excepción de la antigüedad, el nuevo contrato sería indefinido (al no constar por escrito) salvo que se demostrase su naturaleza temporal, los Tribunales han salido al paso de

---

<sup>312</sup> Frente a las dudas interpretativas que la formación teórica, establecida en el Real Decreto 1992/84, provocó, de la que son muestra, entre otras las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de Octubre de 1990 (Bol. 803) ("exigir con rigidez la separación entre práctica y teoría en las empresas de reducida dimensión o que, por sus especiales características no imponen una especialidad absorbente, sería tanto como excluirlas de la posibilidad de celebrar contratos de formación"), y de Cantabria de 26 de Marzo de 1990 (RL, T-I/90, pág. 910) ("La imperatividad de los tiempos dedicados a la enseñanza en el contrato de trabajo para la formación exige, indispensablemente, su adaptación a las características concurrentes en la empresa de que se trate so pena de la inaplicabilidad del contrato en cuestión"), la actual dicción del artículo 10 del Real Decreto 2317/93 no admite dudas respecto de la exigencia de la formación teórica.

tal interpretación señalando que en absoluto cabe hablar de novación extintiva, ni siquiera de simplemente modificativa, puesto que los supuestos analizados se reconducen fácilmente, bien a una situación de simulación relativa (causa falsa), bien a una situación de fraude de ley.<sup>313</sup> Como se desprende de cuanto llevamos analizando, lo decisivo es la voluntad de la partes expresada terminantemente, y la imposibilidad de presumir la novación extintiva.

El segundo de los problemas se refiere a la prestación de servicios sin solución de continuidad a la finalización del contrato de trabajo en prácticas o del de aprendizaje. En ambos supuestos, la norma (arts. 3.1.f y 3.2.h del RDL 18/93) establece que si al término del contrato el trabajador se incorporase sin solución de continuidad a la empresa en la que hubiere realizado las

---

<sup>313</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 20 de Diciembre de 1991 (Bol. 1863). La recurrente denunciaba la infracción de los artículos 1204 y 1205 del Código Civil, entendiendo que la no realización de las actividades formativas, era una novación meramente modificativa, por lo que, modificado el objeto del contrato, éste debía seguir teniendo el carácter temporal. La Sala rechaza tal argumentación manifestando que, en todo caso, la novación sería extintiva, y de haberse producido con carácter de indefinido el nuevo contrato. La solución remite al fraude de ley ex artículo 6.4 del Código Civil.

La STSJ Castilla-La Mancha de 11 de Octubre de 1991 (Ar. 5763) señala que la simulación relativa consistente en formalizar un contrato para la formación, pero sin proporcionar efectivamente esta, encubre un contrato de trabajo común y por ello, la cláusula de temporalidad es nula.

prácticas o el aprendizaje, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose el aprendizaje o las prácticas a efectos de antigüedad. La doctrina siempre ha entendido que en este caso no hay novación del contrato de trabajo en prácticas o de aprendizaje, pues no se trata de un contrato que se torne por acuerdo novatorio con efectos extintivos en contrato de trabajo común, sino de un contrato que se extingue por la llegada de su término, junto con un contrato, indefinido éste, que nace, de modo tácito, a continuación del primero<sup>314</sup>, y al que la norma impone la conservación de la antigüedad anterior y la imposibilidad de concertar un nuevo período de prueba.

#### 4.2.4. La novación de los contratos a tiempo parcial y de los contratos temporales.

103.- El tiempo en el contrato de trabajo puede ser analizado desde dos puntos de vista distintos: de un lado, el que se refiere a la duración del contrato, es decir, el desarrollo del propio contrato a lo largo del tiempo, entendido éste en su más puro aspecto

---

<sup>314</sup> RIVERO LAMAS, J. "La novación del contrato de trabajo", citado, pág. 220.

En el mismo sentido, PRADOS DE REYES, F.J. "El contrato de trabajo para la...", citado, pp. 218-219.

cronológico; de otro lado, el que hace referencia a la prestación laboral que constituye el objeto del contrato y que consiste, esencialmente, en una puesta a disposición del empresario de la actividad del trabajador durante un determinado período de tiempo (horas al día, días a la semana, etc.), al que llamamos jornada.<sup>315</sup>

104.- Con respecto al segundo de los aspectos reseñados, la consideración del tiempo de trabajo desde la perspectiva de su intensidad, que refiere el citado factor tiempo a la prestación que constituye el objeto del contrato, se plantean una serie de problemas, estudiados ya por la doctrina<sup>316</sup>, pero que conviene analizar a la vista de la modificación operada respecto del concepto y naturaleza de los contratos a tiempo parcial, por lo que refiere a la conversión de un

---

<sup>315</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. "La ordenación del tiempo...", citada, pág. 64.

<sup>316</sup> Específicamente, para esta concreta cuestión puede verse, entre otros, : CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones de la prestación de trabajo", MTSS, Madrid, 1983, pp. 330 y ss. RAMIREZ MARTINEZ, J.M. "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales: el ET", T-III, Edersa, Madrid, 1985, pp.251 y ss. ALARCON CARACUEL, M.R. "La ordenación del....", citado, pp. 11 y ss. LOPEZ MORA, F.V. "El contrato de trabajo a tiempo parcial", Deusto, Bilbao, 1990, pp. 86 y ss. MERINO SENOVILLA, H. "El trabajo a tiempo parcial: un tratamiento diferente del tiempo de trabajo". Tesis Doctoral, pp. 517 y ss. del ejemplar mecanografiado.

contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial.

En efecto, el RDL 18/93 establece en su artículo 4.1 que es contrato de trabajo a tiempo parcial el desarrollado por un trabajador que preste sus servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes, o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo. Frente a la anterior configuración era contrato a tiempo parcial aquél en el que las horas o días de trabajo no llegaban a los 2/3 de la jornada completa, la actual normativa opta por configurar una modalidad contractual en la que lo decisivo es trabajar menos (no importa, en principio, la cuantificación) del tiempo habitual.

Desaparecido el impedimento subjetivo que contenía la Disposición Transitoria 3ª del Estatuto de los Trabajadores (derogada por la Ley 32/1984 de 2 de Agosto)<sup>317</sup>, es perfectamente posible, en nuestro

---

<sup>317</sup> La Disposición Transitoria 3ª del Estatuto limitaba la contratación a tiempo parcial, por razones derivadas de las actuales, entonces, circunstancias de empleo, a determinados trabajadores, entre los que no se encontraban aquellos que estaban unidos a la empresa por un contrato a tiempo completo. Tal limitación fue criticada por la doctrina. Vide ALONSO OLEA, M. "El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario breve". Civitas, Madrid, 1ª Edición, 1980. Pág. 292.

Con carácter general, sobre la derogación de la disposición transitoria 3ª citada y las posibilidades de pacto novatorio vide RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "El trabajo a tiempo parcial" en AA.VV. "Comentarios a las leyes laborales", citado, Edersa, Madrid, 1985, pp. 283-285.

ordenamiento jurídico, el pacto novatorio por el que, empresario y trabajador, convierten una relación laboral a tiempo completo por una relación laboral a tiempo parcial. El acuerdo de voluntades es el elemento decisivo en la validez de tal pacto y, por lo tanto, la autonomía individual es fuente imprescindible en la determinación de su contenido.

No obstante, tal pacto presenta una serie de problemas que, tal como se viene señalando, conviene analizar:

- El alcance de la autonomía individual en orden a la celebración del pacto novatorio, por lo que se refiere, fundamentalmente, al carácter modificativo o extintivo del mismo.

- La posible incidencia de la autonomía colectiva como presupuesto o condicionante de tal modificación.

- La consideración de la modificación del tiempo de trabajo, operada en virtud del artículo 41 del ET.

La primera de las cuestiones a discernir es la consideración del pacto novatorio, en virtud del cual el empresario y el trabajador transforman una relación laboral a tiempo completo por una relación laboral a tiempo parcial, como extintivo o modificativo. El problema no es baladí dado que, como ya he señalado, la novación extintiva supone una reorganización total del complejo sistema de intereses al que sirve el contrato,

mediante la desaparición del primitivo y su sustitución por uno nuevo. A pesar de que existe un cambio de denominación normativa, el acuerdo expreso o tácito de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, no puede calificarse de extintivo, sino de simplemente modificativo. Hay sobrados argumentos para avalar esta tesis: desde el principio de conservación del negocio, tan acentuado en materia laboral, hasta la propia consideración de la jornada como condición sustancial del contrato cuya variación supone la modificación de las condiciones del mismo pero no su extinción y sustitución por uno nuevo ex artículo 41 ET. Con todo, hay que destacar, como pone de relieve LOPEZ MORA que la caracterización del contrato a tiempo parcial respecto del común provoca que su novación, mas que afectar al entramado de derechos y obligaciones resultantes, provoca un reajuste salarial y contributivo sin trastocar mayormente otras instituciones, permaneciendo intacta la función económico social del contrato<sup>318</sup>. La fuerza de los anteriores argumentos es mayor con la actual consideración normativa del trabajo a tiempo parcial, en la que, más allá de la jornada y el salario, no existe diferencia de régimen jurídico respecto del contrato común. La variación de meras

---

<sup>318</sup> LOPEZ MORA, F.V. "El contrato de trabajo a tiempo parcial", citado, pág. 86.

circunstancias del objeto del contrato, la duración de la jornada respecto de la prestación laboral y la cuantía de la prestación salarial, con ser de gran importancia, no suponen, en modo alguno, una alteración de tal calibre que justifique la consideración extintiva de la novación efectuada.

La segunda de las cuestiones enunciadas plantea la problemática relativa a la incidencia de la autonomía colectiva en un pacto novatorio de estas características. En efecto, con anterioridad a la reciente reforma de este tipo de modalidad contractual, el artículo 12.4 del ET establecía que por convenio colectivo podrán establecerse las condiciones que posibiliten la transformación voluntaria de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial. Una primera interpretación del precepto podría llevar a la conclusión, con fundamento en la expresión legal "condiciones que posibiliten", de que la transformación de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial sólo sería posible si lo permitiese el convenio colectivo y, además, en las condiciones que el mismo especificase. Sin embargo, tal interpretación fue unánimemente rechazada por la doctrina<sup>319</sup>, interpretando

---

<sup>319</sup> Para un exhaustivo análisis de esta interpretación y de los razonamientos que provocan su rechazo, puede verse: RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "El contrato a tiempo parcial", citado, pp. 283-285. DURAN LOPEZ, F. "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo" en AA.VV. "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos,

que el artículo 12.4 preveía expresamente la posibilidad que la autonomía colectiva tenía para la introducción de condiciones específicas que debería respetar el pacto novatorio individual, de suerte que, el incumplimiento de tales condiciones, provocaría la nulidad del pacto contractual. La falta de pacto colectivo al respecto permitiría la novación voluntaria siempre que no resultara, obviamente, invalidada por otros motivos<sup>320</sup>. En la actualidad, derogado el artículo 12.4, nada impide considerar vigentes las disposiciones convencionales que preveían tales posibilidades e, incluso, admitir que, en el futuro, la negociación colectiva podrá operar de la misma forma, por lo que, la anterior interpretación se mantendría incólume a estos efectos.

Otra perspectiva de análisis remite a la pregunta de si la novación contractual que comentamos puede operarse como consecuencia del poder normativo de la autonomía colectiva. La respuesta tiene que ser necesariamente negativa y ello porque la adecuada interpretación del mencionado poder, no permite configurar a la autonomía colectiva ni como autorizante del pacto novatorio ni, mucho menos, como voluntad constitutiva del mismo. Ahora

---

Madrid, 1985, pág. 74. ALARCÓN CARACUEL, M.R. "La ordenación del....", citado, pp. 129-130.

<sup>320</sup> Ídem nota anterior.

bien, como pone de relieve ALARCÓN CARACUEL<sup>321</sup>, si observamos nuestro ordenamiento jurídico, comprobamos que los representantes sindicales de los trabajadores pueden acordar con el empresario modificaciones, suspensiones e, incluso, la extinción del contrato de trabajo. Esta aparente contradicción no es tal si observamos lo siguiente: de un lado, que estos acuerdos, aunque causalmente responden al interés colectivo, no son convenios colectivos y su propia naturaleza no deriva del poder normativo de la autonomía colectiva; y de otro, que las posibilidades que al acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores abren los artículos 41, 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, aunque provoquen suspensión, modificación o extinción del contrato, no pueden ser consideradas novaciones contractuales, puesto que la novación requiere, por esencia, el concurso de la voluntad del trabajador.

De esta forma abordamos la última de las cuestiones expuestas. Sin perjuicio de volver mas adelante, en profundidad, sobre el alcance del artículo 41 ET, se plantea la posibilidad de la transformación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial por la vía de la modificación sustancial de condiciones contractuales. La doctrina entiende que es

---

<sup>321</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. "La ordenación del tiempo de trabajo", citado, pág. 124.

perfectamente posible la citada transformación<sup>322</sup>, y ello, porque la jornada es considerada por el propio artículo 41 ET como condición cuya modificación es sustancial y, por lo tanto, comprendida entre las posibles para tal operación, porque no se trata de una medida transitoria sino definitiva y, porque el artículo 41 supone, en esencia, una excepción normativa al principio contractual común, según el cual, la modificación de las condiciones que constituyen el objeto del contrato, sólo puede llevarse a cabo a través del instrumento novatorio<sup>323</sup>. En definitiva, aunque no constituye un pacto novatorio, si es posible, a través del procedimiento del artículo 41 ET, la transformación de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial, más aún en los actuales términos en que la normativa plantea este tipo de contratos, dado que, como veremos, las consecuencias derivadas de la modificación de condiciones de trabajo por aplicación del artículo 41 del Estatuto son, sustancialmente, idénticas a las que podrían derivarse de una modificación por mutuo acuerdo.

Por ultimo, debe señalarse que, evidentemente, es perfectamente posible la conversión de un contrato a

---

<sup>322</sup> Ibíd nota anterior, pág. 128.

<sup>323</sup> Tesis, ésta última, avalada por la STCO 92/1992 de 11 de Junio (B:O:E: de 15 de Julio). Vid, al respecto, infra el apartado 8.2 del Capítulo III.

tiempo parcial en uno a tiempo completo, y aún la reversibilidad de las situaciones pactadas, a través de un nuevo pacto novatorio. La calificación de estas novaciones como modificativas y la fuerza normativa de la autonomía individual abonan suficientemente estas conclusiones.

105.- El tiempo se configura, también, como elemento fundamental en la configuración del contrato para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo. En efecto, este tipo de contratos, que estaban regulados en el artículo 15.6 ET y en los arts. 11 a 14 del RD 2104/84 de 21 de Noviembre, tiene por objeto la realización de trabajos de ejecución intermitente o cíclica, ya sea en empresas cuya actividad se circunscriba a una temporada o en empresas de funcionamiento permanente pero con actividades cíclicas. En la actualidad, derogados los preceptos expresados, la única referencia normativa concreta a este tipo de actividad se encuentra contenida en el artículo 4.2 del RDL 18/93 de 3 de Diciembre. Un primer análisis de urgencia de éste precepto, permite llegar a la conclusión de que el trabajo periódico de carácter discontinuo se configura como una especie o modalidad del contrato a tiempo parcial, que la normativa estatal se limita a enunciar y cuyo contenido y régimen jurídico se remiten a los acuerdos que se adopten

mediante la negociación colectiva. Tan escueta reglamentación heterónoma provocará, sin duda, problemas de interpretación y aplicación, en tanto no se proceda a configurar a través de la autonomía colectiva un régimen suficientemente estable. En estos momentos, la anterior regulación subsiste respecto de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL citado, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Transitoria Segunda, regulación que se completa con lo que, al respecto, disponían y disponen los convenios colectivos cuya vigencia se extienda a fechas posteriores a la entrada en vigor del RDL 18/93. Los contratos celebrados con posterioridad, plantearán dificultades derivadas de la necesidad de compaginar la regulación convencional vigente.

En todo caso, lo decisivo de este contrato, dejando aparte su carácter de indefinido, es que la prestación laboral que constituye su objeto no se presta todos los días del año, sino que está vinculada a ciclos productivos concretos, que se repiten, de forma tal que se presta el trabajo sólo en aquellos períodos de tiempo exigidos por el carácter discontinuo de la actividad. Por ello, desde este punto de vista, la novación no plantea problemas más allá de los analizados respecto de la novación de los contratos a tiempo parcial. La voluntad de las partes puede novar un contrato de trabajo fijo y

periódico de carácter discontinuo y convertirlo en un contrato normal y, justo lo contrario, transformar, por novación, un contrato normal en un contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo, si bien en este último caso, habrá que estar particularmente atentos a las exigencias derivadas de una válida emisión del consentimiento, y a un efectivo interés del trabajador en tal operación novatoria.

No obstante, existía, en nuestro ordenamiento una causa específica del Contrato de trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo que puede producir efectos novatorios. Se trata del régimen de preferencias para la adquisición de la condición de trabajador fijo y continuo.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 11.2 del RD 2104/84 de 21 de Noviembre determinaba que, mediante la negociación colectiva, podrán establecerse las preferencias para que los trabajadores fijos discontinuos accedan a la condición de trabajadores fijos con prestación de servicios continuos. Se trata de una posibilidad abierta a la negociación colectiva<sup>324</sup> que ha

---

<sup>324</sup> Puesto que la exigibilidad de esta preferencia, como la norma indica, está condicionada a que esté recogida en el convenio colectivo. STCT de 2 de Diciembre de 1986 (Ar. 12.878).

sido recogida en numerosos convenios<sup>325</sup> a través de cláusulas, cuya redacción es muy similar y que establecen, con carácter general lo siguiente: "El personal fijo de carácter discontinuo tendrá preferencia para ocupar las vacantes que se produzcan en su categoría profesional de trabajadores fijos".<sup>326</sup>

Se trata de una preferencia que la ley permite, y que otorga la autonomía colectiva, a los trabajadores fijos y periódicos de carácter discontinuo para novar su contrato de trabajo y convertirlo en un contrato normal. Tal posibilidad hay que entenderla perfectamente posible en la actualidad a pesar de la derogación del precepto que comentamos, dado que nada impide que la negociación colectiva pueda establecer las preferencias señaladas, que, constante la voluntad del trabajador, suponen una limitación a la libertad empresarial para contratar<sup>327</sup> que, de esta forma, queda condicionada y obligada, por lo

---

<sup>325</sup> Vide, por todos, CC. Estatal de Conservas, semiconservas y salazones de pescados y mariscos para 1990: Art. 7.1.2.i (AL Tomo Convenios 1991. E-37); CC estatal de Tejas, ladrillos y piedras especiales de arcillas cocidas para 1991-92: art. 19.11 (AL T-C 1991. E-240); CC estatal de Industrias de Conservas vegetales: Art.22 (AL T-C 1991. E-318); etc.

<sup>326</sup> Redacción que se repite en la mayoría de los convenios, y que ha sido analizada por GARCIA ORTEGA, J. "Las Relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos". Bosch, Barcelona, 1990, pág. 200.

<sup>327</sup> GARCÍA ORTEGA, J, "Las relaciones laborales y de seguridad social....", citado, pág. 201.

que, al respecto, disponga el convenio colectivo de aplicación.<sup>328</sup>

106.- La duración del contrato constituye el segundo de los aspectos del análisis del factor tiempo, en la novación constitutiva de la relación laboral, en la medida en que, en la actualidad, no es posible sustentar la configuración clásica según la cual se identificaba la relación laboral con un contrato de trabajo tipo caracterizado por su permanencia indefinida y su estabilidad total. En efecto, el Derecho del Trabajo clásico había situado el principio de estabilidad en el empleo, que suponía la presencia de un contrato indefinido a tiempo completo, como un valor intemporal e imperecedero cuya conquista era irrenunciable, y su vigencia debía ser preservada de los avatares concretos de la normativa laboral. De esta forma, la preferencia por los contratos de duración indefinida y a tiempo completo era absoluta; por el contrario, la regulación de los contratos temporales debía de ser limitada y su

---

<sup>328</sup> Interesante, al respecto, la STSJ Navarra de 14 de Septiembre de 1990 (RL Tomo II/90, pág 771) cuando señala que "la empresa, a falta de pacto que fije las preferencias de acceso a la condición de fijos con servicios continuos a los trabajadores fijos discontinuos, tiene plena libertad para contratar como fijos con prestación de servicios continuos a cualquiera de sus trabajadores fijos discontinuos e incluso puede efectuar cualquier tipo de contratación con quien ningún tipo de vinculación laboral tuviera con ella".

carácter sumamente excepcional.<sup>329</sup>

Sin negar el carácter preferente del contrato de duración indefinida en el ordenamiento laboral español, y la consideración de excepción de los contratos de duración determinada; es lo cierto que, como consecuencia, entre otros factores, de la crisis económica, se ha producido una evolución en los distintos ordenamientos tendente a facilitar las distintas modalidades de contratación temporal, de forma que, en la actualidad, y con carácter concreto en el ordenamiento laboral español, se ha roto el principio de causalidad en la contratación temporal, ampliándose, igualmente, el sentido del mismo en los contratos temporales clásicos de forma que la autonomía privada ha recuperado, a costa de la legislación de derecho necesario, un territorio tan estratégico como el de los pactos sobre la duración del contrato de trabajo.<sup>330</sup>

---

<sup>329</sup> DURAN LOPEZ, F. "Modalidades de contratación laboral", en DURAN-MONTOYA-SALA "El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario". MTSS, Madrid, 1987. Pp. 100-101.

<sup>330</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/1984 de reforma del Estatuto de los Trabajadores" en AA.VV. "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos, Madrid, 1985, pág. 31.

Para un análisis sobre la evolución de la contratación laboral en España desde la crisis, vide, entre otros: CASAS-BAYLOS-ESCUADERO "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español" en RL T-II/87 pp. 316 y ss. También: OJEDA

Esa especial posición de la que, en la actualidad, goza el contrato de trabajo de duración determinada obliga a estudiar, detenidamente, el pacto novatorio por el que las partes acuerdan la transformación de un contrato de duración determinada en uno de carácter indefinido, y de forma especial, por los problemas específicos que plantea, el acuerdo de transformación de un contrato indefinido en un contrato temporal.

107.- La autonomía de la voluntad puede transformar un contrato de duración determinada (cualquiera que fuere la causa de la temporalidad) en un contrato indefinido. El carácter extintivo o simplemente modificativo de la novación operada vendrá dado por la voluntad de las partes libremente expresada; a falta de tal expresa declaración, hay que entender que aunque se haya producido una variación fundamental ( la duración contractual y, por lo tanto, la no extinción automática del contrato en el que ha desaparecido el término final), los efectos del antiguo contrato permanecen, singularmente la antigüedad, por lo que deberá considerarse simplemente modificativa.

---

AVILES A. "El final de un principio (la estabilidad en el empleo) en AA.VV. "Estudios en homenaje a G. Bayón", citado, pp. 469 y ss. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "Estabilidad en el empleo y contratación temporal", MTSS, Madrid, 1983.

El artículo 49.3 del Estatuto de los Trabajadores, repitiendo lo que ya señalaba el art. 76.c.2 de la Ley de contrato de trabajo, establece que el contrato de trabajo se extinguirá: "Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. Si llegado al término no hubiera denuncia por alguna de las partes, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación". De esta forma, la falta de denuncia convierte el contrato temporal en indefinido, salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal de la prestación, y salvo que el contrato de duración determinada (de lanzamiento de nueva actividad o de fomento al empleo) se hubiese pactado por una duración inferior al máximo legalmente establecido, en cuyo caso, por mandato del art. 15.3 ET, quedan prorrogados automáticamente hasta dicho tiempo máximo. En estos casos podría pensarse en una novación legal o una novación por prórroga automática; sin embargo, no cabe hablar de novación propia puesto que no existe un acto jurídico declarativo de las partes por el que la duración inicial se modifique, sino que tal modificación obedece a la ausencia de denuncia, junto a la imposibilidad de acreditar la naturaleza temporal de la relación, lo que provoca que aquel primitivo contrato, no sea sustituido por uno nuevo, sino considerado como

indefinido.<sup>331</sup> Lo mismo ocurre cuando finalizado un contrato de trabajo de duración determinada, se continúen prestando servicios sin solución de continuidad.

108.- Mas problemas plantea la cuestión relativa a la conversión de un contrato indefinido en otro con término cierto, fundamentalmente por lo que se refiere a la renuncia de derechos por parte del trabajador. La Jurisprudencia, casi unánimemente, viene negando virtualidad al pacto por el que un contrato de carácter indefinido se convierte en un contrato temporal<sup>332</sup>, dado que una vez adquirida por el trabajador la condición de fijeza, o el carácter indefinido de su relación laboral, no puede luego modificarse válidamente esa condición o carácter aceptando la suscripción de un nuevo contrato temporal, pues la condición de trabajador fijo es irrenunciable, según dispone el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, por afectar a un derecho fundamental dentro de la esfera jurídico laboral, como es la estabilidad en el empleo, de lo que se deduce que el

---

<sup>331</sup> En este sentido RIVERO LAMAS, J. "La novación...", citado, pp. 221-223.

<sup>332</sup> Vide, entre otras muchas: STS de 6 de Junio de 1989 (Ar. 4540), de 19 de Junio de 1990 (Ar. 5485), de 22 de Junio de 1990 (Ar. 5507), de 6 de Julio de 1990 (Ar. 6070). STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de Julio de 1990 (Bol. 675), STSJ Galicia de 4 de Abril de 1992 (Ar. 2044), etc.

contrato posteriormente pactado conculca patentemente ese derecho inalienable<sup>333</sup>.

Junto a este capital argumento, la Jurisprudencia viene añadiendo otros dos: de un lado, que la conversión de un contrato indefinido en uno temporal supone un fraude de ley, incluido en el artículo 6.4 del Código Civil y, de otro lado, que el contrato temporal debe responder y cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la ley impone para poder considerar que un contrato es de carácter temporal<sup>334</sup>.

El análisis de los tres argumentos descritos resulta imprescindible para permitir establecer, en sede teórica la posible virtualidad del pacto novatorio por el que las partes convienen en transformar una relación laboral por tiempo indefinido en un contrato a término.

Por lo que respecta a la irrenunciabilidad de derechos, y más concretamente al entendimiento de que el pacto que estudiamos supone una disposición del derecho a la estabilidad en el empleo prohibida por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, entiendo que tal

---

<sup>333</sup> STS de 22 de Junio de 1990. (Ar. 5507). En parecidos términos se expresa la generalidad de la jurisprudencia.

<sup>334</sup> El argumento del fraude de ley va unido, con carácter general, al de la irrenunciabilidad de derechos, y puede verse en la practica totalidad de las sentencias citadas. El de los requisitos específicos del contrato temporal en la STS de 22 de Junio de 1990, citada, fundamento de derecho 2º.

argumento no es admisible en este supuesto, y ello por las siguientes razones:

a) Porque la novación y la disposición de derechos actúan en planos y momentos diferentes: "la novación actúa en el plano de la regulación de la relación laboral, por lo tanto en el plano de la fijación de los respectivos derechos y obligaciones. La disposición actúa en el terreno de unos derechos ya adquiridos"<sup>335</sup>. En el momento constitutivo, y la novación lo es, las partes encuentran su límite en el principio de inderogabilidad de normas imperativas ex artículo 3.1.c del Estatuto, actuando la interdicción de disposición en el momento aplicativo.

b) Porque si admitimos que la extinción contractual por mutuo acuerdo no constituye renuncia alguna de derechos<sup>336</sup>, producida la extinción, nada impide a las partes concertar un nuevo contrato temporal con sujeción a las reglas imperativas que rigen este tipo

---

<sup>335</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad de derechos". Ejemplar fotocopiado, pendiente de publicación en el tomo correspondiente de "Comentarios a las Leyes Laborales" de EDERSA, pág. 45.

<sup>336</sup> El tenor literal del art. 49.1 ET es claro al respecto y la jurisprudencia, unánimemente, ha entendido que el artículo 3.5 no impide que el trabajador se aquiete a una extinción contractual mutuamente pactada.

Vid, por todas, STS de 25 de Noviembre de 1986 (Ar. 6513), de 22 de Junio de 1988 (Ar. 5452) y STCT de 26 de Abril de 1988 (Ar.3025) y de 7 de Febrero de 1989 (Ar. 1371).

de contratación. Por ello, también es posible el pacto novatorio que determina la extinción de un contrato indefinido y su sustitución por uno de naturaleza temporal.

Así parece entenderlo alguna sentencia aislada que, aunque referida a un acuerdo de conciliación prejudicial, señala que tal acuerdo novatorio (de transformación de un contrato indefinido por uno de carácter temporal) no violenta el principio de irrenunciabilidad de derechos<sup>337</sup>.

Descartado el argumento de la irrenunciabilidad, el fraude de ley aparece, en principio, mucho mas sólido para fundamentar la posible interdicción del pacto novatorio que comentamos, dado que, como ha puesto de relieve RAMÍREZ, en los casos de conversión de un contrato indefinido en temporal, analizados por la jurisprudencia, late, por diversas circunstancias un fraude de ley. La utilización de este concepto permitirá alcanzar los mismos resultados tuitivos que la utilización del concepto de renuncia, pero, concederá una

---

<sup>337</sup> STSJ de Madrid de 14 de Enero de 1993 (Ar. 287), aunque el argumento no me parece admisible, por cuanto fundamenta la no violación del artículo 3.5 ET, en el hecho específico de que el acuerdo novatorio se ha conseguido en conciliación judicial, sin ningún otro argumento, lo que podría llevar a la errónea conclusión de que un pacto novatorio igual, no obtenido en conciliación judicial si violentaría el principio de irrenunciabilidad.

mayor flexibilidad de criterios al magistrado, facilitándole el valorar adecuadamente las circunstancias de cada caso.<sup>338</sup> Es este el auténtico sentido del fraude de ley; es decir, no se puede generalizar que toda conversión de un contrato indefinido en uno temporal es per se un fraude de ley, sino que para declarar la existencia de fraude de ley es requisito imprescindible un soporte fáctico que acredite la concurrencia de los requisitos que lo configuran y cuya prueba plena resulta inexcusable<sup>339</sup>, exigiéndose un engaño o una conciencia o intencionalidad de burlar la ley<sup>340</sup> y no cabe basarlo en meras suposiciones o presunciones<sup>341</sup>. Por lo tanto, el pacto novatorio por el que las partes deciden convertir un contrato indefinido en uno temporal será lícito si responde al interés y a la voluntad concorde de ambas partes; lo que habrá de ser vigilado con especial atención por la trascendencia que encierra en si mismo.

---

<sup>338</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad...", citada, pp. 48-49 del ejemplar fotocopiado.

<sup>339</sup> STS de 15 de Octubre de 1986 (RL T-I/87, pág. 514) STS de 24 de Octubre de 1987 (RL T-I/89, pág. 634) y STS de 7 de Octubre de 1988 (Ar. 7548), entre otras.

<sup>340</sup> STSJ Madrid de 15 de Noviembre de 1991 (Ar. 6186).

<sup>341</sup> STSJ País Vasco de 27 de Junio de 1991 (Ar. 3600), y de 10 de Diciembre de 1991 (Ar. 6874), STSJ La Rioja de 21 de Junio de 1991 (ar. 3687), STSJ de Canarias de 7 de Junio de 1991 (Ar. 3916) STSJ Comunidad Valenciana de 11 de Diciembre de 1991 (ar. 6829), entre otras.

Por último, resulta irrefutable que las normas sobre contratación temporal son de orden público, y afectan a las partes, en virtud del artículo 3.1.c. en el momento novatorio, por lo que para que tal pacto sea lícito no bastará, en absoluto, con la expresión en el mismo del carácter temporal y la duración concreta que se asigna al nuevo contrato, sino que este tendrá que cumplir, inexorablemente, todos los requisitos y exigencias que la norma impone para poder considerar que un contrato de trabajo es de carácter temporal. Desde esta perspectiva resultará sumamente complicado la transformación de un contrato indefinido en un temporal celebrado al amparo del Real Decreto 1989/84 que regula la contratación temporal como medida de fomento al empleo, dadas las especiales exigencias que, respecto de trabajador y empresario, se contienen en los arts 1 y 5 del mismo, más aún con los futuros programas de fomento al empleo, vista la limitación contenida en el artículo 5 del RDL 18/93 de 3 de Diciembre que circunscribe la contratación temporal en este tipo de programas a trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo.

#### **4.3. Efectos de la novación extintiva.**

109.- Tal como se ha señalado con anterioridad, la

moderna doctrina insiste en los efectos jurídicos de la novación y, al respecto, señala que la novación propia extingue el contrato porque con la misma se opera una sustitución total del sistema de organización de intereses establecido por las partes mediante la creación de un nuevo contrato<sup>342</sup>.

En la novación extintiva del contrato de trabajo es posible reconocer también los dos efectos de toda novación propia: la extinción del primer contrato y el nacimiento de un nuevo contrato de trabajo, y ello, a pesar de que la novación como tal no está incluida en el elenco de causas de extinción de la relación laboral enumeradas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, dado el carácter constitutivo que la autonomía de la voluntad tiene en el pacto novatorio, es posible reconducirlo, sin dificultades, a la causa de extinción establecida en el apartado 1 del mencionado artículo 49 ET, es decir el mutuo acuerdo de las partes.

Por lo tanto, mediante el pacto novatorio propio, se extingue el contrato de trabajo, y con él los derechos accesorios cuya virtualidad dependía de la existencia de dicho contrato, como, por ejemplo, la antigüedad. Ahora bien, nada impide a las partes pactar la supervivencia de

---

<sup>342</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos.....", Vol. I. Pág. 800.

aquellos efectos, ligados al primer contrato, que tengan por conveniente, sin que por ello la novación pierda su carácter y efecto extintivo. Nuevamente, la autonomía de la voluntad es decisiva en orden a la determinación de los efectos de la novación.

De otro lado, el segundo efecto consiste en el nacimiento de un nuevo contrato de trabajo que viene a sustituir al extinguido. No existe, como pone de relieve RIVERO, separación entre el efecto creador y el extintivo, ya que si se extingue una de las obligaciones no es más que para reemplazarla por otra, pero no quiere decir que la extinción de la primera obligación quede subordinada al cumplimiento de la segunda, sino sólo a su nacimiento<sup>343</sup>.

La autonomía de la voluntad combina en un sólo acto la doble misión de extinguir una relación laboral mediante la creación de una nueva cuyo contenido deberá dotar el mutuo acuerdo en los términos y limitaciones analizadas.

---

<sup>343</sup> RIVERO LAMAS, J. "La novación del contrato....", citado, pág. 154.

## 5.-Autonomía individual y suspensión del contrato de trabajo.

110.- La sección tercera del Capítulo III del Título Primero del Estatuto de los Trabajadores con la rúbrica general de "Suspensión del contrato de trabajo" dedica cuatro artículos (del 45 al 48 inclusive) a la regulación de aquellas situaciones que impiden el normal desenvolvimiento de la relación de trabajo y que provocan que las prestaciones mutuas de trabajo y salario no puedan desarrollarse con regularidad, estableciendo que, en dichos casos, el contrato de trabajo quede en una situación de suspensión, o dicho de otra forma que los efectos de la relación queden en suspenso y, por tanto, determinados derechos y obligaciones de las partes temporalmente no sean exigibles. Se trata, por tanto, de la cesación temporal de los efectos principales que de la relación laboral se derivan<sup>344</sup>.

En efecto, la suspensión, como ha puesto de relieve

---

<sup>344</sup> ALVAREZ ALCOLEA, M. "La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores". en REDT nº 5 /1981, pág. 19.

VIDA SORIA, viene a ser una vicisitud de la ejecución (continua, sucesiva) de la relación jurídica de trabajo, que se caracteriza por la desaparición temporal de las obligaciones de trabajar y prestar salario cuando se dan los supuestos previstos por el legislador<sup>345</sup>, en este sentido, tal como se ha señalado respecto de la novación, la suspensión mas que una institución autónoma es un efecto jurídico. En la relación de trabajo, destinada a perpetuarse en el tiempo, la aparición de determinadas causas, que en otro tipo de contratos darían lugar a su extinción, provoca, en el campo laboral, una interrupción de sus efectos principales manteniéndose vivo el vínculo jurídico que une a las partes. Por ello, característica principal de la suspensión es su carácter eminentemente causal. La existencia de causa es determinante para que se produzcan los efectos señalados y, de la misma forma, la desaparición de aquella provoca la desaparición de estos: al disiparse la causa que motivó la suspensión, el contrato suspendido recobra su virtualidad jurídica y empieza a vivir, de nuevo, con plenitud de efectos. De esta forma, la suspensión, se configura como una situación jurídica en la que las obligaciones básicas de las partes cesan temporalmente manteniéndose el empleo

---

<sup>345</sup> VIDA SORIA, J. "Suspensión del contrato de trabajo", en AA.VV. "Comentarios a las leyes laborales: el ET", Tomo IX, Vol 1º, EDERSA, Madrid, 1983, Pág. 33.

con reserva del puesto de trabajo.

111.- La autonomía de la voluntad como causa generadora del efecto suspensivo del contrato de trabajo está reconocida en las dos primeras causas que establece el artículo 45.1 del Estatuto al señalar que el contrato podrá suspenderse por el mutuo acuerdo de las partes y por las causas consignadas validamente en el contrato. Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cada una de ellas, es conveniente resolver los problemas que la autonomía individual, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, plantea con respecto de la institución jurídica de la suspensión del contrato y de su régimen jurídico general.

El primero de ellos es el relativo al carácter jurídico de su regulación legal, y en concreto a su configuración como derecho necesario absoluto o relativo. En opinión de VIDA SORIA, reconducir la figura de la suspensión a la fase de ejecución del contrato, facilita su visión como derecho necesario relativo, es decir mejorable por el juego de la autonomía individual, lo que tiene su fundamento tanto en la sistemática de los preceptos que regulan la figura, cuanto por la inclusión

de las mencionadas causas a) y b) del artículo 45.1 ET.<sup>346</sup>. Desde esta perspectiva la autonomía individual puede:

-Ampliar las causas suspensivas previstas en la propia norma.

-Introducir, en beneficio del trabajador, nuevas causas suspensivas, y,

-Mejorar el régimen jurídico de las causas suspensivas establecido por el propio Estatuto o por la norma convencional o sectorial aplicable.

Ahora bien, lo que no podrá realizar la autonomía individual es alterar la esencia de la institución jurídica que comentamos. El artículo 45.2 del Estatuto establece como efecto común a todas las causas de suspensión, sin excepción alguna, la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, lo que constituye, como ya se ha señalado, elemento esencial y estructura íntima de la figura suspensiva. De este modo, las partes no podrán pactar la exoneración de la remuneración del trabajo, por razones obvias puesto que se trataría de una renuncia de derechos, ni tampoco la no exoneración de la prestación del trabajo, no porque ello esté impedido por norma alguna, que no lo está, sino porque tal pacto, insisto

---

<sup>346</sup> VIDA SORIA, J. "La suspensión....", citada, pág. 42.

posible, no configuraría la situación como una suspensión, sino como una licencia retribuida, salvo que la remuneración pactada no fuese estrictamente salario, entendido como obligación de retribución del trabajo.

El segundo de los problemas que plantea el juego de la autonomía individual está vinculado al derecho a la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo al finalizar el período de suspensión. Como ya se ha señalado, el art. 48.1 ET establece, con carácter general, el derecho del trabajador a reingresar en el puesto de trabajo que tenía con anterioridad a la suspensión, puesto que el mismo le está reservado, añadiendo "excepto en los señalados en los apartados a) y b) del mismo número y artículo en que se estará a lo pactado". La interpretación literal no debe dejar lugar a dudas: el legislador ha excluido expresamente del derecho a la reserva de la plaza y del reingreso, los supuestos de suspensión cuyo origen sea la autonomía de las partes, en los que el régimen de reingreso deberá ser establecido por el propio pacto. Sin embargo, la doctrina ha destacado la perplejidad que produce esta excepción, por cuanto que si lo que se pacta es la no reserva de plaza, no hay suspensión, en el sentido en que la misma está regulada en la propia ley, con lo que la situación se asimilaría, en cuanto a sus efectos a las

excedencias voluntarias<sup>347</sup>. Se trataría de un manifiesto error, puesto que si se pacta que no hay reserva de puesto de trabajo se está pactando una excedencia y no una suspensión, con lo que la excepción del número 1 del artículo 48 devendría en inaplicable<sup>348</sup>. En mi opinión, sería posible entender que la excepción legislativa puede hacer referencia al cese de las causas legales de suspensión. Es decir, a su duración. El artículo 48.1 condiciona el derecho a la reincorporación "al cese de las causas legales de suspensión", lo que nos conduce a plantearnos cuando cesan las causas enumeradas en los apartados a) y b) del artículo 45.1, puesto que el resto de causas si sabemos cuando "cesan" (por ejemplo, la ILT con el alta médica, la privación de libertad, con la sentencia absolutoria o condenatoria, etc.), sin embargo, el cese de las causas que dependen de la voluntad de las partes está sujeto a la duración de la suspensión pactada o al mantenimiento de la causa suspensiva establecida en el pacto, por ello, hay que estar a lo pactado en cuanto a la cesación de los efectos de la suspensión que, cuando se produzca, determinará el derecho al reingreso porque la plaza ha estado reservada, salvo que las partes

---

<sup>347</sup> SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 698.

<sup>348</sup> VIDA SORIA, J. "La suspensión...", citada, pp. 133-134.

expresamente hayan pactado la no reserva de plaza en cuyo caso habrán pactado una excedencia voluntaria y no una suspensión contractual strictu sensu.

### 5.1. El mutuo acuerdo de las partes

112.- El Estatuto de los Trabajadores garantiza que, en cualquier momento del devenir temporal de la relación laboral, los contratantes puedan establecer, de común acuerdo, la suspensión del contrato de trabajo y, por lo tanto, exonerarse mutuamente de las obligaciones de trabajar y remunerar dicho trabajo. Se trata del reconocimiento normativo del poder de la autonomía de la voluntad de las partes que pudiendo crear, modificar y extinguir una relación jurídica laboral, puede determinar su suspensión en cualquier momento de la vida del contrato, sin necesidad de sujetar dicha suspensión a causa objetiva alguna, puesto que la facultad suspensiva otorgada a la autonomía individual no queda vinculada por motivo externo de ningún tipo. Es el libre concierto de voluntades (de empresario y trabajador) el motivo y el motor del acuerdo suspensivo y de sus efectos.

Por ello hay que destacar, de manera primordial, la gran importancia que a los presentes efectos tiene la válida emisión del consentimiento y la ausencia de vicios

de la voluntad en los términos ya analizados, común, por otra parte, a todos los supuestos en los que el trabajador pacta con el empresario. La escasa jurisprudencia existente sobre la materia, evidencia del poco uso de la figura, es suficiente para comprobar el constante empeño en "constatar la existencia del concierto de voluntades necesario para estimar existente dicha suspensión pactada"<sup>349</sup>.

En cuanto a la forma del mutuo acuerdo suspensivo, dada la libertad formal reconocida, con carácter general en el propio Estatuto, aquel no está sujeto a ningún requisito expreso; por lo tanto, lo decisivo será la existencia del propio acuerdo de voluntades, cuya virtualidad, a falta de pacto escrito, podrá ser reconocida por los medios de prueba ordinarios y en especial, en este supuesto de suspensión por mutuo acuerdo, por el propio comportamiento de las partes en la relación jurídica negocial<sup>350</sup>.

Por lo que se refiere al contenido y alcance del pacto suspensivo lo primero que debe señalarse es la libertad de las partes en orden a su fijación, teniendo en cuenta

---

<sup>349</sup> STSJ De Castilla y León (Sede Valladolid) de 3 de Diciembre de 1991 (Ar. 6568). En el mismo sentido, implícitamente, STSJ de Andalucía (Sede Granada) de 2 de Junio de 1992 (Ar. 3176).

<sup>350</sup> STSJ de Castilla y León de 3 de Diciembre de 1991, citada.

que la causa que analizamos participa del régimen general establecido para la suspensión en el propio Estatuto de los Trabajadores, por lo que la autonomía de la voluntad encuentra un límite claro, ex artículo 3.1.c. del ET, en el propio régimen jurídico del instituto suspensivo, que funciona, a los presentes efectos, como un efectivo límite a la voluntad de las partes lo que provoca la ilegalidad de aquellos pactos que vulneren las normas imperativas y de los que establezcan, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables que las recogidas en el orden normativo o convencional. Tampoco cabrá calificar de acuerdos suspensivos al amparo del artículo 45.1.a ET los pactos que, aún con cobertura legal o convencional, excedan o vulneren los límites normativos señalados.

Lo anterior lleva a la conclusión de que el pacto individual suspensivo no podrá alterar los efectos consustanciales de la suspensión: el cese de las obligaciones mutuas de trabajar y remunerar y el derecho a la reserva de puesto de trabajo al finalizar el plazo pactado de la suspensión, en los términos ya analizados. Igualmente, los supuestos regulables por el mutuo acuerdo tienen que ser otros que los establecidos en las restantes causas del propio artículo 45,<sup>351</sup> incluso en

---

<sup>351</sup> VIDA SORIA, J. "La suspensión.....", citada, pág. 45.

aquellos casos que provengan de la prestación empresarial ( fuerza mayor, causas económicas y tecnológicas) en las que, a pesar de la posibilidad de pacto bilateral sobre su constatación y efectos, siempre será necesaria la resolución de la autoridad laboral por la remisión expresa que el artículo 47 ET hace al artículo 51 del propio Estatuto.

Todo ello lleva a la conclusión de la relativa inoperancia de esta causa suspensiva, confirmada por la escasa jurisprudencia, que obliga a reconducir la cuestión a la regulación bilateral de las llamadas licencias no retribuidas<sup>352</sup>, en las que, por las razones expuestas, no podrán contemplarse las que estén previstas en el Convenio Colectivo de aplicación que configurarían un supuesto de ampliación convencional del elenco recogido en el propio artículo 45.1 ET.

Por lo que hace referencia a la duración de la suspensión, la misma deberá ser fijada por las partes, por lo que la mayor o menor amplitud temporal dependerá, en exclusiva, de la autonomía de la voluntad. Sin embargo no es posible su duración indefinida o indeterminada, ni siquiera condicionada a la existencia de voluntad conjunta de las partes para terminar con el efecto suspensivo, pues todo ello configura una transgresión de

---

<sup>352</sup> Nuevamente VIDA SORIA, J., Op. cit. nota anterior, pág. 44.

la propia esencia de la institución, necesariamente temporal y un fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil).

## 5.2. Las causas consignadas válidamente en el contrato.

113.- La suspensión del contrato de trabajo puede provenir, también, de la voluntad de las partes expresada en el momento inicial o novatorio del contrato de trabajo, mediante el cumplimiento de lo que el artículo 45.1.b del Estatuto de los Trabajadores llama "causas consignadas válidamente en el contrato"; con lo que el tratamiento jurídico de la suspensión contractual repite, en sus dos primeros apartados las causas que, derivadas también de la autonomía de la voluntad, establece el artículo 49 ET en relación a la extinción del contrato de trabajo. Llama la atención, sin embargo, que el Estatuto, en la misma causa dedicada a la extinción añade, tras repetir idéntica redacción que la del apartado 1.b del artículo 45 ET, "Salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario". Sin embargo, como se verá, la ausencia de esa referencia en la suspensión contractual no es relevante ni trascendente.

Esta causa apenas si plantea problemas específicos

respecto de la anterior. Resaltando el reconocimiento expreso que la normativa laboral vuelve a hacer de la autonomía de la voluntad como fuerza cogente de efectos suspensivos, referida, en este caso, al momento de la celebración del contrato o del pacto novatorio, la necesidad de válida emisión del consentimiento, la libertad formal y el contenido y alcance del pacto contractual resulta exactamente idéntico a lo señalado con respecto a la causa analizada anteriormente.

Sin embargo, si conviene señalar que en el presente supuesto las partes consignan en el contrato una voluntad concorde de que el contrato se suspenda si se producen unas circunstancias o eventos expresados en el propio contrato, con el alcance y límites en el mismo previstos. Pese a ello, no estamos en presencia de una condición suspensiva, típica del derecho común, en el sentido de los artículos 1.113 y siguientes del Código Civil<sup>353</sup>, aunque, alguno de sus principios si sean aplicables, en combinación con los propios del Derecho del Trabajo, así la condición imposible no produce la invalidez del contrato, sino sólo de la cláusula que la establezca, al igual que la condición ilegal o prohibida debe tenerse por no puesta, continuando, en ambos casos la eficacia

---

<sup>353</sup> VIDA SORIA, J. "La suspensión.... citada", pág. 46.

del contrato<sup>354</sup>.

He señalado que no es relevante ni trascendente la ausencia en esta causa suspensiva de la exclusión de aquellas causas que supongan manifiesto abuso de derecho por parte del empresario. Y no lo es porque tal ausencia no significa, en modo alguno, la validez de las causas que supongan abuso de derecho, sino, al contrario, dichas cláusulas son totalmente inválidas, por directa aplicación del artículo 7-2 del Código Civil; porque el propio artículo 20.2 del Estatuto obliga a trabajador y empresario a someterse en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, y porque, en todo caso, las partes siempre encuentran el límite claro en el propio artículo 3.1.c del Estatuto.

Tampoco en el contrato inicial o novatorio pueden consignarse casos de suspensión establecidos en la norma. Si los mismos se refieren a la prestación del trabajador, por tratarse de una redundancia innecesaria al estar previstos ya en la propia ley; si provienen de la prestación empresarial ( fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas...), porque el régimen jurídico de las mismas ya está previsto en la propia norma (arts 47 y 51

---

<sup>354</sup> En este sentido, ALVAREZ ALCOLEA, M. "La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores", en REDT nº 5/81, pág. 29, señala: "La condición imposible no produce la invalidez del contrato, sino la continuación de su eficacia y la prohibida debe tenerse por no puesta, de acuerdo con el artículo 8 del Estatuto".

ET), por lo que su inadmisibilidad se derivaría de la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil, teniendo en cuenta que el propio texto legal ha configurado de un modo singular y omnicomprendivo los casos de suspensión derivados de la propia prestación empresarial<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. en AA.VV. "El Estatuto de los Trabajadores", citado, pág. 319.

## 6.- Autonomía individual y extinción del contrato de trabajo.

114.-Dentro de la esfera de la autonomía privada, en sentido amplio, se comprende el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas<sup>356</sup>, por lo que el derecho común, a pesar de la incompleta redacción del artículo 1156 del Código Civil, siempre ha reservado un papel trascendente al mutuo acuerdo de voluntades que pone fin a una relación jurídico obligatoria. El mutuo disenso ha sido definido como el acuerdo de voluntades de las partes enderezado a dejar sin efecto una relación obligatoria preexistente<sup>357</sup>. La autonomía individual se configura, así, no sólo como fuerza generadora de la relación jurídica, sino también como elemento causal de su extinción. El ordenamiento laboral también ha

---

<sup>356</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. "El negocio jurídico", Civitas, Madrid, 1985, pág. 13.

<sup>357</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil...", citado, Vol. I, Pág. 852.

reconocido, desde siempre, la fuerza extintiva de la autonomía privada. La Ley de Contrato de Trabajo ya situaba las tres primeras causas extintivas de los contratos, establecidas en su artículo 76, en la órbita de la autonomía individual, y el propio Estatuto de los Trabajadores repite, en distinto orden, aquellas causas cuyo origen reside en el mutuo acuerdo de voluntades de empresario y trabajador.

En efecto, el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, dedicado a delimitar el cuadro vigente de causas de extinción del contrato de trabajo, recoge en sus tres primeros apartados las causas de extinción dependientes de la voluntad conjunta de las partes: en el apartado primero el mutuo disenso, en el segundo las condiciones resolutorias y, en el tercero, el tiempo final. Aunque las tres dependen de la autonomía de la voluntad, el juego de la autonomía individual es distinto en cada una de ellas, pues en la primera está encaminada directamente a la extinción contractual; en la segunda la voluntad se dirige a la constitución o novación de una relación jurídica laboral, previendo, al mismo tiempo, las causas que, de producirse, determinarían la extinción del contrato; por último, en la tercera de las causas que tiene su origen en la autonomía de la voluntad, ésta delimita la vigencia temporal de la relación laboral en el momento constitutivo, de suerte que, salvo novación,

el contrato se extingue cuando el tiempo previsto por las partes se cumple.

El anterior esquema es de por sí insuficiente, por su excesiva generalidad, para la comprensión y delimitación del papel de la autonomía individual como origen de la extinción del contrato de trabajo y de cada una de las causas que tienen en ella su procedencia. Por ello es necesario un estudio separado e intenso de los tres primeros supuestos del artículo 49 ET.

#### 6.1. El Mutuo disenso.

115.- El mutuo acuerdo de las partes configura, en el orden sistemático del precepto, la primera de las causas de extinción del contrato de trabajo recogidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Supone, como ya he señalado, el reconocimiento explícito por el ordenamiento jurídico positivo de la eficacia extintiva de la autonomía individual en el contrato de trabajo. La autonomía de la voluntad, que hace nacer el contrato de trabajo, es causa suficiente para su novación, suspensión y, también, para su extinción. La dicción legal: "el contrato de trabajo se extinguirá por mutuo acuerdo de las partes" no admite lugar a dudas sobre tal reconocimiento.

Sin embargo, el problema de la conexión del artículo 49.1 con el 3.5 del Estatuto de los Trabajadores sigue ocupando todavía a la jurisprudencia, no por la presión de la doctrina evidentemente, sino para hacer frente a numerosos recursos que se empeñan en situar el centro de gravedad de la dinámica de esta causa extintiva en la renuncia de derechos, cuando deberían situarlo, como veremos, en los requisitos esenciales del negocio jurídico. Establecido positivamente el mutuo disenso y la dimisión del trabajador (art. 49.4 ET) como causas que provocan la extinción del contrato de trabajo, mantener que el común acuerdo de voluntades supone una renuncia de derechos prohibida en el artículo 3.5 del Estatuto no deja de ser un intento vano. En efecto, la prohibición de disposición obedece al carácter tuitivo del Derecho del Trabajo<sup>358</sup> y, en consecuencia, alcanza, por imperativo legal a los derechos que los trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario y a los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. Desde esta perspectiva, resulta obvio que no existe disposición legal alguna de derecho necesario que obligue al trabajador a mantener su

---

<sup>358</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad de derechos", citada, pág. 1 del ejemplar mecanografiado.

Para un análisis exhaustivo de la prohibición de renuncia, vide OJEDA AVILES, A. "La renuncia de derechos del trabajador". IEP, Madrid, 1971, pp. 107 y ss.

vinculación laboral, si no lo desea, ni lícita disposición convencional que lo estableciese, por contravenir lo dispuesto en el propio artículo 49 ET. En ambos casos, además, se vulneraría una de las notas configuradoras del tipo contractual: la voluntariedad. Así lo viene entendiendo unánimemente la jurisprudencia que reitera que la facultad del trabajador de resolver unilateralmente o por mutuo acuerdo su relación laboral es un derecho innegable<sup>359</sup>, que no supone renuncia de derechos<sup>360</sup>, porque el trabajador no está ligado de modo permanente al trabajo como hipotético siervo de la gleba, sino que puede llegar a la extinción del vínculo laboral en virtud de mutuo acuerdo de las partes<sup>361</sup>. En definitiva, el trabajador tiene un indiscutible derecho a dar por extinguida su relación laboral, derecho incorporado a su status laboral subjetivo y obviamente no indisponible al estar consagrado como causa de extinción contractual, por sí mismo, en el número 4 del artículo 49.ET y, mediante acuerdo con el empresario, en el número

---

<sup>359</sup> STS de 27 de Mayo de 1986 (Ar. 2708).

<sup>360</sup> STS de 25 de Noviembre de 1986 (Ar. 6513).

En idéntico sentido se reitera numerosísima jurisprudencia. Por todas, STS de 19 de Noviembre de 1985 (Ar. 5810), STS de 26 de Mayo de 1988 (Ar. 3029) y STS de 13 de Octubre de 1989 (Ar. 7174) entre otras.

<sup>361</sup> STS de 20 de Marzo de 1986 (Ar. 1361).

En idéntico sentido, STS de 18 de Julio de 1990 (Ar. 6426).

1 del mencionado precepto.<sup>362</sup>

No existe pues disposición prohibida en el puro acuerdo extintivo. Ahora bien, no es posible olvidar dos consideraciones; de un lado, que el mutuo disenso es un acto de enorme importancia, especialmente, para el trabajador por las consecuencias que sus efectos comportan, y de otro lado, que con ocasión de la extinción voluntariamente acordada pueden producirse, y de hecho se producen, disposiciones de derechos, o simplemente renunciadas, prohibidas por el artículo 3.5 ET. Ello obliga a deslindar claramente el propio acuerdo extintivo de eventuales negocios que, con ocasión de aquel, pueden producirse así como al estudio de uno y otros.

116.- El negocio jurídico es, en palabras de DE CASTRO, "la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros derechos o actos"<sup>363</sup>. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar

---

<sup>362</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 26 de Enero de 1993 (Ar. 524).

<sup>363</sup> DE CASTRO, F. "El negocio jurídico", citado, pág. 34.

o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer las consecuencias que los derechos y obligaciones de las partes deben soportar en virtud de lo resuelto con el negocio<sup>364</sup>. Desde esta perspectiva, el mutuo acuerdo extintivo es un negocio jurídico bilateral, en cuya virtud, empresario y trabajador, mediante el acuerdo de sus voluntades, se proponen conseguir la extinción del contrato de trabajo que les une, resultado que está tutelado por el ordenamiento jurídico laboral, y por cuya virtud, la relación jurídico laboral queda extinguida.

El fundamento de los efectos del negocio extintivo se encuentra en la autonomía de la voluntad, puesto que las partes son libres para celebrar los negocios jurídicos que estimen oportunos y cuya finalidad esté amparada por el ordenamiento jurídico. El objetivo del negocio jurídico extintivo, en el campo laboral, está amparado, precisamente, en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>365</sup>. Se trata de un nuevo contrato, distinto del que creó o modificó la relación laboral

---

<sup>364</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos.....", citado, Vol. I, pág. 70.

<sup>365</sup> La calificación del mutuo disenso como negocio jurídico bilateral y extintivo ha sido reiterada por la Jurisprudencia en multitud de ocasiones; por todas vide STS de 19 de Noviembre de 1985 (Ar. 5810), de 12 de Diciembre de 1985 (Ar. 6100) y de 17 de Diciembre de 1985 (Ar. 6136).

existente y, como tal negocio autónomo, por el que se lleva a cabo la extinción pactada del anterior, deberá contener todos y cada uno de los requisitos esenciales comunes a todo contrato: consentimiento objeto y causa, imprescindibles para su validez, así como los requisitos formales pertinentes, estando sujeto tal pacto a las reglas generales de interpretación. A ello dedicamos seguidamente nuestra atención.

117.- El consentimiento constituye punto de referencia y cuestión fundamental de toda la dinámica del mutuo disenso, porque esta causa extintiva exige que conste clara e indubitada la voluntad de las partes y, en especial, la del trabajador de dar por extinguida la relación laboral<sup>366</sup>. La lógica de esta afirmación no admite lugar a dudas: si el origen último de la extinción se encuentra en el acuerdo de voluntades de las partes de la relación laboral, este acuerdo de voluntades sólo será lícito si ha sido conseguido libre y espontáneamente, si la voluntad convergente de cada parte surge sin error, violencia, intimidación o dolo. Si lo manifestado responde realmente a lo querido. Por ello es de total aplicación lo manifestado anteriormente con respecto al consentimiento, con especial importancia, en este

---

<sup>366</sup> STSJ Baleares de 1 de Diciembre de 1992 (Ar. 6087).

supuesto, por lo que respecta a la voluntad del trabajador, dado que, en la mayoría de las ocasiones, lo que se discute es, precisamente la existencia o no del consentimiento del operario cuya voluntad determina los efectos liberatorios para el empresario.

La Jurisprudencia ha contribuido de modo notable a situar en el epicentro de los problemas que plantea esta figura extintiva la cuestión de la válida emisión del consentimiento, tipificándola como negocio jurídico cuya validez exige que concurran los elementos evidenciadores de una eficaz declaración de voluntad y la inexistencia de vicios que puedan invalidarla<sup>367</sup> llegando, en ocasiones, a sobredimensionar la propia importancia del consentimiento al considerar su presencia como causa bastante para la perfección del pacto de extinción<sup>368</sup>, olvidando que su presencia constituye condición necesaria pero no suficiente para la plena validez y eficacia del acuerdo de extinción del contrato de trabajo, puesto que, junto con el consentimiento, el acuerdo extintivo debe contar con un objeto posible, lícito y determinado y con

---

<sup>367</sup> STS de 3 de Octubre de 1988 (Ar. 7508). En idéntico sentido: STS de 27 de Junio de 1984 (Ar. 3369), de 9 de Octubre de 1984 (Ar. 5261) y de 24 de Noviembre de 1986 (Ar. 6496), entre otras.

<sup>368</sup> Vide, por ejemplo, STS de 22 de Junio de 1988 (Ar. 5452) cuando señala: "En la extinción por mutuo acuerdo es bastante que exista consentimiento no viciado de las partes". En el mismo sentido STS de 26 de Enero de 1984 (Ar. 102).

la existencia de una causa lícita y verdadera<sup>369</sup>.

El objeto del mutuo disenso no plantea problemas por cuanto que el mismo está constituido por la extinción del contrato, lo que es posible, y lícito, porque tal objeto esta previsto normativamente. Por lo que respecta al requisito de la determinabilidad, la extinción del contrato es de por si determinada en el sentido de que la obligación contractual que surge es, de modo singular, la propia extinción del contrato y el cese de las obligaciones mutuas de trabajar y remunerar el trabajo.

Configurada la causa como el propósito común de las partes de conseguir el fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico para el contrato en cuestión, la causa del mutuo disenso vendrá dada por el común propósito de empresario y trabajador de resolver la relación laboral que les unía, de tal forma que la expresión de causa inapropiada para la extinción del vínculo laboral ha de entenderse que manifiesta la existencia de un negocio jurídico con causa torpe, lo que determina su carencia de eficacia, impidiendo que pueda ser considerado como manifestación de un mutuo

---

<sup>369</sup> La STS de 25 de marzo de 1993 (Ar. 1898), recuerda que el mutuo disenso, como negocio jurídico de carácter bilateral y consensual, requiere la presencia no sólo del consentimiento sino, también, de los demás requisitos esenciales del contrato, singularmente el objeto y la causa.

disenso<sup>370</sup>. La causa, además de existir tiene que ser lícita y verdadera, requisitos todos estos referidos al propio acuerdo de extinción y no a las compensaciones económicas que el propio acuerdo conlleve<sup>371</sup>. Pocas son las ocasiones en que la Jurisprudencia se ha detenido en el análisis de los requisitos causales del mutuo disenso, limitándose, como se ha visto, al examen de la presencia del consentimiento no viciado; sin embargo, como ha puesto de relieve VALDES, se ha observado en la reciente doctrina jurisprudencial un notable giro en la atribución del valor liberatorio del mutuo disenso consistente en desplazar el eje de apreciación de la concurrencia o no de los requisitos de validez del mutuo acuerdo extintivo desde el consentimiento al resto de los elementos esenciales del contrato, fundamentalmente a la causa<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> STS de 19 de Junio de 1990 (Ar. 5486).

<sup>371</sup> STSJ de Cataluña de 5 de Abril de 1991 (Ar. 3426): "el contrato de trabajo se extinguió en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.1 ET, o sea por mutuo acuerdo, sin que la falta de pago del saldo y finiquito, en el caso de que fuera así, destruya aquella declaración de voluntad, ya que no estamos ante un negocio sin causa, sino ante una causa cierta y válida que ha de ser cumplida".

Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 7 de Diciembre de 1989 (Ar. 2489) establece que el impago de la cantidad acordada impide el efecto liberatorio del documento suscrito.

<sup>372</sup> VALDES DAL-RE, F. "La extinción del contrato de trabajo por condición resolutoria y mutuo disenso: base contractual, límites normativos y práctica judicial"; Ponencia presentada en el VII Seminario de Estudios Socioempresariales europeos de Jaca, 1993, pág. 29 del

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Marzo de 1991 priva de eficacia al acuerdo extintivo cuyo propósito era dar por extinguido el vínculo laboral entre la empresa y un miembro del Comité, para evitar que éste participase en la próxima negociación del convenio a cambio de una fuerte cantidad de dinero, si ello se hacía sin publicidad, firmando al efecto el oportuno documento, que, con posterioridad la empresa se negó a ratificar ante el Servicio de Conciliación alegando que el trabajador había vulnerado la confidencialidad. El Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para señalar que "no se trata de negar la posibilidad de extinción del contrato por mutuo acuerdo de las partes, a que se refiere el artículo 49.1 del ET, sino que el contrato litigioso extintivo, en virtud del condicionado que contiene, carece de justificación y causa lícita -art. 1261 en relación al artículo 1275 del Código Civil- dado que el derecho a la libertad sindical no puede ser objeto de *agiotaje o grangeria*"<sup>373</sup>. En este mismo sentido se

---

ejemplar mecanografiado.

<sup>373</sup> Ar. 1898. (El subrayado entre comillas en el original). Añade la sentencia: "En definitiva, aunque la voluntad individual es una fuente de la relación laboral, y merced a ella los contratantes pueden convenir en la forma mas adecuada a sus necesidades individuales, tal autonomía negocial tiene unos límites que derivan de la licitud del objeto.....y de la necesidad de causa lícita".

Vide, también, la STS de 31 de Diciembre de 1990 (Ar.9853), en la que, aunque no es el nudo de la

consideran nulos y sin efecto aquellos negocios de mutuo disenso con causa ilícita, falsa o ilegal<sup>374</sup>.

118.- La ley no exige forma alguna para la extinción por mutuo acuerdo por lo que, en principio, no hace falta forma especial ni acreditamiento de formalidades de ningún tipo, sólo la voluntad de las partes debidamente formada y expresada<sup>375</sup>. Ahora bien, como ha puesto de relieve la doctrina<sup>376</sup>, la forma habitual de expresión del mutuo acuerdo es la firma por el trabajador del recibo de finiquito presentado por el trabajador, lo que ha convertido el llamado "recibo de saldo y finiquito" como la cuestión básica sobre la que se centran la mayor parte de los estudios de la doctrina y la jurisprudencia

---

cuestión, señala la nulidad de un mutuo acuerdo extintivo cuyo objetivo era únicamente lucrar la prestación de desempleo, aparentando la existencia de una relación laboral que ya se había extinguido, por falsedad causal.

También STCT 6 de Marzo de 1986 (Ar. 1502).

<sup>374</sup> Entre otras SSTS de 19 de Junio de 1990 (Ar. 5486) y 6 de Julio de 1990 (Ar. 6066).

<sup>375</sup> STS de 26 de Enero de 1984 (Ar. 102).

<sup>376</sup> Por todos, vide: ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág. 474. LANDA ZAPIRAIN, J.P. "La incidencia de la nueva ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo" en RT nº 100, pág. 554. NOGUEIRA GUASTAVINO, M. "La extinción del contrato de trabajo y el finiquito en la Ley 2/91" en RT nº 100, pág. 194. SENRA BIEDMA, R. "El saldo y finiquito como instrumento liberatorio de obligaciones del empresario" en RL T.II/86, pág. 407, y en general todos los manuales.

cuando se analiza la causa extintiva prevista en el nº 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

119.- El finiquito es un documento que se firma por el trabajador con ocasión de la extinción de la relación laboral en el que garantiza que ha quedado satisfecho de cuantas reclamaciones pudiera tener pendientes con la empresa, por lo que libera a esta de cualquier obligación derivada de la relación laboral. De honda tradición en el Derecho del Trabajo, con una acusada conflictividad y con efectos muy relevantes, paradójicamente, constituye un instituto jurídico no regulado por la normativa estatal, que omite cualquier definición del mismo<sup>377</sup>. Esta situación de anomía legislativa ha provocado, en opinión de VALDES, que sea un caldo de cultivo para una situación de indefensión para el trabajador derivada no sólo de

---

<sup>377</sup> El artículo 21.4 de la Ley de Relaciones Laborales 16/1976 de 6 de Abril, sin citarlo con el nombre, señalaba "El documento en que el trabajador declare terminada la relación de trabajo y satisfechos sus derechos laborales tendrá que estar visado por la entidad sindical correspondiente". El Estatuto de los Trabajadores omite cualquier referencia directa o indirecta al mismo; únicamente, en su artículo 64.1.5 establece, entre las competencias del comité de empresa, "conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa, así como de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral". La Ley 2/91 de 7 de Enero en su artículo 3 dispone que "el trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del finiquito...".

prácticas fraudulentas y abusivas, sino también, de conductas ajustadas a un principio de regularidad jurídica<sup>378</sup>. Por ello ha sido preocupación constante de las representaciones de trabajadores introducir garantías de carácter normativo para dotar al documento de requisitos adicionales que permitan la constatación de una pura emisión del consentimiento y mitiguen la existencia de abusos o fraudes.

El finiquito como documento que se firma con ocasión de la extinción del contrato de trabajo es expresión, o puede ser expresión, de distintos negocios jurídicos, normalmente de dos: de un lado, una extinción contractual por mutuo acuerdo, de otro, una liquidación de cuentas y percepción de las mismas con declaración de que la misma constituye saldo final porque las partes nada se deben entre sí. Preocupación constante de la jurisprudencia ha sido deslindar claramente a qué negocio jurídico de los expuestos se refiere la declaración de voluntad dimanante del finiquito, o si se refiere a ambas, de forma tal que sólo cuando del documento se infiera la voluntad de extinción del contrato de trabajo podrá hablarse, con propiedad de finiquito, pues de lo contrario, estaremos en presencia de una simple liquidación de cuentas o

---

<sup>378</sup> VALDES DAL-RE, F. "Un acertado estrambote de la Ley 2/91: las garantías en la tramitación del finiquito", en RT nº 100, pp. 701-702.

emolumentos sin valor extintivo alguno<sup>379</sup>, por lo que la voluntad del trabajador de dar por extinguida la relación laboral ha de constar de manera indubitada, clara, cierta y precisa, o debe deducirse de actos concluyentes que la demuestren de manera palmaria<sup>380</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha advertido que la Jurisprudencia ha venido actuando en la consideración del carácter del finiquito, en cuanto evidenciador de un consenso de voluntades para la extinción del contrato, con excesiva benevolencia<sup>381</sup>, dado que, además de recaer la carga de la prueba respecto de la falta de consentimiento de la extinción pretendida, en exclusiva, sobre el trabajador, de alguna manera viene a sacralizar la expresión finiquito como reveladora de una voluntad

---

<sup>379</sup> La distinción entre finiquito y liquidación de emolumentos en la STS de 8 de Julio de 1986 (Ar. 3993). También en STS de 14 de Octubre de 1986 (Ar. 5465). Vide STCT de 24 de Diciembre de 1982 (Ar. 7750), de Julio de 1985 (Ar. 5576) y de 3 de Marzo de 1989 (Ar. 2156) entre otras.

<sup>380</sup> STCT de 11 de Marzo de 1987 (Ar.5508). En el mismo sentido, STCT de 19 de Septiembre de 1987 (Ar. 19114), STSJ de Baleares de 1 de Diciembre de 1992 (Ar. 6132), entre otras.

<sup>381</sup> SALA et altri. "Derecho del Trabajo", citado, pág. 923.

Desde otra perspectiva, se insiste en la excesiva generosidad de los Tribunales respecto de la admisión de efectos extintivos al documento de saldo y finiquito, llegando a calificarlo de construcción jurisprudencial contra legem en SERNA BIEDMA, R. "El saldo y finiquito como instrumento....", citado, pp. 407-425.

extintiva del trabajador que se deduce, generalmente, sin dificultad de unas pocas palabras. Ejemplo de ello lo constituyen los siguientes casos:

-El analizado en la STCT de 28 de Abril de 1987 (Ar. 8656) que ante la suscripción de un documento de finiquito mediante la estampación de la huella dactilar de quien no sabia leer ni escribir, tras la recepción de un telegrama de despido, considera el documento liberatorio válido por cuanto que "el error en el consentimiento no ha sido probado y no puede deducirse del simple hecho de que la actora no sepa leer ni escribir".

-La afirmación contenida en la STS de 5 de Noviembre de 1984 (Ar.5804) según la que la frase "finiquito por despido" es lo suficientemente clara para entender que la extinción acaeció por mutuo acuerdo.<sup>382</sup>

-El hecho de que una trabajadora que, estando de baja por enfermedad, suscribe un documento de finiquito, acudiendo con posterioridad a consulta médica por estar afectada de un proceso sicótico agudo no es suficiente para obtener la invalidación de un acto propio y espontáneo con base a un estado patológico no probado (STS de 28 de Enero de 1984. Ar. 1202).

---

<sup>382</sup> En idéntico sentido, la STS de 29 de Febrero de 1988 (Ar. 965).

Sin embargo, junto a los anteriores, no han faltado pronunciamientos jurisprudenciales mas ajustados a un principio de regularidad jurídica en los que, partiendo de la ineludible afirmación de la validez y eficacia del mutuo disenso que se refleja en la suscripción por parte del trabajador de los documentos pertinentes al efecto, uno de los cuales es el llamado recibo de finiquito, se matiza el valor liberatorio y extintivo del documento en cuestión en atención a las circunstancias concretas que, en cada caso, pueden concurrir y no sólo en atención a la letra y contenido del mismo<sup>383</sup>, por lo que el efecto liberatorio y extintivo no se produce de forma fatal y ciega<sup>384</sup>, porque ni el documento ni la expresión saldo y finiquito tienen carácter sacramental ni eficacia constitutiva<sup>385</sup>.

Esta aparente dispersión de pronunciamientos de los Tribunales encuentra explicación si se piensa que las resoluciones jurisprudenciales se encuentran limitadas por lo resuelto en la instancia en relación a los hechos probados y a la eficaz revisión de los mismos de lo que depende, en la mayoría de los casos, el propio valor

---

<sup>383</sup> STCT de 6 de Junio de 1983 (Ar. 8213), de 11 de Junio de 1985 (ar. 3863) y de 10 de Febrero de 1986 (Ar. 739).

<sup>384</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 5 de Octubre de 1989 (2105), STCT de 16 de Mayo de 1989 (Ar. 3300).

<sup>385</sup> STSJ Cataluña de 21 de Junio de 1989 (Ar. 2272).

extintivo de los documentos que analizamos<sup>386</sup> y, en relación también, a las reglas de interpretación de los contratos. El mutuo disenso, como negocio jurídico bilateral que puede estar reflejado en el documento de finiquito, debe contener la totalidad de los elementos esenciales de todo negocio jurídico, estando sujeto, además, a las reglas generales de interpretación de los contratos. Por consiguiente, como pone de relieve la STS de 13 de Octubre de 1986 (Ar. 5447) debe tenerse en cuenta, a efectos de interpretación y ponderación del valor extintivo del documento, lo siguiente:

a) Que lo que ha de interpretarse es el texto o términos del negocio jurídico en cuestión.

b) Que la interpretación propiamente dicha, partiendo del texto, ha de efectuarse con sujeción a las normas legales que en los códigos sustantivos se contienen, indagando el sentido íntimo de lo pactado.

c) Que la intención de los contratantes podrá inquirirse de los actos coetáneos o posteriores, según el artículo 1282 del Código Civil, así como de los anteriores a la firma del documento a interpretar, para deducir la realidad efectivamente

---

<sup>386</sup> STS de 9 de Abril de 1985 (Ar. 1858) y de 19 de Noviembre de 1985 (Ar. 5810).

querida<sup>387</sup>.

d) Que la interpretación corresponde, en uso de sus facultades privativas, a la peculiar competencia de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe ser mantenido salvo que se trate de interpretaciones desorbitadas o arbitrarias que pugnen con las reglas de la lógica.

120.- La desigual posición que en la relación jurídico laboral ocupa el trabajador y la gravedad de las consecuencias que para el mismo acarrea, normalmente, la suscripción del documento de saldo y finiquito, especialmente por lo que se refiere a los efectos extintivos, han provocado una intervención normativa (mas acusada e intensa a través de la negociación colectiva) tendente a dotar de seguridad suficiente el hecho de la suscripción del finiquito por parte del trabajador con el objetivo de paliar, mitigar o disolver la potencial situación de indefensión de quien, en muchas ocasiones, carece de la suficiente información, intentando integrar, a través de los oportunos mecanismos formales, la suficiente información y la garantía de fehaciencia en la extinción contractual y firma del finiquito.

---

<sup>387</sup> Vide STSJ Madrid de 7 de Octubre de 1991 (A.L. 1992-I, nº 123, pp. 257-260.) y STSJ de Castilla-León (Burgos) de 27 de Septiembre de 1989 (Ar. 1122), entre otras.

El primer y tímido intento de revestir el acto extintivo, a través de la firma del finiquito, de mayores garantías en orden a asegurar una eficaz emisión del consentimiento del trabajador lo proporcionó el artículo 21.4 de la Ley de Relaciones Laborales al establecer que "el documento en el que el trabajador declare terminada la relación de trabajo y satisfechos sus derechos laborales tendrá que estar visado por la entidad sindical correspondiente". Precepto de escasa o nula virtualidad práctica por lo siguiente: a) Por la escasa regulación de la propia obligación que en el precepto se instituía, reveladora de la pobre convicción que suscitaba al propio legislador. b) Por el rápido desmoronamiento de las entidades sindicales que debían visar el documento, y c) por la interpretación jurisprudencial del precepto (evidentemente tributaria, en alguna medida de las razones anteriores) que nunca concedió eficacia constitutiva al visado, limitándose a considerarlo mero requisito formal cuyo incumplimiento no conllevaba la nulidad del negocio<sup>388</sup>.

Mejor suerte han corrido, por lo que a las resoluciones judiciales se refiere, las cláusulas de los convenios colectivos que exigen determinadas formalidades para la suscripción de los recibos de saldo y finiquito,

---

<sup>388</sup> Vide, al respecto, SENRA BIEDMA, R. "El saldo y finiquito como instrumento.....", citado, pág. 410.

y que van desde la necesidad de formalizar los mismos en un modelo oficial incorporado al propio texto del convenio, hasta la exigencia de la presencia de un representante de los trabajadores en el momento de la firma del documento extintivo. El régimen jurídico de este tipo de normas convencionales no plantea excesivos problemas. De una parte, su legalidad no admite dudas puesto que el Estatuto de los Trabajadores (art. 49.1) se limita a expresar el mutuo acuerdo como causa extintiva sin exigencia de formalidad alguna; por consiguiente, el establecimiento de formalidades específicas en la expresión del mutuo disenso mediante Convenio Colectivo es perfectamente posible pues tal posibilidad no contraría precepto de derecho necesario alguno. De otra parte, su carácter normativo deriva de lo dispuesto en el artículo 3.1.b. del Estatuto de los Trabajadores, en relación al artículo 3.1.c. del mismo cuerpo legal, sin necesidad de acudir para la exigencia de su cumplimiento al argumento de la irrenunciabilidad de derechos ex artículo 3.5 ET, que, al respecto de los convenios colectivos, contiene una problemática específica que será abordada mas adelante. En su virtud, la norma convencional que establezca unas determinadas garantías en la tramitación del finiquito o de cualquier otro documento en donde se plasme el mutuo acuerdo extintivo no es disponible por el trabajador, por directa

aplicación del artículo 3.1.c ET, salvo que el propio convenio las determine como dispositivas, pues mal puede entenderse que la disposición de garantías constituya condición mas favorable para el trabajador, siendo, en todo caso, contraria a lo establecido en convenio colectivo.

Cuestión distinta es la consideración de las garantías que comentamos como constitutivas a los efectos extintivos del documento de finiquito, para cuya solución habrá que estar, necesariamente, al texto que las establezca puesto que sólo un detenido análisis de cada supuesto permitirá establecer la oportuna respuesta. Sin embargo, creo necesario establecer una conclusión de carácter general a salvo, como queda dicho de redacciones específicas que estableciesen precisamente lo contrario, en el sentido de considerar el cumplimiento de las garantías como requisito esencial sin cuya presencia el documento extintivo, por si mismo, carecería de efectos liberatorios, sin perjuicio de que el mutuo acuerdo pudiese probarse a través de otros medios distintos. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia mayoritaria para la que los requisitos establecidos en convenio colectivo constituyen, sin duda, una garantía para el trabajador, y un condicionante para la eficacia liberatoria del documento, de tal forma que, si carecen de aquellos, no tienen la eficacia propia de extintivos,

puesto que las exigencias formales tienden a evitar que la libertad de forma, consagrada en el Estatuto de los Trabajadores y en todo el derecho obligacional, facilite posibles actuaciones fraudulentas<sup>389</sup>.

121.- Además de las garantías que, eventualmente, pueden establecerse en convenio colectivo, con carácter general, la polemizada Ley 2/91 de 7 de Enero sobre derechos de información de los representantes en materia de colocación, introduce, en su artículo 3, un sistema de garantías para la tramitación de los recibos de finiquito. Sin entrar en la innecesaria polémica de la Ley<sup>390</sup>, ni siquiera en su análisis<sup>391</sup>, si parece

---

<sup>389</sup> En este sentido, entre muchas otras, vide STCT de 19 de Mayo de 1987 (Ar. 10349), de 1 de Octubre de 1987 (Ar. 20260), de 7 de Septiembre de 1988 (Ar. 5670), de 4 de Octubre de 1988 (Ar. 6304), STSJ de Madrid de 11 de Noviembre de 1992 (A.L. 1992-I, nº 416, pp. 801-802).

En contra STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de Diciembre de 1992 (Ar. 6087).

<sup>390</sup> Recuérdense, a los presentes efectos, la extraordinaria polémica con que fue acogida la tramitación y posterior publicación de la Ley, fundamentalmente por parte de las representaciones empresariales, de la que fueron buena muestra distintos artículos de prensa y fundamentalmente las circulares de la propia CEOE, singularmente el folleto "El control sindical de las contrataciones en la empresa (Lo que esconde el acuerdo sobre empleo y contratación laboral entre Sindicatos y Gobierno", Madrid, CEOE, 1990. Polémica innecesaria por cuanto que la aplicación de la norma ha sido extraordinariamente pacífica, dada la escasez de resoluciones jurisprudenciales al respecto, y también gratuita puesto que el juego real de su

necesario detenerse en el estudio de lo que la Ley establece sobre las garantías en la tramitación del finiquito.

122.- El artículo 3 de la Ley 2/91 contiene tres apartados en los que regula, respectivamente, la llamada propuesta de liquidación de cantidades adeudadas, la presencia de un representante legal en el momento de la firma del finiquito y, por último, la referencia a las liquidaciones a percibir por los fijos discontinuos al finalizar cada período de actividad.

El párrafo 1 del artículo 3 establece la obligación del empresario, con ocasión de la extinción del contrato, de acompañar una propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas, al comunicar a los trabajadores la

---

aplicación ha distado mucho de las "negras perspectivas" que se habían vaticinado. Todo ello, ya fue apuntado por la doctrina que ya señaló "que la Ley no supone en absoluto una sindicalización de la contratación, por cuanto se limita a articular un mecanismo de información externo al proceso mismo de contratación" (AA.VV. Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia "La Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación: contenido, significación y trascendencia" en RT nº 100, pp. 694-695. Vide también el artículo de DE LA VILLA, L.E. "Una culpa compartida" en El País de 14 de Julio de 1990.

<sup>391</sup> La practica totalidad de los estudios sobre la Ley están recogidos en el extraordinario número 100 de la Revista de Trabajo (octubre-Noviembre 1990) dedicado monográficamente a los derechos de información en materia de contratación laboral.

denuncia o, en su caso, el preaviso de la extinción del contrato. Tal novedad, destinada según parece obvio, a las extinciones por finalización del período temporal convenido, no plantea excesivos problemas de interpretación o aplicación. El objeto de la obligación es claro: propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas; lo que supone que el tal documento es una propuesta, confeccionada por el empresario, en donde deberán reflejarse las cantidades pendientes de pago, al momento de la extinción del contrato: salarios devengados y no percibidos, partes proporcionales de pagas extraordinarias y/o vacaciones, indemnización si fuere exigible, compensación en metálico del incumplimiento de plazo de preaviso, etc. Ahora bien, la referencia legal al "documento", implica que el mismo no debe ser la lista y suma de las cantidades señaladas, sino también el texto del recibo, es decir, el total documento que el trabajador debe firmar en su caso, porque la dicción legal no ampara únicamente a las cantidades, sino también, al total contenido del documento que, con ocasión de la extinción del contrato, debe ser entregado con el carácter de propuesta.

Respecto del momento en el que surge la obligación de acompañar la propuesta de documento que analizamos, la Ley determina que se realizará al comunicar la denuncia o, en su caso, el preaviso, por lo que la obligación

existe, solamente, en aquellos supuestos de extinción contractual que requieran la denuncia o el preaviso. Por consiguiente, la obligación de entregar el documento propuesta no afecta a la extinción contractual por mutuo acuerdo que no requiere de denuncia o preaviso; sin embargo en las otras causas extintivas dependientes de la voluntad de las partes ( condición resolutoria y término final) si resulta plenamente aplicable en los términos que mas adelante se analizan.

123.- El párrafo 2 del artículo 3 de la Ley 2/91 regula la denominada presencia del representante en la firma del finiquito. Su ubicación en párrafo numerado y distinto del anterior es suficiente para entender que, a diferencia del documento propuesta referido sólo a determinados supuestos de extinción contractual, la posibilidad de presencia del representante se refiere a la firma por parte del trabajador del documento de finiquito, con independencia de cual sea la causa extintiva que formaliza el mencionado documento. En efecto, la norma establece que "El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de

esta posibilidad. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de su firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos". Las cuestiones mas importantes que suscita el precepto transcrito son las que se analizan a continuación.

La presencia del representante en la firma del finiquito se configura como un derecho del trabajador cuyo contrato se extingue, no como un derecho del representante y, además, se conforma como derecho disponible de forma que es, solamente, la voluntad del trabajador la que posibilita la presencia o no del representante en la firma del documento y, correlativamente, tal interés del operario constituye la obligación del empresario de procurar y acomodarse a tal comparecencia.

La norma configura la posibilidad, a requerimiento del trabajador, de la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de la firma del finiquito, lo que supone plantearse la cuestión de quien debe ser el representante legal. Al respecto, resulta de toda evidencia que el término representación legal de los trabajadores engloba tanto a la representación unitaria,

como a la representación sindical<sup>392</sup>; por lo que el criterio del trabajador será determinante a los presentes efectos: será el trabajador afectado quién deberá decidir quién es el representante cuya presencia estima en la firma del finiquito, pudiendo optar por un miembro del comité de empresa o delegado de personal, o por un delegado sindical (siendo indiferente si el trabajador está afiliado o no a la sección sindical o si el delegado lo es de su concreta sección sindical o de otra), pues lo relevante es la comparecencia en el acto de la firma de un representante legal.

Importa también cualificar la presencia del representante legal en el momento de la firma del

---

<sup>392</sup> Vide, al respecto, CASAS BAAMONDE, M.E. "Los nuevos derechos de información de los representantes de los Trabajadores. ¿Qué representantes?", en RT nº 100, pp. 335-351. "Los delegados sindicales son, cumplidos los requisitos de la LOLS, representantes legales de los trabajadores -de todos los trabajadores y no sólo de sus afiliados- para la nueva Ley". (pág. 348).

En contra GARCÍA FERNANDEZ, M. "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de información" en RT nº 100, pp. 245-257. "La denominación representación legal tiene un contenido bien delimitado y se refiere y se refiere a representantes elegidos por todo el personal....Los delegados sindicales representan a su sección o a su sindicato, pero no a todo el personal". (pág. 246).

En otro orden de cosas, estimo que, en todo caso el trabajador debe optar entre requerir la presencia de un representante u otro (de la representación unitaria o de la sindical) pero no a dos representantes a la vez. LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Op. cit. pág. 555) entiende que podrían ser llamadas ambas representaciones en el caso de que concurrieran, en la empresa, la representación unitaria y la sindical.

finiquito. En este sentido, el representante tiene como misión la de asesorar al firmante, para lo que puede intervenir e indicar lo que, al respecto, estime oportuno. Se trata de una función de asesoramiento o ayuda que tiene como misión el auxilio al trabajador en orden a garantizarle un adecuado conocimiento del contenido y alcance del documento, pero que, en modo alguno, puede sustituir la voluntad del trabajador; de ahí que la propia Ley no exija la firma del representante sino, simplemente, que se acredite su presencia.

Es esta perspectiva, la del interés del trabajador cuyo contrato va a extinguirse, la que distingue la intervención de la representación legal de los trabajadores en este supuesto, de la contemplada en el artículo 64.1.5 del Estatuto de los Trabajadores, que establece, con carácter general, el derecho de los representantes a conocer "los documentos relativos a la terminación de la relación laboral" y que ha sido interpretada en el sentido de entender que se refiere a los escritos concretos que la empresa utiliza respecto de los trabajadores individuales para poner fin a la relación de trabajo o con ocasión de la misma<sup>393</sup>. En este sentido, el artículo 64.1.5 del Estatuto regula un

---

<sup>393</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "Comités de empresa y delegados de personal". Deusto, Bilbao, 1992, Pág. 114.

derecho de información de carácter imperativo, cuyo titular es la representación legal de los trabajadores (Comites de Empresa y Delegados de Personal, y Delegados Sindicales ex art. 10.3.1 de la LOLS), que consiste en conocer los documentos relativos a la extinción contractual y cuya finalidad es la información de dicha representación legal para el cumplimiento de las funciones que como tal representación tiene normativamente asignadas. Por el contrario, el artículo 3.2 de la Ley 2/91 regula un derecho de asistencia disponible, siendo su titular el trabajador cuyo contrato va a extinguirse y su finalidad la de dispensarle un adicional grado de protección en el momento de la firma del finiquito<sup>394</sup>.

124.-La finalidad tuitiva del precepto que comentamos se refleja en la exigencia de que en el documento de finiquito quede constancia de su firma en presencia del representante o, por el contrario, que conste la disposición de ese derecho por parte del trabajador en el sentido de no hacer uso de tal posibilidad. Con todo lo mas trascendente de la norma es la posibilidad abierta al trabajador de hacer constar en

---

<sup>394</sup> Vide AA.VV. (Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia) "La Ley sobre derechos de....", en RT nº 100, pp. 691-692.

el propio recibo "a los efectos oportunos" que el empresario ha impedido la presencia del representante. Las dudas interpretativas, que se refieren, en general, a concretar cuales sean esos efectos oportunos y, en particular, a determinar si el impedimento priva al finiquito de eficacia liberatoria, deben resolverse partiendo de una observación, que me parece importante, cual es el hecho de que el artículo 3.2 de la Ley 2/91, frente a la parquedad del resto de la ley que puede calificarse de escueta, es anormalmente extenso e intenso. En efecto el precepto no se limita a establecer el derecho del trabajador a contar con la asistencia de un representante legal en el momento de la firma del finiquito calificándolo de derecho dispositivo, sino, además, establece la obligación de hacer constar en el documento si el representante ha estado presente o el trabajador no lo ha estimado oportuno y, también, la posibilidad de que el trabajador haga constar, si lo desea, a los efectos oportunos, que el empresario ha impedido la presencia del representante.

Configurada la presencia del representante como un derecho de titularidad individual disponible, correlativamente surge la obligación de constancia de tal presencia en el propio documento. Nos encontramos ante un deber formal de carácter imperativo: "haciéndose constar" dice el precepto, sin añadir el sujeto obligado a ello.

Sin embargo, entiendo que es el empresario el destinatario de tal genérica obligación, no sólo porque le compete sino, también, porque le conviene para eludir una posible responsabilidad por falta grave según la disposición adicional de la Ley, en relación a un posible impedimento a que la presencia se produjese. Por el contrario, la falta de constancia de la presencia o no del representante, no mediando impedimento por el empresario, sería una falta leve, por incumplimiento de obligaciones formales o documentales, tipificada en el artículo 6.5 de la Ley 8/88 de 7 de Abril<sup>395</sup>, no afectando al valor liberatorio del propio finiquito.

Los problemas se centran en la expresión "a los efectos oportunos". En primer lugar, es evidente que la obstrucción del empresario a la presencia de un representante en el momento de la firma del finiquito constituye una falta grave según lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley, cuya finalidad no es otra que evitar una posible falta de tipificación de la conducta empresarial. Ahora bien, ¿son esos los únicos efectos oportunos?. Parece que no, pues de lo contrario, la referencia legal sería inútil y redundante. La doctrina se ha planteado, a este respecto, la posibilidad

---

<sup>395</sup> Vide, AA.VV. (Departamento de Derecho del Trabajo Universidad de Valencia) "La Ley sobre derechos de información....", citada, pp. 686-687.

de entender que esos posibles efectos afectan a la validez del propio finiquito, sin que la respuesta sea unívoca y contundente<sup>396</sup>. En todo caso, si hay cierta unanimidad en señalar que el modo de actuar del empresario respecto de admitir o no la presencia de un representante de los trabajadores en el momento de la firma del finiquito será uno de los elementos indiciarios a manejar por el juez a la hora de decidir sobre la validez del finiquito mismo<sup>397</sup>.

A falta de pronunciamientos jurisprudenciales sobre

---

<sup>396</sup> En este sentido es imprescindible el estudio de los diferentes trabajos contenidos todos ellos en el n° 100 de la Revista de Trabajo que ofrece un amplio elenco de opiniones:

MARTÍNEZ ABASCAL, V. ("Notas sobre la extinción del contrato de trabajo en la Ley 2/91", pág. 305) entiende que es dudoso que pueda atribuirse a la presencia del representante carácter constitutivo.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (Op. cit. Pág. 254) entiende que la frase "a los efectos oportunos" es una descomunal laguna legal, ofreciendo ambas posibilidades, la de considerar la presencia mero requisito formal, o condición de validez, remitiendo la solución a la jurisprudencia.

DURAN LOPEZ, F. ("Derechos de información y control de la contratación: Luces y sombras de una reforma". Pág. 437) entiende que "la obstrucción empresarial del derecho del trabajador no se sanciona con la pérdida de efectos liberatorios del documento".

VALDES DAL-RE, F. (Op. cit. pág. 707) entiende que la resistencia del empresario a admitir la presencia del representante legal en el momento de la firma del finiquito no parece que "sirva para privar al finiquito de sus efectos extintivos o liberatorios, reiteradamente declarados por la jurisprudencia y la doctrina judicial".

<sup>397</sup> Vide: ALBIOL MONTESINOS, I. "Comités de empresa y .....", citado, pág. 115.

VALDES DAL-RE, F. "Un acertado estrambote....", citado, pp. 707-708.

el texto de la ley, habrá que entender, en todo caso, plenamente vigente lo resuelto por los Tribunales en materia de garantías en la tramitación del finiquito establecidas en convenio colectivo, en el sentido de considerar la presencia del representante, si el trabajador la ha solicitado, como condicionante para la eficacia liberatoria del documento y, correlativamente, la obstrucción empresarial como ilícita conducta que provoca la ineficacia extintiva del finiquito.

125.- Cuando el mutuo acuerdo extintivo queda perfeccionado, produce los efectos legales previstos que no son otros que la propia extinción del contrato y obliga a las partes, que quedan comprometidas en los términos pactados, sin que pueda quedar al arbitrio de una de ellas su cumplimiento o la forma y manera de llevar a cabo dicho acuerdo, por directa aplicación del artículo 1091 del Código Civil. De esta forma, la consecuencia inmediata de todo válido acuerdo extintivo es la propia extinción del contrato que despliega sus efectos ex nunc, al ser el contrato de trabajo de tracto sucesivo, por lo que cesan las obligaciones mutuas de trabajar y de remunerar el trabajo y demás obligaciones derivadas del contrato a partir de la perfección del mutuo disenso, quedando, en cambio, subsistentes los efectos contractuales ya producidos por efecto de la

vigencia del contrato de trabajo. Es en este punto donde se produce la incidencia de la renuncia de derechos prohibida en el artículo 3.5 ET. En efecto, es habitual que, con motivo de la extinción contractual por mutuo acuerdo, los firmantes liquiden, también las obligaciones pendientes hasta ese momento. Existen, en estos supuestos, dos declaraciones distintas que revelan la existencia de dos negocios jurídicos distintos: uno de extinción del contrato de trabajo, y otro de liquidación de cuentas pendientes de pago o cuya obligación surge con motivo del anterior<sup>398</sup>. Se trata de dos negocios con objeto y causa distinta aunque se realicen simultáneamente, y para los que es preciso el consentimiento de cada uno de ellos, de tal forma que la jurisprudencia ha reiterado la distinción entre uno y otro no admitiendo el mutuo disenso cuando el consentimiento se refería exclusivamente a la liquidación de haberes<sup>399</sup>. El primero, el acuerdo extintivo, es válido si concurren todos los elementos esenciales examinados y produce, por sí, plenos efectos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 del ET. El segundo, la liquidación de haberes, será válido si

---

<sup>398</sup> RAMÍREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pág. 464.

<sup>399</sup> Vide, entre otras, STS de 8 de Julio de 1986 (Ar. 3993), citada.

concurrer, también, los elementos esenciales de todo negocio jurídico y, además, si tal acuerdo no supone una renuncia de derechos, porque al mismo es plenamente aplicable el artículo 3.5 del Estatuto al prohibir la disposición de derechos antes o después de su adquisición.

## 6.2.- La condición resolutoria.

126.- La voluntad de las partes en el momento constitutivo o novatorio de la relación laboral está normalmente encaminada a la propia constitución o modificación de la relación jurídica, pero en ese mismo negocio se pueden prever las causas que determinarán la extinción del contrato de trabajo. Así lo establece expresamente el artículo 49.2 del ET al señalar que el contrato de trabajo se extinguirá "por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario". Se trata, como pone de relieve la totalidad de la doctrina, de hacer depender la eficacia del contrato de una condición resolutoria. La relación laboral queda, de este modo, sometida, por obra de la voluntad de las partes al juego de una condición cuya llegada o cumplimiento opera como una circunstancia que

pone fin, de forma inmediata, a la relación existente entre trabajador y empresario. El origen de la causa extintiva reside en la autonomía de la voluntad y se diferencia del mutuo disenso en que en este caso, la voluntad de las partes no está directamente encaminada a la obtención del fin extintivo, sino que, el mismo, se supedita ("condiciona"), en el negocio constitutivo o novatorio, a la presencia o no de un determinado evento futuro e incierto.

La condición resolutoria, típica del derecho civil, es, como señala DIEZ PICAZO, el acotamiento, por obra de la voluntad de las partes, del ámbito de vigencia de la relación jurídica y, al mismo tiempo, del negocio constitutivo de la misma, que queda subordinado a la aparición o falta de aparición de un supuesto de hecho que en el momento de la celebración del negocio se presenta o se considera como puramente hipotético<sup>400</sup>. El fundamento de esta causa extintiva se encuentra, también, en la autonomía de la voluntad, reconocida expresamente en el propio Estatuto de los Trabajadores, a la que le es aplicable el régimen jurídico contenido en los arts 1113 y ss. del Código Civil<sup>401</sup>, que implica una cierta

---

<sup>400</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de .....", citado, pág. 541.

<sup>401</sup> Vide, por todas, STS de 15 de Noviembre de 1986 (Ar. 6349) que señala: "El examen de la validez de la condición remite así, en primer lugar, a la conformidad

limitación al poder de la autonomía individual derivada del acomodamiento del pacto contractual a las exigencias que la citada norma impone para toda condición, especialmente las resolutorias, exigenciás que, en la extinción del contrato de trabajo, presentan matices especiales derivados de la desigual posición que, en la relación laboral, ocupan empresario y trabajador, cuyo reflejo se encuentra en la propia norma al advertir que las causas extintivas válidamente pactadas en el contrato no deberán constituir manifiesto abuso de derecho por parte del empresario, advertencia que, en todo caso, como veremos, resulta redundante.

Esta particular incidencia que, en el ámbito laboral, presentan las exigencias del derecho común respecto de las condiciones resolutorias ha de ser entendida en relación al sistema y circunstancias económicas en que se inserta la obligación laboral, al igual que los distintos efectos que produce la falta de acomodación a aquellas de las condiciones resolutorias del contrato de trabajo, lo que impide una remisión general a la abundante doctrina civilista sobre la cuestión y obliga a un estudio específico de esta causa de extinción contractual.

---

de los términos en que esta se ha establecido con el régimen jurídico contenido en el artículo 1113 y concordantes del Código Civil".

127.- En sentido técnico, la condición es un suceso incierto al cual se subordinan los efectos de un negocio jurídico. Generalmente se suele definir la condición como un suceso futuro e incierto, pero resulta más fundada la opinión de que basta exigir que el acontecimiento sea incierto, puesto que si es pasado o presente podrá ser desconocido por los sujetos del contrato, pero no será incierto<sup>402</sup>. Cuando la condición es suspensiva, los efectos del negocio se subordinan a la aparición del evento, de tal suerte que, hasta que no se cumpla el suceso incierto, el negocio no despliega sus efectos. Si la condición es resolutoria, el negocio produce inmediatamente todos sus efectos, y la realización del evento provoca el fin, la extinción de la relación existente entre las partes. Por ello, las causas consignadas validamente en el contrato, en la dicción del artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores, operan como condiciones resolutorias de forma que, producida la causa, el contrato en vigor se extingue. Sin embargo, la cuestión es algo más compleja, puesto que, como ya se ha señalado anteriormente, no toda condición que los contratantes establezcan es idónea para la producción de los efectos extintivos, ni resulta claro que éstos se

---

<sup>402</sup> ALVAREZ VIGARAY, R. "Comentario al artículo 113 del Código Civil", en AA.VV. Comentarios del Código Civil, citado, Vol. II, pág. 74.

produzcan de manera automática con el cumplimiento de la condición establecida.

En principio debe señalarse que únicamente las condiciones casuales son aptas para producir la extinción del contrato de trabajo. En efecto, la doctrina clásica distingue entre condiciones potestativas, en las que el evento depende de la voluntad de uno sólo de los contratantes, mixtas, en las que el evento depende en parte de la voluntad de uno o ambos contratantes y en parte de un hecho externo y, casuales, en las que el hecho depende de la suerte, el azar o la voluntad de un tercero<sup>403</sup>. El propio Código Civil inadmite las condiciones que dependen de la exclusiva voluntad del deudor. En el ordenamiento laboral hay que entender, también, la nulidad de todas las condiciones potestativas por aplicación del artículo 1115 del Código Civil, incluyan o no contraprestaciones económicas<sup>404</sup> e,

---

<sup>403</sup> Distinción que, a su vez, permite una ulterior entre condiciones potestativas simples o puras, y que es citada por toda la doctrina civilista. Por todos, vide CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español Común y Foral", citado, Tomo III, Pp. 185-186.

<sup>404</sup> Es el caso resuelto por la interesante STS de 25 de Octubre de 1989 (Ar. 7438) que considera ilícita una cláusula de retiro indemnizado establecida en contrato individual con ventajosas contraprestaciones económicas, puesto que "una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad del empresario la decisión de dar por terminada la relación de trabajo no puede considerarse entre las consignadas válidamente en el contrato en el sentido del artículo 49.2 ET, ni siquiera con la contrapartida de una apreciable compensación

incluso de las mixtas puesto que, junto al suceso externo, se requeriría la voluntad de uno sólo de los contratantes para la aparición del evento condicional llegándose, de este modo, a un resultado globalmente contrario al ordenamiento laboral, pues frente al carácter tasado de las causas de extinción, que el artículo 49 establece como garantía del principio de estabilidad en el empleo, se introduciría por esta vía la licitud de un desestimiento unilateral del empresario, quedando el cumplimiento del contrato en uno de sus elementos fundamentales, cual es la duración, al arbitrio de aquél con la consiguiente violación del artículo 1256 del Código Civil<sup>405</sup>.

En definitiva, las causas consignadas válidamente en el contrato sólo amparan las condiciones casuales, esto es las que dependen de un hecho ajeno a la voluntad de las partes contratantes, especialmente del empresario. Como casuales hay que considerar, en este sentido, las condiciones que dependen de la voluntad de un tercero, que en el ordenamiento laboral encuentran su mas típica expresión en el llamado contrato de interinidad o "contrato para sustituir a trabajadores con reserva del puesto de trabajo" (artículo 15.1.c del Estatuto de los

---

económica".

<sup>405</sup> STS de 15 de Noviembre de 1986 (Ar. 6349).

Trabajadores y artículo 4 del RD 2104/84 de 17 de Octubre), en los que el cumplimiento de la condición resolutoria -reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido- depende de la voluntad de un tercero: el propio trabajador sustituido<sup>406</sup>.

128.- Las partes pueden acordar una válida condición resolutoria bien en el momento de formalización del contrato de trabajo, bien en cualquier momento posterior de la relación laboral mediante pacto novatorio. La exigencia legal es que la causa resolutoria esté consignada, lo que, en principio excluye las condiciones presuntas. Se requiere, como en toda la dinámica de la autonomía de la voluntad, que el consentimiento se preste efectiva y válidamente y que se incorpore la contrato mediante la oportuna consignación que tiene que ser necesariamente expresa. Ello remite directamente al problema de la forma. El sistema de libertad de forma que rige en el Estatuto de los Trabajadores, impide que pueda defenderse, con carácter general, la forma escrita para la condición resolutoria, inicial o novatoria, lo que implica que la misma debe constar, en la misma forma, al

---

<sup>406</sup> Para un estudio en profundidad del contrato de interinidad vide: BARREIRO GONZALEZ, G. "La sustitución del trabajador. El contrato de interinidad con derecho a reserva". Madrid, 1986.

menos, que revistió el contrato de trabajo o el pacto novatorio<sup>407</sup>. La forma oral provoca, ineludiblemente, graves problemas probatorios. Este principio de libertad formal encuentra su excepción en el contrato para sustituir a trabajadores con reserva de puesto de trabajo, al que antes se ha hecho referencia. En efecto, ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE señalan que en el contrato de interinidad se exige, ad solemnitatem, la especificación del nombre del sustituido y la causa de la sustitución, menciones que, con necesidad lógica, exigen un contrato escrito<sup>408</sup>.

129.- La condición resolutoria debe ser válida. Así lo exige expresamente el artículo 49.2 con la expresión "válidamente" que engloba los requisitos propios de toda condición (licitud y posibilidad) establecidos en el artículo 1116 del Código Civil, en la intensidad que inmediatamente se analiza, comprendiendo también la imposibilidad de que las causas resolutorias consignadas en el contrato constituyan abuso de derecho manifiesto

---

<sup>407</sup> SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pp. 926-927.

<sup>408</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág. 471., añadiendo que la falta de escritura no determina la nulidad del contrato, sino la inoperancia de la condición resolutoria o, en los términos del ET, que el sustituto ha sido contratado por tiempo indefinido, sólo que sin admitir aquí la prueba en contrario.

por parte del empresario ni fraude de ley.

Las condiciones ilícitas engloban tanto las prohibidas expresamente por la ley y las contrarias al ordenamiento jurídico como aquellas contrarias a las buenas costumbres. Para establecer la licitud o no de una condición hay que tener muy en cuenta las propias circunstancias del contrato de trabajo, y la legislación al mismo aplicable. En efecto, la dicción del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores según la que se entenderán nulos y sin efecto.... los pactos individuales que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, etc., propicia que condiciones resolutorias típicas y admitidas en el derecho común pueden ser, y de hecho lo son, totalmente ilícitas en el contrato de trabajo. En este sentido, habría que considerar ilícitas aquellas condiciones resolutorias que hiciesen depender la vida del contrato de la libertad de estado civil por parte del

trabajador<sup>409</sup>, y también aquellas que hagan depender la vigencia del contrato de comportamientos del trabajador en el ámbito de su esfera privada, salvo que afecten, de manera directa, a la propia actividad del empresario. Mas problemas puede plantear la calificación de licitud de las causas resolutorias que, en empresas ideológicas o de tendencia, vinculen determinados comportamientos futuros del trabajador a la propia subsistencia del contrato. Para dirimir tal cuestión es necesario atender a dos ordenes de razones: de un lado, una genérica, relativa a toda condición, que hace referencia a su adecuación al ordenamiento jurídico (toda condición debe ser válida), y una segunda, coherente con la anterior, cual es la vinculación causal de la condición resolutoria con la actividad e interés de la empresa<sup>410</sup>. En realidad, la expresión "válidamente consignadas" es omnicomprendiva y reiterativa. Omnicomprendiva porque hace referencia a toda la normativa vigente sobre condiciones resolutorias

---

<sup>409</sup> GOÑI SEIN, J.L. "El respeto a la esfera privada del trabajador", Civitas, Madrid, 1988, pág. 280.

En Derecho Civil este tipo de condiciones (que la modificación del estado civil de la persona se convierta en condición resolutoria) han sido admitidas: vide, respecto de una donación, STS 21 de Octubre de 1967 (Ar. 3973), respecto de usufructo, STS de 11 de Junio de 1964 (Ar. 3532).

<sup>410</sup> Vide el estudio de BLAT GIMENO, F. "Relaciones Laborales en empresas ideológicas", MTSS, Madrid, 1984. También, GOÑI SEIN, J.L. "El respeto a la esfera...", citado, en especial pp. 282-290.

e, incluso, a toda la normativa contractual. Reiterativa por cuanto que nada añade puesto que, aunque se hubiese omitido, las consecuencias serían las mismas, no sólo por directa aplicación de los preceptos del Código Civil relativos a la licitud de la condición sino, también, porque el artículo 3.1.c. del propio Estatuto de los Trabajadores, de indudable aplicación en el momento constitutivo<sup>411</sup>, es suficiente para entender la nulidad de aquellas condiciones establecidas en el pacto contractual que sean contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos, condiciones entre las que hay que entender aquellas específicamente resolutorias del artículo 49.2 del ET.

La posibilidad es el segundo de los requisitos inherentes a toda condición: el evento incierto del que depende la resolución del contrato no tiene que ser imposible en el sentido de que de ninguna manera pueda realizarse o llevarse a cabo. No cabe confundir la imposibilidad con la incertidumbre, que va implícita en toda condición. En la condición posible es cierta la posibilidad del evento e incierta la realización del mismo. En la imposible, a la incertidumbre del evento se

---

<sup>411</sup> ALONSO OLEA, M. "El Estatuto de los Trabajadores: Texto y .....", citado, pág. 29.

añade la seguridad de que no podrá realizarse<sup>412</sup>.

130.- La causalidad, la licitud y la posibilidad se configuran como requisitos inherentes a la condición resolutoria en materia laboral que el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 49.2 engloba con la expresión validamente. Sin embargo, tal expresión, ya calificada de reiterativa e innecesaria, es considerada por la norma como insuficiente, porque el citado precepto añade, a continuación, la exigencia de que las causas consignadas validamente en el contrato no "constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario", dicción que resulta, nuevamente, redundante puesto que la exigencia de licitud engloba, también, la imposibilidad de un ejercicio abusivo del derecho por parte del empresario e, incluso, el fraude de ley. No obstante, la exigencia normativa revela la preocupación del legislador de rodear esta causa extintiva, remitida a la voluntad de las partes, de la protección suficiente para el trabajador y evitar, al mismo tiempo, el ejercicio abusivo o antisocial del derecho por parte del empresario.

Desde esta perspectiva, resulta patente que el legislador ha querido incidir en la plena aplicabilidad

---

<sup>412</sup> ALVAREZ VIGARAY, R. "Comentarios al artículo 1116 CC", en AA.VV. Comentarios del..., citado, Vol, II, pág. 80.

del artículo 7.2 del Código Civil en esta causa extintiva. Insistir, puesto que cualquier abuso de derecho en esta, como en cualquier otra causa extintiva, no está amparado por la ley puesto que la expresión "la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo", ni admite exclusiones ni dudas interpretativas de clase alguna. Y en el contrato de trabajo, como ya se apuntó, la desigual posición de las partes en el momento de la formalización contractual exige, con particular intensidad, evitar la inclusión de condiciones resolutorias que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para el trabajador. Y no cabe duda de que daño para el trabajador supone la pérdida de su empleo cuando la misma deriva de la inclusión de condición resolutoria o de la utilización de la validamente consignada, puesto que en ambos momentos puede darse el abuso de derecho, cuando el empresario la incluye o utiliza en su exclusiva utilidad y beneficio, sobrepasando los límites normales de un correcto y normal ejercicio del derecho que le ampara. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia y la doctrina científica al exigir que la condición resolutoria y, desde luego, su invocación extintiva por parte del empresario no ha de sobrepasar los límites que al ejercicio de los derechos

fija el artículo 7.2 CC<sup>413</sup>. Sin embargo, puestos a matizar la ilicitud de las causas consignadas en el contrato, hubiera sido mas acertado que, junto a la referencia al abuso de derecho, la norma hubiese incluido la oportuna referencia al fraude de ley, porque lo que se trata de evitar es el fraude legal que representa la sumisión por parte de la autonomía individual a una norma con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento jurídico<sup>414</sup>.

131.- La falta de validez de la condición resolutoria consignada, por ser ilícita, imposible o por suponer abuso de derecho o fraude de ley o, incluso, por

---

<sup>413</sup> PALOMEQUE-ALVAREZ DE LA ROSA, "Derecho del Trabajo", Ed. Ceura, Madrid, 1993, pág. 760. Con cita de la STS de 23 de Febrero de 1990 (Ar- 1215) que considera abuso de derecho fijar un rendimiento excesivo como límite para que sea alcanzado por el trabajador pactandose al respecto causa extintiva.

La STS de 7 de Abril de 1987 (Ar. 2368) exige para la existencia de abuso de derecho "que se ejercite en utilidad para su titular y con el exclusivo fin de causar daño a otro", remitiendo la posibilidad del abuso no sólo al momento constitutivo de la condición sino, también, al momento de su ejercicio.

En idéntico sentido STS de 2 de Febrero de 1984 (Ar. 822).

<sup>414</sup> DE LA FUENTE- LINARES LORENTE "La Extinción del contrato de trabajo", en AA.VV. "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo", IES, Madrid, 1980. Pág. 184.

Una definición del fraude de ley respecto de las causas resolutorias válidamente consignadas en el contrato en STS de 5 de Octubre de 1984 (Ar. 5239) y de 19 de Noviembre de 1987 (Ar. 8027).

discriminatoria, determinará la nulidad de la causa de extinción, no del contrato mismo. En efecto, la nulidad parcial del contrato de trabajo que deriva de lo establecido en el artículo 9.1 del Estatuto de los trabajadores ( "si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3 de ésta ley") impide una solución distinta. El propio artículo 49.2 hace depender la extinción contractual de la validez de la propia causa extintiva de forma tal que siendo la causa inválida, la misma deja de tener valor siendo nula y, por lo tanto, no operando a los efectos de extinción contractual, subsistiendo, sin embargo, el resto del pacto contractual, lícito, en vigor. A pesar de que la solución de nulidad parcial es típica del contrato de trabajo<sup>415</sup>, en cuanto a las condiciones resolutorias no suponen una novedad respecto del derecho contractual común, puesto que, en los contratos de tracto sucesivo, tal es la solución a la que ha llegado la doctrina civilista, si bien con bastantes matizaciones por efecto de la dicción

---

<sup>415</sup> ALONSO OLEA, M. "El Estatuto de los Trabajadores, Texto...", citado, pág. 49.

Respecto de la nulidad parcial del contrato de Trabajo vide PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "La nulidad parcial del contrato de trabajo", Tecnos, Madrid, 1976.

del artículo 1116 del Código Civil según el que las condiciones imposibles o ilícitas anularán la obligación que de ellas dependa<sup>416</sup>. Por el contrario, el contrato de trabajo válidamente celebrado permanece en vigor, en todo caso, a pesar de que en el mismo se estipule condición resolutoria inválida que no tendrá efecto alguno y, ante la ausencia de preceptos jurídicos adecuados, se tendrá por no puesta.

132.- De cuanto se lleva dicho, se desprende que, cumplida la causa válidamente consignada en el contrato, los efectos que dicho cumplimiento comporta son la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna, salvo que las partes hayan pactado algún tipo de compensación económica, a favor del trabajador, por el cese.

El contrato de trabajo ha producido sus efectos desde el momento en que se perfeccionó y finaliza con el cumplimiento a advenimiento de la condición resolutoria. La extinción contractual tiene efectos ex nunc, puesto que, por la fuerza del Estatuto de los Trabajadores, devienen inaplicables los artículos 1114 del Código Civil, que hace depender del acontecimiento que

---

<sup>416</sup> Vide, ALVAREZ VIGARAY, R. "Comentario al artículo 1116 del Código Civil", en AA.VV. "Comentarios del Código....", citado, Tomo II, pág. 82.

constituye la condición la resolución y pérdida de los derechos ya adquiridos, y 1123 del mismo Código que establece que los interesados, cumplidas las condiciones deberán restituirse lo que hubieren percibido. Reglas éstas que la propia doctrina civilista entiende inaplicables a las relaciones obligatorias duraderas sometidas a condición resolutoria cuyos efectos carecen de retroactividad, aplicable, únicamente, a las obligaciones momentaneas o pasajeras<sup>417</sup>.

Ahora bien, no es suficiente el cumplimiento de la condición pactada para que, automáticamente, se produzca la resolución contractual. Es necesario, además, que quien intente hacer valer el advenimiento de la causa resolutoria formule la correspondiente denuncia. Nos encontramos, pues, ante una causa de extinción contractual, cuyo origen reside en la voluntad conjunta de las partes, que requiere, para que produzca los efectos inherentes a la misma, que una de las partes vinculadas la haga valer, expresamente, a través de la correspondiente denuncia. El fundamento de tal exigencia lo señala la doctrina en el Código Civil, concretamente en los artículos 1124, que parte de la Resolución judicial a instancias de la parte cumplidora, y 1123 que exige denuncia del cumplimiento de la condición para que

---

<sup>417</sup> DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de....", citado, Vol. I, Pág. 553.

se produzcan los efectos resolutorios implícitos<sup>418</sup>.

La denuncia, prevista en el apartado 3 del artículo 49, tiene un significado distinto del que se le dá en el ordenamiento común (facultad conferida por la ley o el contrato a una o las dos partes de resolver un contrato). En el contrato de trabajo, la denuncia es una facultad que la ley atribuye a ambas partes contratantes para la resolución a su tiempo del contrato de duración determinada o sujeto a condición resolutoria, confirmando una voluntad resolutoria, ya declarada al tiempo de su celebración<sup>419</sup>. En la condición resolutoria, la voluntad de extinguir el contrato se supedita, por las partes, al cumplimiento de aquélla. Sin embargo, precisa la confirmación de tal voluntad resolutoria por la parte que intente hacer valer el advenimiento de la causa que fué consignada como desencadenante de los efectos extintivos.

Nada dice, sin embargo, el Estatuto de los

---

<sup>418</sup> SALA et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 927.

<sup>419</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág. 469.

En idéntico sentido, GONZALEZ ORTEGA, S. "El contrato de trabajo interino" en REDT, nº 1/1980 pág. 130.

ROMAN DE LA TORRE, M.D. en "La prórroga de la contratación temporal", Motecorvo, Madrid, 1988, pág. 33, señala que la denuncia en el ordenamiento laboral se aproxima mas al requerimiento del derecho común (art. 1566 CC) que a la denuncia propiamente dicha, entendida como facultad de extinguir unilateralmente y sin causa el contrato.

Trabajadores respecto de la forma y condiciones en que debe efectuarse la denuncia, sin que pueda admitirse una remisión de la doctrina tradicional que establece que debe efectuarse con antelación cuando se trata de extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, dado que la propia incertidumbre, implícita en toda condición resolutoria, impide conocer su cumplimiento con antelación<sup>420</sup>. No es necesaria ninguna forma especial, simplemente que se produzca: es decir que la parte que la formula haga saber a la otra su voluntad de extinción del contrato por cumplimiento de la causa contractualmente establecida. Como pone de relieve MARTINEZ EMPERADOR la denuncia tiene que ser expresa, clara, precisa y notificada a la contraparte puesto que es consustancial a la misma su carácter recepticio<sup>421</sup>.

En todo caso, deberá cumplir el empresario la exigencia contenida en el artículo 3.1 de la Ley 2/91 de 7 de Enero relativa a la necesidad de acompañar una propuesta de documento de liquidación de cantidades adeudadas, con ocasión de la extinción del contrato, al

---

<sup>420</sup> SSTCT de 12 de Febrero de 1981 (Ar. 951) y de 26 de Mayo de 1981 (Ar. 2110).

<sup>421</sup> MARTINEZ EMPERADOR, R. "Extinción del contrato por cumplimiento del término final" en AA.VV. "Comentarios a las Leyes Laborales" (Dir. E. Borrajo), citado, Tomo IX, Vol. 1º, pág. 151.

comunicar a los trabajadores la denuncia<sup>422</sup>. El incumplimiento de esta obligación puede considerarse bien como mero incumplimiento formal que no afecta a la validez de la denuncia o, por el contrario, como un deber impuesto por la norma al empresario que efectúa la denuncia, deber que conlleva condición de validez. A pesar de la dificultad de definirse entre una y otra postura -la doctrina ha sido al respecto enormemente cauta a falta de pronunciamientos jurisprudenciales<sup>423</sup>- y aunque la segunda es la que mejor se compagina con el espíritu y finalidad de la ley, entiendo que la falta de acompañamiento del documento propuesta de liquidación de

---

<sup>422</sup> En este sentido, VALDES DAL-RE, F. "Un acertado estrambote de la Ley 2/91....", citado, pp. 702-703. También LANDA ZAPIRAIN, J.P. "La incidencia de la nueva Ley.....", citada, pág. 555.

En contra, por referir únicamente la exigencia de la propuesta, en los contratos a término, SAGARDOY-MONTOYA "El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", IEE, Madrid 1990, pág. 47.

<sup>423</sup> La tónica general de los estudios doctrinales es considerar que la falta de remisión del documento propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas es, únicamente, falta administrativa; sin perjuicio de calificar la inconcreción de los efectos como laguna legal. Por todos, vide GARCIA FERNANDEZ M. "Los derechos de información de los representantes....", citado, pág. 254. DURAN LOPEZ, F. "Derechos de información y control.....", citado, pág. 437. AA.VV. (Departamento Derecho del Trabajo Universidad Valencia) "La ley sobre derechos de información...", citado, pág. 685.

A favor de la consideración del carácter constitutivo de la propuesta, MARTINEZ ABASCAL, V.A. "Notas sobre la extinción del contrato de trabajo en la Ley 2/1991" en RT nº 100, pág. 303.

las cantidades adeudadas no puede anular el acto en sí de la denuncia, por lo menos en esta causa de extinción contractual, porque la Ley no ha regulado una forma concreta de efectuar la denuncia, sino, un deber de acompañar a la denuncia otro documento. Tal obligación se configura, de este modo, como ajena, aunque conexas en el tiempo, a la manifestación confirmatoria de voluntad resolutoria ya expresada al tiempo de la celebración del contrato. Entre las dos posibilidades que la norma tenía: regular la denuncia y establecer que debería "contener" una propuesta de liquidación o establecer la obligación de "acompañar" a la denuncia una propuesta de liquidación, la ley opta por la segunda, lo que impide al interprete forzar la dicción literal considerando el requisito de acompañamiento como constitutivo.

Cumplida la condición, la falta de denuncia y consiguiente prestación de servicios determina que el contrato se entienda prorrogado por tiempo indefinido. En este caso, debido a la imposibilidad de anticipar, normalmente, la denuncia al advenimiento de la condición resolutoria, hay que considerar los hechos concretos y admitir, dentro de las exigencias mutuas de la buena fe, un prudente lapso de tiempo para efectuar la denuncia una vez conocido el hecho a cuya aparición se había condicionado la extinción del contrato.

Si la condición resolutoria no se cumple, bien

porque las partes pactaron un plazo para ello dentro del cual el evento no ha llegado a producirse, bien porque es evidente que el acontecimiento resolutorio ya no se va a producir (artículo 1118 del Código Civil), el contrato sigue desplegando sus efectos por tiempo indefinido, teniéndose por no puesta la indicada causa resolutoria.

133.- Delimitado el campo que el juego de la autonomía individual ofrece para la rescisión contractual prevista en el propio momento de la constitución de la relación laboral o en el momento novatorio, la concreción de las causas que como resolutorias pueden pactar las partes es prácticamente imposible dado que las posibilidades son tan amplias como convenga a los intereses comunes de empresario y trabajador. Sin embargo, la jurisprudencia ofrece un elenco de causas que podríamos denominar típicas, por la frecuencia con que son recogidas en el contrato de trabajo, junto a otras menos frecuentes pero que presentan alguna problemática específica. A ambas dedicamos, seguidamente, una mínima atención.

Una de las cláusulas mas habituales es someter la extinción del contrato a la obligación contractual de

obtener un determinado rendimiento<sup>424</sup> o alcanzar unas determinadas ventas<sup>425</sup> en un tiempo establecido, de forma tal que la no consecución por parte del trabajador del rendimiento fijado en el contrato o no alcanzar el número de ventas establecido opera como evento, futuro e incierto, cuyo advenimiento provoca la extinción del contrato. A la propia dicción del artículo 49.2 ET, ya analizada, se une en este caso la del artículo 54.2.e. que establece como causa de despido la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o "pactado". La diferencia entre una y otra causa extintiva radica en que, en este supuesto de condición resolutoria, la no obtención del rendimiento pactado se configura como causa resolutoria, por voluntad de ambas partes manifestada en el acto contractual a través de su oportuna consignación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a señalar que el pacto resolutorio sobre el rendimiento y "su determinación en las cláusulas de un

---

<sup>424</sup> Vide, entre muchísimas otras, STS de 24 de Junio de 1986 (Ar. 3725), de 13 de Noviembre de 1986 (Ar. 6338), de 20 de Octubre de 1986 (Ar. 6660), STSJ de Andalucía de 4 de Noviembre de 1992 (Ar. 5454), STSJ Comunidad Valenciana de 10 de Noviembre de 1992 (Ar. 5866).

<sup>425</sup> Entre otras, STS de 28 de Abril de 1987 (Ar. 2816) de 27 de Septiembre de 1987 (Ar. 7130) y de 23 de Febrero de 1990 (Ar. 1215).

contrato es válido"<sup>426</sup>. Como ineludible corolario se añade "siempre que el rendimiento no sea abusivo", lo que no es sino expresión de la imposibilidad de consignar causas inválidas o que, en su configuración y/o aplicación, resulten un manifiesto abuso de derecho o fraude de ley; por lo que serán ilícitas, por discriminatorias, aquellas que supongan una mayor y desmesurada exigencia para el trabajador que suscribe el pacto resolutorio que para el resto de sus compañeros de trabajo.

Otro supuesto típico de extinción del contrato por condición resolutoria lo han constituido las cláusulas que condicionaban la vigencia del contrato a la concesión de determinados beneficios para el empresario, al amparo de la distinta regulación de fomento al empleo que periódicamente se ha ido produciendo<sup>427</sup> considerando los tribunales lícita tal condición resolutoria puesto que la no concesión de beneficios opera como un "evento futuro e incierto del que dependía la proyección temporal de su eficacia ya que la denegación de los beneficios previstos en la norma, a cuyo amparo se contrató, no fue debida a

---

<sup>426</sup> SSTS de 20 de Octubre de 1986 (Ar. 6660) y de 23 de Febrero de 1990 (Ar. 1215).

<sup>427</sup> En la actualidad Ley 22/92 de 30 de Julio y Real Decreto ley 3/1993.

culpa u omisión alguna por parte de la empresa"<sup>428</sup>.

También resulta frecuente en la jurisprudencia el análisis de los pactos que condicionan la resolución del contrato a la provisión reglamentaria de la plaza, con carácter general en los organismos públicos, o hasta que se provea la vacante que, por regla general, son admitidos como causas válidas de extinción. No se trata de contratos de interinidad, puesto que, propiamente, no hay trabajador sustituido de cuyo reingreso dependa la relación, sino se trata de un suceso previsible pero incierto en el tiempo que es fijado por las partes como causa de extinción del contrato<sup>429</sup>. E, igualmente, se considera válido el pacto que obliga al trabajador a obtener una titulación determinada<sup>430</sup> o un permiso<sup>431</sup> en un plazo prudente de tiempo.

---

<sup>428</sup> STCT de 4 de Marzo de 1986 (Ar. 1412).

<sup>429</sup> Vide, entre otras, SSTS de 13 de Julio de 1984 (Ar. 4167), de 5 de Octubre de 1984 (Ar. 5239) de 25 de Febrero de 1988 (Ar. 949) y de 21 de Julio de 1988 (Ar. 6212).

<sup>430</sup> Es el caso resuleto por la STS de 5 de Diciembre de 1985 (Ar. 6059) que establece la licitud del pacto por el que las trabajadoras que ingresan como docentes en una guardería se comprometen a obtener la titulación de Profesoras de E.G.B. en un plazo de cinco años. Transcurrido el mismo sin obtener la titulación, el Tribunal entiende que se ha producido la cláusula resolutoria.

<sup>431</sup> SSTS de 3 de Noviembre de 1989 (Ar. 7996) y de 27 de Noviembre de 1989 (Ar. 8257).

134.- Mas dificultades presenta, por la evolución de la doctrina judicial, el contrato de interinidad y su encuadramiento legal dentro de los llamados contratos de duración determinada. En efecto, el artículo 15.1. del Estatuto, con defecto técnico notorio<sup>432</sup>, considera el contrato para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, como contrato de duración determinada, lo que permitió a la jurisprudencia abrir la posibilidad de considerarlo como contrato a término o como sujeto a condición resolutoria en virtud del acuerdo de las partes<sup>433</sup>. Sin embargo la doctrina negó siempre la posibilidad de entender el contrato de interinidad como temporal y lo consideró como sujeto a condición resolutoria<sup>434</sup>. Aquella doctrina jurisprudencial estaba, en cierto modo, auspiciada por la propia ubicación sistemática del precepto en el Estatuto y por la indefinición del Real Decreto 2303/1980 de 17 de

---

<sup>432</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág. 471.

<sup>433</sup> Vide, entre otras, STS de 21 de Julio de 1986 (Ar. 4271).

<sup>434</sup> Recien aparecido el Estatuto de los Trabajadores, ALONSO OLEA, M. ("El Estatuto de los Trabajadores: Texto y ....., citado, pág. 66) ya señalaba "que el contrato de interinidad no es un contrato a término ni cierto ni incierto, mucho menos de duración determinada; en realidad es un contrato sujeto a condición resolutoria, incertus an incertus quando". Mas ampliamente vide BARREIRO, G. "La sustitución del trabajador. El contrato de interinidad sujeto a reserva", citado.

Octubre de forma que ello permitió afirmar la posibilidad de cohonestar la contratación condicional de sustitución de excedente con reserva de plaza, con la contratación temporal permitida en el artículo 15.1.b. del Estatuto de los Trabajadores<sup>435</sup>.

Sin embargo, el Real Decreto 2104/84 de 21 de Noviembre, que derogó el anteriormente citado RD 2303/84, establece en su artículo 2, apartados b y c que el contrato de interinidad se extinguirá por la reincorporación del trabajador sustituido y, de forma fundamental, que se considerarán indefinidos cuando no se hubiere producido la reincorporación del trabajador sustituido. Ello provocó la modificación de la línea jurisprudencial señalada, advertida en alguna sentencia<sup>436</sup>, que culmina con la STS de 28 de Enero de 1993<sup>437</sup>, dictada en unificación de doctrina, que afirma "la primacía de la condición resolutoria en la configuración normativa del contrato de interinidad y se crea, también con el mismo carácter, una expectativa para el interino de conservar el puesto de trabajo cuando no

---

<sup>435</sup> SSTs de 21 de Julio de 1986, citada, de 18 de Julio de 1986 (Ar. 4244) y de 30 de Septiembre de 1986 (Ar. 5210).

<sup>436</sup> SSTs de 17 de Noviembre de 1987 (Ar. 8000).

<sup>437</sup> AL nº 31 de 1993 (Nº 938). Vide el interesante comentario a la misma efectuada por la Redacción de la indicada Revista a continuación de la transcripción de sus fundamentos jurídicos.

se produzca la reincorporación, pues si la condición no se cumple en el plazo señalado o su cumplimiento se hace imposible, la relación se consolida cesando únicamente la interinidad, sin que este efecto legal pueda, en principio, ser eliminado por una cláusula contractual a término".

135.- Dentro del catálogo de condiciones resolutorias examinadas por la jurisprudencia, es obligado hacer referencia a la remisión, que bastantes sentencias realizan, de la extinción del contrato de trabajo por desistimiento durante el periodo de prueba a la causa extintiva del artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>438</sup>.

El período de prueba constituye un pacto que forma parte del contenido del contrato de trabajo y que ha sido definido como "lapso de tiempo inicial en el contrato de trabajo que dá la posibilidad a las partes a extinguir unilateralmente la relación existente entre ambas"<sup>439</sup>, sin necesidad de alegar causa justa, sin preaviso y sin

---

<sup>438</sup> SSTs de 14 de Julio de 1986 (Ar. 4125), de 15 de Septiembre de 1986 (Ar. 4973), de 18 de Noviembre de 1986 (Ar. 6469) y 29 de Septiembre de 1988 (Ar. 7146). STCT de 3 de Mayo de 1983 (Ar. 3845).

<sup>439</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Naturaleza jurídica del período de prueba" en AA.VV. Estudios en homenaje a Jordana de Pozas, Tomo III, Vol 3º, Madrid 1961, pág. 69.

dar lugar a indemnización<sup>440</sup>. Su regulación positiva se encuentra en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. Con independencia del análisis exhaustivo de su régimen jurídico<sup>441</sup>, nos interesa, a los presentes efectos, el estudio de la incidencia de la autonomía individual en el período de prueba y, también, la consideración de sus efectos extintivos, especialmente, por lo que hace referencia a su conexión con el artículo 49.2 del Estatuto.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el establecimiento del pacto de prueba en el contrato de trabajo es facultativo para las partes, de suerte que sólo la voluntad conjunta de ambos contratantes puede sujetar la relación que nace al período de prueba. Sin embargo, establecido por los contratantes tal pacto, su régimen legal constituye un mínimo de derecho necesario no reformable in peius por la autonomía individual, (ni tampoco por el convenio colectivo), que, en cambio, si podrá en beneficio del trabajador estipular un régimen

---

<sup>440</sup> SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 346.

<sup>441</sup> Para lo que puede verse, en general, toda la manualística, y en particular, además de las obras ya citadas: BARREIRO, G. "El período de prueba" en AA.VV. (Dir E. Borrajo) "Comentarios a las Leyes Laborales ...", citado, Tomo IV, págs. 17-91. MARTIN VALVERDE, A. "El período de prueba en el contrato de trabajo", Madrid, 1976. DURAN LOPEZ, F. "El período de prueba: voz para una enciclopedia" en RL Tomo I/88, págs. 1312-1327.

distinto del establecido positivamente en el artículo 14 del ET o en el convenio colectivo de aplicación. De esta forma resulta:

1.-Que la forma del pacto de prueba debe ser necesariamente escrita, teniendo, en este punto, la forma naturaleza constitutiva, sin que tal exigencia ad solemnitatem pueda ser dispuesta por las partes.

2.-Que la duración del período de prueba no podrá exceder del límite temporal establecido por el artículo 14.1 ET en función de la cualificación del trabajador en relación a las prestación acordada en el contrato. Obviamente los contratantes podrán establecer un período temporal de menor duración.

3.-Que las partes están obligadas a realizar las experiencias que constituyan el período de prueba, sin que sea válido el pacto que exima de tal obligación. No obstante las partes son libres para determinar o no (concretar) las experiencias señaladas.

4.-Durante el período el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeñe, en igualdad de condiciones con otros trabajadores de su misma categoría y función, sin que pueda pactarse una remuneración menor o merma de derechos, excepción hecha de aquellas remuneraciones

que retribuyan directamente la experiencia<sup>442</sup>.

5.- Transcurrido el período de prueba, sin que se haya producido el desistimiento, el tiempo del mismo computará a efectos de antigüedad del trabajador. Tampoco es lícito, en este caso, el pacto en contrario.

6.- Por último, hay que destacar que al régimen jurídico del período de prueba y a las posibilidades contractuales de modificación in melius del mismo, le son aplicables los límites genéricos del abuso de derecho o fraude de ley ex arts 7 y 6.4 del Código Civil y la no discriminación ex artículo 17 del propio Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, la jurisprudencia ha considerado abusivos los pactos de prueba en contratos temporales cuando con anterioridad se habían celebrado otros contratos para las mismas funciones, o el celebrado con posterioridad al inicio de la relación laboral, o tras un cambio en la titularidad de la empresa<sup>443</sup>.

La segunda de las cuestiones enunciadas remite al estudio de la extinción del contrato como consecuencia del desistimiento de una de las partes durante el lapso temporal a que se contrae la prueba. El artículo 14.2 ET

---

<sup>442</sup> SAN de 21 de Noviembre de 1989 (Ar. 91).

<sup>443</sup> Vide, entre otras, SSTS citadas en nota 425. También STSJ de Murcia de 25 de Junio de 1992 (Ar. 3289).

establece que la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante el transcurso del período de prueba. De esta forma, establecido y formalizado en el contrato el pacto de prueba, como requisito imprescindible para que pueda considerarse válido, no resulta difícil identificar dicha causa extintiva en "las causas consignadas válidamente en el contrato" que señala el artículo 49.2 ET. No obstante, ello no significa, en modo alguno, que pueda identificarse un contrato con pacto de período de prueba como contrato sujeto a condición resolutoria. Para entender tal cuestión es necesario hacer sucinta referencia de la disyuntiva que plantea el desistimiento en el sentido de determinar si se trata de un desistimiento causal o, simplemente, ad nutum. La doctrina, en este punto, ofrece distintas soluciones: de un lado, quienes entienden que el sujeto que haga uso de tal facultad de desistimiento (normalmente el empresario) ha de estar en disposición de probar la existencia de una causa suficiente puesto que sólo la existencia de motivo para el desistimiento determina la compatibilidad entre éste y el fundamento y la finalidad del propio período de prueba explicando, además, el significado de la obligatoriedad legal de realizar las experiencias que

constituyen el objeto de la prueba<sup>444</sup>.

De otro lado, quienes entienden que durante el tiempo de la prueba el contrato puede ser resuelto por cualquiera de las partes sin que la potestad resolutoria pueda estar condicionada por las exigencias propias de la prueba; es evidente que siempre existirá un motivo para la resolución, per éste es indiferente para el derecho, que no lo eleva al plano de causa indagable influyente para el acto resolutorio<sup>445</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, siempre se ha movido en torno a posiciones cercanas al desistimiento ad nutum e, incluso, calificandolo como "libérrimo". En este sentido se ha señalado que "no es preciso cursar comunicación escrita alguna para resolver el contrato durante la prueba, así como tampoco la participación de la causa"<sup>446</sup>. Tambien se ha afirmado que "el período de prueba es una institución que permite rescindir el

---

<sup>444</sup> En este sentido: BARREIRO, G. "El período de prueba..", citado, pp. 79-87. MARTIN VALVERDE, A. "El período de prueba en el contrato de trabajo". Montecorvo, Madrid, 1975, pp. 286-287. DURAN LOPEZ, F. "El período de prueba: voz....", citado, pp. 1324-1325.

<sup>445</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pp. 194-195.

<sup>446</sup> STS de 6 de Abril de 1984 (Ar. 2047). Vide también SSTCT de 8 de Julio de 1986 (Ar. 5800), de 16 de Julio de 1986 (Ar. 6380) y de 22 de Noviembre de 1988 (Ar. 7421). También STSJ de Extremadura de 8 de Marzo de 1991 (Ar. 2205).

contrato por la sólo y exclusiva voluntad de una de las partes sin necesidad de especificar la causa determinadora de la finalización, pues es meramente subjetiva de quien la adopta"<sup>447</sup>; y sin que la decisión de rescisión de la relación laboral "deba justificarse en causa alguna"<sup>448</sup>.

En lo que existe coincidencia doctrinal y jurisprudencial es en señalar que esa facultad de desistimiento que tienen las partes del contrato, durante el tiempo a que se contrae la prueba, no es omnimoda, sino que se encuentra limitada por la interdicción de que la misma produzca resultados inconstitucionales de suerte que "la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba, carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que, evidentemente, no alcanza la producción de resultados inconstitucionales"<sup>449</sup>, singularmente, vulneración del principio de igualdad o de la prohibición de

---

<sup>447</sup> SSTS de 6 de Julio de 1990 (Ar. 6068) y de 1 de Octubre de 1990 (Ar. 7513). STSJ Asturias de 17 de Mayo de 1991 (Ar. 3305).

<sup>448</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 30 de Septiembre de 1991 (Ar. 5150).

<sup>449</sup> STCO 94/84 de 16 de Octubre. Fundamento jurídico tercero. Vide también STCO 166/88 de 26 de Septiembre.

discriminación<sup>450</sup>. Del mismo modo la resolución del contrato no resulta amparada cuando se realice en fraude de ley<sup>451</sup> o constituya un manifiesto abuso de derecho por parte del empresario (como explicita el artículo 49.2 ET)<sup>452</sup>.

En todo caso, la facultad de desistimiento resulta extraordinariamente amplia de suerte que impide la calificación de la misma como condición resolutoria. En efecto, como ya se ha apuntado, sólo las condiciones causales son aptas para producir la extinción del contrato de trabajo. El artículo 1115 del Código Civil dispone que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula, más aún en las obligaciones sinalagmáticas en las que ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras, cual sucede en el contrato de trabajo; puesto que, en definitiva, tal mandato no es sino especificación del genérico contenido en el artículo 1256 según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al

---

<sup>450</sup> STS de 6 de Julio de 1990 (Ar. 6068).

<sup>451</sup> STS de 18 de Noviembre de 1986 (Ar. 6469).

<sup>452</sup> SSTs de 15 de Septiembre de 1986 (Ar. 4973) y de 29 de Septiembre de 1988 (Ar. 7146). En general, se considera abuso de derecho determinar un período de prueba en un contrato ya iniciado, o en una continuación de otro anterior temporal para la misma función, etc.

arbitrio de uno de los contratantes. Que la norma establezca para que pueda producirse el desistimiento unilateral que el pacto de prueba conste expresamente en el contrato, remite la extinción a la causa consignada en el contrato (art. 49.2 ET) de forma válida (porque la autoriza especialmente el artículo 14), pero no infiere que se trate de una condición resolutoria potestativa que remite a la mera decisión de una parte la decisión de dar por terminada la relación de trabajo<sup>453</sup>. En definitiva, la rescisión contractual en período de prueba opera como causa autónoma, amparada por los reiterados artículos 49.2 y 14 ET, que se resiste a ser calificada con carácter general y unitario<sup>454</sup>.

---

<sup>453</sup> Vide STS de 25 de Octubre de 1989, citada.

En contra, ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE ("Derecho del Trabajo", citado, pp. 196-197) entienden que la verdadera naturaleza jurídica del período de prueba es la del contrato sometido a condición resolutoria pues es "la que mejor se acomoda a la regulación de la institución, concibiendo la condición resolutoria como positiva y potestativa, posición aceptada explícitamente por la jurisprudencia, sobrevenida la condición en forma de declaración de voluntad resolutoria de cualquiera de las partes, la relación jurídica se extingue, dejando de producir efectos".

<sup>454</sup> MARTIN VALVERDE, A. "El período de prueba en el contrato ...", citado, pág. 212.

### 6.3.-El término final

136.- Bajo el epígrafe "término final" se engloba la causa extintiva prevista en el artículo 49.3 del Estatuto de los Trabajadores que, como se ha dicho, depende de la voluntad conjunta de las partes y que refiere la extinción contractual a la expiración del tiempo convenido y al cumplimiento de la obra o servicio objeto del contrato. Se trata en ambos supuestos de un término final que se distingue de la condición en que aquél, a diferencia de ésta, parte de la certeza del hecho. En efecto, característica fundamental del término resolutorio es que se tiene la certeza de que se producirá aunque se ignore cuando. Desde esta perspectiva, la doctrina civilista distingue entre el término determinado y el indeterminado. Se trata de término resolutorio determinado cuando se conoce el día en que la extinción de la obligación debe producirse; es indeterminado cuando no se conoce el día en que sobrevendrá el hecho que necesariamente ha de producirse y conllevará la extinción contractual<sup>455</sup>. Por consiguiente, la expiración del tiempo convenido es un término resolutorio determinado, y la realización de la obra o servicio objeto del contrato un término

---

<sup>455</sup> Vide, al respecto, CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil español.....", citado, Tomo III, 1992, pp. 224-225.

indeterminado.

Ahora bien, el artículo 49.3 ET no se limita, únicamente, a la enumeración del término final, en las dos vertientes expuestas, como causa extintiva, sino que contiene, además, tres especificaciones que, en principio, conforman el régimen jurídico de este tipo de extinción (denuncia, preaviso y expresa remisión al artículo 15.3 ET) y que se completa con otras disposiciones estatutarias y reglamentarias a las que se hará referencia. Sin embargo el estudio del régimen jurídico del término final como causa de extinción que depende de la voluntad conjunta de las partes, exige, con carácter previo, el análisis del término como circunstancia de la relación de trabajo y el papel de la autonomía individual en la duración del contrato, sin que, por obvias razones, deba entrarse en el tratamiento exhaustivo de la contratación temporal y de su régimen legal.

137.- La relación de trabajo es, por esencia, una relación continuada dado que las mutuas prestaciones de las partes no se agotan en un sólo acto sino que están destinadas a perpetuarse en el tiempo. El de trabajo es un contrato que genera obligaciones diversificadas cuya

ejecución se combina con el tiempo<sup>456</sup>. Nos encontramos, pues, ante un contrato en el que las ideas de duración, de continuidad, de prolongación en el tiempo se encuentran en su íntima esencia. No se concibe el contrato de trabajo para agotarse en un sólo acto. Por ello, el factor tiempo, entendido desde el puro aspecto de duración de la relación, adquiere una importancia capital en los llamados contratos de tracto sucesivo, importancia que se incrementa en el contrato de trabajo puesto que nos encontramos ante un aspecto de la relación laboral en el que confluyen los intereses contrapuestos de las partes del contrato reflejándose, fielmente, la contraposición de intereses entre trabajador y empresario<sup>457</sup>: mientras que el trabajador pretende atribuir duración indefinida a la relación laboral haciendo realidad el principio de estabilidad en el empleo, el empresario propiciará, normalmente, convertir en dogma el principio de la autonomía de la voluntad para que sea la libertad de las partes la que fije y determine la duración del contrato al objeto de contar con plantillas movibles que permitan en cada momento la adecuación de la mano de obra a las exigencias

---

<sup>456</sup> LYON CAEN, A. "Analyse juridique des congés de conversion". Droit Social, sept-oct, 1985, pág. 670.

<sup>457</sup> MARTIN VALVERDE et altri. "Derecho del Trabajo", citado, pág. 385.

productivas<sup>458</sup>.

Paradójicamente, esta contraposición de intereses se presentó de manera inversa en los orígenes históricos del contrato de trabajo, precisamente, con el propósito de desvincularlo del contrato civil de arrendamiento de servicios. En efecto, establecida en el artículo 1583 del Código Civil la absoluta libertad de las partes para fijar la duración del contrato, confirmada por el artículo 27 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, preocupación constante de los trabajadores y de sus representaciones, será conseguir la temporalidad del vínculo, puesto que la libre resolución contractual por voluntad unilateral del empresario, sin causa, no encuentra limitación alguna en los contratos con término indeterminado, a diferencia de los que se pactaban por término cierto, en los que no cabía la rescisión sin justa causa (arts 1584 y 1585 del Código Civil)<sup>459</sup>.

Sin embargo, la progresiva introducción normativa de la exigencia de causalidad para la resolución de los contratos de duración indeterminada, junto con el

---

<sup>458</sup> Vide, al respecto, las consideraciones generales sobre la duración del contrato efectuadas por MARTINEZ EMPERADOR, R. en "Duración del contrato de trabajo" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo), Comentarios a las leyes laborales, Tomo IV, citado, pp. 96-97.

<sup>459</sup> RAMIREZ- GARCIA ORTEGA-SALA, "Curso de Derecho del....", citado, pág. 304.

Vide también, DURAN-MONTOYA.SALA, "El ordenamiento laboral español y los límites....", citado, pp. 99-106.

garantismo legislativo en los años de expansión económica, propiciaron la progresiva implantación de un contrato de trabajo típico definido, como pone de relieve DURAN, por su duración indeterminada y a tiempo completo tendencialmente estable y protegida, a través de diversos mecanismos, de aquellas vicisitudes que podrían poner en peligro su existencia<sup>460</sup>. En el sustrato básico de este tipo contractual, late el principio de estabilidad en el empleo, que está concebido en interés y beneficio del trabajador cuyo contrato está protegido contra su terminación no causal acordada unilateralmente por el empresario, al que se le impone la continuidad del contrato, a diferencia del trabajador que tiene reconocida la facultad de desistimiento unilateral (artículo 49.4 ET).

Sin renunciar expresamente a estos principios, la mayoría de los ordenamientos jurídicos, para hacer frente a los problemas derivados de la crisis económica, fundamentalmente el incremento del desempleo, optarán por eliminar las rigideces de las diversas formas de contratación temporal, en la convicción de que un uso mas flexible de la fuerza de trabajo provocará favorables

---

<sup>460</sup> DURAN-MONTOYA-SALA "El ordenamiento laboral español y los.....", citado, pág. 100.

consecuencias en los niveles de empleo<sup>461</sup>. De esta forma, surgen amplias posibilidades de contratación temporal con el objetivo de fomentar la creación de empleo. Junto a tales prácticas legislativas, la visión recuperadora de la autonomía individual que tiende a robustecer las facultades del libre acuerdo de voluntades será otro factor a tener en cuenta en el análisis de la tendencia flexibilizadora de las posibilidades de contratación temporal.

Por consiguiente, interesa examinar la respuesta que el ordenamiento jurídico español ofrece, de forma concreta, pues el término final, como causa de extinción del contrato de trabajo, depende, de forma directa, de las posibilidades que la normativa ofrezca a la autonomía de la voluntad en orden a determinar la duración del contrato de trabajo.

138.- El artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores<sup>462</sup> con la rúbrica de "Duración del contrato" trata de dar respuesta a la determinación de las posibilidades de duración del contrato de trabajo. Sin embargo, el cuadro normativo de la contratación temporal

---

<sup>461</sup> Vide, Comisión CEE, "Orientations d'action communautaire en matiere de travail temporaire", Bruselas, 1980.

<sup>462</sup> La redacción originaria fue modificada por la Ley 32/1984 de 2 de Agosto (B.O.E. del 4 de Agosto).

en España es mucho mas complejo. A las referencias estatutarias de los artículos 17 y 11 se añaden un buen número de normas legales y reglamentarias que no siempre han sido estables, habiendo sufrido numerosas modificaciones<sup>463</sup>. De todo el complejo normativo pueden extraerse, con carácter general, las siguientes conclusiones:

- a) Que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. Presunción de carácter iuris tantum, puesto que la misma cede si se prueba la naturaleza temporal del contrato suscrito.
- b) Que, no obstante lo anterior, únicamente pueden realizarse contratos temporales en aquellos supuestos tasados y determinados por la ley. Ello lleva aparejada la siguiente consecuencia: que la anterior presunción solamente puede ser destruida mediante el

---

<sup>463</sup> En concreto, la llamada contratación temporal estructural se encuentra desarrollada por el Real Decreto 2104/84 de 21 de Noviembre. La denominada contratación temporal estructural por el Real Decreto 1989/84 de 17 de Octubre. Junto a estas genéricas regulaciones, los contratos en prácticas y de aprendizaje son a término y están regulados por el Art. 3 del RDL 18/93 de 3 de Diciembre y RD 2317/93 de 29 de Diciembre. También pueden concertarse a término los contratos a tiempo parcial, y lo es el contrato de relevo regulados ambos por el RDL 18/93 de 3 de Diciembre y RD 2317/93 de 29 de Diciembre. Vide también, entre otras disposiciones, el Real Decreto-Ley 1/92 de 3 Abril, derogado por la Ley 22/92 de 30 de Julio ambos de medidas urgentes sobre fomento del empleo y el Real Decreto-Ley 3/1992 de 26 de Febrero, entre otras disposiciones.

acreditamiento de la naturaleza temporal del contrato realizado en los supuestos, términos y condiciones que expresamente determina la norma para posibilitar la contratación temporal.

c) Que el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores establece cinco supuestos tasados de contratación temporal, los cuatro primeros regulados directamente, englobados generalmente con la denominación doctrinal de contratación temporal estructural se refieren a contratos para obra o servicio determinado, por circunstancias de producción, de interinidad y de lanzamiento de nueva actividad<sup>464</sup>. El quinto supuesto lo remite el propio artículo 15 a que el gobierno haga uso de la autorización concedida en el artículo 17.3, tratándose de contratación temporal coyuntural al objeto de facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo<sup>465</sup>.

d) Que junto a los anteriores supuestos establecidos

---

<sup>464</sup> Desarrollados, como se ha dicho, por el Real Decreto 2104/84 de 21 de Noviembre. La denominación contratación temporal estructural frente a coyuntural es utilizada, generalmente, por toda la doctrina. Vide, por todos, SALA et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pp. 441-470.

Mas matizadamente, RAMIREZ- GARCIA ORTEGA-SALA ("Curso de Derecho...", citado, pág. 305) entienden que el contrato de lanzamiento de nueva actividad tiene naturaleza mixta.

<sup>465</sup> Autorización de la que ha usado el Gobierno. Vigente en la actualidad el Contrato de fomento al empleo, regulado en el Real Decreto 1989/84.

por el artículo 15 ET, existen otras modalidades de contratación temporal previstas expresamente en el propio Estatuto y en el RDL 18/93 de 3 de Diciembre: contratos en prácticas y de aprendizaje, contratos a tiempo parcial (en cuanto pueden combinar las posibilidades temporales) y contratos de relevo.

Junto a este resumen normativo descrito, el propio Estatuto de los Trabajadores ( artículos 8.2, 15.1, 15.7 y 49.3) establece una serie de presunciones para la protección de la duración indefinida de la relación laboral<sup>466</sup>, presunciones que se resumen del siguiente modo:

1.- Presunción general establecida en el artículo 15.1 ET, ya analizada, en virtud de la cual el contrato se presume concertado por tiempo indefinido, salvo que se acredite la naturaleza temporal del contrato en los supuestos establecidos por la norma.

2.- Presunción, establecida en el artículo 15.7 ET, según la que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumen concertados por tiempo indefinido. En aplicación del artículo 6.4 del Código Civil se trata de los contratos celebrados, formalmente, al amparo de una norma que permita la contratación temporal, pero sin

---

<sup>466</sup> Vide, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "Duración del contrato de trabajo", citado, en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las Leyes Laborales...", citado, Tomo IV, pp. 108-116.

causa para ello o sin los requisitos necesarios, buscando burlar la duración indefinida del contrato<sup>467</sup>. Se trata, en este caso, de una presunción iuris et de iure, pues demostrado el fraude de ley no cabe la demostración de la naturaleza temporal<sup>468</sup>.

3.- Presunción, establecida en el artículo 8.2 ET según la cual la inobservancia de forma escrita en la contratación temporal, cuando lo exija una disposición legal, determinará la consideración de que el contrato fue celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal.

4.- Presunción en favor de la naturaleza indefinida del contrato de trabajo cuando éste se hubiese formalizado sin dar de alta al trabajador en la Seguridad Social siempre que hubiese transcurrido un plazo igual o superior al período de prueba establecido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del

---

<sup>467</sup> Sobre el concepto y aplicación de la presunción en favor del contrato indefinido por fraude de ley existe abundantísima jurisprudencia y doctrina judicial; por todas, vide: SSTTS de 6 de Mayo de 1992 (Ar. 3516) y de 29 de Marzo de 1993 (ar. 2218) que hace interesantes matizaciones sobre que el carácter fraudulento de un contrato temporal puede establecerse a través de presunciones. También STSJ Baleares de 23 de Marzo de 1993 (AR. 1481), SSTSJ Cataluña de 17 de Marzo de 1993, 2 sentencias (Ar. 1536 y 1538), STSJ de Madrid de 31 de Marzo de 1993 (Ar. 1470) SSTSJ Comunidad Valenciana de 22 de Julio de 1992 (Ar. 3967) y de 11 de Diciembre de 1992 (Ar. 6435), entre otras.

<sup>468</sup> Vid, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "Duración del contrato de trabajo", citado, pág. 112.

contrato, todo ello establecido en el artículo 15.5 del Estatuto.

Existe, por último, otra presunción señalada en el artículo 49.3 relativa a la inexistencia de denuncia, que será abordada mas adelante puesto que su articulación se desarrolla en el momento extintivo y no en el inicial o novatorio, dado que despliega sus efectos no en el momento de fijación de la duración del contrato sino en el de la posible extinción por llegada del término final.

139.- El esquema que, a grandes rasgos, se acaba de transcribir, permite una aproximación al papel de la autonomía individual en la fijación de la duración del contrato. Solamente la previa fijación de un término resolutorio en el contrato de trabajo permitirá que opere la causa extintiva prevista en el artículo 49.3 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, es evidente que si las partes nada dicen, en principio, el contrato se entiende celebrado por tiempo indefinido. La presunción de carácter general que establece el artículo 15.1 ET es rotunda al respecto, así como el principio general en favor del contrato de duración indeterminada. Ahora bien, la cuestión consiste en determinar si la voluntad de las partes puede fijar, de forma absoluta, la duración del contrato señalando un término resolutorio. La respuesta es absolutamente

negativa. Nuestro ordenamiento jurídico excluye, con carácter general, del ámbito de la autonomía de la voluntad la facultad de determinar la duración de la relación laboral, que se reserva expresamente la norma, por lo que las partes contratantes, en directa aplicación del artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores, no pueden modificar el régimen legal de la duración contractual. De esta forma, la autonomía de la voluntad se ve emplazada a asumir la duración indefinida o, como única alternativa, a optar por uno de los modelos de contratación temporal prefijados y delimitados normativamente. Opción que, una vez realizada, tampoco permite excluir o modificar el régimen legal previsto para la concreta modalidad contractual temporal elegida. La voluntad contractual se encuentra limitada para la delimitación del ámbito temporal de la prestación por una serie de condicionantes que pueden resumirse del siguiente modo:

a) Las partes, únicamente, pueden fijar un límite temporal al contrato de trabajo en los casos o supuestos expresamente previstos por la normativa vigente. Es decir, no se puede celebrar cualquier contrato temporal, sino, expresamente, "el" contrato de duración determinada que, elegido por las partes, esté expresamente previsto por la norma.

b) Para poder celebrar un concreto contrato de duración

determinada debe existir, con carácter previo, la causa o finalidad que, a tal efecto, ampara la norma reguladora del contrato que se pretende celebrar. En este sentido, para celebrar un contrato por obra, o servicio determinado, debe existir la obra; si se trata de un contrato formativo debe darse tal causa formativa, etc. O, en los casos de la llamada contratación temporal coyuntural, deben darse los requisitos que la norma exige para poder concertar dicho contrato<sup>469</sup>.

c) Existiendo la causa habilitante y/o cumpliendo los requisitos establecidos, las partes se encuentran limitadas por el régimen jurídico previsto normativamente para la concreta forma contractual temporal. En este sentido, por lo que se refiere a la duración del contrato, será la norma la que fije, exactamente, la duración del contrato en unos casos (la duración de la obra o servicio será la del contrato) o establezca mínimos de duración (un año en los contratos de fomento al empleo, seis meses en sus prórrogas, etc.) y máximos de duración ( dos años en prácticas y tres en

---

<sup>469</sup> Por ejemplo, en los contratos de fomento al empleo (RD 1989/84 de 17 de Octubre), deben cumplirse los requisitos que establece su artículo 5. A sensu contrario, es decir, no es posible acudir a este tipo contractual cuando una de las partes se encuentre en cualquiera de los supuestos enumerados en aquella norma. Vide, al respecto, STCT de 13 de Septiembre de 1988 (Ar. 5689), STSJ Madrid de 21 de Noviembre de 1989 (Ar. 2451), entre otras.

aprendizaje, etc.) en otros casos. De esta forma, la determinación de la duración del contrato de trabajo está excluida o limitada de la voluntad de los contratantes.

d) Por último, la exigencia de cumplimiento de una serie de requisitos de carácter formal limita, también, las posibilidades de la autonomía de la voluntad, si bien no directamente o con carácter constitutivo, sino dando lugar al juego de las presunciones en favor del carácter indefinido del contrato, anteriormente examinadas (falta de forma escrita) o, a la existencia de indicios que, ulteriormente, pudieran facilitar la calificación del fraude de ley<sup>470</sup>.

Como corolario de lo afirmado y, por lo que a los presentes efectos interesa, sólo cuando la autonomía individual haya establecido un término resolutorio, como consecuencia de la fijación de la duración del contrato en los supuestos y condiciones establecidos por la norma, podrá operar, en plenitud, la causa extintiva prevista en el artículo 49.3 ET.

140.- Cuando los contratantes limitan la duración del contrato, bien de forma determinada con expresión de su exacta duración, bien de forma indeterminada uniendo su vida a la de la obra o servicio que sea su objeto,

---

<sup>470</sup> Vide, a este respecto, la interesante STS de 29 de Marzo de 1993 (Ar. 2218).

están expresando en el momento constitutivo su voluntad de que la relación que les une concluya y finalice, precisamente, el día en que venza el término señalado en el contrato. En este supuesto, la autonomía de la voluntad delimita desde el momento de su nacimiento la vigencia de la relación laboral de forma que, salvo pacto novatorio, el contrato de trabajo se extinguirá cuando el tiempo previsto por las partes se cumpla. El fundamento de este poder extintivo que goza la autonomía de la voluntad, en el momento constitutivo, se encuentra, genéricamente, en la facultad que el ordenamiento jurídico concede a los contratantes para determinar la duración de su contrato en los términos analizados. Si la norma concede a la voluntad de los contratantes, en determinados supuestos, la posibilidad de fijar la duración limitada de su contrato, les está facultando, al mismo tiempo, para fijar un término final, entendido como momento que marca la expiración de la relación laboral.

Ahora bien, el Estatuto de los Trabajadores que regula concretamente, como no podía ser de otra forma, esta causa extintiva en el artículo dedicado a las causas de extinción contractual, no se limita al reconocimiento de la facultad resolutoria en los términos examinados, sino que regula, brevemente, un concreto régimen jurídico de esta forma de extinción. Régimen jurídico contenido en el artículo 49.3 ET que, entre otras particularidades, se

caracteriza por añadir a la inicial declaración de voluntad conjunta de la partes de fijar un término final a la relación contractual, una nueva declaración de voluntad, en este caso, normalmente, la del empresario, a emitir en el momento de la extinción de la relación: se trata de lo que la norma denomina denuncia.

141.- Como ya se ha señalado la denuncia es una facultad que la ley atribuye a las partes contratantes (normalmente el empresario) para la resolución a su tiempo del contrato de duración determinada, a través de la cual se confirma la inicial declaración de voluntad resolutoria mediante el establecimiento de un término en el momento de la celebración del contrato. Esta nueva declaración de voluntad tiene carácter confirmatorio y extintivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 ET que exige la necesidad de denuncia para que opere la causa de extinción que las partes previeron por cumplimiento del término.

Sin entrar en un estudio exhaustivo de la denuncia, lo importante es destacar que la misma se configura como declaración de voluntad recepticia que, desde el punto de vista de la autonomía individual, se constituye en requisito necesario para que la inicial declaración de voluntad de limitar en el tiempo la vigencia del contrato tenga plenos efectos. Desde esta perspectiva, los

requisitos de la denuncia, como ya se vio, se resumen del siguiente modo: debe tratarse de una declaración de voluntad válida, emitida por cualquiera de las partes del contrato y recibida por la otra, que no requiere forma especial y que debe producirse en tiempo hábil al efecto<sup>471</sup>. En este sentido, la referencia a la validez de la declaración de voluntad se refiere a que la misma no esté viciada por alguno de los impedimentos del consentimiento ya estudiados y, por supuesto, a que la emita persona adecuada para ello. No se requiere forma especial, tan sólo que se produzca de forma fehaciente. Con respecto al tiempo en que la denuncia debe ser formulada, el precepto, indirectamente, señala que debe realizarse antes del vencimiento del término ("si llegado el término no hubiese denuncia"), en fecha cercana a éste.

El artículo 49.3 ET establece una nueva presunción en favor del contrato indefinido dado que dispone que si llegado el término final no hubiese denuncia por cualquiera de las partes, el contrato se considerará

---

<sup>471</sup> MARTINEZ EMPERADOR, R. "Extinción por cumplimiento del término final" en AA.VV. (Dir E. Borrajo) "Comentarios a las Leyes Laborales", citado, Tomo IX, Vol 1º, 1983, pp. 150-151.

La STS de 21 de Septiembre de 1988 (Ar. 7084) define la denuncia como "una declaración recepticia debiéndose entender válida tanto se produzca de manera verbal o escrita, siempre que se manifieste de manera expresa clara y precisa".

prorrogado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. Se trata de una presunción iuris tantum, siendo el propio precepto legal el que le confiere tal carácter al admitir, expresamente, que el contrato se convierte en indefinido a salvo de prueba que acredite su naturaleza temporal<sup>472</sup>. Sin embargo, entiendo tal posibilidad de prueba en contrario limitada por cuanto que la acreditación de la naturaleza temporal de la relación requiere, no sólo, que la misma encaje en alguno de los supuestos de temporalidad expresamente previstos

---

<sup>472</sup> Una excepción a este principio -la falta de denuncia comporta la conversión del contrato en indefinido si se continúan prestando servicios- ha sido configurada por la jurisprudencia cuando la falta de denuncia provenía de una administración pública, dado que el principio de igualdad en el acceso a la función pública impediría la aplicación de tal principio o del fraude de ley, vid, por todas, SSTCT de 11 de Febrero, 22 de Marzo, 12 de Abril, 10 de Mayo y 4 de Octubre de 1988 (Ar. 1537, 2247, 2946, 3644 y 6300, respectivamente).

No obstante, el Tribunal Supremo ha modificado sustancialmente la doctrina judicial esbozada aplicando toda la normativa laboral y, evidentemente, los principios reseñados cuando la naturaleza del puesto de trabajado sea laboral y no funcional puesto que "la especial posición de la administración pública respecto de la selección del personal a su servicio no puede, en modo alguno, legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica" (STS de 6 de Mayo de 1992. Ar. 3516). En el mismo sentido, SSTTS de 20 de Junio de 1992 (Ar. 4602) y de 26 de Octubre de 1992 (Ar. 7842).

por la normativa vigente, sino también, que esa sea la voluntad conjunta de las partes contratantes; es decir que, habiendo transcurrido el plazo fijado por las partes, su voluntad haya sido establecer un nuevo término a la relación que les une. Es, en todo caso, necesario que los servicios se continúen prestando para que el juego de la presunción que se comenta entre en vigor, pues de lo contrario no ha lugar a la novación legal<sup>473</sup>. Sin embargo, la propia norma contiene una excepción al principio presuntivo que entiende indefinida la relación laboral que no es denunciada llegada a su término. Se trata del artículo 3.3 del Real Decreto 1989/84 de 17 de Octubre, al establecer que, cuando los contratos se hubiesen concertado por tiempo inferior al máximo establecido y llegado su término no fueran denunciados por ninguna de las partes ni existiese acuerdo de prórroga, los contratos se prorrogarán, automáticamente, hasta dicho plazo máximo si se continuasen prestando servicios. No se trata en este supuesto de una presunción, sino de una novación efectuada por ministerio de la norma, mediante la cual no se convierte el contrato en indefinido, sino que el término inicial fijado por las partes queda, inmediatamente, modificado y sustituido por un nuevo término: el de la duración máxima del contrato

---

<sup>473</sup> La jurisprudencia así lo ha exigido expresamente: vid, entre otras, STCT de 12 de Enero de 1988 (Ar. 863).

de fomento al empleo, a cuyo vencimiento será, nuevamente, necesaria la denuncia, entrando en juego, en ese momento, si hubiere lugar, la presunción del artículo 49.3 ET.

En definitiva, la denuncia no es sino la expresión de la voluntad de una de las partes de dar por finalizado el tracto contractual a la llegada del día pactado, confirmando la voluntad rescisoria que, mediante la fijación de un término final, estableció la voluntad conjunta de los contratantes en el momento de constitución de la relación laboral.

142.- Distinguir con nitidez la denuncia y el preaviso no es tarea fácil, mas aún, si la distinción pretende establecerse desde el análisis del artículo 49.3 del Estatuto, puesto que la aplicación práctica de sus efectos provoca que, en la mayoría de los casos, ambas instituciones se fundan en una sola declaración de voluntad. Mientras que el término denuncia es utilizado unívocamente en el contrato de trabajo, precisamente, en los términos vistos anteriormente, el preaviso juega un papel distinto y produce efectos dispares según la institución jurídica a la que sirve. De esta forma nos encontramos con distintos preavisos: en la extinción contractual por la sola voluntad del trabajador ex artículo 49.4; en la extinción por causas objetivas

(arts. 49.12, 52 y 53 del ET) y en la extinción por expiración del tiempo convenido que nos ocupa. Desde esta perspectiva, el preaviso se configura, en palabras de VALDES, como un elemento modal que se incorpora a una declaración de voluntad dirigida a la extinción de ciertos contratos, formulada por una de las partes<sup>474</sup>. se trata de una declaración de voluntad en si misma, sino que el preaviso se entiende como requisito que acompaña a una declaración de voluntad, en este caso concreto a la denuncia<sup>475</sup>. La ley no exige la emisión de dos declaraciones distintas de voluntad: una, el preaviso, otra, la denuncia; lo que la ley determina es que la declaración de voluntad, confirmatoria de una voluntad extintiva ya manifestada al tiempo de la celebración del contrato, se realice, en los contratos temporales de duración superior al año, con una antelación mínima de quince días. De esta forma, el preaviso se configura como un elemento circunstancial de la denuncia que, no teniendo carácter constitutivo, su inobservancia comporta consecuencias bien distintas a aquélla.

---

<sup>474</sup> VALDES DAL-RE, F. "Un acertado estrambote...", citado, pág. 705.

<sup>475</sup> En sentido contrario, sin embargo, vide MARTINEZ EMPERADOR, R. ( "Extinción por cumplimiento del...", citado, pp. 155-157) para quien el preaviso es, también, una declaración de voluntad recepticia mediante la cual la parte que tiene decidido denunciar a su término el contrato temporal que le vincula con la otra, hace saber a ésta tal decisión.

En efecto, la inobservancia del período de preaviso no comporta la nulidad de la denuncia y, por lo tanto, de la extinción que con la misma se completa; al contrario, la falta de preaviso acarrea como consecuencia el abono de la compensación económica correspondiente a los días de preaviso<sup>476</sup>.

143.- La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del término pactado es el supuesto de hecho típico, aunque como hemos visto no el único, sobre el que gravita la obligación impuesta al empresario por el artículo 3.1 de la Ley 2/91 , de acompañar una propuesta de documento de liquidación de las cantidades adeudadas al comunicar la denuncia o, en su caso, el preaviso de la extinción del contrato. Sin entrar, de nuevo en cuestiones, ya analizadas, relativas a la configuración de la señalada propuesta, interesa, en este punto, abordar la incidencia que dicha obligación legal tiene para la autonomía individual en este particular supuesto extintivo. De esta forma, la cuestión radica en resolver si la falta de la propuesta afecta a la validez de la

---

<sup>476</sup> Así lo dispone, expresamente, para los contratos celebrados como medida de fomento al empleo, el RD 1989/84 de 17 de octubre que en su artículo 4.1 establece la posibilidad de sustituir el preaviso del empresario por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período. Vid, también, por todas, STCT de 7 de Febrero de 1989 (Ar. 1363).

extinción por término final por afectar a la validez de la denuncia. A mi juicio, tampoco, en este caso concreto, la ley configura la obligación de acompañar el documento propuesta como elemento consustancial de la denuncia, sino como gravamen o requisito que debe acompañar a una concreta declaración de voluntad extintiva , cuyo incumplimiento no la invalida. La autonomía individual, entendida como voluntad conjunta de los contratantes se manifestó al tiempo de la celebración del contrato y sus condicionamientos formales que hacen referencia a la posibilidad de fijar un límite temporal a la duración del contrato ya fueron analizados. En este momento la propuesta afecta, sólo, a la manifestación de la voluntad de una de las partes -el empresario- conformándose como un elemento adicional de esa manifestación de parte y, al igual que el preaviso, no constituye elemento esencial de la misma sino requisito adicional cuyo cumplimiento no afecta a la validez de la denuncia.

El incumplimiento por parte del empresario del plazo de preaviso no le libera de la exigencia de entrega de la propuesta de liquidación que, en este supuesto, ha de incorporar, también, la indemnización correspondiente a la suma de los salarios del período a que se contrae el retraso en el preaviso<sup>477</sup>.

---

<sup>477</sup> VALDES DAL-RE, F. "Un acertado estrambote...", citado, pág. 706.

144.- La llegada del término final, mediando la correspondiente denuncia, provoca la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna, salvo que norma legal, convencional o el propio acuerdo de las partes, la prevea expresamente. En este sentido, el artículo 3.4 del Real Decreto 1989/84 de 17 de octubre establece que a la terminación del contrato de fomento al empleo por expiración del plazo convenido, el trabajador tendrá derecho a una compensación económica equivalente a doce días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. La norma no habla de indemnización, sino de compensación económica y, aunque en la práctica los efectos son los mismos, la matización normativa tiene su importancia dado que revela la inexistencia de incumplimiento de ningún tipo por parte del empresario obligado al pago y de causas objetivas o externas a su voluntad. Se trata de una condición legal que condiciona y penaliza, en el momento extintivo, la posibilidad del empresario de sustraerse al principio general de indeterminación temporal del contrato optando por un modelo concreto de temporalidad.

#### 6.4.- Los pactos indemnizatorios

145.- Rasgo común a las tres causas de extinción contractual que dependen de la voluntad conjunta de las partes contratantes es la inexistencia de indemnización como consecuencia de la finalización del contrato. Únicamente, los contratos de fomento al empleo están afectos a una compensación económica en los términos ya vistos. Sin embargo, tal ausencia de indemnización no constituye fenómeno normal en las causas extintivas, puesto que, a excepción de la extinción por la sólo voluntad del trabajador del artículo 49.4 ET salvo que existiese pacto de permanencia, el resto de las causas extintivas comportan una indemnización por la extinción del contrato, indemnización que corre a cargo del empresario con independencia de que la causa de la rescisión contractual resida en su sola voluntad (despido improcedente ex artículos 55.1 y 53.5 ET), en la voluntad del trabajador basada en incumplimiento del empresario ( artículo 50 ET) o en la existencia de hechos o circunstancias a las que la norma habilita para producir el efecto extintivo (Causas económicas tecnológicas o fuerza mayor del artículo 51 ET, causas objetivas según los artículos 52 y 53 ET, traslados del artículo 40 ET o modificaciones sustanciales del artículo 41 ET). Todas estas indemnizaciones tienen en común los parámetros que

se utilizan para su cálculo: salario y antigüedad, pero se diferencian en el módulo concreto a aplicar a la antigüedad, siendo mayor para las que resultan de causas imputables directamente al empresario. Las indemnizaciones no guardan relación de identidad con los perjuicios que pueda sufrir el trabajador como consecuencia de la pérdida de su puesto de trabajo concibiéndose como cantidades, ex lege, que sustituyen a la indemnización de daños y perjuicios y que operan de modo similar a las cláusulas penales de los contratos, es decir como cantidades que el empresario debe abonar al trabajador como consecuencia de la extinción del contrato que cumplen una función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios aunque no se calculan en función o por directa aplicación de los mismos<sup>478</sup>.

---

<sup>478</sup> STCO 6/84 de 24 de Enero (B.O.E. de 18 de Febrero de 1984).

Sobre la naturaleza y caracteres de la indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo y su imposibilidad de consideración como "restitutio in integrum" del daño causado vide: PALOMEQUE LOPEZ-ALVAREZ DE LA ROSA, "Derecho del Trabajo", citado, pp. 795-799. También ALVAREZ DE LA ROSA, M. "Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo", Civitas, Madrid, 1990, pp. 18-21.

Para el estudio de la cuestión, también he manejado el trabajo inédito de ALFONSO MELLADO, C. "Indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo", mecanografiado y provisional.

La STS de 23 de Octubre de 1990 (Ar. 7709) señala que "no es legalmente posible, por tanto, en función de un despido improcedente, traer a colación la variedad de perjuicios causados para pretender un incremento de la indemnización que la ley marca.....pues dichos perjuicios, en toda su variedad, son considerados por el

Característica fundamental de las indemnizaciones es su configuración legal tasada, de tal forma que las mismas son el resultado matemático de las operaciones previstas por la norma (número determinado de días de salario por años de servicio) sin posibilidad alguna de que el Juez, en ejercicio de sus propias facultades, pueda alterar ni el resultado ni la fórmula de su cálculo pues carece de competencias para valorar el daño causado al trabajador por efecto de la pérdida de su empleo, dado que la norma es, en este punto, omnicomprendensiva impidiendo valoraciones distintas<sup>479</sup>.

El sistema de indemnizaciones previsto por la ley se encuadra en el amplio capítulo legislativo sobre la extinción del contrato de trabajo que, tradicionalmente, se ha considerado como uno de los núcleos característicos de reserva legal estricta, dada su naturaleza de derecho necesario absoluto<sup>480</sup>. Sin embargo, la autonomía colectiva y la individual han intervenido, con

---

artículo 56 cuando establece las reglas para su cuantificación". En idéntico sentido, SSTS de 22 de Julio de 1982 (Ar. 4067) y de 14 de octubre de 1987 (Ar. 7003).

<sup>479</sup> Al respecto la jurisprudencia es constante: respecto del despido improcedente, vide, STS de 23 de Octubre de 1990, citada, SSTS de 16 de Julio de 1982 (Ar. 4020), de 18 de Julio de 1985 (Ar. 3809); respecto de los salarios de tramitación: STS de 4 de Octubre de 1988 (Ar. 7518). En general: STS de 7 de Febrero de 1991 (Ar. 814).

<sup>480</sup> MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente y sus efectos", en AA.VV. "Estudios sobre el despido disciplinario", ACARL, Madrid, 1992, pág. 533.

beneplácito doctrinal y jurisprudencial, en el sistema legal de indemnizaciones en la forma que seguidamente se aborda.

146.- El problema fundamental que las indemnizaciones analizadas plantean en relación a la autonomía individual o colectiva se centra en determinar el carácter imperativo o no de las normas legales que las establecen. Es decir si dichas normas constituyen derecho necesario absoluto, indisponible por tanto para la negociación colectiva o el pacto contractual o, si por el contrario, se configuran como derecho dispositivo y, en este caso, con que carácter. En este punto, doctrina<sup>481</sup> y jurisprudencia<sup>482</sup> coinciden

---

<sup>481</sup> En general la mayoría de la doctrina admite, sin problemas, el carácter de mínimo de derecho necesario de las indemnizaciones por extinción del contrato y la posibilidad de su incremento por pacto colectivo o individual. Por todos vide: ALBIOL MONTESINOS, I. "El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa", Deusto, Bilbao 1990, pág. 113. ALMANSA PASTOR, J.M. "Forma y efectos de la extinción por causas objetivas" en AA.VV. "Comentarios a las leyes laborales", citado, Tomo IX, Vol 1º, pág. 326. PEREZ DE LOS COBOS, F. "Los pactos de reorganización productiva" en SALA-GOERLICH-PEREZ DE LOS COBOS "Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español", ACARL, Madrid, 1989, pág. 175. RENTERO JOVER, J. "Un supuesto de mejora en convenio colectivo en la indemnización por despido" en RL Tomo I/85, pág. 542.

En sentido contrario, sin embargo se manifiesta MONTOYA MELGAR, A. ("El despido improcedente y...", citado, pág. 534, quien tras admitir que la jurisprudencia y la doctrina admiten los pactos colectivos e individuales de mejora, entiende que "la ley se propuso colmar con su exclusiva regulación el espacio normado" y que el espíritu de la ley no permite pensar que el propósito de la ley fue fijar puros mínimos

en señalar que el régimen legal de las indemnizaciones no constituye derecho necesario absoluto, sino mínimos de derecho necesario; es decir se integran como normas relativamente imperativas que configuran mínimos de derecho necesario en la mas pura aplicación del artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores que viabiliza la regulación de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral (y la indemnización por extinción del contrato es una obligación que concierne a la relación laboral) a través del pacto individual "sin que, en ningún caso, puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales". De esta forma, la regulación legal (y en su caso convencional) de las indemnizaciones contractuales constituye un mínimo de derecho necesario que podrá ser mejorada por pacto individual inicial o novatorio. Aquélla regulación normativa tampoco podrá ser disponible para el trabajador en el momento aplicativo puesto que el artículo 3.5 impide la disposición de los derechos que los

---

mejorables.

<sup>482</sup> El régimen legal fijado para las indemnizaciones cede en beneficio de la que pudiera estar establecida por pacto con el empresario, si resulta más beneficiosa en cuantía. Por todas vide: SSTs de 15 de Febrero de 1990 (Ar. 1094) y de 9 de Abril de 1990 (Ar. 3438). SSTSJ Madrid de 12 de Febrero de 1990 (Ar. 806) y de 6 de Octubre de 1992 (Ar. 4881) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 de Octubre de 1991 (Ar. 6952).

trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario<sup>483</sup>.

En resumen, de cuanto se lleva dicho, se desprende que la autonomía individual no puede excluir el régimen indemnizatorio establecido por norma legal o convencional, ni modificar el mismo si de ello resulta cuantía inferior a la normada; únicamente las partes están facultadas para establecer un régimen indemnizatorio superior, en cuyo caso, será éste y no aquél el aplicable, incluso si la cuantía resultante supera el máximo que, en algunos casos, para las indemnizaciones legales fija la propia norma que las establece<sup>484</sup>, dado que no nos encontramos en presencia de un máximo de derecho necesario, según se deduce indirectamente de las normas que regulan las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y de normas de carácter

---

<sup>483</sup> Sin que a ello obste la posibilidad de transaccionar la indemnización por causa extintiva en el correspondiente procedimiento judicial o prejudicial, puesto que la Transacción (art. 1809 Código Civil) se entiende como contrato en evitación de pleitos y es perfectamente legítima la transacción, siempre que se trate de actos de presente y que el órgano judicial no estimase lesión grave para el derecho de alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho (artículo 84.1 LPL).

<sup>484</sup> El pacto individual puede fijar una cuantía indemnizatoria mayor que el límite de las 42 mensualidades de salario establecidas para el despido en el artículo 55 ET, y superior al límite de las doce mensualidades (art. 51.10 ET) o de las nueve mensualidades (art. 41.3 ET). Vide al respecto: PALOMEQUE LOPEZ-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", citado, pág. 798, con cita de las SSTs de 7 de Diciembre de 1985 (Ar. 6073) y de 25 de Febrero de 1986 (Ar. 822).

fiscal<sup>485</sup>.

Esta posibilidad que la autonomía individual tiene de modificar in melius el régimen normativo de las indemnizaciones por extinción del contrato se deduce, en los términos vistos, sin dificultad, del sistema de fuentes de la relación laboral y es aplicable a la generalidad de modalidades contractuales.

En la relación laboral especial del personal de alta dirección (Art. 11 del Real Decreto 1382/85 de 1 de Agosto), en la de los deportistas profesionales (arts. 13, 14 y 15 del Real Decreto 1006/85 de 26 de Junio) y en la de los artistas en espectáculos públicos ( artículo 10 del Real Decreto 1435/85 de 1 de Agosto), con carácter general, el régimen de indemnizaciones se configura a través de normas absolutamente dispositivas por lo que se remite su cuantía al pacto individual y, sólo, a falta de éste la norma establece la cuantía indemnizatoria en cada caso concreto.

147.- Los pactos indemnizatorios pueden tener un

---

<sup>485</sup> Así, el artículo 9.1.d de la Ley 18/1991 de 6 de Junio del Impuesto sobre la renta de las personas físicas declara exentas "las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, o en su normativa reglamentaria de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de Convenio, pacto o contrato.".

triple origen: Convencional, contractual o provenientes de la decisión unilateral del empresario. Dejando aparte el primero de los supuestos por ser fruto de la autonomía colectiva, los dos restantes se reconducen al ámbito de la autonomía individual puesto que ambos tienen la consideración de contractuales, dado que el acuerdo de mejora de las indemnizaciones puede efectuarse por la voluntad conjunta de las partes en el momento inicial o novatorio de la relación laboral y la mejora producto de la concesión del empresario se incorpora, también, al nexo contractual por tratarse de una condición más beneficiosa. El contenido de los pactos indemnizatorios admite un análisis desde perspectivas diferentes. De un lado, es posible que el objeto del acuerdo sea tanto la indemnización de una causa extintiva particular o de varias e, incluso, es posible el pacto genérico que afecta a todas las posibles causas extintivas que conllevan alguna indemnización. De otro lado, respecto de la cuantía, el objeto de los acuerdos puede ser, también, múltiple: el puro incremento de la indemnización resultante de la aplicación de los baremos legales, la alteración de cualquiera de los módulos que se utilizan para el cálculo de la indemnización legal siempre que el resultado sea superior al establecido en la norma, el establecimiento de fórmulas distintas mas ventajosas para el trabajador, la fijación de cantidades globales superiores a las legales

y, en fin, cualquier otra fórmula cuyo resultado ofrezca una indemnización superior a la establecida legal o convencionalmente para la causa extintiva de que se trate.

En cuanto al régimen jurídico de los pactos indemnizatorios, PALOMEQUE-ALVAREZ DE LA ROSA señalan las siguientes características a tener en cuenta<sup>486</sup>:

a) Los pactos conservan la naturaleza de indemnizaciones legales. Es decir, a pesar de que su finalidad es el incremento de los derechos que al trabajador le reconoce el sistema normativo vigente, tal finalidad no les priva de su naturaleza indemnizatoria: indemnización tasada establecida por las partes de carácter exclusivo y excluyente de cualquier otra por los perjuicios ocasionados al trabajador por la extinción del contrato de trabajo. Participan, pues, del mismo régimen legal que las establecidas normativamente, por lo que el Juzgador deberá aplicarlas en la cuantía pactada, sin posibilidad de ponderación.

b) Constituyen una condición contractual. Por lo tanto, su fuerza vinculante deriva directamente de lo dispuesto en el artículo 3.1.c. del Estatuto y artículos 1091 y 1254 del Código Civil, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de las mismas. Únicamente podrá ser modificada tal condición contractual

---

<sup>486</sup> PALOMEQUE LOPEZ-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", citado, pp. 798-799.

por acuerdo novatorio lícito entre las partes, aunque, en este caso, si cabe la renuncia del exceso de la indemnización estrictamente legal o convencional, al no afectar a los derechos cuyo origen reside en el contrato la prohibición de renuncia establecida en el artículo 3.5 del Estatuto. Por ello, producida la causa extintiva, debe seguirse el cumplimiento de la condición pactada y el Juez aplicarla en los propios términos pactados<sup>487</sup>.

---

<sup>487</sup> STSJ de Madrid de 12 de Febrero de 1990 (Ar. 806).

**CAPITULO III**

**LA FUNCION REGULADORA DE LA AUTONOMIA INDIVIDUAL**

## 1.-Eficacia normativa del contrato de trabajo.

1.-Ya se ha señalado que, en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato cumple dos funciones básicas: de un lado, es un acuerdo de voluntades que genera y determina la relación de trabajo; de otro, regula el contenido de dicha relación, es decir, fija y/o constituye los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral.

El proceso evolutivo del Derecho del Trabajo, esbozado en la introducción, dio al traste con la segunda de las funciones en el contrato de trabajo.<sup>1</sup> En efecto, la intervención del Estado y la aparición de la autonomía colectiva como fuerzas generadoras de normas cogentes, heterónomas a la voluntad de las partes, así como la singular posición que una de ellas, el empresario, ha ostentado en el mercado de trabajo, redujeron la doble e inicial función genética prácticamente a una sola: la constitutiva, mediante la cual, la autonomía individual da

---

<sup>1</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas". en A.L. nº 3/93. Pág. 51.

vida a la relación de trabajo, y al mismo tiempo, da ocasión a la aplicación automática de las normas estatales y colectivas preexistentes. Las condiciones en las que se van a desarrollar las prestaciones contractuales, obedecen, generalmente, a la imposición normativa extracontractual. Nuestro sistema de fuentes impone que la autonomía contractual quede totalmente subordinada a las previsiones normativas o convencionales. La ley y los convenios colectivos ordenan, mas allá de un determinado contrato individual de trabajo, relaciones de poder en la esfera de producción, de tal forma que cumplen su función social reduciendo el área del mercado y del conflicto a través de regulaciones igualadoras o uniformes y pacificadoras de las relaciones de trabajo.<sup>2</sup>

Se cumplen, de este modo, las funciones clásicas del Derecho del Trabajo, protegiendo al trabajador, estableciendo límites a la voluntad y al poder del empresario e imponiendo restricciones a la operatividad de la Ley del mercado mediante un orden público de protección.<sup>3</sup>

## 2.- La reducción del papel normativo del contrato de

---

<sup>2</sup> CASAS BAAMONDE M<sup>a</sup> E. "La individualización de las relaciones laborales" en RL nº 20-21/1991, pág. 133.

<sup>3</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La huida del derecho del Trabajo", en R.L. nº 12/93. Pág 4.

trabajo no es sinónimo de eliminación. En el tradicional sistema del Derecho del Trabajo, el contrato no ha sido reducido únicamente a su función creadora de la relación. Junto a ella, el ordenamiento jurídico, ha mantenido siempre un determinado papel regulador de la autonomía individual. El genérico artículo 1255 del Código Civil ("Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público") y el específico 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores ("Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:...por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo...") son buena prueba de ello.

Lo que ocurre, es que, en la actualidad, y como consecuencia de diversos factores, fundamentalmente económicos, se tiende a sobrevalorar o, a valorar de forma distinta, el ámbito de regulación que a la autonomía contractual concede el complejo sistema de articulación de fuentes laborales.

Evidentemente, este fenómeno de redescubrimiento del contrato de trabajo no se presenta de forma aislada, sino inserto, las mas de las veces, en una idea global de

reforma del sistema<sup>4</sup> que, partiendo del concepto de que el ordenamiento jurídico tiene que hacer frente a profundos procesos de crisis inducidos en la sociedad por las sucesivas fases de recesión y de restricción de la base productiva, debería culminar en un sistema mucho más flexible que, abandonando el clásico modelo proteccionista de las relaciones laborales, permitiese una mayor agilidad de disposición de los factores de producción, entre ellos, y muy fundamentalmente, el del trabajo.<sup>5</sup>

Desde esta perspectiva el debate sobre la individualización no es un debate nuevo, porque ni es la primera vez que la doctrina vuelve sus ojos hacia el contrato individual<sup>6</sup>, ni el problema que late en el fondo

---

<sup>4</sup> Vide: TREU, T. "Relaciones Laborales: ¿declinar inevitable? en R.L. Tomo I/85. Pp. 154-169. También, SIMITIS, S. "Il diritto dei lavoro e la riscoperta dell'individuo" en GDLRI nº 45/90.

<sup>5</sup> MONTOYA MELGAR, A. "El contrato de trabajo entre la precariedad y la estabilidad", en AA.VV. "El cambio laboral en la década de los 90", Espasa Calpe, Madrid, 1991, pág. 124. Sobre las consecuencias de la crisis económica vide: GHEZZI, G. "El Derecho del Trabajo en la crisis económica". en AA.VV. "El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/80 de 10 de Marzo". Edersa, Madrid, 1981, pp. 649-662.

<sup>6</sup> Señaladamente, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. (La individualización de las relaciones laborales", citada, pp. 127-129) destaca que "el contrato y la interpretación de las relaciones laborales en clave jurídico privada fueron la institución y el método empleados por la doctrina continental de posguerra para emprender la reconstrucción democrática y liberal de sistemas de relaciones laborales basados en la contraposición de intereses frente a las comunitarias germanas o corporativistas italianas".

de la cuestión es la primera vez que se plantea. Situado el redescubrimiento del papel de la autonomía individual en sus justos términos, la cuestión no es otra que la de la redistribución del poder normativo de las distintas fuentes de la relación de trabajo<sup>7</sup>; en definitiva, se trata del viejo debate sobre el orden público laboral<sup>8</sup>, en el que no es necesario cuestionarse la esencia de la intervención heterónoma o la de la autonomía colectiva, pero, al redimensionar al alza el espacio del contrato individual, amplía su campo regulador y, en consecuencia, establece una mayor dosis de libertad contractual fuera del orden normativo social afectando, también, a la negociación colectiva.

3.- Ahora bien, este redescubrimiento actual del contrato de trabajo ofrece la paradoja de que no resulta impulsado por reivindicaciones de trabajadores, como ha sido habitual en el Derecho del Trabajo desde sus comienzos. Al contrario, el núcleo argumental que sirve de lanzamiento a la necesidad de cambio, a la oportunidad de revitalizar el poder normativo de la autonomía individual

---

<sup>7</sup> ROMAGNOLI U. "La dereglementation et les sources du droit du travail", en AA.VV. Le Droit du travail: hier et aujourd'hui". París 1990, pág. 16.

<sup>8</sup> SALA FRANCO, T. "El debate sobre las políticas de flexibilidad Laboral y el Derecho del Trabajo", en Revista de Treball, nº 7/88, pág. 18.

es producto de una iniciativa empresarial que pronto obtuvo importantes apoyos intelectuales e institucionales y, que no tardó en ser acogida por las legislaciones, con beneplácito general de los expertos y, a veces, con la aquiescencia de los sindicatos<sup>9</sup>.

Sin embargo, no es un tema pacífico ni en cuanto a la necesidad de cambios normativos que resulten implicados, ni siquiera, y eso es lo más importante, en cuanto a las posibilidades que al pacto individual como fuente normativa de la relación laboral ofrece la vigente legislación.

Es éste, y no otro, el aspecto decisivo de la cuestión. La articulación de propuestas en torno a posibles reequilibrios en un determinado sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral, sin ser ajena a la doctrina, es misión propia de la sociedad a través de sus diversos mecanismos. Interesa mucho más la segunda cuestión: el análisis exhaustivo de las posibilidades reales y concretas que este concreto ordenamiento jurídico ofrece a la autonomía individual como normadora y reguladora de la relación de trabajo. Y para ello es necesario el examen de la función normativa del contrato de trabajo.

4.- Al referirme a la naturaleza contractual de la relación de trabajo, he tenido la ocasión de afirmar que

---

<sup>9</sup> MONTOYA MELGAR, A. "El contrato de trabajo entre....", citado, pág. 124.

el contrato de trabajo es un contrato normado. En efecto, dentro de la amplia gama de modalidades contractuales que el derecho ofrece, existen determinados tipos en los que su función normativa o está extraordinariamente limitada o es inexistente. Se trata de fenómenos sociales a los que el Estado, por razones de política económica o política social, no ha querido dejar su regulación a la pura libertad individual, de tal forma que las partes, libres para contratar o no, si lo hacen se encuentran con que la libertad para fijar el contenido de la relación que crean está delimitada por la intervención estatal; de tal suerte que, gran parte o la totalidad del conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato se encuentran preestablecidos por la norma sin posibilidad de modificación por los contratantes.

Este ha sido el sentido histórico del contrato de trabajo que, en expresión de la doctrina, constituye una de las expresiones más acabadas, sino la que más, de los contratos normados<sup>10</sup>, puesto que, constituida la relación laboral por el efecto genético del contrato, inmediatamente, son de aplicación las condiciones y regulaciones heterónomas, provinientes de las normas estatales o convencionales preestablecidas, que regulan la práctica totalidad de los aspectos de la relación que acaba

---

<sup>10</sup> MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 369.

de nacer para toda su vigencia que, en principio, se presume indefinida. Así pues, en el contrato de trabajo, las partes contratantes se encuentran con que el conjunto de derechos y obligaciones que conforman el contenido de la relación laboral han sido fijadas, con carácter previo a su voluntad de obligarse, por poderes externos capaces de establecer normas cogentes.

Sin embargo, los contratos normados no contienen la consecuencia de eliminar de modo total y absoluto la autonomía individual de suerte que ésta quede reducida, únicamente, a su papel creador. Lo normal es que el Estado asuma la tarea de dotar de contenido gran parte de la relación, bien agotando la regulación de un concreto derecho u obligación, bien fijando mínimos o máximos, dejando, también, un cierto margen de actuación a la autonomía privada. Es lo que ocurre en el contrato de trabajo en el que la intervención heterónoma no reduce el mismo a un mero papel genético, sino que junto al agotamiento de determinadas cuestiones, fija mínimos a otras y deja, al total arbitrio de los contratantes, una parte de ellas.

Es éste el objetivo fundamental del presente capítulo: el estudio de la posibilidades que la autonomía individual tiene como fuente conformadora y delimitadora del conjunto de derechos y obligaciones de la relación laboral; lo que exige el estudio del concreto sistema de fuentes que, para

ello, establece el actual ordenamiento jurídico y, en su seno, las relaciones entre las distintas fuentes, singularmente, la relación entre la autonomía individual y la ley, y la relación entre autonomía individual y autonomía colectiva.

## 2.- El sistema de fuentes de la relación laboral y la autonomía individual.

5.- Desde la perspectiva de la eficacia normativa del contrato, éste puede ser entendido como el complejo de normas a las que los contratantes están sometidos y que ordenan sus conductas recíprocas, mediante el establecimiento entre ellos de derechos y obligaciones<sup>11</sup>. De esta forma el contrato es el conjunto de normas que regulan los derechos y obligaciones de las partes vinculadas por la relación jurídica que el propio acto contractual ha establecido mediante su eficacia constitutiva. Ahora bien, mientras que el contrato como generador de la relación jurídica es, siempre, obra de la autonomía individual, la suma de la reglamentación de intereses en que el mismo consiste no tiene, exclusivamente, su origen en la voluntad de las partes.

El sistema concreto de fuentes del contenido

---

<sup>11</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo II, Vol 1º, pág. 15.

contractual se encuentra jerarquizado, según las normas del Código Civil, en expresión de DIEZ PICAZO del siguiente modo:

"1º.- Las normas legales de carácter imperativo para la regulación de la relación jurídica prevista y creada por el contrato.

2º.- Las reglas derivadas de la autonomía privada de los contratantes.

3º.- Las normas jurídicas de carácter supletorio en función de integración de las lagunas del contrato: normas consuetudinarias y normas derivadas de la buena fe contractual"<sup>12</sup>.

El anterior sistema y su orden jerárquico es común a la generalidad de los contratos. Sin embargo, la concreta incidencia que ofrece respecto de la autonomía individual es distinta en cada tipo contractual en función de la intensidad, calidad y contenido de las normas legales de carácter imperativo.

6.- En todo caso, sea cual sea el campo que la autonomía individual tenga, en cada tipo contractual, para fijar los derechos y obligaciones concernientes a la relación jurídica de que se trate, su actividad concreta debe respetar los límites genéricos del Código Civil (arts.

---

<sup>12</sup> DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Madrid, Tecnos, 1983, Vol. 1º. Pág. 245.

1256 y 1271 y siguientes) relativos a la interdicción de dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de lo pactado y siempre que el objeto del propio contrato sea lícito, posible y esté determinado. Exigencias éstas que se complementan con la necesidad de adecuar el contenido contractual a lo dispuesto por la ley, la moral y el orden público.

La adecuación a la ley del régimen contractual establecido por la voluntad de las partes no es sino la concreción de la posición jerárquica que, en el conjunto de fuentes, tiene la autonomía individual en los términos examinados. El límite moral debe entenderse el conjunto de convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica<sup>13</sup>. Por último la limitación del orden público hace referencia a los principios fundamentales y rectores de la comunidad, en concreto las materias estrictamente situadas en el orden constitucional que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por la voluntad de los particulares<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> DIEZ PICAZO, L. "Comentario al artículo 1255 del Código Civil", en AA.VV. "Comentarios del Código Civil", Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Vol. II, pág. 431.

<sup>14</sup> Nuevamente DIEZ PICAZO, L. Op. cit. nota anterior, pág. 432.

La sola referencia al orden público bastaría, en el campo laboral, con independencia de lo dispuesto en el artículo 17 del Estatuto, para considerar como límite a la actuación de la autonomía privada el principio de no discriminación. Cuestión sobre la que volveré mas adelante.

7.- El esquema de delimitación y jerarquización de las fuentes del contenido de la relación jurídica, ha sido acogido, para el contrato de trabajo en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores que se titula de modo genérico "fuentes de la relación laboral" y, en su apartado, primero establece y jerarquiza el sistema de fuentes del siguiente modo:

"Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
- b) Por los convenios colectivos.
- c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.
- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales"<sup>15</sup>.

La autonomía de la voluntad como fuerza generadora de derechos y obligaciones de la relación laboral se encuentra, al igual que en el sistema normativo común, expresamente reconocida por la normativa vigente y situada

---

<sup>15</sup> Este artículo es la práctica reproducción del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, con ligeras correcciones semánticas.

exactamente en el mismo lugar jerárquico. La única diferencia formal en el sistema laboral es la presencia de los "convenios colectivos" que, entendidos como una norma, en nada alteran el contenido material del conjunto de fuentes. Por ello, las peculiaridades propias de las fuentes de la relación laboral se encuentran en la cantidad de normas legales, reglamentarias y convencionales que se imponen a la voluntad de las partes y, sobre todo, en las relaciones entre dicha voluntad contractual y las distintas clases de normas que, heterónomamente, intervienen en la regulación del contenido del contrato de trabajo y que derivan de la adecuada interpretación del párrafo c del artículo 3.1. del Estatuto.

Cuando se habla de individualización de las relaciones laborales, como ya se ha tenido ocasión de señalar, no se trata de reubicar la autonomía individual en otro lugar, mas preferente, del sistema de fuentes, sino en disminuir la cantidad de normas legales o convencionales que establecen las condiciones del contrato y en modificar las concretas relaciones entre la autonomía de la voluntad y la autonomía colectiva.

8.- Admitida y jerarquizada la autonomía de la voluntad como fuente de la relación laboral para la delimitación de los derechos y obligaciones que le conciernen, las partes puedan pactar en el contrato las

cláusulas que tengan por conveniente en orden a la determinación de las prestaciones y, singularmente, en orden a la delimitación del alcance del poder del empresario y al propio régimen de la modificación de dichas condiciones. Ello por directa aplicación de los artículos 1255 del Código Civil y 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores, ya señalados, según los cuales los contratantes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente; y la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, regula, también, los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral.

Sin embargo, en el contrato de trabajo, se suscita, para la adecuada comprensión del papel normativo de la autonomía individual, la cuestión del carácter que tiene y de los efectos que produce el reiterado artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores, de cuya interpretación depende, en muy gran medida, el alcance del pacto individual como instrumento de determinación singular de las prestaciones que constituyen el contenido del contrato.

Del tenor literal del precepto que comentamos se deduce pacíficamente que la autonomía individual es fuente reguladora de la relación obligatoria de carácter laboral que del contrato nace; el problema se centra en los límites de dicha función determinadora, a la vista de la expresión "sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias

a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados".

Varios y de profundo calado son los problemas que al respecto pueden plantearse, entre otros, los siguientes: de una parte, establecer qué condiciones concretas son o no menos favorables; si es posible el juego de la compensación entre condiciones distintas y con qué criterios y qué consecuencias pueden producir, etc; de otra parte, decidir si el tenor literal del artículo 3.1.c ET, en cuanto se refiere a la expresión "contrarias" debe ser interpretado restrictivamente o no, lo que facilitaría la posibilidad de pactar condiciones distintas; y cual sería entonces el alcance de las mismas.

Cualquier intento de aproximación a la solución de los problemas planteados exige, en primer lugar, una diferenciación entre el tratamiento de la cuestión respecto de las disposiciones legales y respecto de los convenios colectivos.

**2.1.- Heteronomía y Autonomía individual: la relación del contrato con la norma estatal.**

9.- Dejando a un lado las relaciones entre autonomía individual y colectiva (que serán objeto de un análisis específico más adelante), por lo que respecta a las

relaciones de la autonomía individual con las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, hemos de partir de una caracterización de las normas laborales en relación a las posibilidades de actuación de los convenios colectivos y del contrato individual. En este sentido, SALA señala que, a tales efectos, las normas legales y reglamentarias pueden ser de cuatro clases:<sup>16</sup>

A) Normas absolutamente imperativas que impiden la negociación colectiva o la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas.

B) Normas relativamente imperativas, configuradoras de máximos de derecho necesario, que permiten la negociación colectiva y la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas, respetando los citados máximos.

C) Normas relativamente imperativas, configuradoras de mínimos de derecho necesario, que permiten la negociación colectiva y el pacto individual sobre las materias por ellas reguladas, siempre y cuando se respeten esos mínimos.

---

<sup>16</sup> SALA FRANCO, T. "La Seguridad Jurídica y las normas laborales", ponencia al Seminario La seguridad jurídica y el Derecho del Trabajo, organizado en el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia. Pp. 2-3 del original mecanografiado.

D) Normas absolutamente dispositivas que permiten la contratación colectiva e individual sobre las materias por ellas reguladas sin límite alguno.

A estas cuatro clases de normas, sería posible añadir una quinta, que cobrará mayor importancia si se aprueba en sus propios términos el actual Proyecto de Ley de modificación del Estatuto de los Trabajadores, se trata de aquellas normas que exigen concreción contractual (o convencional) por expresa remisión legal. En estos supuestos, la norma estatal integra, como parte de su propia regulación lo que al respecto establezcan los convenios colectivos o el propio contrato, en función de la remisión establecida normativamente. En cuanto que la remisión se realizase directamente al contrato se trataría de una norma dispositiva que no establece ni máximos ni mínimos, ni siquiera regulación propia, dado que ésta sería la resultante del acuerdo contractual.

10.- Desde esta perspectiva, admitida con carácter general por la doctrina,<sup>17</sup> la determinación de las

---

<sup>17</sup> La anteriormente transcrita caracterización de las disposiciones legales es utilizada por la generalidad de la doctrina, como pone de manifiesto el propio Sala (Op. cit nota anterior) con matices intrascendentes. En este sentido vide: BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción al Derecho del Trabajo". 5ª Edición, Madrid 1988, pág. 229. GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Manual de Derecho del Trabajo" 1ª Edición Barcelona 1990, pág. 337. GARCÍA PERROTE, I. "Ley y Autonomía Colectiva" MTSS Madrid, 1987, pp. 146 y ss. etc.

prestaciones que constituyen el contenido del contrato a través de la autonomía individual queda vinculada en dicha función normativa por el principio de mayor favor en relación a las disposiciones legales relativamente imperativas (que configuren mínimos de derecho necesario), y vaciada de dicha función en relación a las normas legales absolutamente imperativas.<sup>18</sup> De tal suerte que el contrato individual no podrá establecer condiciones contrarias (o distintas) a las establecidas por normas legales de carácter imperativo absoluto, ni podrá determinar condiciones menos favorables a las establecidas por disposiciones legales de carácter imperativo relativo, por contra, podrá establecer las que tenga por conveniente cuando vengan establecidas en normas dispositivas, con el límite de no superar los máximos de derecho necesario.<sup>19</sup>

Dificultades de interpretación aparte<sup>20</sup>, los

---

<sup>18</sup> En este sentido, CASAS BAAMONDE M.E. "La individualización de las relaciones laborales" en R.L. nº 20-21/91, pág. 133.

<sup>19</sup> Ejemplo emblemático de una norma dispositiva con máximo de derecho necesario es el art. 25 del Estatuto de los Trabajadores que al regular la promoción económica, remite al convenio o al contrato de trabajo, para añadir que los incrementos por antigüedad no podrán en ningún caso los porcentajes fijados en el propio precepto.

<sup>20</sup> Señaladamente el relativo al art. 35.1 relativo al incremento del 75% en las horas extraordinarias que parece un mínimo de derecho necesario claro, y que ha sido interpretado de modo diverso por la jurisprudencia en cuanto que la base de cálculo para la Hora

principales problemas que plantea la cuestión son los relativos a la compensación de los mínimos de derecho necesario, y a la consideración, o no, de las ordenanzas laborales como derecho dispositivo para la autonomía individual.

#### 2.1.1.- La mejora individual de la norma mínima.

11.- El primero de los problemas apuntados hace referencia a la dificultad existente en torno al modo o manera de proceder a la mejora individual de la norma mínima, es decir, establecer si solo caben al respecto mejoras absolutas o si, por el contrario, cabe la mejora de unas determinadas condiciones a cambio de otras. Se trata, en definitiva, de determinar cual sea la naturaleza jurídica de esos mínimos<sup>21</sup>: si son mínimos incompensables, que en todo caso habría que respetar, o si son mínimos compensables, que permiten el juego del

---

extraordinaria puede ser inferior a la de la hora ordinaria (STS 15 de Noviembre de 1985, Ar. 5768, 30 de Mayo de 1988 Ar. 4672) e incluso que puede ser minorado dicho recargo en la negociación colectiva ( por todas STCT 21 de Octubre de 1988 Ar. 6217). Vid al respecto VILLA GIL L.E. "El concepto de hora extraordinaria" en AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pp. 376-377.

<sup>21</sup> SALA FRANCO, T. "La funcionalidad del pacto individual....., citado, pp. 4 y 5 del ejemplar fotocopiado.

cambio, con la dificultad adicional de saber con qué condiciones podrían ser compensables dichos mínimos. Obviamente, no es posible una respuesta generalizadora respecto de la naturaleza jurídica de los mínimos de derecho necesario; ni siquiera es posible, en ocasiones, dar una respuesta concreta a determinadas condiciones establecidas en dichas normas, dada la poca claridad de las disposiciones que comentamos, ya que solo algunos de ellos responden, positiva o negativamente, a la posibilidad de compensación. Sólo en el Estatuto de los Trabajadores las referencias son dispares: mientras que el artículo 26.4 establece la posibilidad de compensación, cuando los salarios establecidos por pacto individual sean superiores a los fijados por la normativa de referencia ( con notorias dificultades en cuanto a su interpretación y/o aplicación)<sup>22</sup> , el artículo 38.1 prohíbe la compensación económica del período de vacaciones anuales retribuidas. El art. 35.1, por su parte, permite expresamente la compensación de la mayor

---

<sup>22</sup> Vide GONZÁLEZ POSADA, E. "La compensación y absorción de Salarios", Madrid, 1984. "El ejercicio de la compensación y absorción de salarios. Su carácter dispositivo". en AL nº 45/86, pp. 2313 y ss. IGLESIAS CABERO, M. "Absorción y compensación en la retribución del trabajo" en AL nº 27/85, pp. 1375 y ss. De otro lado, la jurisprudencia es constante al señalar que la compensación solo puede afectar a condiciones homogéneas, vide, en este sentido, entre otras muchas, STS 2 de Abril de 1991 (Ar. 3244), SAN 20 de Noviembre de 1990 (Ar. 134) y STCT 31 de Octubre de 1988 (Ar.6277).

retribución de las horas extraordinarias por períodos equivalentes de descanso.

La doctrina ha señalado que "el artículo 26.4 ET viene a ser una excepción a la regla de inderogabilidad peyorativa de los mínimos legales o convencionales, es decir, una excepción a la regla del artículo 3.1.c ET y a la explícita referencia a la no compensación de los mínimos contenida en el art. 3.3 ET. Pero, como tal excepción, resulta solamente aplicable a la materia salarial y debe operar, según la jurisprudencia, como compensación solamente entre conceptos homogéneos".<sup>23</sup>

En síntesis, puede afirmarse que la autonomía individual en la determinación de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de trabajo, está vinculada, respecto de las disposiciones legales y/o reglamentarias, por el principio de mayor favor, sin que quepa la compensación de condiciones establecidas por dichas normas, salvo que las mismas permitan expresamente dicha compensación o que pueda deducirse de las mismas a través de una interpretación no forzada.

---

<sup>23</sup> RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de Derecho del Trabajo". Valencia 1992. PP. 79 y 80.

En idéntico sentido ALONSO OLEA, M. "El Estatuto de los Trabajadores, Texto y comentario breve", Civitas, Madrid, 1980, pág. 96.

2.1.2.- La problemática de la disponibilidad individual de las Ordenanzas Laborales.

12.- El problema que plantean las ordenanzas laborales deriva de su consideración de derecho dispositivo efectuada por la disposición transitoria 2ª del Estatuto de los Trabajadores, según la que "las ordenanzas de trabajo actualmente en vigor continuaran siendo de aplicación como derecho dispositivo, en tanto no se sustituyan por convenio colectivo". Dejando al margen el problema de la "sustitución" relativo al alcance, forma e instrumentos válidos para la misma,<sup>24</sup> a los presentes efectos importa clarificar si el alcance de la expresión, derecho dispositivo afecta únicamente a los convenios colectivos o si, por el contrario, afecta también al pacto individual. A nuestros efectos, importa decidir si las partes quedan vinculadas, en el sentido visto hasta el momento, por las disposiciones de las

---

<sup>24</sup> Cuestión esta sobre la que inciden la mayoría de los manuales, por todos vide, SALA-ALBIOL-CAMPS-GARCÍA NINET- LOPEZ GANDIA "Derecho del Trabajo" Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pp. 146 y ss. DE LA VILLA-GARCÍA BECEDAS- GARCÍA PERROTE "Instituciones de Derecho del Trabajo", Ceura, Madrid 1991, pp. 140 y ss.

Vide también, CAMPS RUIZ L. "Mantenimiento, Suspensión y derogación de las Ordenanzas Laborales y reglamentos de régimen interior" en AA.VV. Normas Estatales y Negociación Colectiva en materia Laboral. CEOE, Madrid 1988, pp 13-27. SALA FRANCO, T. "Las Ordenanzas laborales y el Derecho del trabajo postconstitucional", en RL Tomo I/85, pp. 51 y ss.

ordenanzas laborales, o si las partes pueden pactar con libertad sin que les afecte el contenido de las mismas.

Aunque el tema no es pacífico, la mayoría de la doctrina entiende que las ordenanzas laborales no son derecho dispositivo respecto de los contratos individuales<sup>25</sup>, pues la citada disposición transitoria 2ª debe ser interpretada globalmente, según la propia "ratio legis" del precepto que no es otra que la sustitución de las viejas ordenanzas por los convenios colectivos, y no, la desaparición de los mínimos sectoriales.<sup>26</sup> Tesis avalada por la jurisprudencia del extinto Tribunal Central de Trabajo, que cuantas veces tuvo ocasión de analizar la cuestión manifestó que es "irrenunciable para el trabajador el régimen de la ordenanza" (STCT de 1 de Marzo de 1983).<sup>27</sup>

Un sector doctrinal, por el contrario, entiende que, no sólo cabe la sustitución automática por convenio

---

<sup>25</sup> Vide CAMPS RUIZ, L.M. "Mantenimiento Suspensión y Derogación....", citada, pág. 17; SALA FRANCO, T. "Las Ordenanzas laborales y el derecho....", citado pp. 53 y 54; también la practica totalidad de los manuales, por todos: ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo" SPUCM, Madrid 1989, pp. 654-655, SALA et altri "Derecho del Trabajo" citado, pp. 144-145; RAMIREZ et altri "Curso de...", citado, pág. 64.

<sup>26</sup> SALA FRANCO, T. "Las Ordenanzas laborales y el Derecho....", citado, pp. 53-54.

<sup>27</sup> Ar. 1985. En idéntico sentido STCT de 26 de Junio de 1984 (Ar. 5678) y de 17 de Junio de 1986 (Ar. 4520).

colectivo, sino también la exclusión de su aplicación por acuerdo individual entre las partes.<sup>28</sup> Posición que parte de la interpretación de la primera parte de la disposición aisladamente de la segunda, señalando que la expresión derecho dispositivo tiene una aplicación total y se mantiene en tanto las ordenanzas no sean sustituidas por convenio colectivo. El carácter de derecho dispositivo no se refiere, ni gramaticalmente en la formulación del precepto, ni técnicamente, a la posibilidad de sustitución por convenio colectivo, de tal forma que las ordenanzas pueden ser modificadas "in peius" por acuerdo colectivo o individual.<sup>29</sup>

13.- A mi juicio, es posible sustentar esta segunda tesis por las razones expuestas y también con fundamento en otros argumentos:

-En primer lugar, el hecho de que la jurisprudencia haya venido admitiendo los pactos de funciones intercategoriales<sup>30</sup> supone una

---

<sup>28</sup> En este sentido DURAN LOPEZ, F. "La negociación colectiva y la vigencia de las reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales", en RL Tomo I/90, pp. 107 y ss. También DE LA VILLA- GARCÍA BECEDAS-GARCÍA PERROTE "Instituciones de Derecho....", claramente en la edición de 1983, en la de 1991, puede deducirse del contexto.

<sup>29</sup> DURAN LOPEZ, F. "La negociación colectiva y la vigencia....", citada, pág. 110.

<sup>30</sup> Vid, por todas, STCT de 20 de Febrero de 1989 (Ar. 1260).

vulneración de la letra y el espíritu de la mayoría de las ordenanzas laborales<sup>31</sup>, lo que supone, en la práctica, que indirectamente se este disponiendo por pacto individual de prescripciones de las Ordenanzas.

-En segundo lugar, la obsolescencia de las reglamentaciones que comentamos provoca que su indisponibilidad para el pacto individual lleve a una rigidez no deseada ni prevista por el propio art. 3.1.c del ET que, al señalar como fuente de la relación individual de trabajo al pacto individual, refiere el principio de mayor favor a las disposiciones legales y reglamentarias, entre las que no cabe entender que se encuentren, implícitamente, las ordenanzas que se ven relegadas por el texto legal a la Disposición Transitoria, en donde se configuran como "derecho dispositivo", de lo que se infiere una excepción, transitoria, al régimen no dispositivo de las normas reglamentarias del artículo 3.1. ET.

---

<sup>31</sup> La mayoría de las Ordenanzas Laborales contienen una exhaustiva clasificación del personal según su función, con un rígido sistema de ascensos, plantillas y escalafones, constituyendo estos un condicionante para la movilidad funcional, y configurando un verdadero derecho a la inamovilidad. Vid, por todas la Ordenanza de Trabajo para el Comercio, aprobada por O.M. de 24 de Julio de 1971.

-En tercer lugar, el propio párrafo segundo de la disposición transitoria 2ª del ET que establece una excepción a la total disponibilidad de las ordenanzas, al establecer que "a efectos de la definición de grupo profesional se estará a lo dispuesto en las ordenanzas, mientras no se pacte sobre la materia a través de los convenios colectivos"; si la disponibilidad no fuese total, este segundo párrafo sobraría, por estar implícito en el primero. En efecto, de una adecuada interpretación del texto, se deduce que lo que no es disponible para la autonomía individual es la definición de grupo profesional, puesto que si así no se entendiese este párrafo estaría de más.

-En cuarto lugar, si se asume que los derechos reconocidos al trabajador en las ordenanzas están excluidos del ámbito de la indisponibilidad del artículo 3.5 del Estatuto,<sup>32</sup> nada impide afirmar

---

<sup>32</sup> En este sentido RAMIREZ MARTÍNEZ J.M. "La indisponibilidad de derechos", ejemplar fotocopiado, pendiente de publicación en el Tomo correspondiente de "Comentarios a las leyes laborales. El ET" de AA.VV. (Dir. E. Borrajo), EDERSA, en la página 52 señala quedan fuera del ámbito de la indisponibilidad "y hay aquí una notable diferencia respecto a la situación anterior, igualmente excluidos los derechos reconocidos en las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo, los cuales tienen actualmente naturaleza dispositiva según la disposición transitoria segunda del ET".

que la disponibilidad señalada en la disposición transitoria 2ª comprende también al pacto individual.

-Por último, el hecho cierto de que la derogación heterónoma, vía estatal, de una ordenanza, aún sin convenio estatutario, no ha provocado en la práctica ningún problema de desregulación.<sup>33</sup>

2.1.3. El juego del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores en la función normativa de la autonomía de la voluntad.

14.- Al contrario de lo que ocurre en el derecho contractual común, al que le es de aplicación, con carácter general lo dispuesto en el art. 6.2 del Código Civil ("la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden

---

<sup>33</sup> Tal es el caso de la Ordenanza Laboral para la Industria Siderometalúrgica, derogada por O.M. de 17 de Febrero de 1988 (B.O.E. de 23-2-88), con posterioridad a la firma del primer (y único) Convenio General del Metal de carácter extraestatutario. El hecho de que existiesen convenios colectivos provinciales en el sector nada obsta al argumento, dado que en la mayoría de los mismos no se reflejaba gran parte del régimen jurídico contenido en la Ordenanza, singularmente la clasificación profesional y el régimen disciplinario.

público ni perjudiquen a terceros")<sup>34</sup>, en el ordenamiento jurídico laboral existe una cláusula de cierre que limita la autonomía individual, en el artículo 3.5 ET <sup>35</sup> en virtud del cual "los trabajadores no podrán disponer validamente, antes o después de su adquisición de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario".

La doctrina ha señalado que el principio de irrenunciabilidad de derechos nace ante el temor del legislador de que la preeminencia del empresario y el estado de necesidad del trabajador llevara a pactos contractuales de exclusión de las disposiciones legales (de contenido en gran parte protector).<sup>36</sup> Difícil posibilidad, por otra parte, puesto que, limitada la

---

<sup>34</sup> Un breve, pero denso comentario a la renuncia de derechos, en el ámbito civil puede verse en GULLON BALLESTEROS, A. "Comentario al artículo 6 del Código Civil" en AA.VV. Comentario del Código Civil, citado, pp. 33-37.

<sup>35</sup> Los distintos problemas que plantea el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores son analizados en la totalidad de los manuales citados en notas anteriores; en concreto y extensamente el comentario del Profesor RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad de derechos", ejemplar fotocopiado, ya citado. También, los estudios anteriores al Estatuto de los Trabajadores de OJEDA AVILES, A. "La renuncia de derechos del trabajador", IEP, Madrid 1971 y de VILLA GIL L.E. de la "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales" en RPS nº 85, 1970, pp. 7 y ss.

<sup>36</sup> Vide, en este sentido MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 371; También GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Manuel de Derecho..." citado, pág. 342.

función de la autonomía individual por el art. 3.1.c ET, pocas posibilidades de escape tienen las partes, so pena de infringir directamente el mencionado precepto lo que convertiría a dichos actos en ilegales.

Dejando a un lado la problemática de la disposición de derechos establecidos en convenio colectivo, a la que haré oportuna referencia en el apartado siguiente, por lo que respecta a las disposiciones legales de derecho necesario es claro que, dicha expresión positiva hay que entenderla referida a las normas absolutamente imperativas, así como a los máximos de derecho necesario y a los mínimos de derecho necesario no compensables, de tal suerte que son disponibles y por tanto renunciables los derechos reconocidos por las normas dispositivas, en cuanto que son disposiciones legales de derecho no necesario.<sup>37</sup>

15.- La doctrina clásica ya había señalado que la autonomía de la voluntad no puede, en virtud del principio de la irrenunciabilidad, determinar el contenido del contrato de trabajo, de manera que esa

---

<sup>37</sup> En este sentido, ALONSO GARCÍA, M. "Curso de Derecho del Trabajo" Ariel, Barcelona, 1987, pág. 293. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Los principios de aplicación del derecho del trabajo" ACARL, Madrid, 2ª edición, 1991, pp. 28-29. SALA et altri "Derecho del Trabajo" citado, pág. 294-295. GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Manual de derecho....", citado, pág. 344.

determinación se tradujese en aplicación al contrato formulado de una legislación o de un derecho distintos del contenido en las específicas normas laborales, de tal suerte que ni siquiera antes de la celebración del contrato (expresión genuina de la autonomía privada en la determinación del contenido del contrato) es posible la renuncia de derechos.<sup>38</sup>

Pero, modernamente, la doctrina ha señalado como no es posible ningún acto dispositivo, con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo, ni siquiera en el momento constitutivo, por cuanto que sólo se puede disponer de aquello que se tiene, y ni antes de contratar, ni en la formalización del mismo, han ingresado, en el patrimonio del trabajador derechos de ninguna especie, por lo que cualquier eventual disposición de derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, es una exclusión voluntaria de la ley aplicable (prohibida genéricamente en el art 6.3 del Código Civil y específicamente en el art. 3.1.c del ET),<sup>39</sup> lo que convierte el acto dispositivo en ilegal por ser acto derogatorio de normas imperativas, de tal

---

<sup>38</sup> ALONSO GARCÍA, M. "La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", Bosch, Barcelona, 1954, pág. 153.

<sup>39</sup> CAMPS RUIZ, L.M. "Comentario al artículo 3 del ET" en ALBIOL MONTESINOS et altri "El Estatuto de los Trabajadores" , Edersa, Madrid 1980, pág 51.

suerte que, "inderogabilidad e indisponibilidad se sitúan en dos planos, en dos momentos distintos. La inderogabilidad se refiere a la adquisición de un derecho. Los negocios dispositivos derogatorios pretenden impedir la adquisición de un determinado derecho. La indisponibilidad, en cambio, se refiere lógicamente a los derechos ya adquiridos que, forman parte del patrimonio de un individuo".<sup>40</sup>

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que, en el momento constitutivo y en el regulador, la incidencia de la prohibición de disponer de los derechos que los trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario es prácticamente nula, dado que en dicho momento, en el que las partes del contrato determinan las condiciones de las prestaciones que constituyen el contenido del contrato, su verdadero límite resulta del mencionado artículo 3.1.c ET, con lo que un eventual pacto contrario o menos favorable a dichas disposiciones legales sería ilegal, no por atentatorio a la prohibición del art. 3.5 ET sino por ser derogatorio de normas imperativas, dado que la "propia esencia de la ley imperativa rechaza el juego de la

---

<sup>40</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad de derechos", citada, pág. 9 del ejemplar fotocopiado.

autonomía de la voluntad".<sup>41</sup>

Desde la anterior perspectiva, pudiera parecer que la interdicción de disponer de los derechos antes de su adquisición carece de sentido porque, de alguna manera, se identificaría derogabilidad y renuncia anticipada; ello no es así. Como agudamente ha señalado RAMIREZ, entre el momento regulador del contrato y el momento de la disposición de derechos ya adquiridos hay, lógica y temporalmente, un momento intermedio que es el de la disposición anticipada.<sup>42</sup>

16.- A idéntica conclusión se llega en el caso de la novación contractual. En efecto, la novación no supone renuncia ni disposición de derechos, puesto que, como

---

<sup>41</sup> GULLON BALLESTEROS, A. "Comentario al art. 6 del Código Civil" en AA.VV. Comentario del Código Civil, citado, pág. 34.

<sup>42</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad de derechos", citada, pp. 10 y 11 del ejemplar fotocopiado. Para la mejor comprensión del momento temporal de la disposición anticipada, señala un ejemplo, totalmente clarificador: Si las partes en el contrato pactan un salario inferior al mínimo interprofesional, la cláusula es ilegal y nula por contravenir directamente el 3.1.c ET, es el momento de la inderogabilidad. Si el trabajador, formalizado su contrato e iniciada la relación laboral, renuncia a percibir el S.M.I. antes del devengo de su salario, dicha renuncia será inválida, es el momento de la renuncia anticipada, puesto que el trabajador, aún no tiene el crédito salarial sobre el empresario. Por último, si devengado dicho crédito (por transcurso de la mensualidad correspondiente), el trabajador renuncia al cobro del SMI se trata de una renuncia posterior a la adquisición del derecho.

tal, esta institución (arts 1203 y ss Código Civil) no puede reducirse a una simple renuncia de derechos<sup>43</sup>, ni siquiera a una disposición de los mismos<sup>44</sup>, ya que ambas (novación y disposición) actúan en planos diferentes: "La novación actúa en el plano de la regulación de la relación laboral, por lo tanto en el plano de la fijación de los respectivos derechos y obligaciones. La disposición actúa en el terreno de unos derechos ya adquiridos".<sup>45</sup>

Nuevamente, en la determinación del contenido del contrato de trabajo a través del instrumento novatorio se observa que las partes encuentran el límite claro de la inderogabilidad de las normas imperativas, en la formulación analizada, que tiene en el campo laboral en virtud del artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores, operando la interdicción de la disposición de derechos en el plano aplicativo, y no en el constitutivo.

Y ello, a pesar del empeño de la Jurisprudencia en utilizar argumentalmente el artículo 3.5 para concluir que no es posible una novación constitutiva que permita

---

<sup>43</sup> OJEDA AVILES, A. "La renuncia de derechos...", citada, pág. 240.

<sup>44</sup> RAMIREZ, J.M. "La indisponibilidad...", citada, pág. 45 del ejemplar fotocopiado.

<sup>45</sup> Ibíd, pág. 45 del ejemplar fotocopiado.

a las partes sustituir un contrato de duración indefinida por otro de naturaleza temporal, debido a que el derecho a la estabilidad en el empleo, no es renunciable para el trabajador.<sup>46</sup> A este respecto, si admitimos que la extinción contractual por mutuo acuerdo no constituye renuncia alguna<sup>47</sup>, producida ésta, nada impide a las partes concertar un nuevo contrato de naturaleza temporal con sujeción a las reglas imperativas que rigen este tipo de contratación. Por ello, como acertadamente ha puesto de relieve RAMIREZ, en los casos de conversión de un contrato indefinido en temporal, analizados por la jurisprudencia, late, por diversas circunstancias un fraude de ley, señalado igualmente como argumento adicional por la practica totalidad de las sentencias que comentamos, por lo que "la utilización del concepto de fraude de ley permitirá alcanzar los mismos resultados

---

<sup>46</sup> Vide, entre muchas otras, STS de 19 de Junio de 1990 (Ar. 5485), 22 de Junio de 1990 (Ar. 5507), STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de Julio de 1990 (Bol. 675) y STSJ de Galicia de 4 de Abril de 1992 (Ar. 2044). En todas ellas se repite en parecidos términos la siguiente formulación: "la condición de trabajador fijo es irrenunciable de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.5 del ET, ya que afecta a un derecho fundamental de la esfera jurídico laboral como es la estabilidad en el empleo".

<sup>47</sup> El tenor literal del artículo 49.1 ET es claro al respecto, y la jurisprudencia unánimemente ha entendido que el art. 3.5 ET no impide que el trabajador se aquiete a una extinción contractual mutuamente pactada. Vide, por todas STS de 25 de Noviembre de 1986 (Ar. 6513) de 22 de Junio de 1988 (Ar. 5452), y STCT de 26 de Abril de 1988 (Ar. 3025) y de 7 de Febrero de 1989 (Ar. 1371).

tuitivos que la utilización del concepto de renuncia, pero, concederá una mayor flexibilidad de criterios al Magistrado, facilitándole el valorar adecuadamente las circunstancias de cada caso".<sup>48</sup>

2.1.4.- El principio de no discriminación como límite a la autonomía de la voluntad.

17.- La doctrina, al analizar genéricamente los límites a la autonomía individual como reguladora del contenido del contrato, o específicamente los límites de sus condiciones concretas, ya en el momento constitutivo o en el novatorio, es constante en señalar que dicha autonomía contractual tiene como límite el principio de no discriminación contenido en el art 14 de la Constitución Española y en los arts 4.2.c. y 17 del Estatuto de los Trabajadores<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad...", citada, pp. 48-49 del ejemplar fotocopiado. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de Septiembre de 1990 (Bol. 764), no considera que existe renuncia, cuando los trabajadores, voluntariamente decidieron extinguir su relación laboral para pasar a la de personal estatutario, aunque ésta última supusiese menores ventajas en cuanto a determinados derechos, no existiendo fraude de ley.

<sup>49</sup> Así genéricamente SALA FRANCO, T. "La funcionalidad del pacto...." citado, en la pág 13 del ejemplar fotocopiado señala: "todos estos pactos individuales tendrán como límite el respeto al principio

El principio de no discriminación<sup>50</sup>, como manifestación del mas amplio de igualdad, está establecido con carácter general en el artículo 14 de la Constitución, y con carácter específico en los artículos 4.2.c. y 17 del Estatuto, por lo que al campo laboral se refiere, así, mientras que el primero de los preceptos citados lo configura como un derecho del trabajador (derecho a no ser discriminado), el art. 17. 1 ET declara la nulidad "ex nunc" de los preceptos, cláusulas de convenios, pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que sean discriminatorios. Es, pues,

---

de no discriminación de conformidad con los arts. 4.2.c y 17 del ET". Específicamente al hablar de la jornada, MARTIN VALVERDE, A. "Modificaciones de la jornada y el horario...", citado, en AA.VV. "Estudios sobre la Jornada" citado, en la pág. 702 dice : "Siempre que el acuerdo novatorio respete las condiciones mínimas de la ley o del Convenio Colectivo, y siempre que no suponga discriminación, la novación contractual será legalmente posible".

<sup>50</sup> Sobre el amplio tema de la no discriminación en relación fundamentalmente al contrato de trabajo y a la autonomía individual, puede verse, entre otros, : ALARCON CARACUEL, M.R. "Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar" en RPS nº 121, 1979, pp. 5 y ss. IGLESIAS CABERO, M. "El principio de igualdad y la discriminación en la doctrina del TS y del TCT" en AL Tomo I/88, pp. 993 y ss. MONTOYA MELGAR, A. "El derecho a la no discriminación en el ET" en DL nº 7, 1983, pp. 9 y ss. RODRIGUEZ PIÑERO M & FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F. "Igualdad y discriminación", Tecnos, Madrid, 1986. RODRIGUEZ PIÑERO, M. "No discriminación en las relaciones laborales" en AA.VV. Comentarios a las leyes laborales. EL ET (dirigidos por E. Borrajo), Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, pp. 325 y ss. VALDES DAL-RE, F. "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador" en RL nº 8/1990, pp. 8 y ss.

indiscutible la naturaleza de derecho necesario absoluto y el carácter imperativo de ambos preceptos.

El alcance y contenido del derecho a no ser discriminados que tienen los trabajadores, y a la correlativa prohibición de los pactos discriminatorios, en tanto que integrados en un principio genérico de igualdad, ha sido precisado por constante y abundante doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria.<sup>51</sup> De tal suerte que no todo trato desigual es discriminatorio y que el principio de igualdad no debe llevar a la conclusión de aplicar criterios iguales a situaciones jurídicamente distintas.

No ordena la Constitución la existencia de un principio de igualdad de trato en sentido absoluto; por contra, la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desproporcionada de una justificación objetiva y razonable; la existencia de dicha justificación debe ser analizada en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, y en este sentido, el derecho a no

---

<sup>51</sup> STCO de 27 de Junio de 1981 (BOE 20-7-81), de 28 de Julio de 1982 (BOE 18-8-82) 14 de Febrero de 1983 (BOE 9-3-83), de 9 de Marzo de 1984 (BOE 3-4-84), entre muchas otras.

STS de 7 de Febrero de 1989 (Ar. 697), de 8 de Julio de 1989 (Ar. 5439), de 23 de Octubre de 1989 (Ar. 7320). STCT de 15 de Junio de 1988 (Ar. 297), de 4 de Octubre de 1988 (Ar. 6443) y de 14 de Noviembre de 1988 (Ar. 7190). STSJ Comunidad Valenciana de 22 de Diciembre de 1990 (Bol. 1199) y de 28 de Septiembre de 1991 (BOL. 1183). La cita de todas sería muy extensa, por lo que solo se hacen referencia a las manejadas para la cuestión.

ser discriminado debe entenderse, no en abstracto, sino en función de cada una de las situaciones jurídicas en que entre en juego y en función de los ámbitos normativos que las regulen.

18.- A los presentes efectos, importa delimitar como juega la interdicción de discriminación en el momento constitutivo o novatorio del contrato de trabajo, cuando las partes conforman y determinan las condiciones del contrato, a la luz de la interpretación que de tal principio ha hecho la jurisprudencia constitucional. En este sentido, aún cuando la mayoría de las resoluciones de los tribunales se refieren al momento aplicativo, no faltan, como inmediatamente veremos, concretas referencias al juego del principio de no discriminación en relación a la autonomía individual como fuente de determinación de las obligaciones contractuales.

Cuando el Estatuto en su artículo 17 sanciona la nulidad de "los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario" de carácter discriminatorio, no lo hace con una vocación clasificatoria, sino omnicomprendensiva, en el sentido de encuadrar todas las medidas discriminatorias de procedencia empresarial, sea cual sea el vehículo formal utilizado para ello: pacto, acuerdo o condición del contrato de trabajo (formalmente aceptada por el trabajador) y decisión unilateral del

empresario,<sup>52</sup> de tal forma que todo aquello que vulnere el correlativo derecho a no ser discriminado establecido en el art. 4.2.c. ET, es nulo. Ahora bien, la vulneración de tal derecho puede realizarse por decisión unilateral del empresario, o por pacto individual, pudiendo ser éste constitutivo o novatorio, de tal suerte que el principio de no discriminación en relación al contrato individual de trabajo puede actuar en dos fases: a la hora de la contratación misma y en el posterior desarrollo de la relación laboral.<sup>53</sup>

En cualquiera de estas dos fases, el derecho a no ser discriminado, entra en conexión con la autonomía individual como fuente constitutiva y reguladora de la relación jurídico laboral que del contrato nace; y esa fricción se resuelve, en nuestro ordenamiento jurídico, con una clara primacía de la tutela antidiscriminatoria frente a la autonomía contractual.<sup>54</sup>

19.- El derecho a la no discriminación se configura, así, como un "límite de la consideración originaria de la

---

<sup>52</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "No discriminación en las ...", citado, pág. 415.

<sup>53</sup> MONTOYA MELGAR, A. "El derecho a la no discriminación en el ET", citado, pág. 12.

<sup>54</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "No discriminación en las....", citada, pág. 415.

autonomía privada como esfera de libre decisión"<sup>55</sup>, de forma que la voluntad de las partes, en la determinación del contenido contractual, en el campo laboral, se encuentra con la limitación derivada de la prohibición de tratamiento discriminatorio, en la configuración que del mismo ha realizado la doctrina del Tribunal Constitucional antes citada, según la cual no hay que entender dicho principio como consecuencia de una igualdad de carácter absoluto, dado que "la legislación laboral, desarrollando y aplicando el artículo 14 de la Constitución, ha establecido en el art. 4.2.c. del Estatuto y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre los trabajadores por una serie de factores que cita, pero según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto" (STCO de 9 de Marzo de 1984),<sup>56</sup> y, conectando la anterior afirmación, deduce las consecuencias que de la misma deben traducirse para la voluntad de los contratantes del pacto individual, al añadir que "ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores del principio

---

<sup>55</sup> Ibíd, pág. 415.

<sup>56</sup> Ar. 34. BOE 3 de Abril de 1984.

de igualdad, no desaparece dejando un margen en el que el acuerdo privado puede libremente disponer".

La anterior doctrina ha sido recogida, lógicamente, por la jurisprudencia ordinaria que, en su aplicación, ha señalado que, los límites que al pacto contractual establece el principio de la no discriminación, vienen determinados por la incidencia en el trato desigual de alguna de las causas señaladas en el artículo 14 de la Constitución y en el Estatuto por un lado, y en la ausencia de arbitrariedad por otro, entendida esta última como falta de una justificación objetiva y razonable.<sup>57</sup>

En todo caso, conviene señalar que, aunque el principio de no discriminación, en el sentido antes analizado, suponga un verdadero límite a la autonomía de las partes en la determinación del objeto del contrato de trabajo, el fundamento de tal limitación se encuentra no tanto en la fuerza prohibitiva del art 17 del Estatuto, que obviamente si opera, cuanto en la prohibición establecida en el artículo 3.1.c ET de que el contrato establezca disposiciones contrarias a las normas absolutamente imperativas, cuales son en el presente caso

---

<sup>57</sup> En este sentido, vide entre otras muchas, las Sentencias del TS, del TCT, y de los TSJ citadas en la nota 267, en especial las del TS de 23 de Octubre de 1989, TCT de 15 de Junio de 1988, de 14 de Noviembre de 1988 y TSJ Comunidad Valenciana de 28 de Septiembre de 1991.

las establecidas en el artículo 4.2.c. y el propio 17.1 del Estatuto.

## **2.2. Autonomía individual y autonomía colectiva.**

### 2.2.1. La relación entre el contrato y el convenio colectivo.

20.- En el estudio de la determinación de las posibilidades del acuerdo de la voluntad de las partes para la regulación del contenido del contrato de trabajo realizado en el apartado precedente, se ha intentado soslayar, conscientemente, cualquier referencia al convenio colectivo como límite a la facultad de las partes en la determinación de las condiciones contractuales. Y ello porque dicha problemática requiere un tratamiento específico, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque el sometimiento que a la voluntad de las partes impone el artículo 3.1.c del ET en relación a las normas convencionales requiere un análisis distinto, en alguna medida, del realizado con respecto a las disposiciones legales o reglamentarias del Estado; y, en segundo lugar, porque la cuestión se encuadra en un tema mucho mas amplio, al que necesariamente hay que referirse, cual es el de las complejas relaciones entre

autonomía colectiva y autonomía individual.

21.- Ya he puesto de relieve como el Derecho del Trabajo clásico resuelve la particular relación de complementariedad entre heteronomía (entendiendo como tal también la autonomía colectiva, puesto que es heterónoma para las partes del contrato) y autonomía, concediendo a esta última campos de actuación reducidos, de tal suerte que el contenido del contrato de trabajo está, en su mayor parte, predeterminado a través de la ley y el convenio colectivo. Sin embargo, también es cierto que, el derecho del trabajo ha sido calificado como un derecho vivo y en continua evolución<sup>58</sup>, y que su vocación es la de ser un derecho a la medida del hombre<sup>59</sup>, de tal suerte que a lo largo de su corta historia aquella relación entre lo colectivo y lo individual nunca ha sido estable positivamente ni ha sido pacífica doctrinalmente. Tradicionalmente, dicha relación se había planteado, sobre todo, como una protección de la esfera individual frente al poder colectivo, de tal suerte que debían ser indisponibles para la autonomía colectiva derechos

---

<sup>58</sup> SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 25.

<sup>59</sup> ROMAGNOLI U. "Un diritto a misura d'uomo" en RCDP, 1989, pág 185.

singulares obtenidos vía individual.<sup>60</sup> Sin embargo, la búsqueda de un espacio contractual propio, distinto y exento de la regulación de la autonomía colectiva, en el que las partes no se limitan a constituir formalmente la relación laboral que del contrato nace, sino que a través de dicha función constitutiva y, fundamentalmente a través de la función reguladora, establecen para su relación los pactos que tienen por conveniente, ha sido una tendencia constante en el devenir del sistema normativo de las relaciones laborales<sup>61</sup>, tendencia más acusada en los últimos tiempos, y que tiene la peculiaridad de construirse sobre la base de la libertad del individuo y de la desigualdad de intereses entre los propios trabajadores.

22.- Sin entrar en planteamientos de carácter general, sobre los que la reciente literatura jurídico

---

<sup>60</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical", en RL nº 15/92, pág. 1.

Sobre la cuestión vide el interesante capítulo titulado La compleja y delicada cuestión de la disponibilidad colectiva de derechos, posiciones y situaciones individuales de los trabajadores, en el libro del Profesor GARCÍA PERROTE, I. "Ley y Autonomía Colectiva", citado, pp. 362-388.

<sup>61</sup> Vide al respecto STEECK, W. "Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali" en GDLRI nº 40, 1988, pp. 673 y ss.

laboral es abundante<sup>62</sup>, las concretas relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva deben ser estudiadas en relación a nuestro ordenamiento jurídico positivo y, dentro del mismo, a la luz de la norma fundamental que regula la relación jurídica individual de trabajo: el Estatuto de los Trabajadores.

Es evidente que el Estatuto tuvo el enorme mérito de instaurar un sistema de negociación colectiva (pese a sus innegables defectos) en un ordenamiento como el nuestro, en el que la tradición del poder normativo de la autonomía colectiva era prácticamente nulo y que, de alguna manera, supo conjugar el papel del convenio colectivo de eficacia general en un sistema de pluralidad sindical. Ahora bien, tales méritos tuvieron contrapartidas de signo bien diferente, entre las que cabe destacar, a nuestros efectos, la "evidente indefinición de la auténtica misión del convenio colectivo en el ordenamiento jurídico... que llevará a la consecuencia de dejar sin solución unitaria los problemas más agudos de un ordenamiento pluralista como el español, entre ellos los relativos a las relaciones ley-convenio colectivo, o a las no menos complejas relaciones convenio

---

<sup>62</sup> Vide la bibliografía citada en el Capítulo I.

colectivo-contrato de trabajo".<sup>63</sup>

Es evidente que el ET estaba limitado, en cuanto a la determinación del posible contenido de la negociación colectiva, por el artículo 37.1 de la Constitución, y por el contenido del Convenio nº 152 de la OIT;<sup>64</sup> pero también es cierto que podía haber delimitado de mejor forma el papel reservado al convenio colectivo en relación a la ley y al contrato de trabajo, así como la solución a los problemas de concurrencia normativa (notoriamente insuficiente la regulación del art. 3.3 ET) y la delimitación de criterios claros en la intervención de los tradicionales criterios aplicativos de la norma laboral (norma mínima, norma mas favorable, indisponibilidad de derechos, condición mas beneficiosa), de tal suerte que todas estas carencias van a seguir constituyendo, en palabras de DE LA VILLA "un mundo críptico, proclive a las mas variadas interpretaciones

---

<sup>63</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. "Prologo" al libro Ley y Autonomía Colectiva de GARCÍA PERROTE, I., citado, pág. 8.

<sup>64</sup> La Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva "laboral", con lo que la fuerza del término, hace prácticamente imposible la delimitación del campo. De otro lado, el convenio 152 de la OIT señala que el objeto de los convenios colectivos consiste en "fijar las condiciones de trabajo y empleo", "regular las relaciones entre empleadores y trabajadores", "regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

doctrinales, y lo que es mucho peor, a las encontradas versiones jurisprudenciales, con resultados nada positivos para la seguridad jurídica".<sup>65</sup>

23.- Situadas, pues, en el plano de la inseguridad jurídica las relaciones entre convenio colectivo-contrato individual, no es propósito del presente trabajo realizar un exhaustivo análisis de las mismas sino concretar su estudio en el examen de los problemas que plantea un aspecto concreto de aquellas relaciones: el de la determinación de las prestaciones que constituyen el contenido del contrato de trabajo.

24.- Consecuentemente, ha de retomarse la interpretación del artículo 3.1.c del Estatuto en relación a los convenios colectivos, en la medida en que el mismo limita la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo como fuente generadora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, a la interdicción de establecer en el contrato condiciones menos favorables o contrarias a los convenios colectivos. A la ya conocida dificultad interpretativa de

---

<sup>65</sup> DE LA VILLA, L.E. "Prólogo" al libro Ley y Autonomía Colectiva de I. García Perrote, ya citado, pág. 7.  
En idéntico sentido se pronuncia SALA FRANCO "La seguridad jurídica y ....", citado, pág. 7 del ejemplar fotocopiado.

la expresión contrarias y del principio de mayor favor que contiene el precepto, se une, en este caso, el juego de la expresión constitucional "fuerza vinculante de los convenios" y, más concretamente, del derecho a la negociación colectiva como contenido implícito e inseparablemente del genérico derecho a la libertad sindical, cuya eficacia nadie discute, y que en todo caso deberá ser respetado por el pacto individual, en la medida en que será necesario delimitar en qué supuestos y condiciones pueden las partes actuar sin violar el contenido de tal derecho fundamental.

25.- A estos efectos, la interpretación del artículo 3.1.c. ET no resulta nada fácil, pues el análisis admite, en hipótesis, perspectivas diferentes.

De un lado, puede analizarse la posibilidad del pacto individual como determinador del contenido de las prestaciones contractuales, desde la consideración de que toda norma convencional es en sí misma indisponible, salvo que expresamente establezca lo contrario, y que, por lo tanto, la única posibilidad que le resta al acuerdo individual es la de mejorar las condiciones fijadas por el convenio colectivo. Desde esta óptica la autonomía colectiva, en el sistema de fuentes, puede establecer las concretas especificaciones de la relación laboral, con el único respeto a la ley y, una vez

determinadas, no es posible su modificación, salvo que la misma esté encaminada a mejorar directamente, en beneficio del trabajador, dichas condiciones convencionales. <sup>66</sup> A mayor abundamiento, se señala, que la fuerza vinculante de los convenios deriva directamente de la propia Constitución "ex artículo 37.1" y que la negociación colectiva está inmersa en el derecho fundamental a la libertad sindical (forma parte de su contenido esencial), de tal suerte que, en determinadas ocasiones, una regulación individual distinta de la colectiva, puede constituir un atentado a la libertad sindical, por producirse una ruptura intencionada del orden contractual colectivo, destruyéndose o debilitándose extraordinariamente la relación negocial entre las partes del convenio y, por consiguiente, la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos de representación y defensa de intereses a través de la

---

<sup>66</sup> Es esta la opinión de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, que ha entendido con carácter general que "el convenio ha de aplicarse en sus propios términos dada la comunicabilidad de sus normas, pactadas unas en función de las otras" lo que implica que "los pactos celebrados en el ámbito de la relación individual, sólo serán válidos y prevalecerán, cuando de ellos se derive un valor igual o superior al que se obtendría de aplicar la regulación convencional general" (STSJ de Madrid de 30 de Abril de 1992. Ar. 2175).

negociación colectiva.<sup>67</sup>

De otro lado, y con fundamento en los derechos constitucionales de libertad y libre desarrollo de la personalidad, se señala que la autonomía colectiva no puede sustituir con carácter general la voluntad individual del trabajador como persona, de tal suerte que, con independencia de las condiciones cuantificables, el trabajador es el único capacitado para decidir lo más favorable para su propio interés y, en consecuencia, podrá pactar de forma distinta las condiciones establecidas por el convenio colectivo, como tenga por conveniente con el único límite de no vulnerar aquellos preceptos declarados como inderogables por el propio convenio. A través de la autonomía individual pueden los trabajadores autorregular mejor sus propios intereses, porque pueden considerar inadecuadas para ellos las

---

<sup>67</sup> GARCÍA PERROTE, I. "Autonomía individual en masa y antisindicalidad" en RL Tomo II/89, pág. 266.

En el mismo sentido vide: CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A. "Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del Convenio Colectivo" en RL Tomo II/88, pp. 159 y ss.

El TCO, entre otras, en sus sentencias 27/83 de 11 de Mayo (Ar. 27) y 39/86 de 31 de Marzo ha declarado que "forma parte del contenido esencial de la libertad sindical el derecho de los sindicatos de participar en la determinación de las condiciones de trabajo, cuyo instrumento básico, según se desprende de la Constitución y de los Convenios internacionales, es la negociación colectiva".

soluciones previstas en el convenio colectivo<sup>68</sup>, de forma que "la aceptación voluntaria y no viciada por parte del trabajador de una regulación distinta a la prevista normativamente, debe presumirse, salvo prueba en contrario, que es beneficiosa para el mismo".<sup>69</sup> Desde esta perspectiva, una interpretación correcta del artículo 3.1.c. del Estatuto debería distinguir entre condiciones "contrarias" y "distintas", reservando las primeras y el principio de mayor favor a las condiciones cuantificables y, en todo caso, a aquellas que el convenio haya declarado expresamente como indisponibles.

26.- Entre estas dos posturas globalizadoras (en el sentido de que a través de las mismas se observa la cuestión totalmente, sin descender al análisis de los distintos aspectos que la interpretación requiere), se mueve la generalidad de la doctrina -matizando aspectos al hilo de concretos pronunciamientos de los Tribunales-

---

<sup>68</sup> ROMERO DEL BUSTILLO, s. "Voluntad colectiva e individual en la relación laboral" en III Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva. CCNCC. Madrid, 1991, pág. 22.

<sup>69</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada" en DL nº 24, 1988, pág. 18.  
Este parece ser el sentido de varias sentencias del extinto TCT, sobre las que volveremos mas adelante, por todas: STCT de 26 de Enero de 1987 (RL.nº 20/21-91), de 16 de Marzo de 1988 (RL nº 20/21-91), de 15 de Marzo de 1989 (RL nº20-21-91) y la STSJ de Andalucía de 22 de Julio de 1989 ya citada.

y la propia Jurisprudencia, cuyo análisis lleva inmediatamente a la conclusión de que la contradicción es la nota predominante.

En efecto, frente a un grupo de sentencias del Tribunal Central de Trabajo, que en el estudio de la ordenación del tiempo de trabajo, generalmente, han llegado a la conclusión de la validez de los pactos individuales de aceptación de jornada partida pese a que el convenio preveía la continuada<sup>70</sup>, y de otros pactos sobre aspectos que el convenio no prohibía expresamente<sup>71</sup>, que han llevado a parte de la doctrina a señalar la existencia de una tendencia jurisprudencial empeñada en una suerte de intento de subvertir los principios que tradicionalmente han regido las relaciones entre convenio y contrato<sup>72</sup>, no han faltado decisiones de los Tribunales que no han dudado en señalar que el convenio colectivo es necesario e indisponible para el contrato individual, salvo que del mismo se deduzca

---

<sup>70</sup> STCT de 26 de Enero de 1987, 7 de Marzo de 1988, de 16 de Marzo de 1988 y 15 de Marzo de 1989 (todas ellas en RL nº 20-21/91, pp. 179 y ss).

<sup>71</sup> STSJ de Andalucía -Sevilla- de 22 de Julio de 1989 (Compilación de doctrina del TSJ de Andalucía nº 211) y STSJ de Galicia de 23 de Enero de 1991 (Ar. 69).

<sup>72</sup> GARCÍA PERROTE, I. "Autonomía individual en masa...", citado, pág. 256.

claramente lo contrario.<sup>73</sup>

### 2.2.2. La doctrina del Tribunal Constitucional.

27.- El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de incidir sobre el problema, indirectamente a través de algunas Sentencias<sup>74</sup>, y directamente a través del Auto de la Sala 1ª nº 1074 de 26 de Septiembre. El análisis de la doctrina contenida en dichas sentencias, y sobre todo en el auto referenciado, había permitido a DURAN señalar que la difícil cuestión de la relación entre la negociación colectiva y la autonomía individual se asentaba, según el Tribunal Constitucional en dos principios básicos<sup>75</sup>:

a) Uno, que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa, en los que las exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una

---

<sup>73</sup> En este sentido vide, por todas, STS de 15 de Marzo de 1990 (Ar. 2084) SAN de 2 de Enero de 1989 (Ar. 4) , STCT de 7 de Diciembre de 1988 (AL T-I/89, pág. 204).

<sup>74</sup> STCO 58/85 de 30 de Abril (BOE 5 de junio), STCO 95/85 de 29 de Julio (BOE 14 de Agosto), entre otras.

<sup>75</sup> DURAN LOPEZ, F. "Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo". MTSS, Madrid, 1992, pp. 208-209.

conformación colectiva de condiciones uniformes.

b) Y otro, que no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva contradiciendo el propio significado del convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual.

El propio Auto del Tribunal Constitucional señala que "la compatibilidad entre la autonomía individual y la autonomía colectiva no impide que, respetándose, en todo caso, los mínimos resultantes del convenio correspondiente, puedan mejorarse las condiciones de los trabajadores. Mejora de estas condiciones que, evidentemente, puede permitir un cierto margen de apreciación y valoración subjetiva, pero que, en la medida en que se oferten con carácter general y amplíen el propio ámbito de decisión de la autonomía individual de los trabajadores (autonomía, por lo demás, que no puede quedar anulada por la negociación colectiva, tal como se ha declarado en la STCO 58/85 de 30 de Abril) no debe estimarse como vulneradora del artículo 28.1 de la Constitución".<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Fundamento jurídico del Auto 1074/88 de 26 de septiembre. En el mismo fundamento se indica algo, que tiene su importancia, como veremos más adelante, en cuanto que es un reflejo de los hechos objeto del

La anterior doctrina parecía confirmar la examinada del extinto Tribunal Central de Trabajo sobre las nuevas posibilidades que al acuerdo individual le otorgaba una interpretación diferente de los términos del artículo 3.1.c. Sin embargo, la crítica o el aplauso a esa distinta interpretación seguían siendo la nota dominante en la doctrina.<sup>77</sup>

28.- En plena vigencia la discusión doctrinal y jurisprudencial esbozada en torno a las posibilidades del pacto individual como instrumento de determinación de condiciones contractuales, en relación al Convenio

---

pronunciamiento del Tribunal, así textualmente: "La incidencia en la negociación colectiva de la conducta observada por el banco no parece que pueda llegarse a calificar de obstativa o contraria a la libertad sindical, por cuanto que la simple propuesta u oferta de la empresa a sus trabajadores de acogerse voluntariamente a un nuevo horario, lo es sin perjuicio de mantener, en todo caso, el previsto en el Convenio Colectivo para aquellos que no deseen acogerse a esas nuevas condiciones laborales, y sin que el nuevo horario pueda afirmarse que es lesivo o perjudicial en términos generales para sus intereses individuales".

<sup>77</sup> Vide al respecto, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", en AA.VV. Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo" Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea, citado, pp. 262 y ss, en especial pp. 282 y ss.

Por contra, se seguía criticando el hecho de que la autonomía individual se utilizase "como mecanismo de fuga de la regulación del convenio colectivo, considerada no imperativa, o imperativa no contrariada por el pacto individual, pese a ser la regulación de esta distinta, o no indisponible a efectos de su renuncia" (CASAS BAAMONDE M.E. "La individualización...", citada, pág. 142.)

colectivo, dos recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, la de 1 de Julio de 1992 (BOE de 24 de Julio de 1992) y la de 28 de Junio de 1993 (BOE de 2 de Agosto de 1993), han intentado, al menos aparentemente, dar solución a las confusas relaciones entre la autonomía colectiva y la individual. Pero conviene analizarlas separadamente puesto que la segunda corrige, como se verá, determinados aspectos de la primera que en aquella ocasión no habían quedado lo suficientemente claros o habían dado lugar a interpretaciones confusas o dispares.

A) La STCO de 1 de Julio de 1992.

29.- Antes de entrar en el análisis concreto de los fundamentos jurídicos que el Tribunal Constitucional establece, conviene examinar los hechos que, de alguna manera, son paradigmáticos de lo que estamos examinando.

Una empresa del sector seguros, a partir del mes de marzo de 1987 ofreció a los trabajadores, mediante anuncio público en los centros de trabajo, la posibilidad de modificar de modo libre, voluntario e individual, el horario de jornada continua que venían prestando de lunes a sábado, por otro de jornada partida, con una compensación en pesetas por gastos de manutención. Dicha modificación de la jornada fue aceptada por la totalidad

de los trabajadores de 75 oficinas, en cuatro oficinas no lo aceptó nadie, y en las 30 restantes, hubo trabajadores que la aceptaron y otros que no. El convenio colectivo de ámbito estatal imponía la jornada continuada de mil setecientas cincuenta horas en cómputo anual, y exigía, para la modificación de la misma, consulta con los representantes de los trabajadores y acuerdo unánime de todos los trabajadores. Los sindicatos negociadores del convenio estatal, ante la modificación pactada por la empresa y gran parte de los trabajadores, promovieron demanda de conflicto colectivo, que tras diversos avatares fue desestimada por la Magistratura de Trabajo. Frente a lo cual interpusieron el correspondiente Recurso de Suplicación que también fue desestimado por el Tribunal Central de Trabajo, por lo que los actores interpusieron Recurso de Amparo, por entender que las mencionadas sentencias violaban el derecho a la libertad sindical establecido en el artículo 28.1 CE, recurso que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos.

Un primer análisis de los hechos, parecía llevar a la conclusión de que el Tribunal Constitucional denegaría el amparo, en aplicación de la doctrina ya sentada en el Auto 1074/88 de 26 de Septiembre; así lo solicitaron expresamente la empresa recurrida y el Ministerio Fiscal. Sin embargo, el Tribunal ha otorgado el amparo al

entender que se ha producido una efectiva violación del derecho a la negociación colectiva, como inmerso en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical.

30.- El razonamiento del Tribunal es muy simple. Parte de una premisa, ampliamente expuesta en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la sentencia, cual es que el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos está integrado en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución, precepto que "integra derechos de actividad de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos), medios de actividad que, por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a la que el sindicato es llamado por el artículo 7 CE, son un núcleo mínimo e indisponible de la actividad sindical"<sup>78</sup>; por lo tanto la libertad sindical "comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que está llamado por la Constitución. Por tanto, negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos ha de entenderse no sólo como una práctica vulneradora del

---

<sup>78</sup> Fundamento jurídico 4.

artículo 37.1 de la Constitución y de la fuerza vinculante de los convenios por dicho precepto declarada, sino también como una violación del derecho a la libertad sindical que consagra el artículo 28.1 CE".<sup>79</sup>

Sentada la anterior doctrina (que por otra parte, ya había fijado el TCO en numerosas sentencias anteriores)<sup>80</sup>, al Tribunal solamente le resta determinar si los hechos constituyen o no un atentado al derecho a la negociación colectiva, es decir, si la niegan, obstaculizan o desvirtúan. Y, en este sentido, la Sentencia establece que la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación de una oferta voluntaria formulada por la empresa vulnera el contenido de lo pactado en el convenio colectivo del sector en relación a la jornada de trabajo pues, "de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de

---

<sup>79</sup> STCO 105/92 de 1 de Julio. Fundamento jurídico 5.

<sup>80</sup> Vid, por todas STCO 39/86 de 31 de Marzo (Ar. 39), y STCO 108/89 de 18 de Junio (Ar. 108). Vide, también DURAN LOPEZ, F. "Jurisprudencia constitucional y ...." citado, en especial, caps. IV y V, la libertad sindical y la negociación colectiva, respectivamente, pp. 125 a 220.

los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 CE".<sup>81</sup>

31.- El razonamiento está terminado y en su consecuencia el amparo es otorgado. No obstante, el Tribunal añade a continuación dos argumentos que cabría calificar de justificadores de la decisión tomada:

-En primer lugar, señala: "con ello no queremos decir, naturalmente, que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas..., pero en los propios convenios colectivos y en el Estatuto de los Trabajadores se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes".<sup>82</sup>

Argumento criticable puesto que, interpretado el artículo 41 del ET por STCO 92/92 de 11 de Junio, la única posibilidad de modificar las condiciones convencionales, en la mecánica del TCO, parece ser la de los mecanismos de modificación y/o denuncia previstos en los propios convenios o en el Título III del ET, es decir, modificaciones colectivas, lo que en el futuro podría hacer poco atractiva la negociación colectiva para empresarios y determinados

---

<sup>81</sup> STCO 105/92 de 1 de Julio. Fundamento jurídico 6.

<sup>82</sup> STCO 105/92 de 1 de Julio. Fundamento Jurídico 6.

trabajadores, lo que, sin duda, no sería bueno, constituyendo en todo caso una consecuencia no deseada por la propia Constitución y por el régimen normativo ordinario.

-En segundo lugar, añade la Sentencia que "sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos". Afirmación cuya certeza relativa no puede discutirse, pero que no puede aceptarse con carácter absoluto, a la luz de los propios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en relación a la libertad sindical individual y a la propia fuerza vinculante de los convenios.<sup>83</sup>

32.- Con todo, las críticas que, además de las señaladas y, formal e independientemente del resultado, pueden realizarse a la sentencia son básicamente dos:

-De un lado, que parece contraponer autonomía individual "de los trabajadores" a autonomía colectiva, lo que llevaría el análisis al plano de la

---

<sup>83</sup> Vide STCO 118/83 de 13 de Diciembre y fundamentalmente la STCO 58/85 de 30 de Abril, ya citadas, en especial el fundamento jurídico 4.

indisponibilidad de derechos ex artículo 3.5 ET, cuando sería más lógico situar la contraposición entre autonomía individual de las partes (contrato constitutivo o novatorio) y autonomía colectiva, lo que implicaría necesariamente situar el análisis en el ámbito de la inderogabilidad de normas ex artículo 3.1.c ET.

-De otro lado, la Sentencia ha perdido la oportunidad de sentar doctrina sobre los respectivos campos de actuación del contrato y del convenio colectivo, desde un plano más global y totalizador, referenciando la doctrina anterior sobre la materia y, con independencia de la conclusión a la que se hubiese llegado, rectificar claramente la anterior, o por contra circunscribir la señalada a supuestos concretos.

33.- La conclusión evidente de cuanto se lleva dicho, a propósito de la Sentencia que comentamos, es que la llamada "individualización en masa" supone, en principio, una obstaculización o desvirtuación del ejercicio de la facultad negociadora atribuida constitucionalmente a los sindicatos y, por lo tanto, puede considerarse como vulneradora del derecho a la negociación colectiva contenido esencialmente en el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE. Así parece entenderlo RODRIGUEZ PIÑERO, quien, en comentario de urgencia, señala: "las nuevas articulaciones y equilibrios entre

convenio colectivo y contrato individual no llegan a permitir así una autonomía colectiva paralela ejercida desde la vía de la oferta general o plural a los trabajadores en masa eludiendo y soslayando la actuación de los sindicatos y el respeto del convenio colectivo aplicable".<sup>84</sup>

B) La STCO de 28 de Junio de 1993.

34.-La mas reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión se produce tras una petición de amparo por parte de un determinado Sindicato ante lo que entiende es una práctica de la empresa que provoca un determinado tipo de individualización de condiciones de trabajo producido en masa. Los hechos, resumidamente, son los siguientes:

La Compañía Telefónica de España, S.A., aprobó en junio

---

<sup>84</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Autonomía individual, negociación colectiva ....", citada, pág. 8. En la misma página, añade que la conclusión a la que llega el TCO "supone así un límite o restricción muy importante hacia determinadas prácticas que, en materia de jornada de trabajo, se habían venido imponiendo sobre todo en el sector bancario y financiero", puesto que "bajo la cobertura de una actuación bilateral y plural, se proponen o imponen adhesiones en masa que ocultan una transgresión del resultado colectivo, a través de una vía formalmente individual, aunque realmente colectiva, y que margina el papel de los sindicatos como interlocutores negociales y desconoce la fuerza vinculante del convenio".

de 1988 unas medidas, denominadas "de gestión dotación de recursos extraordinarios, que, básicamente, consistían en el establecimiento de unas gratificaciones extraordinarias y en un plus de disponibilidad. Las gratificaciones podían ser autorizadas por los Directores Provinciales de la Compañía para determinados empleados que reuniesen los requisitos de titulación y función que en las medidas se señalaban, siendo discrecional su distribución y asignación. El plus de disponibilidad se establecía para personal de mantenimiento que lo percibiría por cada día que estuviese en situación de localización inmediata para, en caso de urgencia, incorporarse al trabajo, con lo que el número de guardias era menor. El plus requería la aceptación de cada trabajador afectado.

El Sindicato accionante presentó demanda de conflicto colectivo en la que solicitaban que las medidas se declarasen nulas por constituir una práctica antisindical vulneradora del derecho constitucional a la negociación colectiva inmerso en el derecho a la libertad sindical. Dicha demanda, tras el correspondiente procedimiento ante el Juzgado de los Social y recurso fue desestimada, en su integridad, por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de Diciembre de 1989<sup>85</sup> que resolvió,

---

<sup>85</sup> Ar. 100.

definitivamente, en vía ordinaria, la cuestión. El sindicato formuló demanda de amparo que resuelve, denegatoriamente, la sentencia que analizamos.

Con independencia de que los dos tipos de medidas no responden a la misma génesis, pues unas pertenecen a la esfera de libre decisión del empresario y se incardinan en el denominado poder de dirección y al principio de libertad de empresa, igualmente consagrado en la Constitución, y otras pertenecen a la esfera de la autonomía individual pues requieren para llevarlas a cabo el libre acuerdo de la voluntad del trabajador, pudiera parecer que, en el fondo, los hechos son similares a los analizados en la STCO 105/92. Sin embargo, el análisis de la resultancia fáctica de la STCO 208/93 presenta tres matices de extraordinaria importancia para entender el razonamiento jurídico efectuado por el Tribunal Constitucional y que, también, fueron destacados por la Sentencia de la Audiencia Nacional:

- a) Que el Sindicato accionante no formó parte de la comisión negociadora del Convenio Colectivo vigente en la empresa.
- b) Que las medidas no han supuesto, modificación, vulneración o alteración de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable por ser una materia no regulada por el Convenio Colectivo.
- c) Se trata, por tanto de mejoras salariales que

respetan los mínimos fijados en el convenio colectivo.

35.- El Tribunal Constitucional para el adecuado tratamiento de la cuestión parte de la necesidad de recordar que el Recurso de Amparo no permite impugnaciones abstractas, por lo que no puede ni debe entrar en el examen abstracto planteado en la demanda sobre el alcance del derecho a la negociación colectiva en cuanto manifestación del derecho de libertad sindical y sobre el enjuiciamiento global autonomía colectiva-autonomía individual en relación con los llamados acuerdos individuales en masa. Por ello, la consideración de los matices antes apuntados es determinante para la denegación del amparo con fundamento en argumentos ya utilizados por el propio Tribunal.

En efecto, dos constituyen, básicamente, los razonamientos que llevan a la desestimación del recurso:

1.- El primero relativo a la propia lesión de la libertad sindical para lo que es relevante el hecho de que el Sindicato accionante no fue parte en la negociación del convenio cuya supuesta violación integra el contenido de la libertad sindical lesionada según la tesis del solicitante del amparo. Al tratarse de un convenio de empresa, la legitimidad negocial esta encomendada por la legislación ordinaria a los comites de empresa y a las secciones sindicales si las hubiese,

y ello no supone en modo alguno lesión de la libertad sindical del recurrente.

2.-El segundo, relativo al espacio regulador que la autonomía individual tiene reservado en el concreto sistema de fuentes de la relación laboral, para lo que es relevante el hecho de que las medidas sujetas a discusión son materia no regulada por el convenio colectivo. En ese sentido, el Tribunal destaca que "la capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone sobre la voluntad unilateral del empleador, impide que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero sólo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales"<sup>86</sup>. En el presente supuesto la autonomía individual (y el poder de dirección) se desenvuelven en un campo que les es propio: el de la regulación de aquellas condiciones no contempladas ni reguladas por la ley o el convenio.

36.- Los anteriores razonamientos serían suficientes para la denegación del amparo. No obstante, el Tribunal Constitucional añade un "escursus doctrinal" sobre dos

---

<sup>86</sup> Fundamento jurídico 4.

cuestiones concretas, de notoria importancia, que, sin embargo, no tienen relación directa con el fallo de la sentencia.

El primero de los problemas planteados radica en la posibilidad de que se produjera violación del derecho a la negociación colectiva por el hecho de que la autonomía individual al regular cuestiones no contempladas en el convenio impidiese que, en el futuro, la negociación colectiva pudiese incidir sobre las mismas. El Tribunal sale al paso de tal cuestión señalando que "la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión"<sup>87</sup>.

El segundo de los problemas remite al análisis de si la medida adoptada por la empresa pudiera tener tal entidad como para afectar al propio sistema de negociación colectiva, por excluir la posibilidad de negociación colectiva a través del correspondiente convenio, para concluir que "sólo una utilización masiva de la autonomía individual, para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva, sería dudosamente compatible con las bases

---

<sup>87</sup> Fundamento jurídico 4, párrafo 3º.

constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales que trata de hacer compatibles, la libertad sindical, con el consiguiente predominio de lo colectivo sobre lo individual, y la libertad de empresa que es un espacio abierto a la autonomía individual"<sup>88</sup>.

### 2.2.3. La delimitación de la función reguladora de la autonomía individual en relación a la autonomía colectiva.

37.- Sin embargo, sigue sin delimitarse el papel que el pacto individual puede ejercer, en relación a la norma colectiva, para determinar las condiciones de la prestación laboral, porque subsisten algunos problemas interpretativos en orden a configurar el margen de actuación de la autonomía individual y, sobre todo, el margen de apreciación y valoración subjetiva que las partes del contrato tienen en orden a determinar por si mismas el alcance y el sentido del principio de mayor favor establecido en el artículo 3.1.c ET y la distinta valoración de las condiciones que pueden hacer<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Fundamento jurídico 5, párrafo 2º.

<sup>89</sup> Problemas interpretativos de los que dan buena cuenta varias sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, por todas, vide: STSJ de Andalucía -Sevilla- de 5 de Junio de 1992 (AL nº 1/93, marginal nº 13) sobre

Una posibilidad para dicha delimitación consistiría en distinguir entre partes esenciales y no esenciales del convenio, de tal suerte que las primeras serían de todo punto inderogables, solo admitiendo modificaciones in melius, mientras que las segundas serían, disponibles para las partes. Así parece entenderlo la propia STCO de 1 de Julio, que hemos comentado, al señalar que, de "mantener vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo -y el régimen de la jornada de trabajo lo es-, sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio".<sup>90</sup> Sin embargo, la dificultad para determinar que son pactos sustanciales o esenciales en un convenio es muy grande; baste como muestra, que el propio régimen de la jornada es considerado esencial por el Tribunal Constitucional,

---

cambio de horario de jornada continuada a partida en el que otorga validez al pacto individual en virtud del cual se acuerda jornada partida. STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de Julio de 1992 (RL, TSJ-180) en el que establece la inviabilidad de modificar el régimen de jornada establecido en convenio colectivo a través de acuerdos individuales. STSJ de La Rioja de 8 de Junio de 1993 (Ar. 2783) en el que declara la nulidad de la adhesión individual a un convenio distinto del aplicable respecto de mejoras voluntarias de protección de seguridad social.

<sup>90</sup> STCO 105/92, Fundamento jurídico 6.

mientras que la doctrina no ha dudado en señalar el "relevante papel que desempeña en la regulación del tiempo de trabajo la autonomía de la voluntad".<sup>91</sup>

Otra posibilidad estribaría en trasplantar al convenio colectivo la clasificación de las normas, en orden a su disponibilidad, a los preceptos del convenio. Así, en el mismo existirían cláusulas absolutamente imperativas y otras dispositivas, junto con algunas que establecerían mínimos o máximos de derecho necesario.<sup>92</sup> A la notoria dificultad de calificar, en cada caso, la naturaleza jurídica de cada pacto, agravada en el presente supuesto por la escasa técnica jurídica con la que se redactan la mayoría de los convenios, y aún reconociendo las

---

<sup>91</sup> MARTIN VALVERDE, A. "Modificaciones de la jornada y....", citado, en AA.VV. Estudios sobre la jornada de Trabajo. ACARL, Madrid 1991, pág. 700. Igualmente añade: "la consistencia del interés individual es tal en estas materias que no parece razonable desplazar su valoración al plano colectivo, en aquellos casos en que lo que está en juego es una decisión que afecta únicamente a trabajadores singulares, y no al conjunto del personal o a grupos genéricos de los mismos".

<sup>92</sup> D'ANTONA, M (La autonomía individual y las fuentes....", citado, pp. 28-30, establece una clasificación de los contenidos de la negociación colectiva en relación a la función que las mismas realizan, aparte de la de tutela mínima, y así distingue entre normas colectivas standard, normas que crean deberes de conducta organizativa, normas provenientes de competencias autorizadoras de la ley y normas colectivas que inciden en los poderes empresariales. Entiendo que no puede delimitarse el papel del contrato en orden a la delimitación de las prestaciones que constituyen su objeto, en relación al pacto colectivo, desde dicha distinción, útil por lo demás, a otros fines.

posibilidades que tal distinción aporta, siguen planteándose problemas de notoria importancia, relativos a la consideración o no de todo el conjunto normativo del convenio como indisponible y, fundamentalmente, al alcance de las posibilidades contractuales en relación al derecho de libertad sindical.

38.- Un intento de establecer pautas concretas que permitan conocer el juego de la autonomía individual en la determinación de las prestaciones objeto del contrato, en relación a la norma colectiva, exige con carácter previo, analizar las siguientes distinciones:

a) En primer lugar, es necesario distinguir entre condiciones establecidas en convenio colectivo de aquellas sobre las que la norma pactada nada dice; de tal suerte que sólo las primeras podrán limitar el juego de la autonomía individual, la cual podrá precisar condiciones de trabajo no establecidas colectivamente. En definitiva, con esta distinción se reconoce el papel que a la autonomía de la voluntad otorga el propio artículo 3.1.c del Estatuto, sin que quepa admitir que sólo colectivamente pueden definirse los intereses del trabajador, ni a nuestros efectos pueda hablarse de condiciones implícitas en la regulación de todo convenio

colectivo.<sup>93</sup>

b) En segundo lugar, en el contenido del convenio es posible separar condiciones cuantificables y no cuantificables.<sup>94</sup> Aquellas son valorables en términos económicos o bien establecen cantidades cuya objetivización es palpable (salario, cuantía de complementos salariales o extrasalariales, número de horas de trabajo, días de permiso retribuido, etc), por el contrario hay condiciones difícilmente traducibles en términos económicos o difícilmente objetivables (jornada continuada o partida, funciones asignadas a una categoría, época de disfrute de vacaciones, etc).

c) En tercer lugar, hay que diferenciar también entre condiciones establecidas en los convenios colectivos, según que las mismas se refieran a la relación individual de trabajo o por el contrario establezcan condiciones de carácter colectivo en esencia, cuya virtualidad ni se agota ni encuentra su adecuada aplicabilidad en el contrato de trabajo. Y aunque parece obvio que sólo las

---

<sup>93</sup> En este sentido DURAN LOPEZ- SAEZ LARA "Autonomía colectiva y autonomía....", citada, pág. 115. También la propia STCO de 28 de Junio de 1993, anteriormente analizada.

En contra CASAS BAAMONDE- BAYLOS GRAU "Organización del trabajo y autonomía individual....", citada, pág. 172.

<sup>94</sup> La distinción entre condiciones cuantificables y no cuantificables en DURAN LOPEZ-SAEZ LARA "Autonomía colectiva y autonomía ....", citada, pp. 115-116.

primeras afectan al objeto del contrato, no resulta baldío señalar que determinadas condiciones convencionales son indisponibles para el contrato individual por la propia naturaleza colectiva de tales disposiciones, singularmente son las relativas a derechos sindicales, seguridad y salud laboral y organización general del trabajo. Se trata de distinguir entre condiciones establecidas en convenio colectivo cuya cabal aplicación solo es factible desde la perspectiva colectiva y aquéllas otras de posible aplicación personal. En esta precisa línea argumental se sitúa una consolidada doctrina del Tribunal Supremo que, respecto de condiciones establecidas en Convenio Colectivo extraestatutario, declara su invalidez por ser aplicación colectiva y no individualizada<sup>95</sup>.

d) Ya en el apartado anterior se ha señalado que la determinación de las condiciones que constituyen el objeto del contrato, puede fijarse inicialmente en el momento constitutivo o, posteriormente, a través del instrumento novatorio. De tal forma que, en relación a la

---

<sup>95</sup> Vide, por todas, la STS de 30 de Mayo de 1991 (Ar. 5233) que señala "cuando se celebra convenio colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus cláusulas, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación solo fuera posible desde su eficacia erga omnes, habría que convenir que dichas cláusulas no serían legalmente válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el Estatuto de los Trabajadores".

fijación y/o modificación de dichas condiciones contractuales es posible distinguir, también, según la expresada fijación o modificación sea individual o colectiva.<sup>96</sup> Con esta distinción se pretende separar la utilización de la vía contractual como medio para adecuar a la concreta relación individual las previsiones normativas de carácter convencional, que responderá al interés específico de cualquiera de las partes (empresario o trabajador) o al interés de ambos; del uso del contrato de forma masiva como instrumento mediante el cual resultan ineficaces con carácter general las condiciones establecidas a través de la negociación colectiva. La dificultad estriba, evidentemente, en decidir cuando una concreta fijación o modificación de condiciones es individual o colectiva, puesto que el criterio numérico de trabajadores afectados, aunque indiciario, no debe ser determinante de dicha calificación. Como pone de relieve BORRAJO, el riesgo de

---

<sup>96</sup> Distinción entre fijación o modificación individual o colectiva que ya ha sido apuntada por la doctrina y que ha permitido acuñar el término "autonomía individual en masa", cfr GARCÍA PERROTE, I, "Autonomía individual en masa y....", citado. Vide, también RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad, juridificación y ...", citado, CASAS BAAMONDE-BAYLOS GRAU "Organización del trabajo y...", citado, OJEDA AVILES A. "Autonomía colectiva y ...", citado. En especial sobre el sentido de las fijaciones o modificaciones individuales y colectivas por la autonomía individual, vide DURAN LOPEZ- SAEZ LARA "Autonomía colectiva y ....", citada, pp. 116 y ss.

conducta fraudulenta o abusiva existe y se aprecia cuando la contratación individual en masa es torticera, pero no se presume por el simple hecho de un uso repetido del acuerdo individual<sup>97</sup>.

DURAN y SAEZ señalan que el criterio diferenciador es eminentemente causal. Las colectivas, son aquellas que tienen su origen en una decisión empresarial de reorganización técnica, productiva o económica, están motivadas o dirigidas a la tutela del interés del empresario (con independencia de que coincida o no el interés del trabajador). Las individuales serían aquellas que, con independencia también de la coincidencia de intereses, tienen su origen en una causa que es reconducible a la esfera del trabajador.<sup>98</sup> Se podrá argumentar que, desde esta perspectiva, la dificultad estriba en averiguar cuando una fijación y/o modificación de condiciones convencionalmente previstas tiene una causa empresarial o, por contra, está inmersa en la esfera del trabajador; pero es ésta una cuestión de valoración de hechos y de indicios que corresponde a la

---

<sup>97</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Dirección de empresa y Autonomía Colectiva" Comentario a la STCO de 28 de Junio de 1993. En A.L. nº 30/1993, pág. 1808.

<sup>98</sup> DURAN LOPEZ-SAEZ LARA, "Autonomía colectiva y ...", citada, pág. 117.

función típica de la jurisdicción<sup>99</sup>.

e) También sería posible añadir otra distinción más según las condiciones de que se trate proviniesen de un convenio colectivo de ámbito supraempresarial o de empresa. En el primer caso podría parecer posible una especie de descuelgue por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador, en el segundo caso, convenios de empresa, no. Sin embargo entiendo tal posibilidad incompatible con el ordenamiento vigente y con el sistema de fuentes establecido en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>100</sup>.

39.- Desde esta múltiple distinción apuntada, es posible construir un intento de aproximación a la espinosa cuestión de los límites de la función de la

---

<sup>99</sup> Ejemplo de esta labor lo constituye la STSJ de Cataluña de 1 de Junio de 1992 (AL nº 10/93, Marginal 266) en la que el Tribunal considera la idéntica redacción de una cláusula, que no guarda relación alguna con posibles peculiaridades de la prestación de trabajo, junto con otros hechos, como demostrativa de un formulario de adhesión útil, tan solo, al empresario.

<sup>100</sup> El proyecto de ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores, prevé la modificación, entre otros, de los arts 82.3 y 85, que de no sufrir modificación en vía parlamentaria permitieran el descuelgue en el ámbito de las empresas de las condiciones salariales pactadas en un convenio de ámbito supraempresarial. Sin embargo, tal descuelgue se supedita a las condiciones y procedimientos establecidos en el propio convenio que, en todo caso deberán ser mediante acuerdos colectivos, quedando, lógicamente vedada, la posibilidad de descuelgue individual.

autonomía individual, en concurrencia con la negociación colectiva, para la determinación del objeto del contrato de trabajo, de tal suerte que, al respecto se podrían señalar las siguientes conclusiones:

1ª.- Hay que dejar a salvo la posibilidad de las partes de fijar o establecer condiciones, de cuya regulación no se haya ocupado la autonomía colectiva, es decir, que no figuren incorporadas al convenio colectivo, tal como lo establece la reseñada STCO de 28 de Junio de 1993, excepto que la no incorporación de dicha regulación en el convenio sea debida a la no aceptación por parte del Comité de Empresa o representación sindical en el convenio; es decir ante la negativa de la representación de los trabajadores de aceptar, en la negociación del Convenio Colectivo, una concreta propuesta empresarial, no es dable optar por la vía de la adhesión individual de los trabajadores, con posterioridad a la firma del convenio, pues supondría burlar al sujeto colectivo con el que se estaba negociando y, en definitiva, violentar el derecho a la libertad sindical<sup>101</sup>.

2ª.- Existen en los convenios colectivos normas que son inderogables e indisponibles para la autonomía individual; se trata de preceptos que sólo tienen

---

<sup>101</sup> Vide: STSJ de Madrid de 16 de Julio de 1992 (RL, TSJ 209).

sentido en sí mismos desde la perspectiva colectiva, puesto que regulan condiciones que sólo desde dicha perspectiva tienen virtualidad práctica y concreta. Son preceptos cuya razón de ser deriva de la aplicación uniforme en la empresa, sin la cual no se entenderían, que se incorporan al nexo contractual con motivo de la celebración del contrato, sin que éste pueda modificarlos, dado que su razón de ser no deriva del interés concreto e individual de un trabajador, sino del interés genérico de los trabajadores como grupo. Como ya hemos anticipado, son las condiciones pactadas en el convenio relativas a los derechos sindicales, a la organización del trabajo en general, y a la salud laboral. En efecto, es impensable que una norma colectiva que estableciese unos mínimos y máximos de temperatura en un centro de trabajo, fuese modificada con carácter individual, ni tampoco sería posible la modificación de la norma que estableciese una mayor cantidad de horas retribuidas destinadas a la función sindical. Aunque en la mayoría de los casos tales normas no determinan propiamente el objeto contractual, es importante señalar la existencia de las mismas que conforman el marco de la organización productiva en la que se integra el trabajador individual, de suerte tal que su autonomía se ve limitada por la inserción del contrato en las exigencias productivas y organizativas

de la empresa<sup>102</sup>, en cuya determinación tiene un importante papel que jugar la autonomía colectiva.

3ª.- La fijación y/o modificación de las condiciones en que se desenvuelven las prestaciones que constituyen el contenido del contrato de trabajo, puede revestir u obedecer a dos formas: la individual, cuya causa radica en la esfera del trabajador, y la colectiva, cuyo origen o destino es la tutela del interés del empresario. Sólo las primeras constituyen instrumento válido para que la autonomía individual pueda conformar el contenido contractual en relación a las condiciones convencionalmente pactadas, en la forma y límites que analizaremos a continuación. El sustrato básico del artículo 3.1.c ET así lo determina, pues la voluntad de las partes manifestada en el contrato responde a dicha concepción individual. La conclusión es evidente: tanto la fijación inicial como la modificación de condiciones de trabajo por vía novatoria han de ser individuales<sup>103</sup>, las colectivas

---

<sup>102</sup> BAYLOS GRAU, A. "Derecho del Trabajo: modelo para armar", Ed. Trotta, Madrid, 1991, pág. 77.

<sup>103</sup> En este sentido DURAN LOPEZ-SAEZ LARA "Autonomía colectiva y autonomía...", citada, pág. 116. "No cabe una contratación masiva de nuevos trabajadores que suponga en la práctica, por medio de las previsiones incluidas en cada contrato individual de trabajo, una ordenación de condiciones de trabajo con pretensiones también de uniformidad, pero de una uniformidad divergente de la pactada colectivamente... No cabe una suma de acuerdos novatorios individuales que permita la modificación

suponen una transgresión del derecho a la negociación colectiva, contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Tal parece ser la principal conclusión que se extrae de la referenciada sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de Julio de 1992.<sup>104</sup>

4ª.- Sólo será posible una fijación o modificación in melius de la condiciones cuantificadas o cuantificables previstas en la norma colectiva, salvo que ésta declare expresamente disponibles o compensables aquellas condiciones. En efecto, determinada y cuantificada por la norma colectiva cualquier condición por la que haya de regirse la relación individual de trabajo, las partes solo pueden valerse del contrato o de la novación para mejorarla, puesto que la fuerza vinculante del convenio, y el tenor literal del artículo 3.1.c. ET impiden su empeoramiento, o el pacto distinto o contrario.

5ª.- Existen, sin embargo en los convenios condiciones de difícil o imposible cuantificación, respecto de las cuales juega, evidentemente, también el principio de mayor favor. Ahora bien, con respecto a ellas, la autonomía individual dispone de un cierto

---

colectiva de condiciones de trabajo, burlando los procedimientos establecidos para ello".

<sup>104</sup> STCO 115/ 1992 de 1 de Julio, ya citada. Vid también RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Autonomía individual, negociación....", citado, pág.8.

margen para evaluar dicha mayor favorabilidad, dado que se trata, no debe olvidarse, de condiciones que encontrarán su adecuada aplicación en el ámbito de la relación individual, por lo que cabe "una regulación distinta (no contraria)"<sup>105</sup> de dichas condiciones no cuantificables. Si esta distinta regulación se realiza, inicial o novatoriamente, con alguna compensación para el trabajador, podrá afirmarse que constituye, una presunción de mayor favorabilidad para el trabajador, salvo prueba en contrario.<sup>106</sup> Si se realizase sin compensación, no podrá negarse, en principio, que la distinta regulación sea mas favorable, porque en el margen que al trabajador corresponde en orden a evaluar lo más beneficioso para sus intereses, cabe perfectamente una regulación distinta de la convencional sin contraprestación alguna.

40.- Desde la anterior perspectiva, es posible compaginar, a mi juicio, el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual, en la determinación de las

---

<sup>105</sup> DURAN LOPEZ- SAEZ LARA "Autonomía colectiva y autonomía ....", citado, pág. 115.

<sup>106</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La libertad sindical y los espacios de....", citado, pp. 9 y ss, en especial, pág. 24 "la aceptación voluntaria y no viciada por parte del trabajador de una regulación distinta a la prevista normativamente debe presumirse, salvo prueba en contrario, que es beneficiosa para el mismo, sin incurrir en el ámbito de la prohibición de renuncia de derechos".

condiciones en las que se desenvuelven las prestaciones contractuales, con el margen que, a la autonomía individual, como garantía de la libertad personal, concede el ordenamiento jurídico en orden a la delimitación de aquellas condiciones.

### 3.- La autonomía individual en la determinación de las prestaciones.

41.- En el análisis de la determinación del objeto del contrato de trabajo he tenido ocasión de señalar que las partes, cuando determinan el objeto del contrato de trabajo consistente en la dualidad de prestaciones laboral y salarial, pueden hacerlo asignando al trabajador una categoría determinada o, además, modulando y delimitando las condiciones que conforman el mencionado objeto, es decir, pueden las partes especificar las concretas funciones a realizar, el rendimiento, el lugar de trabajo, el horario, la jornada, las vacaciones, las retribuciones básicas y complementarias, etc. Con ello la voluntad de las partes esta perfilando y regulando la relación laboral que del contrato nace.

Es obvio que dicha función reguladora, admitida expresamente según se ha señalado por el artículo 3.1.c. del Estatuto, debe quedar sujeta al estricto campo que el sistema de ordenación de las fuentes de la relación laboral concede a la autonomía individual, precisamente,

en los términos señalados respecto de las fuentes heterónomas (leyes, reglamentos y convenios colectivos). Ahora bien, para la delimitación de dicho campo de actuación, resulta imprescindible el examen, necesariamente resumido, de la concreta distribución del poder normativo de las fuentes heterónomas y su incidencia en las posibilidades del pacto individual como regulador de las concretas condiciones en que se desenvuelven las prestaciones objeto del contrato de trabajo. Y ello por dos tipos de razones: en primer lugar, porque frente a múltiples intervenciones de la autonomía de la voluntad la jurisprudencia ha ido dando respuestas contradictorias, como inmediatamente se verá; y la segunda, para concretar en las distintas condiciones contractuales los principios básicos señalados respecto de las posibilidades del pacto contractual en relación al conjunto normativo predeterminado heterónomamente.

### **3.1.- La prestación laboral.**

#### **3.1.1.-La determinación de la prestación laboral.**

**42.-** Hemos señalado ya como la doctrina generalmente ha entendido que la determinación del objeto del contrato

se cumple con la asignación de una categoría profesional al trabajador<sup>107</sup>, afirmación con la que se puede dar por cumplida la exigencia de objeto determinado del contrato, y que parte de la exigencia contenida en el artículo 16.4 del ET que establece que "la clasificación profesional se realizará por acuerdo entre trabajador y empresario, con sumisión y en los términos establecidos en convenios colectivos, y en su defecto, en las normas reglamentarias laborales". Dicha exigencia se traduce en la necesaria asignación al trabajador de una categoría profesional en el momento constitutivo, que dada la libertad de forma contractual (art. 8.1 ET) será expresa o tácita<sup>108</sup> y dará lugar a la aplicación automática de las normas convencionales y/ o reglamentarias de carácter imperativo. La clasificación profesional<sup>109</sup> viene a ser el mecanismo jurídico por el que el trabajador se pone en

---

<sup>107</sup> CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones de la prestación de trabajo.", Madrid, 1983, pp. 67-68.

<sup>108</sup> SALA FRANCO- LOPEZ TARRUELLA "Las modificaciones de la prestación de trabajo.", Deusto, Bilbao, 1991, pp. 35-36.

<sup>109</sup> Sobre clasificación profesional, en general, vide, entre otros, VINUESA ALADRO, A. "La clasificación Profesional" MTSS, Madrid 1978. "Categorías Profesionales y ascensos" en AA.VV. Comentarios a la legislación laboral: el ET" (dirigidos por E. Borrajo) EDERSA, Tomo V, Madrid 1985. AA.VV. "Movilidad del Trabajo" CEOE, Madrid, 1983. SALA FRANCO, T. "Movilidad funcional" en Comentarios a las Leyes laborales: el ET (dirigidos por E. Borrajo) Edersa. Tomo VIII. Madrid. 1988. "La movilidad funcional en el derecho español" en RL nº 6-7 /1990, pp. 97 y ss.

relación con el conjunto normativo predeterminado que regula su contenido contractual.<sup>110</sup>

De otro lado, la referencia al trabajo convenido establecida en el artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores completa, claramente, la exigencia legal de que el objeto de la prestación laboral debe efectuarse a través del acuerdo de los contratantes, que se convierte, de este modo, en la fuente primaria delimitadora del contenido de la prestación laboral.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple, dado que en el contrato de trabajo, como en la generalidad de los contratos de tracto sucesivo, determinar el contenido de la prestación en el momento constitutivo y pretender que dicha determinación no sufra alteraciones parece un intento vano; más aún si tenemos en cuenta que en la relación laboral se implican intereses dispares de los contratantes en orden a la concreta asignación de funciones, y existe un conjunto normativo heterónimo que trata de dar respuesta a esta diversidad de intereses. En efecto, en la problemática de la determinación de las funciones a realizar por el trabajador late la necesidad empresarial de satisfacer, en cada momento, las exigencias derivadas de su poder organizativo en el seno de la empresa; por el contrario, el trabajador pretende

---

<sup>110</sup> SALA FRANCO, T. "Movilidad funcional" citada, pág. 15.

que la determinación de las funciones cumpla el doble papel de delimitar la prestación debida y servir a sus derechos y expectativas profesionales. Por ello se incardinan en la cuestión no sólo los problemas derivados del pacto inicial de concreción de funciones sino, también, los tributarios de las posibilidades de pactos novatorios, sus límites y, especialmente, los relativos al correcto ejercicio del ius variandi empresarial.

43.- En cuanto a la determinación de las funciones que constituyen el contenido de la prestación laboral es evidente que, las mismas, deben efectuarse por mutuo acuerdo de las partes que no sólo podrán definir de forma genérica el contenido general de la prestación sino, también, las concretas tareas a desarrollar por el trabajador en cumplimiento de su deber de trabajar. Dicha determinación funcional que sólo a los contratantes compete puede efectuarse bien mediante la descripción y detalle de las concretas actividades a realizar, o bien, simplemente, a través del cumplimiento de la obligación de asignar una concreta categoría al trabajador.

La primera de las posibilidades, la fijación contractual detallada de las funciones a realizar, ofrece alguna dificultad derivada, en principio, de la práctica imposibilidad de detallar y describir todas aquellas actividades que potencialmente podría desempeñar el

trabajador, dada la previsible prolongación temporal del contrato, que lleva aparejada su necesidad de concreción continua<sup>111</sup>. La dificultad se acentúa según sectores productivos y, de forma fundamental, en las pequeñas y medianas empresas en las que la polivalencia de puestos de trabajo y funciones está extraordinariamente acentuada. Pese a ello la posibilidad que los contratantes tienen en orden a la definición del objeto contractual permanece inalterada, pudiendo definir en forma más o menos concreta o exhaustiva las funciones inherentes a la prestación laboral, con los únicos límites de no dejar indeterminadas las mismas (artículo 1273 del Código Civil) y la necesidad de titulación cuando legalmente sea exigible.

La segunda de las posibilidades que tienen las partes es, simplemente, aprovechar la obligación de asignar una categoría concreta al trabajador determinando, de esta forma, el contenido general de la prestación laboral. Es este el más habitual proceso de delimitación funcional. Dado que las normas sectoriales o convencionales, en la inmensa mayoría de los casos, cuentan con sistemas de clasificación profesional que delimitan, al menos genéricamente, las funciones de cada

---

<sup>111</sup> ROMAN DE LA TORRE, M.D. "Poder de dirección y contrato de trabajo", Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 143.

categoría, la asignación de una de ellas mediante el contrato individual cumple, en general, con aquella finalidad, ya señalada, de poner al trabajador en relación con el conjunto normativo predeterminado que regula su contenido contractual y, en concreto, con la determinación de la prestación laboral mediante la automática asignación de las funciones contempladas en la norma correspondiente para la categoría profesional pactada. La categoría profesional da a cada contrato de trabajo, en cuanto a la prestación del trabajador, salvo pacto mas preciso, el objeto cierto que el artículo 1261 del Código Civil exige para que haya contrato<sup>112</sup>. Sin embargo, también, este sistema de delimitación del contenido funcional del contrato presenta notorios inconvenientes derivados, fundamentalmente, de la obsolescencia de la mayoría de las reglamentaciones de trabajo promulgadas en épocas en las que el tejido industrial o el propio sistema productivo nada tienen que ver con los actuales. La rigidez o la flexibilidad, la generalidad excesiva o la extraordinaria concreción de las normas reglamentarias sobre clasificación profesional son factores que añaden inconvenientes a la fijación de funciones por remisión al pacto sobre la categoría.

La conclusión de cuanto se lleva dicho parece

---

<sup>112</sup> ALONSO OLEA, M. "El estatuto de los trabajadores. Texto y.....", citado, pág. 70.

evidente: en el sistema de fuentes de la relación laboral, es la autonomía de la voluntad quien tiene la facultad de definir el objeto de la prestación laboral, definición, que debe permitir la plena articulación de la delimitación contractual en el conjunto de intereses de toda índole que, trascendiendo los estrictamente individuales o patrimoniales, se insertan en el plano de la relación laboral, entre los que, a los presentes efectos, hay que destacar las exigencias productivas y organizativas de la empresa en el marco del principio de libertad de empresa (artículo 38.1 de la Constitución Española) y el derecho de los trabajadores a una adecuada promoción profesional (artículo 35.1 CE).

A) La normativa sobre clasificación profesional.

44.- La afirmación contenida en el artículo 16.4 relativa a que la clasificación profesional se realizará por acuerdo entre el trabajador y el empresario va inmediatamente seguida de la frase "con sumisión y en los términos establecidos en convenios colectivos y, en su defecto, en las normas reglamentarias laborales". Esta disposición se complementa con lo que, respecto de trabajos en categoría superior e inferior y ascensos, establecen respectivamente los artículos 23 y 24 del

Estatuto de los Trabajadores. No es posible, por razones obvias, el análisis exhaustivo de los preceptos reseñados, ni mucho menos el estudio de la problemática general de la clasificación profesional. Limitadamente, tan sólo, se hará referencia a la incidencia que la normativa convencional o reglamentaria tienen respecto de la autonomía de la voluntad. A la vista de la doctrina y jurisprudencia interpretativa, es posible establecer las siguientes conclusiones:

- 1.- La libertad de las partes en orden a la fijación de la categoría que tengan por conveniente exige, correlativamente, que la categoría asignada deba corresponderse con las funciones que el trabajador va a desempeñar<sup>113</sup>. De esta forma cabe hablar así "de un derecho del trabajador a la clasificación profesional adecuada. El principio de equivalencia función-categoría impone en el acuerdo de clasificación profesional previsto en el artículo 16.4 ET la asignación de la categoría correspondiente a los cometidos laborales para los cuales el trabajador haya sido contratado"<sup>114</sup>.
- 2.- La falta de correspondencia entre la función real y la categoría pactada puede deberse a tres causas:

---

<sup>113</sup> Vide, VALDES DAL-RE, F. "La ruptura del principio de correspondencia función categoría por ejercicio del ius variandi empresarial" en RPS nº 103/74.

<sup>114</sup> STS de 27 de Diciembre de 1991 (Ar. 9105).

a) La categoría establecida en el contrato ha sido establecida por error de los contratantes. En este caso el pacto concreto de asignación de categoría se entiende nulo e inmediatamente sustituido por el adecuado en aplicación concreta de lo dispuesto en el artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores.

b) La categoría pactada es inferior a la que correspondería al trabajador a la vista de las funciones a realizar, por expreso deseo de las partes. En este supuesto el pacto contractual es nulo por contravenir lo dispuesto en el artículo 3.1.c que limita el poder regulador de la autonomía de la voluntad a la imposibilidad de establecer condiciones contrarias a las disposiciones legales de derecho necesario. No habría que recurrir al argumento de que, en este supuesto, nos encontraríamos ante una disposición anticipada de derechos, puesto que no nos encontramos ante un negocio dispositivo, según ya se ha indicado. El efecto, nuevamente es su sustitución, ex art. 9.1 ET, por los preceptos jurídicos adecuados: esto es, por la correcta clasificación<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Tal como señalan RAMIREZ- GARCÍA ORTEGA- SALA (Curso de Derecho....., citado, pág. 338), la conclusión expuesta es la correcta, "pese que del artículo 23.1 ET pudiera deducirse que el trabajador sólo puede reclamar al cabo de seis meses. El artículo 23.1 ET se refiere a un supuesto distinto: que haya unas tareas pactadas correctamente clasificadas y, luego, una asignación posterior de funciones de categoría superior".

c) Por último, puede ocurrir que la categoría establecida contractualmente sea superior a las funciones pactadas, sin error, voluntariamente. En este supuesto se tratará de una condición más beneficiosa, expresa, de origen contractual, que deberá mantenerse, sólo modificable por acuerdo novatorio<sup>116</sup>.

3.-Las partes, independientemente de la posibilidad de fijar el objeto de la prestación laboral mediante el detalle de las funciones en el propio contrato, están

---

En otro sentido, tampoco puede oponerse a la conclusión expuesta el juego del sistema de ascensos previstos en la norma reglamentaria o convencional aplicable, dado que cuando un trabajador viene realizando desde el inicio de su relación laboral las funciones correspondientes a una determinada categoría profesional y, no obstante, se le atribuyó una categoría inferior "se trata de un supuesto de clasificación incorrecta que tiene su encaje en el artículo 16.4 ET y debe serle reconocida al operario la categoría que legalmente le corresponda" (Auto TS de 18 de Noviembre de 1991, Ar. 8248). En este sentido, numerosas sentencias, por todas vide: STS de 7 de Junio de 1991 (Ar. 5137) y STSJ de Madrid de 10 de Abril de 1991 (Ar. 2612).

<sup>116</sup> En este sentido, RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA, "Curso de Derecho del....", citado, pág. 338, añadiendo que dicha condición mas beneficiosa es válida si no perjudica a terceros.

VINUESA ALADRO, A. "La Clasificación Profesional" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales", citado, Tomo IV, 1983, pág. 305, sostiene, por el contrario, con argumentación no exenta de lógica que "es claro que concretar una categoría superior a la que corresponde a los trabajos que habitualmente se prestan equivale a concertar la realización habitual de trabajos de inferior categoría. Con independencia de que el trabajador podría negarse a realizar trabajos de inferior categoría sin limitaciones temporales ni funcionales, el empresario estaría conculcando abiertamente el ET".

obligadas a la asignación de una categoría concreta con sumisión y en los términos establecidos en los convenios colectivos y, en su defecto, en las reglamentaciones laborales. En este sentido las partes, que son libres para elegir una categoría u otra, con la previsión de la adecuación de funciones señalada, no lo son para crear ex novo una nueva categoría convenida por ellas que englobe las funciones pactadas. En palabras de la doctrina judicial "la creación de las categorías laborales no dependen de la subjetiva y unipersonal voluntad de las partes en la relación laboral"<sup>117</sup>. Esta afirmación encuentra adecuada excepción en los casos en que no existe reglamentación sectorial o convencional que defina las categorías, casos en que las partes gozan de total autonomía en orden a la delimitación de la categoría.<sup>118</sup>

4.- Durante la vigencia de la relación laboral las partes pueden modificar las funciones a desempeñar por mutuo acuerdo novatorio, bien mediante pacto de modificación de funciones que puede conllevar el cambio

---

<sup>117</sup> STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de Marzo de 1991 (Ar. 2266).

<sup>118</sup> Ocurre en numerosos convenios provinciales de industria siderometalúrgica, en los que la única referencia a las categorías reside en las Tablas Salariales, careciendo de Convenio sectorial estatutario y de norma reglamentaria tras la derogación de la Ordenanza Laboral Siderometalúrgica por O.M. de 17 de Febrero de 1988. Como ejemplo: Convenio Colectivo Provincial de la Industria del Metal de Valencia 1991-92.

de categoría en adecuación del señalado principio de correspondencia-función categoría, o bien mediante pacto novatorio consistente, precisamente, en el cambio de la categoría.<sup>119</sup>

5.- La equivalencia función categoría no es una norma incondicional sino un criterio o principio normativo, cuya aplicación admite matizaciones y salvedades<sup>120</sup>. Dichas salvedades vienen dadas de un lado, por el cumplimiento de las normas legales y paccionadas sobre ascensos y, de otro, por la concurrencia de causas justificativas del ius variandi empresarial<sup>121</sup>. De ésta forma, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 23.4 del Estatuto de los Trabajadores constituye un límite a la plena vigencia del principio de adecuación función categoría el sistema de promoción establecido en la normativa reglamentaria o convencional<sup>122</sup>, que

---

<sup>119</sup> Por todas, STS de 26 de Noviembre de 1984 (Ar. 5896) y STCT de 21 de Noviembre de 1986 (Ar. 12133).

<sup>120</sup> STS de 27 de Diciembre de 1991 (Ar. 9105), citada.

<sup>121</sup> VALDES DAL-RE, F. "Movilidad funcional y derechos económicos" en AA.VV. "Estructura Salarial", CEOE, Madrid, 1986, pág. 108.

<sup>122</sup> Al respecto existe una consolidada doctrina judicial: en este sentido, por todas, SSTSJ de la Rioja de 11 de Octubre de 1991 (Ar. 5370), de Cantabria de 4 de Febrero de 1992 (Ar. 647), de Cataluña de 10 de Julio de 1992 (Ar. 4031), de Andalucía (Sevilla) de 11 de Diciembre de 1992 (Ar. 6602) y de 9 de Febrero de 1993 (Ar. 1138) y de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 5 de Febrero de 1993 (Ar. 775). Concediendo en estos casos las

encuentra su razón de ser en la debida protección del derecho expectante de otros trabajadores al ascenso a través de los mecanismos instituidos en las normas sectoriales de naturaleza reglamentaria o convencional<sup>123</sup>. De la limitación derivada de la movilidad funcional me ocuparé mas adelante.

45.- Con todo, la fijación por parte de los contratantes de las funciones concretas a realizar, en el ejercicio de la obligación de determinar el objeto de la prestación laboral, puede plantear la cuestión de que dichas funciones se encuentren comprendidas en la delimitación normativa de varias categorías. Se habla, en este sentido, de pactos de funciones intercategoriales<sup>124</sup> o pactos de polivalencia funcional<sup>125</sup>. Se trata de decidir si la posibilidad que tienen las partes en orden a la determinación del objeto mediante la fijación de funciones concretas tiene como límite el que el ámbito de dichas funciones no supere el marco de funciones que comprende la categoría profesional definida en el orden

---

diferencias retributivas.

<sup>123</sup> Por todas, STSJ de La Rioja de 2 de Noviembre de 1991 (Ar. 6044).

<sup>124</sup> VALDES DAL-RE, F "La ruptura del principio...., citado, pp. 5-6.

<sup>125</sup> ROMAN DE LA TORRE, M.D. "Poder de dirección y contrato de trabajo", citado, pp. 174-179.

normativo de referencia. La respuesta ha de ser necesariamente negativa. La autonomía individual en el ejercicio de la facultad que a ella sólomente compete de determinar el objeto de la prestación laboral debida, no está limitada por el contenido funcional de una concreta categoría profesional.

En efecto, tal como ha quedado sentado, la delimitación del objeto de la prestación laboral se puede cumplir mediante un concreto pacto de funciones en el que se especifiquen y detallen las que corresponden en virtud de la libre voluntad de las partes. En este sentido, la obligación de asignar al trabajador una determinada categoría profesional, impuesta por el artículo 16.4 del Estatuto de los Trabajadores, nada tiene que ver con la determinación del objeto de la prestación laboral, sin perjuicio de que en la práctica se utilice como el medio a través del cual dicha determinación funcional se cumple. Así lo viene entendiendo la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia considerando que no se trata de un problema de clasificación profesional sino de determinación del objeto contractual por lo que la concreción de las tareas a realizar (aunque estén incluidas total o parcialmente en el ámbito de varias categorías) cumple la exigencia de determinación del

objeto prevista en el artículo 1273 del Código Civil<sup>126</sup>. Ello no es más que la expresión de una afirmación que ya ha sido realizada: la de que el principio de correspondencia función categoría admite matizaciones, constituyendo una de ellas la posibilidad de que el pacto sobre funciones englobe las descritas en una o varias de las categorías establecidas heterónomamente. En este caso, admitida la licitud de los pactos de funciones intercategoriales, subsiste la obligación de clasificar al trabajador en una concreta categoría prevista; para ello puede recurrirse a dos criterios que tratan de dar cumplimiento, matizado en este caso, al principio de correspondencia tantas veces citado. Los criterios son el de la preeminencia, según el cual se clasifica al trabajador en la categoría superior de las que comprenden las funciones pactadas y el de la prevalencia según el cual se clasifica en la categoría cuyas funciones le

---

<sup>126</sup> En este sentido, vide: VALDES DAL-RE, F. "La ruptura del principio de correspondencia...", citado, pág. 6. PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de Trabajo" en AL nº 18/92 pág. 380.

RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA (Curso de Derecho del Trabajo, citado, pág.337) entiende perfectamente lícito el denominado pacto de acumulación de tareas.

SALA et altri (Derecho del Trabajo, citado, pág. 494) señalan "cabe admitir el fenómeno muy frecuente de la acumulación de funciones intercategoriales, esto es, de la contratación de un trabajador para el desarrollo de una pluralidad de funciones incluidas total o parcialmente en el ámbito de varias categorías".

STCT de 20 de Febrero de 1989 (Ar. 1260).

ocupen la mayor parte del tiempo. A falta de establecimiento expreso del criterio a seguir por la norma reglamentaria o convencional, la doctrina entiende que el criterio adecuado es el de la preeminencia.<sup>127</sup> Admitido pues dicho criterio, la clasificación del trabajador en la categoría superior de la comprendidas en el ámbito de las funciones pactadas resuelve, limitadamente, el problema de la compensación económica del pacto de polivalencia.

46.- Sin embargo, el pacto de polivalencia funcional puede resultar patológico cuando se utiliza como medio expresamente dirigido a neutralizar posibles derechos o ventajas que el ordenamiento jurídico otorga al trabajador y, en especial, a relativizar aquel conjunto de principios señalados que se concretan en el mandato constitucional que garantiza a los trabajadores el derecho a una adecuada formación profesional. Desde esta perspectiva, las posibilidades del pacto contractual en orden a la delimitación de la prestación debida mediante acuerdos de funciones intercategoriales es un problema de límites. En este sentido, ROMAN DE LA TORRE, ha señalado

---

<sup>127</sup> En este sentido, VINUESA ALADRO, A. "La clasificación profesional", citada, pág. 305 y RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de derecho...", citado, pp. 337-338. Con cita de una consolidada y antigua jurisprudencia.

que los límites que los contratantes tienen en orden al establecimiento del pacto de funciones intercategoriales se encuentra, precisamente, en el respecto a los que dispone el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores: "En el pacto intercategoriaal de actividades unidas por una equivalencia profesional en el sentido descrito para el artículo 39, no existen problemas, ya que en este caso el contrato no hace sino aprovechar al máximo las posibilidades ofrecidas por este precepto y, teóricamente, habrá que entender que la posición profesional del trabajador si las facultades son ejercidas conforme a los límites que aquél establece"<sup>128</sup>.

Sin embargo entiendo que no es posible transplantar directamente los límites que a la movilidad funcional impone el artículo 39 del Estatuto a las posibilidades que la autonomía individual, en su función determinadora del objeto del contrato, tiene en orden a fijar las prestaciones debidas mediante la asignación de funciones intercategoriales. Y ello porque el supuesto del artículo 39 es metodológica y sustancialmente distinto, puesto que se refiere a la facultad empresarial de especificación del objeto de la relación laboral en el ejercicio del ius variandi que le es propio y no a su consideración de

---

<sup>128</sup> ROMAN DE LA TORRE, M.D. "Poder de Dirección y contrato de trabajo", citado, pág. 175.

norma mínima a los efectos de limitación del poder regulador de la voluntad de las partes ex artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores. No cabe duda de que un pacto de funciones intercategoriales por el que trabajador quedase obligado a realizar cuantas funciones fueran necesarias en cada momento sería ilícito. Ahora bien, su ilicitud no deriva de que tal amplitud funcional careciese eventualmente de necesidades organizativas o técnicas concretas, ni por el hecho de que las funciones pactadas pudiesen exceder de los límites que impone el respeto al grupo profesional, ni, siquiera, porque en tal supuesto el trabajador realizase renuncia prohibida por el artículo 3.5 ET. La ilicitud de aquél pacto deriva de la indeterminación de su objeto (artículo 1273 del Código Civil) y de que con tal pacto el cumplimiento del contrato se deja al arbitrio de uno de los contratantes, en este caso el empresario, conculcando el artículo 1256 del mencionado Código Civil.

Por ello, los límites que la autonomía individual tiene con respecto al pacto de polivalencia funcional hay que buscarlos, con carácter general, en los requisitos esenciales del contrato de trabajo: consentimiento (en especial el del trabajador), objeto (lícito, cierto y determinado) y causa (existente, lícita y verdadera) en los términos analizados en el capítulo II; y, con carácter particular, el respeto de la letra y el espíritu

de los derechos y obligaciones previstos en la sección segunda del capítulo primero del Estatuto de los Trabajadores. A estos efectos son relevantes el artículo 4.2.a. ET que garantiza a los trabajadores, en la relación laboral el derecho a la formación y a la promoción profesional en el trabajo y el artículo 4.2.f. que garantiza la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida y que conectan, sin duda, aunque en planos distintos, con los derechos profesionales y económicos previstos en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Nada impide, dada la imprecisión técnica de la mayoría de las ordenanzas laborales que el pacto de funciones intercategoriales se extienda a tareas comprendidas en categorías de distintos grupos profesionales<sup>129</sup>. La titulación se convierte así

---

<sup>129</sup> La Ordenanza de Trabajo para el Comercio aprobada por O.M. de 24 de Julio de 1971 (B.O.E. de 14 de Agosto) proporciona elementos suficientes para la ejemplificación del supuesto. En efecto, en un establecimiento comercial, considero lícito el pacto contractual por el cual el trabajador asume la obligación de vender al público las mercancías de la empresa, a la vez que la de ornamentación de escaparates y vitrinas de la tienda. La primera de las funciones es la típica de la categoría de dependiente (artículo 16 de la Ordenanza) y, la segunda, la de escaparatista (Art. 18). El dependiente está incluido en el grupo profesional II.-Personal mercantil técnico no titulado y personal mercantil propiamente dicho, mientras que el escaparatista lo está en el grupo profesional IV.- Personal de servicios y actividades auxiliares (Artículo 9 de la Ordenanza que especifica que el personal a que se refiere esta Ordenanza se clasificará, por razón de sus funciones, en los grupos que se indican a continuación).

en el único límite, por tratarse de una exigencia de orden público<sup>130</sup>.

B) La modificación por vía contractual de las funciones y del régimen jurídico legal o convencional de la movilidad funcional.

47.- La doctrina coincide en identificar movilidad funcional como "el cambio de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador"<sup>131</sup>. La regulación positiva de los cambios en las funciones habituales del trabajador se manifiesta a través de la óptica de las facultades del empresario en orden a efectuar dicha modificación y,

---

<sup>130</sup> SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA "La modificación de la prestación...", citada, pp. 25-26.

<sup>131</sup> vid, por todos, SALA FRANCO, T. "La movilidad funcional en el Derecho español" en RL T-I/1990, pág. 255.

En general sobre la movilidad funcional existen, en nuestra doctrina numerosos estudios, por todos, vide: SALA FRANCO, T. "Movilidad Funcional" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las Leyes laborales", Edersa, Madrid, Tomo VII, 1988, pp. 1-58. GARATE CASTRO, J. "Movilidad funcional en la empresa", en AL núms 36 y 37/1993, pp. 637-638. ORTIZ LALLANA, M.C. "Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica" en RL T-II/87 pp. 544-571. CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones de la prestación de trabajo", Madrid, 1983. SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA "La modificación....", citada. VALDES DAL-RE, F. "Movilidad funcional y derechos económicos", citado. etc.

paralelamente, a través de los límites que, en beneficio del trabajador, se señalan para el ejercicio del ius variandi empresarial. De esta forma se ha llegado a afirmar, con acierto, que, en sentido propio, se entiende por movilidad funcional la asignación al trabajador, por parte del empresario, de funciones distintas de las habitualmente prestadas con anterioridad<sup>132</sup>.

El artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores configura la movilidad funcional dentro del poder de dirección del empresario como facultad de especificación del objeto de la prestación laboral<sup>133</sup>, sujetando el ejercicio de dicha facultad a una serie de limitaciones que el propio precepto especifica: la titulación legalmente exigida para el desempeño de las nuevas funciones, la pertenencia al grupo profesional, y el respeto a los derechos económicos y profesionales del trabajador. Además, el artículo 23 ET regula los cambios de categoría exigiendo, de forma resumida, que la movilidad funcional ascendente se vincule al pago de las diferencias retributivas y al derecho del trabajador a reclamar el ascenso de categoría en los términos fijados reglamentaria o convencionalmente si dicha movilidad es

---

<sup>132</sup> GARATE CASTRO, J. "Movilidad funcional en la empresa", citada, pág. 637.

<sup>133</sup> SALA FRANCO, T. "La movilidad funcional en el ...", citado, pág. 255.

superior a seis meses; la movilidad vertical descendente también se admite, por el tiempo imprescindible, siempre que exista causa consistente en necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad empresarial y se vincula al respeto a la retribución y demás derechos económicos que el trabajador tuviese con anterioridad al cambio, añadiéndose, además, la obligación de comunicarlo a los representantes legales. La adecuada interpretación de los artículos citados, en orden, fundamentalmente, a la consideración de los límites expuestos, sobre todo, lo referente a categoría o grupo, la indeterminación de concretos conceptos jurídicos en los mismos contenidos, así como el encuadramiento de las figuras posibles de movilidad funcional en el seno del poder de dirección del empresario, han provocado, en la reciente historia doctrinal, una gran cantidad de estudios sobre la cuestión y han ocupado profusamente a la jurisprudencia. Con todo, se puede afirmar que existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial en entender lo siguiente<sup>134</sup>:

- a) Que el artículo 23 ET responde a la idea de protección del interés del trabajador a la

---

<sup>134</sup> SALA FRANCO, T. "La movilidad funcional en el derecho...", citada, pp. 256-257.

Respecto de las conclusiones de síntesis que se señalan en el texto, tomadas de la obra citada, en ese mismo sentido, con matizaciones intrascendentes a los presentes efectos, se pronuncia GARATE CASTRO, J. "La movilidad funcional en la empresa", citado, pp. 646-652.

profesionalidad y el artículo 39 ET al interés del empresario a la flexibilidad.

b) El límite de la movilidad funcional horizontal y ascendente es el grupo profesional y de la movilidad funcional descendente la categoría profesional (salvo excepciones justificadas y temporales)

Sin embargo los conceptos de derechos profesionales y de derechos económicos siguen provocando, en la actualidad, interpretaciones distintas y matizadas en doctrina y jurisprudencia dada la amplitud semántica de los mismos. En este sentido puede entenderse que el respeto a los derechos profesionales abarca tanto el amplio campo de la perspectiva de protección al empleo como la defensa de la promoción y formación profesional del trabajador<sup>135</sup>. El respeto a los derechos económicos abarca, en general a todas las percepciones salariales y

---

<sup>135</sup> PALOMEQUE LOPEZ- ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", Ceura, Madrid, 1993, pág. 640.

No es necesario hacer referencia a la amplitud de matizaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre intentos de precisar la indefinición de la expresión derechos profesionales puesto que en la práctica totalidad de las obras expresadas existe abundante referencia bibliográfica y jurisprudencial. Es ilustrador, al respecto, GARATE CASTRO, J. "La movilidad funcional en la ...", citado, pp. 660-662.

La STSJ de Madrid de 26 de Abril de 1993 (Ar. 1993) señala que el respeto a los derechos profesionales del trabajador hace "referencia, sin duda, a los derechos a la promoción a través del trabajo, a la educación y a la garantía de la formación y la readaptación profesionales", expresión que comprende, en la práctica, lo mismo que lo señalado en el texto.

extrasalariales excepto las que deriven directamente del puesto de trabajo o la función realizada y, aún en estos supuestos, con notorias dudas interpretativas respecto de los complementos salariales por calidad o cantidad en el trabajo<sup>136</sup>. Significando, además, que nada impide que por pacto colectivo o individual se estipule expresamente la conservación de cualquier complemento percibido con anterioridad a la movilidad funcional<sup>137</sup>.

48.- A pesar de que el sentido positivo que el Estatuto de los Trabajadores otorga a la movilidad funcional se concentra en lo manifestado en la reflexión anterior, ello no impide que la movilidad funcional, en el seno de la empresa, pueda efectuarse a través del pacto bilateral con un sentido novatorio de la relación laboral. Entendida la novación contractual como la posibilidad que el ordenamiento jurídico concede a las partes en orden a modificar el contenido de la relación laboral variando aspectos sustanciales o accidentales de la misma, y admitido, con carácter general, que la asignación de funciones es un acto propio de la autonomía

---

<sup>136</sup> Vid, por todas, SSTs de 20 de Septiembre de 1984 (Ar. 4441), de 29 de Septiembre de 1986 (Ar. 5198) y de 24 de Marzo de 1987 (Ar. 1668). También las mas recientes SSTSJ de Cataluña de 26 de Abril de 1993 (Ar. 1873) y de Madrid de 26 de Abril de 1993 (Ar. 1994).

<sup>137</sup> GARATE CASTRO, J. "La movilidad funcional en...", citada, pág. 666.

individual en su función reguladora de la relación jurídico laboral, la consecuencia lógica es la posibilidad de las partes de variar, de mutuo acuerdo, el contenido de las prestaciones que constituyen el objeto de su contrato. El problema se centra, nuevamente, en los límites de la autonomía de la voluntad en este supuesto concreto y en la consideración de las normas heterónomas sobre movilidad a efectos de determinación del poder contractual en relación al artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores.

A este respecto, el elenco de problemas sería el siguiente: de un lado, determinar cuales son los límites que el acuerdo contractual tiene en orden a las posibilidades de modificación de la prestación laboral y, de otro, el análisis de la modificación, vía contractual, del régimen jurídico legal o convencional de la movilidad funcional.

49.- La licitud de los pactos novatorios cuyo objeto consiste en la modificación de las funciones habitualmente desarrolladas por el trabajador no ofrece dudas si los mismos, reflejo del principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil, se acomodan a las exigencias del

artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores<sup>138</sup>. En una materia cuya contractualidad está prevista en la propia norma (artículos 16.4 y 20.1 del ET) no se puede negar la licitud del pacto contractual de modificación de funciones. El problema, se centra en los límites de dicho acuerdo. A estos efectos, en coherencia con lo señalado respecto de los pactos de funciones intercategoriales, la conclusión no es otra que reafirmar que los únicos condicionamientos que se imponen a la autonomía individual, con carácter general, en orden a la novación de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador, derivan del cumplimiento de las exigencias del Código Civil respecto de los requisitos esenciales del contrato, condicionados, con carácter particular por la exigencia de titulación adecuada, al tratarse de una materia de orden público y por el respeto a los derechos de terceros. Por consiguiente el artículo 39 ET no constituye norma imperativa mínima a los efectos de la novación contractual que examinamos puesto que, al igual que el artículo 23 ET, se refiere a las posibilidades del empresario en orden a la modificación unilateral, accidental, de la prestación laboral, ni tampoco lo constituye el 41 ET que se refiere a la modificación

---

<sup>138</sup> STSJ de Galicia de 23 de Enero de 1991 (Ar. 69). En ese mismo sentido, vide SSTCT de 16 de Enero de 1987 (Ar. 2023), de 26 de Enero de 1987 (Ar. 2036) y de 22 de Febrero de 1988 (Ar. 80).

unilateral sustancial en esta y otras materias.

Sin embargo, entiendo que el artículo 24 en relación con las normas reglamentarias y convencionales, relativo a los ascensos, si puede suponer un límite real a las posibilidades de la autonomía individual en tanto protege derechos genéricos en materia de ascensos e impide que el pacto contractual pueda producirse, precisamente, en perjuicio de terceros con mejor derecho a la ocupación de plazas superiores.

Estas consideraciones incluso son válidas para el pacto mediante el cual se acuerda la prestación de funciones de categoría inferior a título permanente con asignación de categoría inferior, puesto que, "aunque la regresión profesional es una anomalía, en cuanto opuesta a la protección que el ordenamiento (y no sólo la legalidad ordinaria, sino incluso la constitucional) dispensa a la normal progresión mediante los ascensos de categoría, en forma expresa en los arts. 4.2.b.y 24 del Estatuto de los Trabajadores, pero ello no elimina, sino que restringe, la autonomía de la voluntad en esta materia (también consagrada en la Constitución), de suerte que la validez de la renuncia a la categoría profesional adquirida habrá de afirmarse bajo el condicionamiento de concretos beneficios compensatorios que actúan como causa legitimadora suficiente, conveniencias personales y familiares legitimadoras de la

novación"<sup>139</sup>. Con ello se está afirmando que en el cumplimiento de las condiciones de los requisitos esenciales del contrato se encuentra la licitud de los pactos contractuales de movilidad funcional.

Tal interpretación, admitida expresamente, por la doctrina<sup>140</sup> puede resultar, en la práctica, un reforzamiento del poder de dirección del empresario en la medida en que de la misma pudieran derivar abusos de difícil control con las reglas generales de los contratos. Sin embargo, entiendo que este peligro, real y cierto, no puede resolverse forzando la interpretación de las normas y disminuyendo las facultades del pacto bilateral en un campo genuinamente propio de la autonomía individual. Por ello, los posibles abusos empresariales deben combatirse, habida cuenta de la libertad de forma imperante con carácter general ex artículo 8.1 ET, con la escrupulosa exigencia del cumplimiento de los requisitos

---

<sup>139</sup> STSJ de La Rioja de 2 de Septiembre de 1991 (Ar. 4934). En este mismo sentido vide, SSTCT de 4 de Diciembre de 1982 (Ar. 6994), de 17 de Enero de 1984 (Ar. 305), de 6 de Febrero de 1987 (Ar. 2577) y de 29 de Junio de 1987 (Ar. 14341).

<sup>140</sup> SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de la prestación....", citado, pp. 25-26.

STS de 26 de Noviembre de 1984 (Ar. 5896). SSTCT de 18 de Noviembre de 1987 (Ar. 25480), de 21 de Noviembre de 1986 (Ar. 12.133) y SSTSJ de Galicia de 23 de Enero de 1991 y de La Rioja de 2 de Septiembre de 1991, citadas.

Por el contrario, la STSJ de Navarra de 24 de Mayo de 1993 (Ar. 2242) limita el mutuo acuerdo al respeto de los derechos económicos y a que el futuro trabajo no sea de categoría profesional inferior.

esenciales del contrato y, entre estos, no sólo el consentimiento, sino también la determinación del objeto y, en especial, la causa; también con el adecuado uso de los criterios interpretativos sentados en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil y, por último, en el aprovechamiento, al máximo, de las posibilidades que ofrece las normas de procedimiento laboral cuya finalidad comprende la búsqueda de la verdad material, con independencia de la formal. En todo caso, en supuestos de acuerdo verbal y tácito, debería valorarse, expresamente, la compensación a favor del trabajador, sea económica o de cualquier otra índole, a fin de comprobar la legitimación de la novación supuestamente operada, ni esta podría deducirse, sin más de la no impugnación por parte del trabajador de una modificación unilateral de funciones que exceda del poder de dirección y del "ius variandi" empresarial<sup>141</sup>.

50.- La posibilidad de las partes en orden a la alteración del régimen jurídico legal o convencional de la movilidad funcional, entendida como modificación empresarial de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador, presenta un cariz diferente. No se trata, en este supuesto, de determinación de las funciones

---

<sup>141</sup> GARATE CASTRO, J. "La movilidad funcional....", citado, pág. 643.

mediante pacto inicial o novatorio, sino de, a través de los instrumentos citados, establecer un cauce concreto y particular para el ejercicio del ius variandi empresarial, distinto del establecido, con carácter general en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, ¿pueden las partes establecer un régimen concreto y particular de movilidad funcional que delimite las facultades del empresario en orden a la adaptación de la prestación laboral a los cambios organizativos durante la vigencia de la relación laboral?. Y, caso de respuesta afirmativa, ¿con que límites?. Ambas respuestas exigen la consideración de las normas heterónomas que regulan la movilidad funcional.

51.- Respecto de la configuración de las normas que regulan la movilidad funcional, existe consenso doctrinal y jurisprudencial en la consideración del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores como norma relativamente imperativa configuradora de mínimos de derecho necesario<sup>142</sup>. Por lo que, en adecuada aplicación de lo

---

<sup>142</sup> Por todos, SALA FRANCO, T. "La movilidad funcional en...", citado, pág. 258. PALOMEQUE LOPEZ-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", citado, pág. 642. GARATE CASTRO, J. "La movilidad funcional en...", citado, pp. 648-650.

En la jurisprudencia, por todas STS de 28 de Abril de 1986 (Ar. 2280), SSTCT de 17 de Enero de 1985 (Ar. 629), de 25 de Abril de 1985 (Ar. 2284) de 20 de Septiembre de 1988 (Ar. 5574) y SSTSJ de Cataluña de 12 de Junio de 1992 (Ar. 3376) y de la Comunidad Valenciana

dispuesto en el artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, el régimen de movilidad funcional establecido en el artículo 39 ET se revela como mínimo de derecho necesario indisponible in peius para la negociación colectiva y, ulteriormente, para la autonomía individual. De tal forma que, el conjunto normativo heterónimo formado por el propio Estatuto de los Trabajadores y las normas reglamentarias o convencionales in melius respecto de aquél, sólo podrán ser modificadas por la autonomía individual mediante el establecimiento de pactos que no sean contrarios a los preceptos normativos antes expresados, es decir, que mejoren, en beneficio del trabajador, el régimen legal o convencional de la movilidad funcional. Por consiguiente, la autonomía individual podrá efectuar una mayor concreción de los condicionamientos previstos en el artículo 39 ET, concreción que, en ningún caso podrá ser reductiva respecto de los propios conceptos que engloba la dicción legal; también por pacto bilateral se podrá ampliar los límites y condicionamientos del precepto, mediante la introducción de otros nuevos y distintos e, incluso, con la asignación de compensaciones económicas en favor del trabajador. Coherentemente, también será posible la exclusión o expresa prohibición de la movilidad funcional

---

de 18 de Noviembre de 1992 (Ar. 5885).

unilateral<sup>143</sup>.

Respecto de todo ello, es evidente, que tal pacto contractual, en virtud del principio de libertad formal, podrá ser realizado de manera expresa o tácita. El pacto expreso no debe plantear problemas más allá de los derivados de la propia interpretación de los términos del acuerdo; por el contrario el pacto tácito exige, necesariamente, la prueba clara de que tal ha sido la voluntad de los contratantes, a través de los hechos anteriores, simultáneos o coetáneos de las partes, lo que remite, en general, a la problemática del consentimiento presunto ya analizada. En todo caso, la jurisprudencia ha tenido ocasión de resolver algunos problemas, entre ellos, por lo que a la voluntad del empresario se refiere, los relativos a la exclusión total de las posibilidades de movilidad funcional que no podrán deducirse del hecho de que en el contrato se hayan pactado unas funciones concretas y determinadas o de que la vigencia del contrato haya provocado una fuerte especificación de las funciones realizadas<sup>144</sup>. Por lo que

---

<sup>143</sup> SALA FRANCO, T. "La movilidad funcional en...", citado, pág. 258.

<sup>144</sup> En este sentido, ROMAN DE LA TORRE, M.D. "Poder de dirección y contrato....", citado, pág. 172. SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de la prestación de....", citado, pp. 61-63.

STCT de 27 de Junio de 1978 (Ar. 4017).

STSJ Comunidad Valenciana de 22 de Octubre de 1992 (Ar. 5271) al señalar que "aunque el empresario no

respecta al trabajador, la problemática es, en este punto, mayor dado que lo importante es distinguir si hay una aceptación de la orden unilateral del empresario cuyo acatamiento no implica conformidad o, por el contrario, existe voluntad conjunta de las partes; se trata de una cuestión de hecho a valorar, en cada caso concreto, por el juzgador. De cualquier modo es acertada la afirmación de GARATE cuando señala que "la no impugnación de una modificación unilateral de funciones que exceda del poder de dirección y del ius variandi empresarial no parece que pueda dar lugar en todo caso a un supuesto de movilidad funcional por mutuo acuerdo, por aceptación tácita del trabajador"<sup>145</sup>.

---

hubiera exigido al trabajador el contenido total de las tareas que su clasificación conlleva, ello no empecería a que en cualquier momento se las pudiera exigir, sin que devenga condición más beneficiosa de la que se deduzca derecho adquirido alguno de la circunstancia de que el empresario no hubiera encomendado a su empleado alguna de las tareas".

En contra VINUESA ALADRO, A. "La clasificación profesional", MTSS, Madrid, 1978, Pág. 163.

<sup>145</sup> GARATE CASTRO, J. "Movilidad funcional en la empresa", citado, pág. 643, con cita de la STSJ de Andalucía -Málaga- de 23 de Julio de 1992 (Ar. 3579) que, sin embargo, impide solicitar la rescisión del contrato por incumplimiento del empresario, cuando no se ha solicitado la reposición en la categoría anterior mas elevada y el correspondiente desempeño de funciones, aunque esta conducta del trabajador no convalida la del empresario debiendo, en cambio, "Condicionar el modo de repudiarla".

### 3.1.2.- Régimen jurídico de la prestación laboral.

#### A) La cantidad y calidad del trabajo: determinación contractual del rendimiento debido.

52.- La determinación de la prestación laboral no se agota con la asignación al trabajador de una determinada categoría o de unas funciones concretas puesto que aquélla es una prestación que se puede delimitar cualitativa o cuantitativamente. Se trata de una obligación con contenido concreto que, como todas está sujeta a "aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (Artículo 1104 del Código Civil), de forma tal que es exigible la conducta necesaria para conseguir, efectivamente, el cumplimiento de la obligación concreta que se pacte, conducta cuyo contenido dependerá de aquellas circunstancias en las que se desenvuelva la obligación y que adquiere notoria importancia en los contratos de tracto sucesivo en los que es necesario un comportamiento continuado y sostenido en el tiempo que, además debe ir adecuándose a las cambiantes circunstancias en que se desarrolla la propia prestación.

Tales consideraciones vienen recogidas expresamente en el propio Estatuto de los Trabajadores al afirmar que los trabajadores tienen como deberes básicos "cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia" (artículo 5.a ET) y, sobre todo, a través de lo dispuesto en el artículo 20, que en su apartado 1 señala que "el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido" y, en su apartado 2 que establece que "en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo". Lo que lleva a la conclusión, señalada por MONTOYA, de que la obligación de trabajar es, indisolublemente, la de trabajar con diligencia<sup>146</sup>. Es decir, la obligación de trabajar no es una obligación genérica sino concreta y de contenido específico entre el que se encuentra que el trabajo debido haya de prestarse de una determinada forma, que no

---

<sup>146</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Dirección de la actividad laboral" en AA.VV. (Dir E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales", Edersa, Madrid, 1985, Tomo V, pág. 108.

En este mismo sentido: BARREIRO GONZÁLEZ, G. "Diligencia y negligencia en el cumplimiento", Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág 131, al afirmar que la diligencia conforma o configura un deber de trabajar formando parte de su esencia".

Igualmente, GARCÍA MURCIA, J. "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual", en AL, núms 24 y 25/ 90, pág. 288 entiende la diligencia como modo correcto del cumplimiento de la obligación, calificando a la misma.

es otra sino la que garantice el mejor cumplimiento de la obligación, cuya omisión, en palabras del mencionado artículo 1104 del Código Civil, dará lugar a la existencia de culpa o negligencia.

De esta forma, la obligación de diligencia, de trabajar con diligencia, se concreta, entre otras, en una obligación de trabajar con rendimiento, de suerte que, el rendimiento se configura como una cualidad de la prestación, o como la misma prestación cualificada y, en consecuencia, como objeto de la obligación asumida por el trabajador<sup>147</sup>; objeto cuya definición y determinación puede plantear, en hipótesis, diversos problemas.

53.- El artículo 20.2 al regular la diligencia debida en el cumplimiento de la prestación que compete al trabajador, dispone textualmente que "el trabajador debe al empresario la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las ordenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades directivas y, en su defecto, por los usos y costumbres". Tal dicción literal resulta paradójica por cuanto que parece olvidarse del instrumento contractual como determinador del rendimiento debido. Instrumento que, por

---

<sup>147</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "El rendimiento debido en la relación de trabajo", REDT nº 3/1980, pág. 368.

otra parte, ya estaba previsto en el artículo 64 de la Ley de Contrato de Trabajo al disponer que el trabajador prestará la clase y extensión del trabajo que marquen las leyes, las reglamentaciones, el contrato de trabajo y, en su defecto, los usos y costumbres. Pese al olvido normativo, no caben dudas respecto de las posibilidades que la autonomía individual tiene en orden a la fijación del rendimiento exigible que cualifica el genérico deber de diligencia y, aún más, que el pacto contractual es el instrumento idóneo para la fijación de tal rendimiento.

En efecto, para la adecuada fundamentación de la afirmación precedente deben analizarse las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el hecho de que la determinación del rendimiento debido es una de las posibilidades de concreción y delimitación de la prestación diligente que constituye el objeto del contrato de trabajo; por ello forma parte de las facultades que los contratantes tienen en orden a determinar el objeto contractual y las circunstancias del mismo, a cuyo efecto podrán establecer, ex artículo 1255 del Código Civil, los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes siempre que no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público que tiene su concreción, en materia laboral, en el reiterado artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores. La eventual lectura del artículo 20.2

que impidiese en esta materia el juego de la autonomía de la voluntad sería una evaluación reduccionista de las posibilidades que la ley otorga al pacto contractual, incluso, a la vista de los preceptos nombrados. El artículo 20.2 no excluye el principio general, establecido en el artículo 3.1.c. que al enumerar las fuentes reguladoras de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral (entre los que figura el deber de trabajar con diligencia) incluye expresamente, como es sabido, la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo<sup>148</sup>.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores al regular el despido disciplinario, en su apartado 2.f considera incumplimiento contractual la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento pactado. Referencia que, con independencia de referirse indistintamente al fijado por pacto colectivo e individual, habilita, sin género de dudas, al contrato para fijar un determinado rendimiento. Igualmente el artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores referencia "el trabajo convenido" como obligación del trabajador a efectuar bajo la dirección

---

<sup>148</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Dirección y control de la actividad.....", citado, pág. 112. De forma taxativa indica: "Aunque el artículo 20.2 no lo diga expresamente, queda fuera de duda que una fuente primordial para la determinación de la diligencia debida por el trabajador es el propio contrato de trabajo".

del empresario o persona en quien delegue. La convención sobre el trabajo puede abarcar no sólo las funciones a realizar sino la cualificación del trabajo mismo a través de un pacto sobre fijación del rendimiento concreto.

Así lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia y la doctrina judicial desde una triple perspectiva:

A) La consideración de que el pacto sobre rendimientos y su determinación en las cláusulas de un contrato es válido, ratificando, por lo tanto, la tesis según la cual la autonomía contractual es fuente eficaz para la determinación y fijación del rendimiento contractual<sup>149</sup>.

B) La admisión de la licitud de aquellas condiciones resolutorias que, ex artículo 49.2 ET, someten la extinción del contrato a la obligación, contractual, de obtener un determinado rendimiento<sup>150</sup>.

C) El pacto individual sobre el rendimiento constituye referencia obligada a efectos de valorar la posible disminución del mismo como causa de despido disciplinario de tal forma que la realización

---

<sup>149</sup> SSTs de 20 de Octubre de 1986 (Ar. 6660) y de 23 de Febrero de 1990 (Ar. 1215), STCT de 20 de Abril de 1983 (Ar. 3361) y STSJ de Extremadura de 20 de Noviembre de 1991 (Ar. 6030).

<sup>150</sup> Vid, al respecto, el apartado relativo a la condición resolutoria en el Capítulo II. SSTs de 24 de Junio de 1986 (Ar. 3725) y de 13 de Noviembre de 1986 (Ar. 6338). STSJ de Andalucía de 4 de Noviembre de 1992 (Ar. 5454), entre otras.

voluntaria, por parte del trabajador, de un rendimiento inferior al establecido por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, determina, en principio y a salvo de ulteriores consideraciones, la concurrencia de incumplimiento contractual<sup>151</sup>.

54.- Admitidas las facultades de la autonomía contractual para la determinación del rendimiento debido como elemento que cualifica la prestación laboral, interesa profundizar en el ámbito de dichas facultades, para lo que es imprescindible volver a abordar, nuevamente, la cuestión de los límites de la autonomía de la voluntad, lo que requiere el análisis de los requisitos del propio pacto individual y, sobre todo, de las relaciones entre las distintas técnicas de fijación de condiciones de trabajo: la heteronomía estatal, la autonomía colectiva y la propia autonomía individual.

Desde esta perspectiva, resulta innecesario, por reiterativo, incidir, nuevamente, en los requisitos esenciales del contrato. Sin embargo, es obligado insistir en la necesaria determinación del objeto contractual que, en el presente caso, obliga a que el

---

<sup>151</sup> Por todas, vid, SSTTS de 20 de Octubre de 1982 (Ar. 6222) y de 18 de Noviembre de 1982 (Ar. 6845). SSTCT de 3 de Marzo de 1981 (Ar. 1477) y de 25 de Febrero de 1982 (Ar. 1139). SSTSJ de Cataluña de 21 de Septiembre de 1992 (Ar. 4372) y de Comunidad Valenciana de 10 de Noviembre de 1992 (Ar. 5866).

rendimiento pactado se concrete, bien específicamente o bien mediante su relación con sistemas de determinación del rendimiento convencionales o reglamentarios. El pacto no puede ser, en forma alguna, indeterminado ni permitir que su concreción se realice mediante la concurrencia de la voluntad de una sola de las partes, concretamente, el empresario. De esta forma resultarán ilícitas, por indeterminadas, aquellas cláusulas contractuales que exijan la realización del trabajo con el rendimiento que requieran las circunstancias concretas de la empresa en cada momento; también aquellos pactos que refieran la fijación del rendimiento debido por el trabajador a la exclusiva voluntad del empresario.

Sin embargo, la posibilidad que las partes del contrato tienen en orden a la delimitación del rendimiento debido, no queda vinculada, exclusivamente, con la necesaria adecuación de aquel pacto a las exigencias comunes que para todo tipo de pactos establecen las normas generales; además y por directa aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores tal estipulación esta vinculada a lo dispuesto en las normas legales y convencionales en el sentido examinado que, en el presente supuesto, se traduce en una doble consideración.

De un lado, la autonomía individual para la concreción del rendimiento debido debe acomodarse a las

previsiones que sobre el sistema de determinación del rendimiento establezca el convenio colectivo o, en su defecto, la reglamentación correspondiente. Es bien sabido como los convenios colectivos suelen fijar las coordenadas y directrices a las que deben acomodarse las ulteriores especificaciones que, en el seno de la empresa y por pacto colectivo o individual, puedan realizarse<sup>152</sup>. De esta forma el rendimiento pactado deberá acomodarse a los principios y reglas que establezcan aquéllas normas heterónomas en relación a la fijación de la cantidad de trabajo debida.

De otro lado, el pacto contractual sobre el rendimiento debido queda vinculado por la determinación que el Convenio de aplicación o, en su defecto, la norma reglamentaria realice respecto del rendimiento normal. En la práctica, caso de realizarse, la definición del rendimiento normal de los convenios suele remitirse a sistemas científicos de rendimiento medido<sup>153</sup>, o a

---

<sup>152</sup> Vid, por todos, Convenio Colectivo Nacional de la Industria Textil-Confección 1991-1992 (BOE nº 193 de 3 de Agosto de 1991), Capítulo II, en especial arts. 10 a 16. También Convenio Colectivo Estatal para las Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería (BOE nº 231 de 25 de Septiembre de 1992), Capítulo III, en especial arts. 21 y 23 a 37, con notorias deficiencias técnicas con respecto a la consideración del rendimiento pactado.

<sup>153</sup> Vid, por ejemplo, Convenio Colectivo Provincial para la Industria Siderometalúrgica de la Provincia de Valencia de 1993 (BOP nº189 de 11 de Agosto de 1993) que, en su artículo 33, establece "el principio de que la

fórmulas genéricas de delimitación de actividades en relación al esfuerzo del trabajador<sup>154</sup>. La mayor o menor concreción del rendimiento normal obligará en mayor o menor medida al pacto individual que, en todo caso, deberá respetar lo que resulte de la definición efectuada por la norma convencional o reglamentaria. De esta forma no será posible el establecimiento en el contrato de un rendimiento superior al definido como normal en la norma de referencia, siendo, únicamente, lícito el pacto de mejora del mismo. Todo ello sin perjuicio de las posibilidades normativas en orden a la existencia de un sistema de incentivos mediante el cual el trabajador pueda conseguir un rendimiento mayor del normal con el consiguiente derecho a percibir el complemento salarial de cantidad o calidad en el trabajo previsto por la propia norma. Consecuentemente sólo será posible un pacto individual de mejora de dicho sistema de incentivos, bien

---

empresa queda facultada para exigir un rendimiento normal, que será el 100 del Servicio Nacional de Productividad, 60 Bedeaux, o sus equivalentes en otros sistemas de medición, así como la obligación del trabajador de obtener dicho rendimiento".

<sup>154</sup> Vid, por ejemplo, el Convenio Nacional de la Industria Textil-Confección, ya citado que, en su artículo 16, dispone que el rendimiento normal es la cantidad de trabajo que un operario a actividad normal efectúa en una hora, definiendo la actividad normal como "aquella que desarrolla un operario consciente de su responsabilidad, con un esfuerzo constante y razonable, bajo una dirección competente, sin excesiva fatiga física y mental, pero sin el estímulo de una remuneración por incentivo".

mediante la disminución de las exigencias de actividad, bien mediante el incremento de los complementos salariales establecidos.

Además, la determinación contractual del rendimiento debido debe corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, por lo que el contenido de la obligación deberá tener en cuenta las mencionadas circunstancias de forma tal que pueda ser posible. En esta línea, la jurisprudencia viene manteniendo unánimemente que el rendimiento pactado no puede ser abusivo<sup>155</sup>; o, lo que es lo mismo, debe ser adecuado a sus propias características y a las del entorno. De la misma forma el pacto no puede ser discriminatorio en la medida en que no puede situar el nivel de exigencia por encima del exigido para otros trabajadores con idéntica función y medios de producción<sup>156</sup>, por directa aplicación de los artículos 4.2.c y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. Nuevamente, ha de insistirse en que tales límites concretos no son sino expresión de los generales que enmarcan el campo de actuación de la autonomía individual como fuente reguladora de los derechos y obligaciones de la relación laboral en virtud de lo

---

<sup>155</sup> Por todas, SSTs de 20 de Octubre de 1986 y de 23 de Febrero de 1990, citadas.

<sup>156</sup> Vid, por todas, STS de 7 de Febrero de 1989 (Ar. 697).

preceptuado en el artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores.

55.- Fijado lícitamente el rendimiento debido mediante el pacto contractual, tal exigencia constituye la medida del deber de diligencia provocando dos efectos distintos: el primero en cuanto que se convierte en la cualificación del trabajo exigible por el empresario, de suerte tal que, su cumplimiento, determina una adecuada prestación del deber de trabajar y su incumplimiento, paralelamente, convierte la prestación laboral en deficitaria, por omisión de aquella diligencia, configurada, en este caso, contractualmente. La gravedad de tal conducta determinará, ex artículo 54 del Estatuto, la existencia de incumplimiento contractual. El segundo efecto es complementario del anterior en la medida en que la cuantificación y cualificación de la prestación diligente, llevado a cabo por el contrato de trabajo, determina el contenido de la prestación laboral y, consecuentemente de la obligación del trabajador. De esta forma se constituye un derecho, en favor del trabajador, a no realizar más trabajo del convenido; derecho que encuentra excepción en lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Contrato de Trabajo, en vigor con rango reglamentario según la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, normalmente

sólo se prestará el trabajo corriente, sin embargo, "pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado"<sup>157</sup>. Supuesto similar, aunque no idéntico, del previsto en el apartado 3 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que éste se refiere a la duración de la jornada, previniendo su aplicación por razones extraordinarias, mientras que aquél contempla la posibilidad de realizar una mayor cantidad de trabajo durante la jornada ordinaria y que comprende, también, la prestación de trabajo distinto del habitual.<sup>158</sup>

#### B) El lugar de trabajo.

56.- Con respecto a la determinación del lugar de

---

<sup>157</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Dirección y control de la ...", citado, pág. 107.

<sup>158</sup> Sobre la obligatoriedad de realizar las horas necesarias para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, vid, PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias" en AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo", Acarl, Madrid, 1991, pp. 411-429, en especial pp. 421-422.

trabajo<sup>159</sup> es claro que las partes contratantes, como directa consecuencia de los reiterados artículos 1255 del Código Civil y 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores, y con los límites en ellos fijados, pueden establecer el lugar de trabajo que tengan por conveniente en el momento constitutivo, e igualmente en el novatorio, si bien en este punto hay que señalar que, aunque el pacto novatorio expreso no debe plantear ningún problema (salvo los relativos a la libre formación y emisión del consentimiento ya analizados)<sup>160</sup>, el pacto tácito sobre modificación del lugar de trabajo, plantea la dificultad de determinar cuando se presume aceptada tácitamente una orden empresarial de traslado o desplazamiento, cuando hay en definitiva una novación contractual de estas

---

<sup>159</sup>Sobre la movilidad geográfica, en general, vide CRUZ VILLALON, J. "La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal" RPS nº 125, 1980, pp. 81 y ss. GARCÍA NINET, I. "La movilidad de los trabajadores. Consideraciones en torno al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV. Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores". Facultad de Derecho Universidad de Alicante. 1982. SALA FRANCO, T. "Movilidad Geográfica" en AA.VV. Comentarios a las leyes laborales : el ET (Dirigidos por E. Borrajo). Tomo VIII. Edersa. Madrid 1988.

<sup>160</sup> Vide, por todas: STSJ Comunidad Valenciana de 29 de Mayo de 1991 (Ar. 3568). La STSJ de Extremadura de 23 de Enero de 1991 (Ar. 146) entiende que la indemnización por gastos de traslado no es exigible cuando así se pacto expresamente. La STSJ de Cataluña de 19 de Octubre de 1992 (Ar. 5124) considera válido el pacto inicial que permite a la empresa efectuar un traslado concreto y que la exonera de abonar los desplazamientos.

características, dificultad que remite a la problemática del consentimiento presunto ya analizada, y que en todo caso responde a cuestiones de hecho que deberán ser valoradas por el juzgador en cada momento y caso concreto. En cualquier caso, como se predicó de la movilidad funcional no parece que el mutuo acuerdo pueda deducirse de un inicial aquietamiento del trabajador a la orden unilateral de traslado<sup>161</sup>. Aunque cuando tal aquietamiento se prolonga en el tiempo de forma dilatada lleva a la conclusión contraria<sup>162</sup>. Se considera traslado forzoso el que producido por solicitud del trabajador trae su causa última en la declaración empresarial del trabajador como sobrante al que se le fuerza a elegir

---

<sup>161</sup> Vide STCT de 22 de Octubre de 1987 (Ar.22671): "Dispone el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores que el traslado que exija cambio de residencia ha de ser aprobado por la autoridad laboral en vista de causas técnicas, organizativas o productivas constatadas en el expediente tramitado al efecto. Naturalmente salvo que el trabajador consienta el traslado", añadiendo que "el consentimiento del trabajador no puede presumirse" para extenderse en consideraciones sobre los hechos concretos que avalan la no presunción del consentimiento tácito del trabajador. También STCT de 9 de Octubre de 1986.

<sup>162</sup> Vide: STSJ de Madrid de 25 de Octubre de 1989 (Ar. 1710) que considera que el transcurso de una año trasladado sin que el trabajador haya protestado ni manifestado su oposición al mismo avala la tesis del mutuo acuerdo.

Igualmente la STSJ de 30 de Octubre de 1991 (Ar. 5873) Comunidad Valenciana entiende que el aquietamiento del trabajador a un desplazamiento superior al año exige la denuncia previa antes de que pueda otorgarse viabilidad a una acción extintiva.

entre plazas ofertadas unilateralmente por el empresario<sup>163</sup>.

El Estatuto de los Trabajadores omite cualquier referencia expresa a la determinación contractual del lugar de trabajo así como a su modificación por acuerdo novatorio. Sólo aborda tal problema desde la perspectiva del poder de dirección del empresario estableciendo límites al mismo en la medida en que la variación unilateral del lugar de ejecución de la prestación laboral se vincula a la inexistencia de cambio de domicilio (traslado) o, en último caso, a su temporalidad (desplazamientos), sin que tales límites puedan sobrepasarse salvo que concurran razones técnicas, organizativas o productivas, en cuyo caso, rige el sistema de autorización administrativa. Sin embargo, el lugar de trabajo tiene una importancia notoria puesto que su determinación condiciona y modaliza la prestación laboral<sup>164</sup>, dado que en tal operación se dan cita muchos más intereses que los meramente locacionales (desde la formación profesional, la posibilidad de ascensos hasta la propia organización de la actividad sindical, por citar algunos ejemplos). De ahí que la fijación de un

---

<sup>163</sup>STS de 7 de Noviembre de 1991 (Ar. 8204).

<sup>164</sup> ROMAN DE LA TORRE, M<sup>a</sup> D. "Poder de dirección y contrato....", citado, pág. 191.

lugar concreto y determinado en el que se desarrolle la prestación laboral tenga una relativa importancia en el conjunto de pactos que, con ocasión de la celebración del contrato, pueden acordar las partes.

No obstante, la normativa laboral, a diferencia de lo que ocurre en otros contenidos de la relación de trabajo (la prestación laboral, la salarial, el tiempo de trabajo), no impone límites a la voluntad de las partes mas allá de los que se derivan de una racional aplicación e interpretación de las reglas generales de los contratos. Más aún cuando regula los límites del *ius variandi* empresarial lo hace desde una perspectiva estática, es decir, tiene en cuenta, únicamente, los intereses que se derivan, directamente, del cambio de localidad<sup>165</sup>, abstracción hecha de otros que con motivo de la movilidad geográfica pudieran quedar afectados.

Tal tratamiento normativo comporta dos consecuencias distintas: en primer lugar, el hecho de que la determinación del lugar de la prestación de trabajo es cuestión absolutamente contractual y, solamente, a falta de dicha definición pactada, habrá que seguir los criterios que establece el artículo 1171 del Código Civil que, a falta de acuerdo contractual, hay que acudir a lo acorde con la naturaleza de la obligación y, en último

---

<sup>165</sup> SALA FRANCO, T. "Movilidad geográfica", citada, pág. 66.

término, al domicilio del deudor. En segundo lugar, dado el carácter locacional del interés protegido por la norma, el poder de dirección del empresario no queda, en principio, limitado por la determinación contractual de un centro de trabajo, salvo que se hiciese constar expresamente tal límite<sup>166</sup>; lo normal es que los límites del ius variandi empresarial sean determinados desde la perspectiva de que el cambio de centro de trabajo implique cambio de residencia<sup>167</sup>.

57.- Los principales problemas se centran en el análisis y valoración de aquellas cláusulas del contrato que tratan de determinar el lugar de la prestación laboral, concediendo amplias facultades al empresario en materia de traslados, eliminando así, vía contractual, el régimen previsto en el artículo 40 del Estatuto, o bien difuminando el lugar concreto de la prestación a través de la ampliación, en beneficio del empresario, de las posibilidades de asignación al trabajador, en cada momento, de los lugares en donde realizar la prestación

---

<sup>166</sup> ROMAN DE LA TORRE, M.D. "Poder de dirección y contrato....", citado, pág. 195.

<sup>167</sup> Vid, por todas, SSTSJ de Madrid de 18 de Enero de 1990 (Ar. 207), de 31 de Enero de 1990 (Ar. 458), de Andalucía -Sevilla- de 17 de Junio de 1991 (AL T-3/91, nº 1067), de Canarias -Las Palmas- de 22 de Enero de 1991 (Ar. 672) y de Cataluña de 3 de Junio de 1991 (Ar. 4777).

debida.

La respuesta que la Jurisprudencia ha dado a este tipo de cláusulas ha sido contundente en negar la validez de las mismas en base a dos argumentos:

-El primero por cuanto que el régimen de traslados previsto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores constituye derecho necesario, siendo por tanto indisponible para las partes, sin que las cláusulas contractuales en sentido contrario puedan dejar de estar "sometidas a los requisitos que para el traslado establece el mentado artículo 40" .<sup>168</sup>

-El segundo, consecuencia del anterior, radica en la consideración de que las cláusulas contractuales por las que el trabajador acepta ceder a la empresa amplias facultades en orden al destino geográfico son nulas de pleno derecho "por entrañar una renuncia a un derecho laboral -el de no ser trasladado sin el cumplimiento de los requisitos legales- prohibida por el artículo 3.5 del Estatuto"<sup>169</sup>.

Sin embargo, ambos argumentos necesitan ser matizados: el primero porque su admisión depende del carácter que se le otorgue al artículo 40 del Estatuto;

---

<sup>168</sup> Los entrecomillados de la STCT de 23 de Diciembre de 1972 (Ar. 7730).

En idéntico sentido vide STCT de 26 de Enero de 1987 (Ar. 2037).

<sup>169</sup> De la STCT de 27 de Octubre de 1982 (Ar. 5768).

es decir si se considera tal precepto como derecho necesario absoluto o mínimo y, por lo tanto, límite para las posibilidades del pacto contractual o si, por el contrario, se entiende que no limita directamente la autonomía de la voluntad en tanto que se sitúa en un plano distinto del de las posibilidades reguladoras o novatorias de las partes, cuestión que se abordará mas adelante. El segundo argumento, no es compartible, puesto que no sería aplicable el artículo 3.5 ET, sino el artículo 3.1.c. dado que nos encontramos en un momento constitutivo o normativo, y no en el aplicativo, tal como se expuso con anterioridad, puesto que si el artículo 40 es un mínimo de derecho necesario que impide el libre juego de la voluntad de las partes, su inaplicación contractual se sitúa en el ámbito de la inderogabilidad de las normas de signo imperativo y no en el de la renuncia o disposición de derechos.

El análisis concreto de las sentencias referenciadas conduce a la misma conclusión que en los respectivos fallos se adopta, pero por distinto camino. En efecto, el argumento correcto viene derivado de las propias exigencias del Código Civil relativas a la necesaria determinación del objeto del contrato (artículo 1273 CC) y a la interdicción de que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una de las partes contratantes (artículo 1256 CC). Como ha puesto de

relieve la doctrina, la formulación de las cláusulas de movilidad geográfica enjuiciadas por la jurisprudencia es tan amplia que difícilmente la conclusión de los jueces al enjuiciarlas podría haber sido distinta.<sup>170</sup> Igualmente, no cabe la menor duda de que un eventual pacto contractual que dejase en manos del empresario la modificación del lugar de trabajo, con cambio de residencia, al margen de los condicionamientos que establece el artículo 40 del Estatuto, sería nulo, con independencia de la consideración que pudiese merecer el régimen normativo de traslados a efectos de disposición individual; la razón es que, a través de aquella cláusula se estaría dejando en manos del empresario el cumplimiento del contrato de trabajo, lo que expresamente prohíbe el artículo 1256 del Código Civil, que acarrea como consecuencia la nulidad de tal cláusula en virtud de lo preceptuado por el artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores.

---

<sup>170</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F. ("Autonomía individual y....", citado, pág. 381), ejemplifica del siguiente modo: "una cláusula contractual que dijera el lugar de ejecución del contrato serán los centros de trabajo de Lugo y Málaga debería ser considerada lícita; por el contrario, sería ilícita la cláusula que considerara lugar de trabajo cualquiera de los centros de la empresa, por indeterminación del objeto del contrato".

C) El tiempo de trabajo.

58.- Como consecuencia directa del carácter de tracto sucesivo que tiene el contrato de trabajo, resulta preciso concretar los períodos de tiempo durante los cuales el trabajador debe satisfacer su prestación laboral.<sup>171</sup> Así, el contrato puede determinar el tiempo de la prestación laboral si las partes lo estiman necesario y conveniente con sometimiento a las disposiciones legales y convencionales no dispositivas en aplicación del reiterado artículo 3.1.c del E.T..

La cantidad de tiempo a que debe contraerse la prestación no plantea problemas, en tanto que, las normas legales y/o convencionales que regulan dicha cantidad, constituyen mínimos de derecho necesario normalmente cuantificados, concediendo el Estatuto, en cuanto a la concreta regulación de la jornada y horario, en palabras de SAGARDOY, un amplio margen de actuación a la autonomía de las partes.<sup>172</sup> En efecto, varios son los puntos que, en concreto, la normativa heterónoma remite a la autonomía colectiva y a la autonomía individual,

---

<sup>171</sup> RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA, "Curso de Derecho del Trabajo". Valencia 1992, Vol. II. Pág. 115.

<sup>172</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid 1992, pp. 20-25.

normalmente con carácter disyuntivo. Los mas destacados son los siguientes:

-El artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores al establecer la duración de la jornada de trabajo lo hace por expresa remisión a la pactada en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo.

-El apartado 2 del propio artículo 34 ET deja a la decisión del convenio colectivo o del contrato individual la consideración o no como trabajo efectivo del tiempo de descanso en jornada continuada.

-El artículo 34.6, al regular el recargo en la retribución del trabajo nocturno exceptúa el incremento del mismo cuando el salario haya sido establecido contractualmente atendiendo a la propia naturaleza del trabajo nocturno.

-El artículo 35.1 posibilita el pacto colectivo o individual como instrumento de elección entre el abono de las horas extraordinarias con recargo que supere el límite legal o su compensación con tiempos de descanso.

-El apartado 4 del mismo artículo 35 posibilita el pacto colectivo o individual sobre obligatoriedad de realización de horas extraordinarias.

-El artículo 37.1 permite que por contrato individual se fije, para actividades concretas, un régimen de

descanso semanal distinto del previsto en la propia disposición.

-El Real Decreto 2001/83 de 28 de Julio sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, vuelve a remitir determinados temas a la autonomía individual. En concreto, su artículo 44 reproduce el 37.1 ET, los artículos 48 y 49 permiten que el contrato de trabajo regule de forma especial el descanso semanal en diversas actividades concretas.

Tan amplia remisión normativa se explica desde el entendimiento de que el tiempo de trabajo es uno de los campos más fértiles para el desarrollo de la autonomía de la voluntad, encardinada en el concreto sistema de fuentes ya analizado. La norma heterónoma se limita al establecimiento de mínimos de derecho necesario que igualan la regulación jurídica de todos los trabajadores y permite amplias posibilidades a las normativa convencional y, en su defecto o paralelamente según los casos a la autonomía individual. Es en este punto, el de las concretas relaciones entre la autonomía colectiva y la individual en materia de jornada, lo que ha dado lugar a frecuentes conflictos entre ambas; conflictos que ha tratado de resolver la jurisprudencia y que, desde la actual perspectiva, deben analizarse a la luz de los planteamientos entre ambas fuentes establecidos

anteriormente. En el fondo lo que late es una pugna entre el interés individual y el colectivo, entre el derecho, legítimo, del trabajador a establecer y pactar su espacio temporal de dedicación al trabajo y el derecho, incuestionable, de las representaciones de trabajadores a defender a sus representados y sus intereses genéricos, propiciando mejores condiciones generales que, beneficiando a la generalidad, eviten, al mismo tiempo, la concurrencia de abusos empresariales. Dicho conflicto se ha planteado, sobre todo en los últimos tiempos, de alguna manera, enmascarado a través de multitud de acuerdos individuales en masa que han respondido, las mas de las veces, a intereses empresariales, mas que a un concreto interés del trabajador, como ya se ha visto.

59.- De esta forma, aún produciéndose conflictos, la aplicación de los criterios establecidos al analizar el sistema concreto de fuentes de la relación laboral, permite resolver la mayoría de cuestiones que puedan plantearse. No obstante, los principales problemas se proyectan cuando las partes, en el contrato, determinan la posibilidad de que la concreción temporal de la prestación debida, aún dentro de los límites cuantitativos marcados por la ley y el convenio, pueda ser modificada por el empresario en función de las necesidades de la empresa.

En este sentido, dos son los tipos de cláusulas a los que ha tenido que enfrentarse la jurisprudencia:<sup>173</sup>

a) Cláusulas por las que el trabajador se compromete a cambiar su jornada en función de las necesidades de la empresa.<sup>174</sup>

b) Cláusulas que dan libertad al empresario para exigir a los trabajadores su cambio a otro turno de trabajo.<sup>175</sup>

La respuesta que los tribunales han dado a la validez y viabilidad de las cláusulas ha sido dispar: mientras que las primeras han sido generalmente convalidadas, las que se refieren a la modificación de turnos han tenido soluciones contradictorias; lo que no deja de ser paradójico, puesto que, tanto el horario como el régimen de trabajo a turnos, constituyen condiciones de trabajo, cuya modificación es sustancial, en la

---

<sup>173</sup> SALA FRANCO, T. "La funcionalidad del pacto individual como vehículo flexibilizador de condiciones contractuales". Ejemplar fotocopiado, pág. 2.

<sup>174</sup> Vide STCT de 4 de Junio de 1987 (Ar. 12257). y STSJ Andalucía (Sala Sevilla) de 22 de Julio de 1989 (Compilación de doctrina del TSJ de Andalucía nº 211.).

<sup>175</sup> Vide en sentido favorable a la admisión de tales cláusulas contractuales STCT de 22 de Octubre de 1984 (Ar. 7926), STCT de 16 de Marzo de 1985 (Ar. 1919), STSJ Andalucía de 22 de Julio de 1989, citada, y STSJ de Galicia de 23 de Enero de 1991 (Ar.69). En el sentido de no estimar conformes a derecho las mencionadas cláusulas, vide STCT de 25 de Enero de 1989 (Ar. 457), STCT de 27 de Febrero de 1989 (Ar. 1314) y STCT de 19 de Septiembre de 1986 (Ar. 8193).

dicción del artículo 41 ET.

En definitiva, la respuesta radica en la interpretación que se dé al sentido de las cláusulas citadas en relación al artículo 1256 del Código Civil y al mencionado artículo 41 del Estatuto:

Si se considera que el pacto contractual que otorga a la empresa amplias posibilidades en orden a la modificación horaria o de turnos es dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes (STCT de 27 de Febrero de 1989, citada), es claro que dicho pacto vulnera lo establecido en el artículo 1256 CC, y ha de reputarse nulo; por contra, si se considera que con aquellas cláusulas los contratantes están estableciendo lo que estiman conveniente siempre que no sea contrario a la ley, la moral o al orden público (Art. 1255 CC), y que no se vulnera la ley (STSJ de Galicia de 23 de Enero de 1991, citada), su validez no admitiría dudas.

De idéntica manera, si el artículo 41 ET se considera de "signo imperativo", tanto en su literalidad, como, sobre todo, por la naturaleza de su contenido, cuando menos en el sentido de la inadmisibilidad de la renuncia anticipada del trabajador a los requisitos que establece" (STCT de 25 de Enero de 1989, citada), las cláusulas a que nos referimos serían nulas por implicar una renuncia prohibida en el art. 3.5 ET, (argumento no admisible

porque nos encontramos en un momento constitutivo o normativo, no aplicativo) y por vulnerar lo establecido en el art. 3.1.c del mencionado texto legal.

Por el contrario, si se mantiene que "el artículo 41 de la tan mentada Ley 8/80 de 10 de Marzo, nada tiene que ver con el contenido inicial del contrato de trabajo ni con la modificación que posteriormente acuerden las partes, pues, por el contrario parte de la inexistencia de acuerdo voluntario, para imponer modificaciones cuando existen las razones expresadas en el precepto", resulta evidente "el legítimo derecho del trabajador a concertar desde un principio su régimen de trabajo", por lo que resulta incuestionable la validez de tales cláusulas.<sup>176</sup>

La cuestión radica, como agudamente ha señalado PEREZ DE LOS COBOS, en establecer si lo dispuesto en los arts 40 y 41 del ET limita el juego de la autonomía de la voluntad a la hora de conformar el objeto del contrato, obligando a las partes contratantes a identificar sin más las condiciones de trabajo o si, por el contrario, las partes pueden modular en el contrato la prestación debida con el sólo límite de la necesaria determinación del objeto del contrato.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Los entrecomillados son de la STSJ de Andalucía de 22 de Julio de 1989, citada.

<sup>177</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual y ...." citado, pág. 380.

D) La posible incidencia de los artículos 40 y 41 ET en la función reguladora de la autonomía individual.

60.- Respecto del carácter que los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores pueden tener, a efectos de limitar la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato de trabajo, se acaba de señalar que la jurisprudencia es contradictoria; mientras que generalmente ha considerado (en atención sin duda a las graves indeterminaciones de las cláusulas analizadas) que el régimen de traslados previsto en el art. 40 constituye un mínimo de derecho necesario<sup>178</sup>, por lo que se refiere al artículo 41 la respuesta ha sido dispar en el análisis de las cláusulas relativas al tiempo de trabajo.<sup>179</sup>

PEREZ DE LOS COBOS ha mantenido la tesis de que el juego de los artículos 40 y 41 del ET "dependerá de la modulación de las condiciones de trabajo que se haya hecho en el contrato", en función de la conformación contractual de las condiciones de trabajo, la modificación pretendida por el empresario será o no

---

<sup>178</sup> Vid STCT de 27 de Octubre de 1982, de 23 de Diciembre de 1982, 26 de Enero de 1987 ya citadas.

<sup>179</sup> Vide Sentencias citadas en las notas 165 y 166.

sustancial y éste deberá o no utilizar los expedientes previstos en los arts 40 y 41 del ET cuando unilateralmente pretenda llevar a cabo la modificación.<sup>180</sup> En palabras de la reiterada STSJ de Andalucía de 22 de Julio de 1989 "el artículo 41 de la tan mentada Ley 8/80 nada tiene que ver con el contenido inicial del contrato de trabajo ni con la modificación que posteriormente acuerden las partes".

Tres son los argumentos que señala en apoyo de esta tesis:

1.-La tradicional afirmación de la contractualidad de los elementos esenciales del contrato de trabajo, que ha llevado a la jurisprudencia a entender aplicables al contrato de trabajo los artículos 1261 y ss del Código Civil.

2.-La finalidad pretendida por los artículos 40 y 41 del ET, que no es la de regular la constitución de la relación laboral, sino la de posibilitar la modificación unilateral de la relación constituida.

3.-La licitud de los llamados cúmulos de funciones intercategoriales abona, asimismo, en favor de la licitud de estas cláusulas. <sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual y determinación....", citado, pp. 380-381.

<sup>181</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "Autonomía individual y determinación...", citado, pág. 381.  
En idéntico sentido SALA FRANCO, T. "La funcionalidad del

61.- Los argumentos me parecen irrefutables, y la tesis avalada por la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Junio de 1992<sup>182</sup> que, aunque directamente no se refiere a la cuestión de si el art. 41 limita el juego de la autonomía individual en la determinación de las condiciones de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, sino, a la imposibilidad de utilización de la vía del art. 41 para la modificación de condiciones producto de la autonomía colectiva establecidas por convenio colectivo, si señala en su fundamento jurídico tercero lo siguiente: "El supuesto del que parte el artículo 41.1 ET es el de la apreciación por la dirección de la empresa, de la existencia de probadas razones técnicas organizativas y productivas que requieren modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Esa apreciación, y la adopción de las correspondientes modificaciones aparecen, pues, como una manifestación del poder de dirección del empresario; ahora bien, de una manifestación que excede del ius variandi o potestad directiva empresarial ordinaria tal como esta viene configurada en el Estatuto

---

pacto individual como....", citado, pág 3 del ejemplar fotocopiado.

<sup>182</sup> STCO de 11 de Junio de 1992 (BOE de 15 de Julio de 1992), que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 90/88, Ar. 92.

de los Trabajadores". Más adelante y de manera mucho mas clara añade "El art. 41.1 ET no versa, en ninguno de los incisos, sobre la celebración de convenios o acuerdos (en principio sólo limitados en cuanto a su alcance y contenido, por la voluntad de las partes y el marco legal aplicable), sino sobre la adopción de determinadas medidas por parte de la dirección de la empresa, en caso de necesidad probada, y sobre los controles y requisitos a que debe someterse esa adopción".

Si es éste el sentido del art. 41 ET, el de instrumento para la modificación unilateral de condiciones contractuales por parte del empresario cuando se den determinadas condiciones, en ausencia de pacto novatorio, se evidencia "el legítimo derecho del trabajador a concertar desde un principio su régimen novatorio",<sup>183</sup> sin que al respecto deba estar sometido por el procedimiento de modificación unilateral establecido, en beneficio del empresario, por los artículos 40 y 41 ET, lo que lleva a la conclusión de que el único límite del pacto individual para la determinación del contenido y régimen jurídico del contrato radica en la necesidad de su adecuación a las conocidas exigencias respecto del juego del pacto contractual en relación a la normativa heterónoma y,

---

<sup>183</sup> STSJ de Andalucía de 22 de Julio de 1989 citada.

fundamentalmente, la determinación del acuerdo conforme a las señaladas reglas del Código Civil sobre la materia.

### **3.2.-Autonomía individual y prestación salarial.**

62.- Dado que el objeto del contrato de trabajo, según se ha manifestado, es doble, y viene constituido por la prestación laboral y por la prestación salarial, también interesa, dedicar una atención preferente a la prestación salarial. Como ha señalado ALBIOL, siendo el salario la prestación básica del empresario sin la que no existe contrato de trabajo, al salario se puede referir cualquiera de los instrumentos de determinación de condiciones de trabajo que señala el art. 3 del ET: la legislación estatal, el Convenio Colectivo y el contrato individual de trabajo<sup>184</sup> o, dicho en palabras de BORRAJO, los tres ordenes jurídicos, el estatal, el convencional y el contractual, que constituyen las fuentes constitutivas y reguladoras de la relación individual de

---

<sup>184</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "EL Salario. Aspectos legales y jurisprudenciales", Ed. Deusto, Bilbao 1992, pág. 128.

trabajo<sup>185</sup>.

Obviamente nos interesa el tercer instrumento, el derivado de la autonomía individual, y al respecto, por directa aplicación del artículo 3.1.c, los salarios fijados por las partes habrán de respetar, en todo caso, los fijados con carácter general por las normas legales, reglamentarias o convencionales aplicables (respeto al Salario Mínimo Interprofesional, o a los salarios mínimos profesionales)<sup>186</sup>. Las partes son libres para pactar percepciones salariales (salarios contractuales) y extrasalariales superiores a las fijadas en el marco normativo o convencional de referencia que se regirán por el régimen jurídico establecido por las partes para su establecimiento<sup>187</sup> y que podrán ser objeto de pacto novatorio. Una vez establecido el contrato o efectuada su novación, conforme a los principios de contraprestación recíproca, las cláusulas pactadas son ley entre las

---

<sup>185</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Dirección de empresa y autonomía colectiva" Comentario a la STCO de 28 de Junio de 1993 en Suplemento de AL nº 30/1993, pág. 1807.

<sup>186</sup> Sobre los mencionados conceptos, en general, todos los manuales, en especial, vide, ALBIOL MONTESINOS, I. "El salario..." citado, pp. 129-134.

Sobre el sentido unívoco del Salario Mínimo Interprofesional y la delimitación de su cuantía, vide la muy interesante STS de 28 de Enero de 1993 (Ar. 373). También STSJ de Castilla- La Mancha de 24 de Enero de 1992 (Ar. 1500).

<sup>187</sup> STS de 17 de Marzo de 1992 (Ar. 1656).

partes siendo su cumplimiento obligado.<sup>188</sup>

Cuando la determinación contractual de la prestación salarial no se haya documentado, dada la libertad de forma existente en el contrato de trabajo, tampoco cabe duda, mas allá de un problema probatorio, el hecho de que tales salarios sigan el régimen descrito anteriormente, es decir deben ser cumplidos por las partes, sin que pueda suprimirlas unilateralmente cualquiera de ellas, singularmente el empresario.

Ahora bien, la percepción salarial mayor, como en general cualquier condición de la relación laboral, puede tener como origen, no sólo el pacto inicial o novatorio, sino, también, en una concesión empresarial, se trata entonces de una mejora voluntaria cuyo origen reside en un acto unilateral y libre de la empresa<sup>189</sup>. Al respecto

---

<sup>188</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Modulación contractual de las mejoras salariales", en AL Tomo I/1991, pág. 114.

<sup>189</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Modulación contractual...", citada, pág. 114.

De otro lado, cabe destacar, como ha puesto de relieve ROMAN DE LA TORRE ("Poder de dirección y contrato...", citado, pág. 289), el hecho cierto de que "no es una voluntad conjunta de ambos contratantes la que, en la gran mayoría de los casos, busca una nueva y mas ajustada proporcionalidad, sino que lo que empieza a jugar a partir de ese momento es el propio valor que el empresario adjudique a la prestación de trabajo, como rentabilización de la mano de obra".

Igualmente, MONTOYA MELGAR ("La retribución del trabajo" en DURAN-MONTOYA-SALA, "El ordenamiento laboral español y los límites...", citado, pág.232) recuerda que "la fijación de condiciones salariales trabajador por trabajador no es la regla general, sino más bien la excepción reservada a ciertos tipos de contratos (alta

la jurisprudencia es constante en señalar que aquellas condiciones mas beneficiosas<sup>190</sup> cuyo origen reside en una concesión unilateral de la empresa se incorporan al contrato por vía de repetición, adquiriendo naturaleza contractual y se convierten en obligatorias para ambas partes, sin que el empresario las pueda suprimir unilateralmente<sup>191</sup>, salvo que se pruebe que quien la instauró se reservó expresamente la posibilidad de su supresión, puesto que la mejora salarial voluntaria se rige por el régimen jurídico que se le haya dotado al

---

dirección, artistas, trabajadores cualificados)", operando las mejoras no por mutuo acuerdo sino por decisión unilateral del empresario en la mayoría de los casos.

<sup>190</sup> Los límites del presente trabajo no permiten detenerse con amplitud en el estudio del principio de condición más beneficiosa de origen contractual. En la doctrina española hay abundantes estudios, por todos, vide CAMPS RUIZ, L.M. "Los principios de norma mas favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo", MTSS, Madrid, 1976. "La condición mas beneficiosa" en AA.VV. "III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. OJEDA AVILES, A. "El principio de condición más beneficiosa" en RPS nº 134/82, pp. 7 y ss. SALA FRANCO, T. "El principio de condición mas beneficiosa", AEDIPE, Madrid, 1982, pp. 26 y ss. "Las condiciones económicas mas beneficiosas: concepto técnico jurídico y sus efectos". CEOE, Madrid, 1984. SALA FRANCO-GOERLICH PESET "Límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual", en PJ nº 15, 1989, pp. 185 y ss.

<sup>191</sup> En este sentido, por todas, STS de 1 de Julio de 1988 (Ar. 5735) y STCT de 5 de Mayo de 1989 (Ar. 3230).

crearla<sup>192</sup>.

63.- El hecho de que la prestación salarial sea perfectamente cuantificable y por este motivo, fácilmente comparable con las condiciones salariales fijadas en normas y convenios explica que, a efectos de su concreta determinación, no plantee excesivos problemas, desde la perspectiva analizada. Ahora bien, no todos los problemas que puede presentar la determinación contractual del salario se limitan a su cuantía, por el contrario, los principales dependen de su definición y estructura, fundamentalmente, lo que se refiere a la incidencia de la normativa heterónoma y convencional sobre la voluntad contractual en orden a la fijación y delimitación del salario base, de sus complementos y de las percepciones extrasalariales, dado que el espacio contractual en la ordenación del salario no está delimitado en función de la cuantía del mismo sino, también, en función de la concreta estructura establecida y de la forma de aplicación.

En este sentido, conviene destacar que la regulación heterónoma de la ordenación del salario se encuentra contenida, básicamente, en los artículos 26 a 33 del Estatuto de los Trabajadores, en el Decreto 2380/1973 de

---

<sup>192</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Modulación contractual...", citada, pág. 116.

17 de Agosto sobre ordenación del salario (DOS), desarrollado por la Orden Ministerial de 22 de Noviembre de 1973 sobre ordenación del salario (ODOS) y en el Real Decreto por el que se fija el salario mínimo interprofesional para cada año concreto en cumplimiento del artículo 27.1 del ET. Dicha regulación se complementa con los Convenios Colectivos vigentes en cada momento y de aplicación a la relación jurídica concreta. Sin entrar en la consideración de la naturaleza de las distintas normas y de la estructura interna de la prestación salarial que diseñan<sup>193</sup>, importa destacar, con independencia del acomodo del salario contractual a las cuantías establecidas por el Salario Mínimo Interprofesional y, en su caso, el salario convencional, las siguientes consideraciones que, de alguna manera, enmarcan y delimitan las posibilidades reguladoras de la autonomía de la voluntad en materia salarial.

En primer lugar, el concepto mismo de salario establecido en el artículo 26.1 del Estatuto según el que "se considerará salario la totalidad de las percepciones

---

<sup>193</sup> Vide, con carácter general: AA.VV. "Estructura Salarial", CEOE, Madrid, 1986. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "Régimen jurídico del Salario" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales...", citado, Tomo VI, 1982, pp. 15-63, y en general todo el tomo dedicado íntegramente al salario. ALBIOL MONTESINOS, I. "El Salario. Análisis legal y ...", citado. También AA.VV. "Estudios sobre la ordenación del salario", Secretariado de Publicaciones. Universidad de Valencia, 1976, etc.

económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo". Concepto que define uno de los elementos causales de la relación laboral y que hay que considerar como imperativo tanto en su literalidad como en su significación de tal modo que, de la dicción legal, deriva la presunción iuris tantum de que todo lo que percibe el trabajador de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario, debiendo jugar las excepciones legales sólo cuando su existencia quede probada<sup>194</sup>, no siendo, en ningún caso, decisivo la denominación que las partes hayan podido asignar a una cantidad concreta, sino lo que puede revelar su propia naturaleza y circunstancias<sup>195</sup>. Por consiguiente, con independencia de lo acordado por las partes, se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas del trabajador que traigan causa en su prestación laboral que comprende el trabajo efectivo y los períodos de descanso computables como de trabajo.

---

<sup>194</sup> STS de 25 de Octubre de 1988 (Ar. 8152). STSJ de Madrid de 23 de Marzo de 1993 (Ar. 1444).

<sup>195</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "El salario: análisis legal....", citado, pág. 21.

En segundo lugar, la estructura salarial fijada heterónomamente también vincula la autonomía de los contratantes en orden a la fijación del salario. En efecto, partiendo del entendimiento de que por estructura salarial hay que entender la composición o forma ordenada de distribución de las distintas partidas salariales cuya suma da como resultado la cuantía del salario<sup>196</sup>, dicha forma ordenada de distribución que fije la norma, es absolutamente vinculante para el pacto contractual, de forma que éste debe adecuarse en su composición y distribución a lo previsto por la norma que, en este caso, tiene el carácter de absolutamente imperativa<sup>197</sup>, por lo que, con independencia de lo que las partes establezcan, hay que atender a la naturaleza de la percepción acordada y a su finalidad de conformidad con la estructura diseñada normativamente. Estructura que, como es bien sabido, se contiene específicamente en el Decreto de Ordenación del Salario que distingue entre el

---

<sup>196</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E. "La determinación y estructura del salario" en RPS nº 141, 1984, pág. 55.

<sup>197</sup> Así lo previene expresamente el artículo 10 de la ODOS al establecer que "En los convenios colectivos sindicales, reglamentos de régimen interior y contratos de trabajo individuales o de grupo, las percepciones económicas de carácter salarial, cualquiera que sea la denominación que las partes le asignasen, se entenderán automáticamente referidas al salario base a que se contrae el artículo 4 del Decreto o a sus complementos, según la naturaleza y el carácter de cada percepción, de conformidad con lo que establece el artículo 5º del propio Decreto".

salario base y una serie, limitada, de complementos salariales a los que deben reconducirse la totalidad de las percepciones económicas que fijen las disposiciones sectoriales, los convenios y el contrato de trabajo, reconducción, que caso de no realizarse o no resultar adecuada, se efectúa ope legis de forma que los Tribunales se encargan de referir cada partida que compone el salario al concepto correspondiente en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa dado que los complementos salariales son lo que refleja su propia naturaleza y no lo que digan las partes<sup>198</sup>. Existiendo, en fin, una norma de cierre, también de carácter imperativo según la que las percepciones salariales no asimilables a alguno de los complementos fijados en el DOS se imputarán, automáticamente, al salario base.

64.- Siguiendo con el análisis de las limitaciones que la normativa reguladora del salario impone a la voluntad de las partes, el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores establece la obligación del trabajador de satisfacer todas las cargas fiscales y de seguridad social a su cargo, declarando expresamente la nulidad de todo pacto en contrario. La rotundidad y claridad del precepto ofrece pocas dudas interpretativas respecto de

---

<sup>198</sup> STSJ de Navarra de 18 de Abril de 1991 (Ar. 2724).

su carácter imperativo que no deja resquicio alguno para que las partes puedan pactar algo distinto; se trata de una norma de derecho necesario absoluto que no permite el juego de la autonomía individual<sup>199</sup>. La nulidad de que habla el precepto no se limita al contrato individual sino, también, al convenio colectivo y a la decisión unilateral de la empresa que se convirtiese en una condición mas beneficiosa. Sin embargo tal referencia a la nulidad resulta superflua por cuanto que, establecida la prohibición, la nulidad del pacto en contrario se derivaría sin dificultades del artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 9.1 del mencionado cuerpo legal.

Mas dificultades, sin embargo, ha venido planteando la aplicabilidad temporal de la norma que comentamos. En efecto, es claro que tras la entrada en vigor de la Ley 8/80 de 10 de Marzo, cualquier pacto o decisión unilateral del empresario será absolutamente nula por contravenir norma absolutamente imperativa. Ahora bien, los pactos contractuales expresos o tácitos (a los que cabe reconducir las condiciones más beneficiosas)

---

<sup>199</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El pago de las cargas fiscales y de la Seguridad Social del Trabajador" en A.L. nº 0/84, pág. 16. También, del mismo autor, "La prohibición de asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de seguridad social del trabajador" en REDT, nº 18, 1984.

Vid, STSJ de Cataluña de 26 de Febrero de 1993 (Ar. 876).

celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley concentraron problemas derivados de la posible retroactividad de la ley o del respeto a las condiciones mas beneficiosas de origen contractual adquiridas cuando aún no estaba en vigor el artículo 26.3. ET. Sin embargo, tal norma imperativa obliga no sólo a los actos jurídicos posteriores a su entrada en vigor, sino también a los efectos de los actos anteriores que se produzcan con posterioridad a dicha fecha<sup>200</sup>, por lo que una eventual solución de nulidad de aquellos efectos produciría un desequilibrio de las mutuas prestaciones que, en virtud del pacto o de la adquisición por condición más beneficiosa, vinieran rigiendo en el contrato de trabajo. Por ello, partiendo de la necesidad de reequilibrar las prestaciones de trabajador y empresario, la jurisprudencia ha optado por entender que, aunque la obligación que el empresario había asumido no puede mantenerse con la misma formulación, ello no constituye obstáculo para el mantenimiento del salario anterior del trabajador en su integridad lo que no supone una violación del precepto por la autonomía de la voluntad.<sup>201</sup> De esta forma la primitiva obligación de

---

<sup>200</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El pago de las cargas fiscales....", citado, pág. 19

<sup>201</sup> Vid, por todas, SSTCT de 25 de Febrero de 1985 (Ar. 1289), de 25 de Julio de 1985 (Ar. 4207), de 20 de Enero de 1988 (Ar. 764), de 8 de Febrero de 1988 (Ar.

asumir las cargas fiscales y de seguridad social se transforma en una condición más beneficiosa que comporta el derecho a percibir, precisamente, el importe en que aquella obligación se concretaba que tendrá carácter de compensable y absorbible<sup>202</sup>, salvo que por las partes se pacte expresamente la exclusión de dicho régimen compensatorio.

65.- El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores con et titulo genérico de igualdad de discriminación por razón de sexo, dispone que "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por el salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo". Tal precepto, como ha puesto de relieve la doctrina, no es sino la aplicación de la regla general que prohíbe todo tipo de discriminaciones que rebasa la mera discriminación por razón de sexo<sup>203</sup> y que encuentra su expresión máxima en el artículo 14 de la Constitución, en el 35.1 de la citada norma fundamental y, en el plano

---

1377) y de 11 de Marzo de 1988 (Ar. 1998). STS de 1 de Julio de 1988 (Ar. 5735).

<sup>202</sup> SSTCT de 5 de Noviembre de 1984 (Ar. 9124) y de 6 de Mayo de 1987 (Ar. 9377). STSJ de Galicia de 28 de Mayo de 1991 (Ar. 3114).

<sup>203</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "El salario: aspectos legales....", citado, pág. 137.

normativo ordinario, en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores<sup>204</sup>. Desde esta perspectiva, el artículo 28 ET resulta redundante y superfluo puesto que nada añade a la configuración normativa del derecho a la no discriminación. La expresión de la autonomía individual mediante pacto expreso o tácito, o en forma de decisión unilateral del empresario que configure condición mas beneficiosa, queda vinculada por el principio de no discriminación ordenada en la Constitución y prevista en el artículo 17 del Estatuto en los términos ya analizados<sup>205</sup>, sin que, a dichos efectos, altere, modifique ni añada la dicción del artículo 28 que comentamos. Ni siquiera la expresión igual retribución a trabajo igual que utiliza el Estatuto, ni a trabajo de valor igual que utiliza la OIT y otras normas internacionales, pues ambas expresiones no son sino la

---

<sup>204</sup> Destacar que España tiene suscrito una serie de tratados internacionales y ratificados los pertinentes Convenios de la OIT en donde se prohíbe la discriminación salarial. Así el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. La Carta Social Europea, ratificada por España el 29 de Abril de 1990, prevé que las partes contratantes se comprometen a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor. Por último los Convenios 100, 111 y 117 de la O.I.T. abundan en la cuestión de reconocer una misma retribución por un trabajo de igual valor.

<sup>205</sup> Vid, supra, apartado 2.2.5.- "El principio de no discriminación como límite a la autonomía de la voluntad".

concreción, en el ámbito de la prestación salarial, de los superiores preceptos genéricos antes expresados que, en todo caso, hay que entender de conformidad con la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional conforme a la cual la prohibición constitucional de discriminación entre trabajadores no supone que la Constitución establezca una igualdad de trato en sentido absoluto, siendo ello resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad que, si bien parece fuertemente limitado en el derecho del trabajo, en virtud, entre otros factores del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado puede disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales y convencionales<sup>206</sup>. Por ello, en la medida en que la diferencia retributiva no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas en la Constitución o en el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse vulnerado el principio de igualdad.

Tal doctrina ha sido recogida expresamente por la jurisprudencia ordinaria y la doctrina judicial de forma que no considera discriminatorio la existencia de

---

<sup>206</sup> STCO de 9 de Marzo de 1984 (BOE 3-4-84). En idéntico sentido vid, SSTCO de 27 de Junio de 1981, de 28 de Julio de 1982, de 14 de Febrero de 1983, citadas, de 27 de Marzo de 1985 (Ar. 47) y de 21 de Marzo de 1986 (Ar. 38).

diferentes niveles retributivos para una misma categoría profesional cuando los mismos encuentran justificación en el mayor esfuerzo o atención o en la mayor perfección en el trabajo realizado<sup>207</sup>. Tampoco existe discriminación cuando las medidas adoptadas por la empresa tienden a facilitar el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social<sup>208</sup>. Igualmente es inexistente la discriminación cuando el desigual trato retributivo deriva de la adhesión de unos trabajadores a un Convenio Colectivo de carácter extraestatutario<sup>209</sup>. Y, en fin, no existe discriminación en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas previstas en la Constitución o en el Estatuto de los Trabajadores<sup>210</sup>.

Por el contrario, se considera discriminatorio abonar salarios distintos en función de que los trabajadores sean fijos o temporales<sup>211</sup>, o de la fecha en

---

<sup>207</sup> STCT de 15 de Junio de 1988 (Ar. 297). STSJ de Extremadura de 21 de Febrero de 1991.

<sup>208</sup> STSJ de Madrid de 7 de Enero de 1993, recogiendo expresamente la doctrina sentada en la STCO de 16 de Julio de 1987 (Ar. 128).

<sup>209</sup> STSJ de Extremadura de 11 de Febrero de 1993 (Ar. 610).

<sup>210</sup> SSTs de 19 de Febrero de 1986 (Ar. 787) y de 15 de Junio de 1989 (Ar. 4588).

<sup>211</sup> Por todas, de STCT de 7 de Septiembre de 1987 (Ar. 20182), STSJ del País Vasco de 11 de Marzo de 1991 (Ar. 1731) y de Andalucía -Granada- de 12 de Enero de

que ingresaron en la empresa<sup>212</sup> y cuando el abono de salarios distintos tiene como fundamento o razón el sexo de los trabajadores<sup>213</sup> y es que, al respecto, el Tribunal Constitucional tiene declarado que "para celebrar la diferencia de trato en materia laboral, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen, directa o indirectamente, al sexo de la persona"<sup>214</sup>.

66.- Por lo demás, el Estatuto remite al pacto

---

1993 (Ar. 52).

<sup>212</sup> STSJ de Cataluña de 22 de Diciembre de 1992 (Ar. 6402).

<sup>213</sup> Por todas, SSTSJ de Cataluña de 14 de Septiembre de 1992 (Ar. 4340): "el llamado complemento de mejora de empresa contempla conceptos tan incorrectos como solución de problemas, iniciativa, colaboración, innovación y dedicación no medidos con arreglo a criterios objetivos sino puramente subjetivos de la dirección de la empresa y que por extrañas circunstancias siempre son inferiores en el caso de la demandante" y de 7 de Diciembre de 1992 (Ar. 6347): "existe un concepto, mejora voluntaria, que perciben, los trabajadores varones y otro concepto salarial, incentivos, que perciben las mujeres.... se produce así una manera sutil de diferenciar retribuciones del personal masculino y femenino, pues a los criterios de discrecionalidad se une que la mejora se percibe en pagas y bajas por enfermedad, mientras que el incentivo no se percibe en tales situaciones", de La Rioja de 29 de Abril de 1991 (Ar. 2578) y de Madrid de 15 de Octubre de 1991 (Ar. 5924), entre otras.

<sup>214</sup> STCO de 1 de Julio de 1991 (Ar. 145).

individual para la fijación de la fecha y lugar<sup>215</sup> del pago de los salarios (art. 29.1 ET)<sup>216</sup>, remisión amplia, únicamente condicionada por las normas imperativas que el propio precepto menciona, tales como que el período de pago de las retribuciones periódicas no podrá exceder del mes, salvo que se trate de salario a comisión, el derecho a pedir y obtener anticipos a cuenta del trabajo realizado y, también, el derecho al percibo de dos pagas extraordinarias de conformidad con lo que este previsto convencionalmente. A este respecto, la dicción del segundo párrafo del artículo 31 del Estatuto según la cual en convenio colectivo podrá acordarse que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades, no parece de signo imperativo, de suerte tal que, salvo prohibición expresa del convenio, el pacto individual podrá acordar el prorrateo de los salarios contractualmente establecidos en las doce mensualidades.

---

<sup>215</sup> Sobre la vigencia, con carácter reglamentario, del artículo 54 de la Ley de Contrato de Trabajo que prohíbe el pago del salario en lugares de recreo, cantinas o tiendas, vide, ALBIOL MONTESINOS, I. El salario....", citado, pág. 147.

<sup>216</sup> Sobre la cuestión vid, OLIET GIL, B. "Liquidación y pago del salario" en DL, Octubre-87, pp. 121 y ss.

#### 4.- La autonomía individual en la modificación de la relación de trabajo.

67.- A lo largo del análisis efectuado en el presente capítulo, he tenido oportunidad de hacer referencia a las posibilidades que, al hilo de cuestiones concretas, tiene la autonomía de la voluntad en orden a la modificación del régimen jurídico de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de trabajo. De manera principal, se ha hecho referencia a las posibilidades de las partes en orden a la variación del régimen modificadorio previsto en el Estatuto en favor del empresario. Sin embargo, es necesario dedicar una especial atención a la modificación de dicho régimen jurídico por cuanto, como ya ha sido puesto de relieve en anteriores ocasiones, el contrato de trabajo se distingue por su vocación de permanencia por lo que a lo largo del tiempo el contenido inicial de la relación laboral debe ir adecuándose a las circunstancias cambiantes de la realidad social en la que vive y se desarrolla aquella relación; mas aún en una sociedad como la nuestra en la

que los cambios tecnológicos, culturales y económicos se suceden a ritmo vertiginoso.

El ordenamiento jurídico trata de dar respuesta para ello y, en la regulación de la relación laboral, subyace la idea de la mutabilidad de sus condiciones, para lo que la normativa vigente dedica especial atención, si bien, sólomente, desde la perspectiva de la modificación unilateral. La doctrina es unánime en orden a la consideración de tres posibilidades fundamentales de modificación de las condiciones en que se desenvuelve la relación jurídico laboral: el mutuo acuerdo novatorio, el cambio del régimen heterónimo (norma y convenio colectivo) y la modificación unilateral por parte del empresario, sin perjuicio de la existencia de otras de menor importancia (la modificación unilateral por el trabajador, singularmente)<sup>217</sup>. A dichas modificaciones se dedican las reflexiones siguientes.

#### **4.1.- El pacto novatorio.**

**68.-** La novación modificativa<sup>218</sup> es aquel negocio

---

<sup>217</sup> SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de la....", citado, pp. 17-19.

<sup>218</sup> Sobre la novación en general vid, el apartado dedicado a la novación extintiva en el Capítulo II.

jurídico bilateral en virtud del cual las partes vinculadas por un contrato cambian el contenido normativo de la relación jurídica que les une. En este sentido, el instrumento preferido por el ordenamiento jurídico para la modificación de las condiciones de las prestaciones que constituyen el contenido del contrato de trabajo es el de la novación contractual que, aunque tiene la desventaja "de una rigidez que contrasta con las necesidades derivadas del funcionamiento de la empresa"<sup>219</sup>, ofrece la seguridad de ser el genuino instrumento de la autonomía individual que, en atención a las circunstancias de cada momento, puede adecuar las condiciones inicialmente pactadas a los distintos avatares a los que haya de hacer frente la relación individual de trabajo a lo largo del tiempo; ofreciendo el ordenamiento jurídico instrumentos de actuación para el empresario cuando, ante la falta de acuerdo novatorio, existan razones técnicas, organizativas o productivas que exijan tal modificación<sup>220</sup>. Siempre que el acuerdo

---

<sup>219</sup> STS de 13 de Junio de 1988 (Ar. 5275).

<sup>220</sup> Es el genuino sentido del art. 41 del E.T., sin perjuicio de que el sistema y procedimiento en él diseñado pueda ser objeto de otras críticas, singularmente en orden a la intervención administrativa, y fundamentalmente en orden a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, incompatible con los principios de celeridad, concentración e inmediatez del proceso laboral, con las consecuencias prácticas que ello comporta; cuyo análisis se realiza mas adelante.

novatorio respete las condiciones mínimas de la ley o del convenio colectivo, y siempre que no sea discriminatorio, la novación contractual será legalmente posible como instrumento de modificación de las condiciones de las prestaciones que constituyen el objeto contractual.<sup>221</sup>

El acuerdo novatorio no tiene otros límites que los genéricos derivados de las reglas generales de los contratos (efectividad del consentimiento, ausencia de error, dolo violencia o intimidación, objeto lícito y determinado, causa lícita y veraz) y los específicos del Derecho del Trabajo (artículo 3.1.c del ET), con el único cuidado de vigilar la inexistencia de abuso empresarial, que ha llevado a la doctrina a señalar que la voluntad modificativa no debe presumirse, ni debe inferirse de una mera actitud del trabajador.<sup>222</sup>

No constituye obstáculo al pacto novatorio la afirmación del artículo 1273 del Código Civil, relativa a que la determinación del objeto debe realizarse sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, pues

---

<sup>221</sup> MARTIN VALVERDE, A. "Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo", en AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo". ACARL, Madrid, 1992, pág. 702. Vide también SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de la prestación...", citada; en especial el Capítulo II (La modificación bilateral: el mutuo acuerdo novatorio), pp. 21-32.

<sup>222</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La movilidad del trabajador dentro de la empresa" en D.L. nº 9/83, pág. 38. En idéntico sentido, la STS de 27 de Marzo de 1990 (Ar. 2357): "la novación no puede nunca presumirse".

tal precepto no debe ser interpretado en el sentido de que sea improcedente concretar el objeto del contrato mediante un convenio posterior; lo que dispone es que no podrá ejecutarse el contrato relativo a una cosa o cantidad indeterminada o indeterminable pues, para ello, sería necesario que mediara, además, un nuevo convenio entre las partes.<sup>223</sup>

Esta preferencia por el instrumento novatorio no empece la posibilidad de que las partes puedan pactar en el contrato las cláusulas que tengan por conveniente en orden a la determinación de las prestaciones y, singularmente, en orden a la delimitación del alcance del poder del empresario y al propio régimen de la modificación de dichas condiciones. Ello por directa aplicación de los artículos 1255 del Código Civil y 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores, ya señalados, según los cuales los contratantes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente; y la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, regula, también, los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral.

La anterior afirmación tiene como límite los propios preceptos contenidos en el Código Civil, (arts 1256, y 1271 y siguientes) relativos a la interdicción de

---

<sup>223</sup> PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil" citado, Tomo II, Vol. I, pág. 113.

dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de lo pactado y siempre que el objeto sea posible, lícito y esté determinado. Exigencias que, en el campo laboral, se completan con la establecida en el artículo 3.1.c del Estatuto, según el que en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos según ya ha sido analizado.

En otro orden de cosas, hay que reseñar que el pacto novatorio puede incidir perfectamente sobre el contenido contractual de la relación jurídico laboral sin que, en este caso concreto, existan limitaciones específicas de carácter laboral. Es decir, el contenido del contrato de trabajo superior al establecido por la normativa heterónoma y el convenio colectivo constituye el complejo normativo derivado específicamente de la autonomía individual, del que el pacto novatorio, expreso o tácito, puede disponer sin limitación alguna. En este sentido, es claro que el contenido "plus quam leges" del contrato no vincula a las partes de cara a un acuerdo posterior, por lo que el mismo, a salvo de vicio del consentimiento, podría significar un retroceso sobre la situación contractual, en la medida en que no son de aplicación las limitaciones previstas en el artículo 3.1.c. del Estatuto

de los Trabajadores<sup>224</sup>.

#### 4.2.- El pacto individual frente al cambio normativo.

69.- Las condiciones que conforman el contenido de la relación laboral presentan, como ya ha sido puesto de manifiesto, un triple origen: provienen de la norma estatal, del convenio colectivo o son fruto de la autonomía individual que, a través del contrato de trabajo, ha establecido, en los términos analizados, condiciones mas favorables para el trabajador que las establecidas en el orden normativo o convencional de referencia, o distintas (en el sentido señalado) o, simplemente, mas concretas que las establecidas heterónoma o convencionalmente. Cada una de las concretas condiciones que conforman el contenido de la relación jurídica queda sometido a las reglas propias de su fuente constitutiva u originaria<sup>225</sup>, de tal forma que el cambio

---

<sup>224</sup> CAMPS RUIZ, L.M. "La condición mas beneficiosa", en AA.VV. "III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 276.

En este sentido, vid, STSJ de Asturias de 15 de Octubre de 1992 (Ar. 4972).

<sup>225</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Articulación entre la autonomía individual y colectiva....", en AL nº 3/93, pág. 55.

en una de ellas afecta, inmediatamente, al contenido de la relación por ella regulado. De esta forma, el cambio normativo o el convencional comporta que aquellas condiciones contractuales regidas por la norma o el convenio queden modificadas o sustituidas por las nuevas. Existe, en este supuesto, una modificación del contrato de trabajo que opera "ope legis", es decir, por el mero cambio normativo o convencional.

4.2.1.-El principio de conservación de condiciones mas beneficiosas de origen contractual.

70.- El principio de que cada condición de la relación laboral queda sometida a las reglas propias de su fuente constitutiva y, con ello, resulta alterada o sustituida por la nueva regulación plantea la cuestión de la incidencia del cambio normativo o convencional en el contenido contractual específicamente diseñado por el pacto individual, lo que ocurre con cierta frecuencia dado el carácter duradero del contrato de trabajo. La cuestión consiste en determinar de que manera el cambio de la norma o del convenio incide en el ámbito de la autonomía individual. En este sentido, la tradicional doctrina laboral, siguiendo a la jurisprudencia, ha acudido, para la resolución del conjunto de problemas que

plantea la cuestión suscitada, al principio de respeto o conservación de las condiciones mas beneficiosas de origen contractual<sup>226</sup>, según el cual, el empleador esta obligado a respetar y el trabajador facultado a exigir el mantenimiento de aquellas condiciones de trabajo que, constituyendo mejoras sobre las mínimas aplicables, hayan sido incorporadas al nexo contractual cuando se produzca una modificación normativa o convencional.<sup>227</sup>

La generalidad de la doctrina suele extenderse en consideraciones sobre la fuente de producción de la condición más beneficiosa de origen contractual según nazcan del propio contrato de trabajo por pacto inicial o novatorio, nazcan de la concesión unilateral del empresario, individual o colectiva, de un convenio colectivo de carácter extraestatutario<sup>228</sup> o, incluso de

---

<sup>226</sup> CAMPS RUIZ, L.M. "La condición mas beneficiosa", citado, pág. 230.

<sup>227</sup> Por todas, vid, SSTs de 1 de Junio de 1992 (Ar. 4504) y de 17 de Enero de 1974 (Ar. 416). SAN de 27 de Julio de 1989 (Ar. 41). SSTCT de 18 de Enero de 1988 (Ar. 686), de 25 de Mayo de 1988 (Ar. 249) y de 5 de Febrero de 1989 (Ar. 1359). SSTSJ de Navarra de 12 de Abril de 1991 (Ar. 2720), de Andalucía -Málaga- de 2 de Diciembre de 1991 (Ar. 6929), de Galicia de 11 de Marzo de 1993 (Ar. 1350) y de Madrid de 18 de Febrero de 1993 (Ar. 993), entre muchísimas otras.

<sup>228</sup> En este caso se trataría de una condición limitada a la vigencia del convenio extraestatutario.

una mera tolerancia<sup>229</sup>. Sin embargo tal consideración es indiferente, a los presentes efectos, por cuanto todas ellas se reducen a la consideración de su contractualidad. En efecto, no cabe admitir la existencia de actuaciones reiteradas intrascendentes desde el punto de vista contractual, por lo que cualquier conducta reiterada en el desarrollo del contrato generará, en principio, una condición mas beneficiosa<sup>230</sup>, siempre que resulte acreditada la voluntad de la empresa no solo en cuanto a su concesión, lo que comportará la existencia actual de la condición, sino también en cuanto a la voluntad de conservación en el futuro, dado que no es la "mera persistencia en el tiempo la que crea la condición mas beneficiosa, sino que esa persistencia tiene que ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, integrando así la reiteración una declaración tácita de voluntad en ese sentido"<sup>231</sup>. Desde este punto de vista, resulta aplicable

---

<sup>229</sup> Vid, por todos: SALA FRANCO, T. "El principio de la condición más beneficiosa", en RPS, 1977. nº 114, pp. 39-45. CAMPS RUIZ, L.M. "La condición más beneficiosa", citada, pp. 247 y ss.

<sup>230</sup> SALA FRANCO- GOERLICH PESET, "Los límites al principio de condición mas beneficiosa de naturaleza contractual" en PJ nº 15, 1989, pp.191-192, extendiéndose en útiles consideraciones sobre la valoración de las situaciones de hecho en materia contractual.

<sup>231</sup> STS de 3 de Noviembre de 1992 (Ar. 8776).

toda la dogmática sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, expuesta con anterioridad, con independencia del origen concreto de la condición mas beneficiosa de naturaleza contractual<sup>232</sup>.

71.- Constituida lícitamente una condición mas beneficiosa, se incorpora plenamente al nexo contractual, teniendo por sí misma fuerza de obligar al estar incluida en el ámbito propio de la autonomía privada de los contratantes individualmente considerados que comprende, al margen del supuesto de derecho necesario absoluto, el establecimiento de condiciones mas favorables para el trabajador que las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos, de forma tal que su modificación no es posible por decisión unilateral del empresario<sup>233</sup>, perviviendo y no quedando afectada por posibles regulaciones generales posteriores mas restrictivas<sup>234</sup>,

---

<sup>232</sup> En este sentido, con carácter destacado, vide STCT de 11 de Enero de 1989 (Ar. 8), objeto de comentario en el trabajo de SALA-GOERLICH "Los limites al principio...", citado.

Vide, también, MARTÍNEZ CALCERRADA, L. "Vías de extinción-modificación de la condición mas beneficiosa" en RL T-II/88 pp.299 y ss. "Dinámica correctora de la condición mas beneficiosa" en AL T-I/89 pp. 47 y ss.

<sup>233</sup> Por todas, SSTS de 20 de Mayo de 1991 (Ar. 3919) y de 9 de Noviembre de 1989 (Ar. 8029), entre otras.

<sup>234</sup> Vide, por todas: en general, SSTS de 24 de Junio de 1992 (Ar. 4667), de 1 de Junio de 1992 (Ar. 4504) y de 15 de Junio de 1992 (Ar. 4582). STSJ de Andalucía - Granada- de 1 de Diciembre de 1992. (Ar. 6081).

de forma que sólo se aplicará la norma posterior en la medida en que las condiciones establecidas en ella sean más favorables para el trabajador que las disfrutadas por incorporación al pacto contractual<sup>235</sup>.

72.- Se configura, de este modo, en principio, un respeto absoluto por parte de la normativa heterónoma y de la autonomía colectiva a las condiciones contractuales superiores a las fijadas normativa o convencionalmente que plantea la delicada y espinosa cuestión de la disponibilidad colectiva de las condiciones individuales del trabajador, incorporadas a su acervo contractual en virtud de mutuo consentimiento, de pacto o acuerdo con un grupo de trabajadores, de decisión unilateral del empresario o por cualquier otra causa. Se trata de determinar las posibilidades que la autonomía colectiva tiene en orden a revisar "in peius" condiciones mas beneficiosas de origen contractual.

Dejando a un lado la intervención de los

---

Respecto a convenios colectivos, concretamente, STS de 25 de Marzo de 1993 (Ar. 2206). SSTSJ de Castilla-León -Valladolid- de 1 de Junio de 1992 (Ar. 3146) y de Navarra de 3 de Junio de 1992 (Ar.3003).

<sup>235</sup> SALA FRANCO, T. "El principio de la condición...", citado, pp. 45-46 y la generalidad de doctrina y jurisprudencia.

En contra, GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Manual de Derecho del Trabajo", Ariel, Barcelona 1990, pág. 338: "El mantenimiento de la condición contractual mas beneficiosa no impide la aplicación de la norma".

representantes de los trabajadores en la modificación de las condiciones contractuales prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, que será analizada más adelante, la cuestión hace referencia, nuevamente, a las complejas relaciones entre la autonomía individual y la autonomía colectiva, aunque desde una perspectiva distinta. No se trata, ahora, de delimitar el campo de la autonomía contractual desde la consideración del artículo 3.1.c. ET en orden a las posibilidades que otorga en relación a la negociación colectiva; por el contrario, se trata de definir el papel de la negociación colectiva en relación al contrato individual desde la óptica del espacio contractual, es decir, se trata de un problema de límites de la negociación colectiva<sup>236</sup>. El tema, a pesar de su amplio tratamiento doctrinal<sup>237</sup>, sigue siendo uno

---

<sup>236</sup> DURAN LOPEZ, F. "Jurisprudencia constitucional y ...", citado, pág. 208.

<sup>237</sup> Con independencia de las amplias referencias en las obras dedicadas a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones...", citada, SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA "La modificación...", citada), puede consultarse, entre otras, : FERNÁNDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup> F.: "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo" en RPS, 1984, nº 143, pp. 187 y ss. "Condición mas beneficiosa: compensación y absorción" en RL T-I/92 pp. 187 y ss. GARCÍA PERROTE, I. "Ley y Autonomía colectiva", citado, en especial pp. 362-377. RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Negociación colectiva y acuerdos sociales" en PEE, 1985, nº 22, pp. 282 y ss. "Principio pro operario, condición mas beneficiosa y autonomía colectiva" en RL T-I/91, pp. 38 y ss.

En la doctrina italiana resultan imprescindibles, entre otros, VARDARO, G. "Contratti collettivi e rapporto

de los mas complejos y delicados del Derecho del Trabajo<sup>238</sup>, puesto que en el mismo se dan cita no pocos intereses, siendo posible el análisis real e hipotético de infinidad de supuestos con matices distintos y desde múltiples perspectivas.

La cuestión se plantea con toda crudeza cuando parece necesario, para salvaguardar el interés colectivo, sacrificar el interés individual. Conflicto de intereses que debe resolverse, necesariamente, acudiendo a la regulación positiva. En este sentido, es claro que el artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores, despliega sus efectos durante toda la vida de la relación laboral. Se trata de un precepto dinámico en el sentido de que refiere al pacto individual la regulación de las condiciones de la relación mientras esta permanezca viva, por lo que, constituyendo la regulación contractual una mejora respecto del régimen contenido en la norma o el

---

individuale di lavoro", Milan, F. Angellei, 1985. MARESCA, A. "Diritti individuale del lavoratore e poteri del sindacato" en GDLRI, 1985, nº 28, pp. 685 y ss. DE LUCA TAMAJO, R. "L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva" en RDL, 1985, I, pp. 16 y ss.

En la doctrina francesa, vide, entre otros, MORAND, M. "La modification du contrat de travail", París, E. Liaisons, 1992, en especial pp. 157-176. DESPAX, M. "Denonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matiere de remuneration", DS, 1990. pp. 156 y ss. SAVATIER, J. "La revocation des avantages résultant des usages de l'entreprise", DS, 1986, pp. 890 y ss.

<sup>238</sup> STCO 58/85 de 30 de Abril.

convenio, la misma subsiste en todo momento con independencia de ulteriores regulaciones convencionales que no la alcancen. Así lo ha venido confirmando una consolidada doctrina judicial del extinto Tribunal Central de Trabajo al entender que la eficacia general erga omnes de los convenios colectivos y su fuerza vinculante no obsta para que los mismos no puedan lesionar o desconocer situaciones mas ventajosas que hayan sido ganadas o reconocidas a título individual que, como más favorables a los trabajadores, han de ser respetadas por las disposiciones generales de los convenios<sup>239</sup>.

Sin embargo, no cabe duda de que, en esa lucha o confrontación de intereses entre lo colectivo y lo individual, en la medida en que el convenio está destinado a efectuar un reparto equitativo y controlado de sacrificios mediante la revisión de derechos o intereses de los trabajadores individuales, el papel del principio de favor que comentamos puede tratar de utilizarse, ahora, como límite de la función constitucional del Convenio Colectivo para la ordenación de las condiciones de trabajo y podría llegar a contradecir el propio significado del convenio en cuya

---

<sup>239</sup> STCT de 18 de Octubre de 1988 (Ar. 6185). En el mismo sentido, por todas: STCT de 11 de Febrero de 1985 (en RL nº 20-21/91, pp 189-190). SAN de 7 de Julio de 1989 (Ar. 30).

naturaleza está la supremacía de lo colectivo sobre lo individual<sup>240</sup>. De otro lado, contemplamos la hipótesis de disponibilidad colectiva a través de los mecanismos establecidos en los artículos 41, 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores. Por último resulta habitual que numerosos convenios colectivos incluyan cláusulas de garantía "ad personam" en virtud de las cuales, se respetarán las condiciones mejores que, a título individual, viniesen percibiendo los trabajadores y que resultasen superiores a lo regulado por el propio convenio; lo que conlleva que pueda plantearse el problema de si el reconocimiento de una legitimidad para establecer cláusulas de salvaguardia supone, también, el reconocimiento de una legitimidad para que la negociación colectiva pueda afectar de algún modo a esas situaciones más beneficiosas<sup>241</sup>. Desde esta triple perspectiva, resulta imprescindible delimitar el encaje de lo individual y lo colectivo en este aspecto concreto de la relación autonomía colectiva-autonomía individual. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de plantearse la cuestión sin resolverla, en la medida en que, al tratarse de límites de la negociación colectiva, ésta no

---

<sup>240</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Principio pro operario, condición mas ....", citado, pág. 39.

<sup>241</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Principio pro operario, condición mas....", citado, pág. 41.

encuentra directamente vía de protección constitucional a través del amparo, sino como contenido del derecho de libertad sindical. Y no toda vulneración del derecho a la negociación colectiva lleva implícito una violación de la libertad sindical. No obstante ha sentado criterios y principios<sup>242</sup> de los que es posible extraer, en opinión de DURAN<sup>243</sup>, las siguientes conclusiones:

--Que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación en el ámbito de la empresa.

--Que no puede negarse, en modo alguno, la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la previsión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las condiciones de trabajo.

Con este doble fundamento, en mi opinión, es posible esquematizar las siguientes conclusiones, que tratan de compatibilizar el espacio que el ordenamiento jurídico laboral reserva a la autonomía contractual con la

---

<sup>242</sup> Vide, fundamentalmente, STCO 58/1985 de 30 de Abril, 118/1983 de 13 de Diciembre y Auto 1074/1988 de 26 de Septiembre.

<sup>243</sup> DURAN LOPEZ, F. "Jurisprudencia constitucional y ...", citado, pp. 208-209.

preeminencia de los intereses colectivos sobre los puramente individuales:

a) Que la configuración del principio de condición más beneficiosa sólo comprende aquellas condiciones incorporadas al nexo contractual en virtud de pacto o actuación unilateral del empresario, pero no a las de origen normativo<sup>244</sup>.

b) Que la condición más beneficiosa puede ser modificada por acuerdo novatorio individual de las partes, pero no mediante convenio colectivo debiendo dejar éste intangible la referida condición en la medida en que sea más favorable que la regulación convencional<sup>245</sup>.

c) Que, no obstante lo anterior, aquellas condiciones cuya virtualidad ni se agota ni encuentra su adecuada aplicabilidad en el contrato de trabajo por ser esencialmente de titularidad o disfrute colectivo no se encuentran amparadas por el principio que comentamos, pudiendo alterarlas o modificarlas una regulación

---

<sup>244</sup> Por, todos, CAMPS RUIZ, L.M. "Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del Trabajo", MTSS, Madrid, 1976, pp. 222 y ss.

<sup>245</sup> Cfr. STCT de 24 de Febrero de 1983, de 7 de Diciembre de 1983, de 6 de Diciembre de 1984. STS 4 de Febrero de 1984, entre otras. (Todas ellas en RL T-I/91, pp. 856 y ss). STS de Galicia de 11 de Marzo de 1993 (Ar. 1350).

convencional posterior<sup>246</sup>.

d) Las cláusulas de garantía "ad personam" resultan innecesarias y superfluas desde el punto de vista de las condiciones mas beneficiosas de origen contractual, puesto que su finalidad esta lograda por el propio juego del principio. Sin embargo su utilidad se encuentra en relación a las condiciones mas beneficiosas de origen normativo como cláusulas expresas de salvaguardia de aquéllas<sup>247</sup>, sin cuya existencia regiría el principio del orden o de la sucesión normativa.

73.- De esta forma sólo será posible la modificación de las condiciones mas beneficiosas de origen contractual y de titularidad individual por vía normativa a través de la técnica de absorción y compensación.

#### 4.2.2.- Compensación y absorción de condiciones más beneficiosas.

74.- El conjunto contractual que conforma el

---

<sup>246</sup> Vide, supra, apartado 3.3. La delimitación de la función reguladora de la autonomía individual en relación a la autonomía colectiva, número 38, apartado c).

<sup>247</sup> CAMPS RUIZ, L.M. "La condición mas beneficiosa", citado, pág. 246.

contenido y régimen jurídico de las prestaciones del contrato de trabajo puede quedar afectado por el juego de la compensación y absorción de condiciones de forma que las mejoras de orden normativo (legales, reglamentarias o convencionales) no se adicionan, como regla general, a las condiciones más beneficiosas disfrutadas a título individual sino que, salvo estipulación en contrario, estas últimas quedan neutralizadas por aquéllas<sup>248</sup>. Esta técnica de la compensación y absorción, formalmente reconocida en materia salarial por el artículo 26.4 del Estatuto, ha sido recogida por una constante jurisprudencia que, con expresiones variadas, resulta coincidente en el núcleo de la cuestión: la condición mas beneficiosa tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o, mientras que la condición o derecho no sea compensada en virtud de una normativa posterior mas favorable, pues las mejoras no se acumulan a los beneficios disfrutados, sino que estos pueden ser absorbidos por aquellas sin que sean acumulables las ventajas obtenidas al beneficio que existía<sup>249</sup>. La

---

<sup>248</sup> CAMPS RUIZ, L.M. "La condición mas beneficiosa", citado, pág. 268.

<sup>249</sup> Numerosa jurisprudencia y doctrina judicial. Por todas, vide: SSTs de 20 de Diciembre de 1989 (Ar. 9060) y de 2 de Abril de 1991 (Ar. 3244).

SSTCT de 21 de Febrero de 1983 (Ar. 1438), de 28 de Junio de 1983 (Ar. 6304), de 11 de Septiembre de 1986 (Ar. 7634) y de 23 de Noviembre de 1988 (Ar. 7224).

SSTSJ de Extremadura de 10 de Febrero de 1992, de

técnica de la compensación y absorción se refiere a los preceptos legales, reglamentarios y convencionales mínimos, reconociéndose jurisprudencialmente, como se verá, que se trata de mínimos compensables en determinadas circunstancias, esto es, por determinados derechos y no por otros.

No se trata, en puridad, de una modificación de las condiciones contractuales, pues éstas o desaparecen como tales al resultar alcanzadas por una norma legal o convencional posterior mas favorable o permanecen incólumes puesto que la norma legal o el convenio posterior no llega a alcanzarlas. En este último supuesto, la ventaja que la regulación posterior suponga sobre la anterior no se adiciona a la condición contractual, sino que ésta, permanece intacta en lo que exceda de la nueva regulación, esto es, se produce una menor diferencia que en el momento del pacto o incorporación de la condición más beneficiosa al contrato, entre el nivel del derecho legal, reglamentario o convencional y el nivel del derecho contractual.

La jurisprudencia ha venido exigiendo la homogeneidad de los conceptos entre los que haya de

---

Madrid de 8 de Julio de 1992 (Ar. 3675), de la Comunidad Valenciana de 16 de Febrero de 1993 (Ar. 911).

establecerse la compensación<sup>250</sup>, de esta forma, sólo cabrá la compensación y absorción entre condiciones de trabajo que posean una finalidad idéntica o análoga y no entre aquellas que tengan fundamentos u objetivos diferentes. En este sentido no se pueden compensar condiciones salariales por no salariales<sup>251</sup>, ni partidas que componen el salario por partidas extrasalariales<sup>252</sup>, ni entre complementos salariales distintos<sup>253</sup>.

75.- La técnica de la compensación y absorción descrita, a grandes rasgos, en el apartado precedente puede quedar, sin embargo, afectada por lo que, al respecto, pueda regular la autonomía colectiva o la

---

<sup>250</sup> Por todas, vid, STS de 21 de Mayo de 1990 (Ar. 4481).

SSTCT de 6 de Noviembre de 1984 (Ar.8439), de 31 de Enero de 1985 (Ar. 680), de 30 de Diciembre de 1985 (Ar. 7148) y de 14 de Marzo de 1986 (Ar. 2000).

SAN de 20 de Noviembre de 1990 (Ar. 134).

<sup>251</sup> STS de 21 de Mayo de 1990 (Ar. 4481) en el sentido de que no es lícita la compensación entre una menor jornada y salarios.

STSJ de Cataluña de 18 de Enero de 1993 (Ar. 400) no admite la compensación de días festivos por menor número de horas anuales de trabajo.

<sup>252</sup> STSJ de Extremadura de 10 de Febrero de 1992 (Ar. 559).

<sup>253</sup> STSJ de Madrid de 30 de Octubre de 1992 (Ar. 4955) relativa a la imposibilidad de compensar complementos de puesto de trabajo y complementos personales. STSJ de Murcia de 10 de Enero de 1991 (Ar. 743) que no admite la compensación entre complementos por cantidad en el trabajo y diferencias retributivas por ascenso de categoría.

autonomía individual.

El convenio colectivo, con respecto a cualquier condición de trabajo, incluidas las salariales al tener el artículo 26.4 ET carácter de norma mínima, puede limitar o prohibir el juego de la compensación y absorción de condiciones<sup>254</sup>, estableciendo para ello límites específicos a partir de los cuales no operará la absorción y compensación de condiciones o, simplemente, garantizando "ad personam" las condiciones mas favorables que se vinieran disfrutando y eliminando, por tanto, el juego de la compensación y absorción<sup>255</sup>. Mas dudosa resulta la posibilidad de que el convenio pueda ampliar el régimen de la compensación y absorción para eliminar la necesaria homogeneidad entre los conceptos compensables; aunque parece admitirse por alguna

---

<sup>254</sup> Sin embargo, se muestra contrario a tal posibilidad CONDE MARTIN DE HIJAS, V. ("La absorción y compensación como instrumento legal de potenciación de la autonomía individual" en AL nº 22/93, pp 399 y ss.) para quien la compensación y absorción prevista en el artículo 26.4 ET no puede ser excluida por el convenio colectivo en virtud del sentido imperativo de la norma.

<sup>255</sup> La STSJ de Cataluña de 14 de Septiembre de 1992 (Ar. 4342) admite expresamente que el orden normativo de mejora puede perfectamente y lícitamente exceptuar ese concepto del régimen general de compensación y absorción. En idéntico sentido la de 31 de Diciembre de 1991 (Ar. 6804).

sentencia aislada<sup>256</sup>, si entendemos que la necesaria homogeneidad está implícita en la dicción legal del artículo 26.4 ET o en la propia esencia del principio, difícilmente podría sostenerse tal ampliación convencional.

Por lo que respecta a la autonomía individual resulta claro que la condición mas beneficiosa debe seguir el régimen previsto al crearla, de tal suerte que las partes contratantes, en el momento inicial o novatorio, podrán impedir el juego de la compensación y absorción de una o varias y determinadas condiciones contractuales<sup>257</sup>. Ello no es más que la expresión del principio de libre autonomía de la voluntad de las partes que consagra el artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores, de suerte tal que, las partes podrán convenir o establecer la no absorción y compensación de determinadas condiciones laborales, incluso si en el convenio figurase la posibilidad de compensación y absorción prevista expresamente<sup>258</sup>, lo que no es sino

---

<sup>256</sup> SSTSJ de Canarias de 10 de Septiembre de 1991 (Ar. 4946) y de Extremadura de 10 de Febrero de 1992, citada.

<sup>257</sup> La STS de 19 de Diciembre de 1988 (Ar. 10006) es rotunda al respecto al señalar que "el fenómeno neutralizador puede encontrar obstáculos o límites, entre otras posibles causas, cuando así se estableciera al instaurarse la condición que se pretende absorber".

<sup>258</sup> STSJ de Cataluña de 25 de Noviembre de 1991 (Ar. 6482).

demostración del carácter mínimo que, a los presentes efectos, tienen el artículo 26.4 del Estatuto y las disposiciones convencionales sobre la materia. Como se ha visto en anteriores ocasiones el problema se centra, dada la libertad de forma contractual, cuando el pacto individual de no compensación no se haya celebrado de forma expresa. En tales circunstancias habrá que estar a la prueba que se practique en orden a la averiguación de la voluntad de los contratantes puesto que, aunque en general, se admite la renuncia del empresario a no absorber<sup>259</sup>, la no utilización de la posibilidad de compensar durante varios años no impide que el empresario comience a hacerlo a partir de un determinado momento<sup>260</sup>.

#### **4.3.- La modificación unilateral de las prestaciones y de su régimen jurídico.**

76.- El análisis de las posibilidades de la voluntad individual en orden a la modificación de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, ha llevado, entre otras, a la conclusión de que, con

---

<sup>259</sup> STCT de 25 de Mayo de 1988 (Ar. 254).

<sup>260</sup> STCT de 12 de mayo de 1988 (Ar. 224) y de 20 de Diciembre de 1988 (Ar. 8118). SAN de 7 de Junio de 1989 (Ar. 8).

carácter general, la novación contractual, entendida como institución típica del Derecho del Trabajo que da forma jurídica a intereses individuales de las partes del contrato<sup>261</sup>, no presenta, desde la óptica del objeto, diferencias con el contrato de trabajo en su faceta constitutiva. En efecto, en ambos momentos (inicial y novatorio) los contratantes están limitados por lo dispuesto en el artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores, exigiéndose idénticos requisitos de consentimiento y sin que en ambos casos juegue la prohibición de indisponibilidad de derechos del art. 3.5 ET, que se sitúa en el plano aplicativo y no en el constitutivo.

Igualmente se ha señalado que, a pesar de la preferencia del ordenamiento jurídico por el instrumento novatorio, las partes pueden pactar en el momento inicial de formalización del contrato, el propio régimen de modificación de las condiciones pactadas, con los límites genéricos del Código Civil y específicos del Derecho del Trabajo (art. 3.1.c ET), según el alcance señalado.

Ahora bien, no son éstas, las derivadas de la voluntad individual de las partes del contrato, las únicas modificaciones posibles. La autonomía individual se encuentra matizada, en el campo laboral, "por su

---

<sup>261</sup> RIVERO LAMAS, J. "La novación del contrato de trabajo", Ed. Bosch, Barcelona, 1963. Pág. 7.

inserción, previa y dada como presupuesto, en las exigencias organizativas y productivas de la empresa"<sup>262</sup>, de suerte tal que, a diferencia del derecho contractual común, el ordenamiento jurídico laboral contiene previsiones específicas destinadas a posibilitar la modificación unilateral de las condiciones contractuales directamente, previa autorización de los representantes de los trabajadores o de la autoridad administrativa competente. En efecto, el contrato de trabajo no agota su virtualidad en la simple relación entre las partes que lo suscriben; con motivo de su formalización, el trabajador se inserta en una relación de autoridad y control ajenos, como integrante de una colectividad de trabajadores. De esta inserción derivará todo un conjunto de relaciones jurídicas que van mas allá de los derechos y obligaciones inherentes a los sujetos contratantes, y que encontrarán su adecuada dimensión desde la perspectiva colectiva: se trata, entre otros, de los derechos sindicales, de los derechos relativos a la salud laboral, y de los derechos empresariales derivados del poder de dirección y organización en la empresa. Se ha hablado, en este sentido, de dualismo estructural del contrato de

---

<sup>262</sup> BAYLOS GRAU, A. "Derecho del Trabajo: modelo...", citado, pág. 77.

trabajo<sup>263</sup>.

Es, pues, en este marco donde encuentran acomodo la posibilidades de modificación de carácter unilateral, específicas de la disciplina jurídico laboral, singularmente, por su importancia, las modificaciones unilaterales por el empresario.

77.- No es propósito realizar, en este punto, un exhaustivo análisis de la modificación unilateral por el empresario de la prestación laboral. En la doctrina española hay abundantes y completos estudios sobre tan complicada cuestión, que resuelven, con carácter general, los principales problemas que dicha modificación unilateral plantea<sup>264</sup>. El objetivo, es mas modesto,

---

<sup>263</sup> JEMMAUD, A. "Les polyvalences du contrat de travail", en AA.VV. "les Transformations actuelles du Droit du travail. Etudes offertés a G. Lyon Caen". París 1989. PP. 299-316. Especialmente pp. 301 y ss.

<sup>264</sup> En nuestra doctrina, la abundancia de estudios sobre la genérica cuestión de la modificación de la prestación laboral es notoria. Con carácter general vide: CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones de la prestación de trabajo", citada. GARCÍA NINET, J.I. "La movilidad de los trabajadores. Consideraciones en torno al artículo 40 del ET", en AA.VV. Jornadas sobre la aplicación del ET, Alicante, 1981. MONTOYA MELGAR, A. "Dirección y control de la actividad laboral". en AA.VV. Comentarios a las Leyes laborales: el ET. Edersa, Tomo V, pp. 99-152. LOPEZ TARRUELLA, F. "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo", citada. RIVERO LAMAS, J. "Modificación de las condiciones de trabajo" en AA.VV. Comentarios a las Leyes Laborales: el ET, Edersa, citado, Tomo VIII. SALA FRANCO T. "Movilidad Funcional", y "Movilidad geográfica", citadas, ambas en AA.VV. Comentarios a las Leyes laborales: el ET, Edersa, Tomo

fruto, evidentemente, de los límites que impone el presente trabajo y consiste, de un lado, en dejar constancia de las previsiones jurídico positivas en orden a la posibilidad de modificaciones unilaterales y de otro, en examinar, someramente, el alcance y los límites de la facultad empresarial de modificación de las condiciones de la prestación laboral, en relación, sobre todo, a su origen (legal, convencional o contractual).

78.- Desde la anterior perspectiva, importa señalar que la modificación unilateral de la prestación laboral, excepción hecha de los específicos casos en los que el trabajador puede imponerla, que responden a consecuencias normativamente previstas, responde a una posibilidad empresarial. Se trata de un instrumento jurídico que el Derecho del Trabajo pone en manos del empresario, para que por sí mismo, o mediante pacto o autorización, según los casos, pueda modificar el contenido de la prestación laboral, concurrentes las circunstancias previstas por la

---

VIII. SALA FRANCO- LOPEZ TARRUELLA "La modificación de la prestación de trabajo", citada. PEREZ DE LOS COBOS, F. "Los pactos de reorganización productiva" en AA.VV. (Sala, Perez de los Cobos y Goerlich) "Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español", ACARL, Madrid, 1989. RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: planteamientos jurisprudenciales", en AL nº 23/91, pp. 297 y ss. VALDES DAL-RE, F. "Promoción económica y ascensos", en AA.VV. Movilidad del Trabajo, CEOE, Madrid 1983, pp. 143 y ss.

norma, y con el límite y el alcance normativamente previsto.

Ahora bien, no toda modificación del contenido de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de trabajo es en el fondo una modificación de dicho objeto, pues algunas no son importantes ni afectan a la íntima estructura contractual, mientras que otras condicionan sustancialmente el régimen de tales prestaciones contractuales. Se habla por tanto de modificaciones sustanciales y no sustanciales, en la terminología estatutaria, de tal suerte que sólo las primeras serán verdaderas modificaciones del elemento esencial que es el objeto, no siéndolo las segundas. Importa, por lo tanto, distinguir las conceptualmente, pues su régimen y tratamiento normativo es distinto.

Sin embargo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que normativamente no está establecida concretamente, y con carácter general, la distinción entre lo que deba entenderse por modificación sustancial o no.<sup>265</sup> No obstante, parece haber consenso jurisprudencial y

---

<sup>265</sup> SALA- LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de la prestación...", citada, pág. 98, señalan: "en definitiva, se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción será naturalmente jurisprudencial". La STS de 21 de Marzo de 1989 (Ar. 2111), indica que: "ninguna regla establece el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para determinar cuando una modificación es sustancial".

doctrinal en torno a la idea de que por modificaciones sustanciales hay que entender "aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros completamente distintos" (STS de 15 de Marzo de 1991).<sup>266</sup> En definitiva, cuando hablamos de modificaciones sustanciales, nos estamos refiriendo a aquellas que afectan de forma esencial a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, sin necesidad de que las mismas provoquen un perjuicio para el trabajador, pues este no sólo tiene derecho a no ser perjudicado sino que a su relación jurídica le es de aplicación el mandato del Código Civil relativo a que la determinación contractual no puede dejarse al arbitrio de una sola parte.<sup>267</sup>

De esta forma, las modificaciones de las prestaciones que constituyen el objeto contractual meramente

---

<sup>266</sup> Ar. 1861. En idéntico sentido, STCT 23 de Diciembre de 1987 (Ar. 29230), entre otras. Respecto de la doctrina el consenso es asimismo notable, en torno a tal distinción, por todos, vide, SALA et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pp. 482-484. MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 516,. MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo" citado, pág. 406.

<sup>267</sup> En contra, exigiendo un cierto perjuicio para el trabajador, para poder calificar la modificación como sustancial, determinadas sentencias del TCT, por todas, vide STCT de 1 de Diciembre de 1987 (Ar. 26.817) que exige la existencia de un perjuicio genérico, distinto del previsto para el juego del artículo 50.1.a del Estatuto de los Trabajadores.

accidentales, es decir, no sustanciales, podrán ser llevadas a cabo por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección, sin necesidad de ningún otro requisito adicional, a través del llamado "ius variandi" empresarial entendido como "la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos, y a los cambios o perfeccionamientos en la cualificación profesional del trabajador"<sup>268</sup>, y cuyo fundamento positivo es posible extraer sin problemas de lo dispuesto en los artículos 5.c y 20.1. y 2. ET. Los límites del "ius variandi" serán, la no sustancialidad de las modificaciones y la interdicción de discriminación.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", citado, pp. 343-344.

Sobre el poder de dirección vide "ROMAN DE LA TORRE, M. D. "Poder de dirección y contrato de trabajo", citado.

<sup>269</sup> Problemas generales del ius variandi aparte, (para lo que puede verse: CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones..." citada, pp. 79 y ss. y LOPEZ TARRUELLA, F. "La modificación sustancial...", citada, pp. 125 y ss.) existe un importante consenso en la doctrina, para referir, con carácter general, las modificaciones no sustanciales al ius variandi empresarial, mientras que las sustanciales escapan de dicho derecho, debiéndose seguir el procedimiento estatutariamente previsto.

En este sentido, vide: ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pp. 343-344, y 350 y ss. MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado,

79.- Señalado que sólo las modificaciones sustanciales afectan al objeto del contrato de trabajo o, dicho de otro modo, que las modificaciones sustanciales son las que afectan al objeto del contrato, son éstas las que deben centrar nuestra atención puesto que, según se ha señalado, constituyen una peculiaridad del ordenamiento jurídico laboral, en orden a la posibilidad de modificación del objeto por una de las partes del contrato, posibilidad definida y limitada normativamente por la exigencia legal de la existencia de unas causas, el seguimiento de un determinado procedimiento, y la atribución de concretas consecuencias y efectos, cuyo tratamiento positivo, se encuentra básicamente en el artículo 41 del Estatuto, siendo su carácter el definido, en esquema de RIVERO LAMAS<sup>270</sup> por las siguientes notas:

a) Es una regulación que concede un poder excepcional al empresario, en atención a unas causas que determinan la modificación de condiciones de trabajo, de tal suerte que tal posibilidad supone una quiebra de los principios generales del derecho común de los contratos, y como tal está sujeta a la aceptación de los representantes de los trabajadores o a la

---

pp. 515-518. MONTROYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pp. 406 y ss. SALA et alii "Derecho del Trabajo", citado, pp. 480-492.

<sup>270</sup> RIVERO LAMAS, J. "Modificación de las condiciones de trabajo", citado, pp. 152-154.

autorización administrativa.

b) El fin pretendido por la norma es el de novar el contenido de la relación contractual, evitando la extinción del contrato, en clara aplicación del principio de conservación del negocio jurídico.

c) El poder de variación constituye un poder indisponible, aunque su ejercicio sea discrecional para el empresario.

d) Con carácter general el instrumento de modificación unilateral del objeto del contrato se encuentra contenido en el artículo 41 ET, sin perjuicio de que determinadas situaciones especiales estén contenidas en otros preceptos: el de introducción y modificación del horario flexible (art. 36.1 ET) y el procedimiento para los traslados (art. 40 ET).

80.- El artículo 41 del ET señala que "la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que de no ser aceptadas por los representantes legales de los trabajadores habrán de ser aprobadas por la autoridad laboral", añadiendo que "tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras las que afecten a las siguientes

materias: a) Jornada de Trabajo. b) Horario. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración. e) Sistema de trabajo y rendimiento".

Dejando para mas adelante el somero análisis de las causas, procedimiento y efectos de las modificaciones sustanciales, y admitido con carácter general por doctrina y jurisprudencia que la lista del art. 41.2 ET es meramente ejemplificativa, por lo que la consideración de modificación sustancial o no deriva de su inclusión en tal precepto, sino de que la misma afecte a los aspectos fundamentales de la relación laboral alterándola o transformándola<sup>271</sup>, los principales problemas que plantea el precepto, desde nuestra perspectiva, son los relativos al origen de las condiciones susceptibles de modificación y al carácter colectivo o individual de la misma.

81.- En cuanto al origen, es sabido que las condiciones contractuales pueden tener un triple origen, es decir, provenir de norma legal o reglamentaria, de convenio colectivo, o de contrato individual; sin que el

---

<sup>271</sup> En este sentido la generalidad de la doctrina; significativamente SALA-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de la....", citada, pág. 96, señalan: "no están todas las que son" y "no son todas las que están"; por cuanto que la expresión entre otras permite establecer sin dificultad que no se encuentran en la lista todas las condiciones de trabajo afectables de modificación sustancial, y por cuanto que no todas las modificaciones a realizar sobre las materias enumeradas por el artículo 41.2 ET son siempre necesariamente sustanciales.

art. 41 ET establezca cuales son las susceptibles de modificación por esta vía. Tradicionalmente, la doctrina ha venido insistiendo en que solo son susceptibles de modificación unilateral ex artículo 41 ET las condiciones de origen contractual y no las de origen normativo sea legal o convencional.<sup>272</sup>

En cambio, un sector de la doctrina, ha admitido la posibilidad de que la vía del artículo 41 ET resulte útil y adecuada para la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo de carácter convencional. Con carácter general, PEREZ DE LOS COBOS, partiendo de la consideración de que el art 41 ET debe ser considerado como ley especial respecto del art 3.1 del mismo cuerpo legal con todas las consecuencias, establece que "a salvo las condiciones de trabajo incorporadas a la ley, que constituyen derecho necesario y que el legislador ha querido preservar del tráfico jurídico otorgándoles idéntico rango al del artículo 41, concurrentes razones técnicas organizativas o productivas, cualesquiera otra

---

<sup>272</sup> En este sentido, CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones....", citado, pp. 221 y ss. LOPEZ TARRUELLA, F. "La modificación sustancial...", citado, pp. 131 y ss. RIVERO LAMAS, J. "Modificación de las....", citado, pág. 157 rotundamente señala que las únicas condiciones de trabajo modificables son las que las partes pueden pactar y disponer mediante el contrato.

pueden ser objeto de modificación".<sup>273</sup> La tesis se fundamenta en los siguientes argumentos: 1º.- La inexistencia de distinción legal entre condiciones de trabajo. 2º.-El hecho de que al art. 41.2 enumera condiciones que suelen estar normativizadas en convenios colectivos. 3º.-El carácter fundamentalmente colectivo de la institución. 4º.-El hecho de que la ley establezca un procedimiento administrativo de suspensión y extinción implica que nada impide que lo pueda establecer para la modificación, y 5º.- La practica administrativa y la jurisprudencia consolidada en ese sentido.<sup>274</sup>

Más matizada la posición de DURAN LOPEZ y SAEZ LARA, que admiten la modificación de lo pactado en convenio colectivo por la vía del art. 41 ET, salvo que dicha vía se utilice para modificar en el mismo ámbito del convenio las condiciones pactadas en el mismo, y salvo que utilizando el acuerdo con los representantes de los trabajadores o la autorización administrativa se pretendiese dar satisfacción a pretensiones empresariales no aceptadas por los sindicatos en la negociación del convenio.<sup>275</sup> Es, pues, posible la modificación del

---

<sup>273</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. "Los pactos de reorganización....", citado, pág. 154.

<sup>274</sup> *Ibíd.*

<sup>275</sup> DURAN LOPEZ-SAEZ LARA "Autonomía colectiva y...", citado, pp. 120.

convenio a través del procedimiento contenido en el art. 41 ET para adaptarlo a las exigencias específicas de una empresa o centro productivo sujetos a un convenio de ámbito mas amplio o para adaptarlo a nuevas circunstancias surgidas tras la entrada en vigor del convenio.

En este punto, la contradicción es la nota dominante en la jurisprudencia. Así, frente a Sentencias que admiten la modificación de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios (STCT de 16 de Febrero de 1984. Ar. 1910), hay otras que niegan expresamente tal posibilidad (STS de 11 de Abril de 1991), y otras que niegan la posibilidad de modificar por esta vía condiciones mas beneficiosas de origen contractual (SAN de 7 de Julio de 1989 Ar. 30).<sup>276</sup>

82.- El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión y ha zanjado definitivamente alguna de las dudas interpretativas del artículo 41.1 ET mediante su sentencia 92/1992 de 11 de

---

<sup>276</sup> Un exhaustivo análisis de las distintas posiciones de la jurisprudencia ordinaria en torno al origen de la condiciones a modificar por la vía del artículo 41 ET, puede verse en SALA- LOPEZ TARRUELLA "La modificación de la...", citado, pp. 101-103. Y también en RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La modificación....", citado, pp. 297 y ss.

Junio de 1992 (BOE de 15 de Julio), que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre la adecuación constitucional del reiterado artículo 41.1 en relación con el artículo 37 de la Constitución Española que garantiza el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios.<sup>277</sup>

La STCO 92/1992 exige un detenido análisis. El Tribunal parte de la consideración de que la cuestión de inconstitucionalidad contiene, en si misma, dos cuestiones íntimamente ligadas, pero distintas: la primera relativa a las dudas que pudiera suscitar, desde el punto de vista constitucional, la existencia de un procedimiento mediante el cual la Administración puede decidir sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo acordadas por la empresa pese a la opinión contraria de los representantes de los trabajadores. La segunda, relativa al hecho de que una determinada

---

<sup>277</sup> Se trataba de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza mediante Auto de 21 de Diciembre de 1987 por el que se acuerda "plantear cuestión al Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del art. 41.1 ET, en cuanto a la exigencia de que la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones técnicas organizativas o productivas, haya de acudir a la Autoridad Laboral para que esta pueda aprobar, previo informe de la administración y en forma vinculante, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo propuestas en el caso de no ser aceptadas por los representantes legales de los trabajadores, por infracción del artículo 37 CE, que recoge el derecho a la negociación colectiva laboral".

interpretación del 41.1 ET conduciría a que la decisión de la Administración primaria sobre lo acordado por convenio colectivo. El Tribunal estudia ambas cuestiones por separado.

En relación a la primera, se examina, como se ha puesto de manifiesto, si la posibilidad de adoptar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo mediante autorización administrativa, vulnera el derecho a la negociación colectiva del art. 37 CE, legándose a una conclusión negativa. En efecto, para el Tribunal, el artículo 41 ET no se sitúa en el plano de la negociación colectiva, sino que el citado precepto aparece como una manifestación del poder de dirección del empresario, que por afectar a condiciones sustanciales, excede del ius variandi y, por lo tanto, no permite su adopción por voluntad unilateral del empresario, sino que la misma está sujeta a un doble control sobre la existencia de las condiciones causales que el propio precepto indica (probadas razones técnicas organizativas o productivas); control de dos secuencias o fases: la de los representantes de los trabajadores y, en su caso, la de la autoridad laboral. Desde esta óptica, el art. 41 nada tiene que ver con la negociación colectiva, porque la intervención de la representación de los trabajadores ni debe ni puede identificarse con el derecho a la negociación colectiva establecido en el artículo 37 CE y

regulado estatutariamente en el Título III ET. "El art. 41.1 ET no versa en ninguno de los incisos, sobre la celebración de convenios o acuerdos, sino sobre la adopción de determinadas medidas por parte de la dirección de la empresa, en caso de necesidad probada, y sobre los controles y requisitos a que debe someterse esa adopción", señala el TC en el fundamento jurídico 4 de la sentencia, para concluir que "no nos hallamos ante un supuesto de sustitución, por parte de la Administración, de la negociación colectiva, sino mas propiamente de un supuesto de autorización, por motivos tasados de necesidad o conveniencia probada de extensión de la potestad directiva de la empresa, y como un control sobre el ejercicio de esa potestad".

La segunda cuestión, y la mas importante de las que se plantea el TC, es la relativa a la compatibilidad con el mandato constitucional del derecho a la negociación colectiva y su fuerza vinculante de la posibilidad de modificar vía administrativa condiciones sustanciales establecidas por convenio colectivo. Para resolver la cuestión se parte de una afirmación reiterada por la propia doctrina del Tribunal Constitucional relativa a que la facultad negociadora colectiva, recogida constitucionalmente en el art 37, debe entenderse sometida lógicamente a la Constitución y a la regulación que el Estado establezca dada la subordinación jerárquica

del convenio a la ley. Por ello la cuestión a dilucidar será si el art. 41.1 permite la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos y si esa permisividad se adecua al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente protegido. La conclusión del Tribunal es negativa: ni el artículo 41 supone una excepción al régimen establecido en los arts 3.1.c (sin que puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convenios colectivos) y 82.3 (los convenios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación) del ET, ni una interpretación del art. 41.1 que permitiese la modificación singular o colectiva de condiciones de trabajo establecidas por convenio colectivo sería compatible con la eficacia vinculante del convenio colectivo y con los principios garantizados en el art. 9.3 CE. Por ello la conclusión es definitiva: "sería contraria al art. 37.1 CE una interpretación del art. 41.1 ET que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente".

La sentencia ha dejado zanjado el tema de la posibilidad de modificación del objeto del contrato,

modificando las condiciones que determinan el mismo fijadas por convenio colectivo, por la vía de la autorización administrativa prevista en el artículo 41 ET, negando así las tesis que entienden que también podrían ser objeto de modificación las condiciones establecidas en convenio colectivo, e incluso las más matizadas que partían de una interpretación flexible y abierta del principio de favor, y por ello una interpretación muy restrictiva de la contrariedad con el convenio colectivo.<sup>278</sup>

83.- Sin embargo, la sentencia no resuelve directamente la cuestión de si la modificación de condiciones convencionales puede realizarse vía artículo 41 ET, mediante aceptación de aquellas por los representantes legales de los trabajadores. Parece que del análisis que efectúa el Tribunal Constitucional la respuesta ha de ser necesariamente negativa, puesto que la intervención de los representantes del personal no es propiamente, según apunta la sentencia, negociación colectiva<sup>279</sup>; ni aunque lo fuera, pues en este caso entraría en juego, vía legislación ordinaria, el artículo

---

<sup>278</sup> Es la conclusión de RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Autonomía individual, negociación colectiva...", citado, pp. 4-5.

<sup>279</sup> En este sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M. Op. cit. nota anterior, pág. 5.

84 ET relativo a la concurrencia de convenios. Únicamente podría pensarse en tal posibilidad cuando la modificación se estableciese en el mismo ámbito del convenio (convenio de empresa) y siempre que la modificación fuese aceptada por la misma representación de trabajadores que suscribió el convenio.<sup>280</sup>

84.- Así pues, el artículo 41 del ET supone, exclusivamente, una excepción al principio contractual común según el cual la modificación de las condiciones que constituyen el objeto contractual solo puede llevarse a cabo a través del instrumento novatorio; el Derecho del Trabajo no sólo limita la autonomía individual desde la perspectiva heterónoma (ley y convenio colectivo), sino que aquélla puede resultar inoperante, cuando la existencia de probadas razones técnicas, organizativas o productivas, debidamente constatadas (por los representantes o por la autoridad laboral) pongan en manos de una sola de las partes (el empresario) la modificación de las prestaciones del contrato.

---

<sup>280</sup> Entiendo que desde la óptica sentada por el TC en la sentencia que comentamos, tampoco sería posible la modificación de condiciones de trabajo que hubieran sido pactadas en Convenio Colectivo de empresa firmado por la representación sindical de trabajadores, cuando la modificación fuese autorizada por la representación unitaria, con carácter general, por los riesgos de violentar el derecho a la libertad sindical, en tanto que la negociación colectiva forma parte de su contenido esencial.

Es evidente que la solución apuntada, que como hemos visto había sido defendida por la generalidad de la doctrina, y que ha tomado carta de naturaleza con la STCO 92/1992 de 11 de Junio, es una solución nada flexibilizadora, y que planteará sin duda problemas, fundamentalmente de aplicación a empresas concretas de regulaciones generales contenidas en convenios de ámbito superior,<sup>281</sup> y de valoración del papel de la negociación colectiva, que a fuerza de rígida, puede convertirse en poco atractiva; pero es también indudable que con el actual sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral, a la luz de los preceptos constitucionales, la solución no podía ser otra<sup>282</sup>.

A las razones apuntadas por el Tribunal Constitucional, relativas al contenido del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, se añaden las razones de legalidad meramente ordinaria también apuntadas por el TC según las que no puede deducirse en modo alguno del artículo 41.1 ET una excepción a la norma general establecida en el art. 82.3

---

<sup>281</sup> Apuntados por DURAN LOPEZ- SAEZ LARA "Autonomía colectiva y autonomía....", citado, en especial pp. 118 y ss.

<sup>282</sup> Así se había manifestado la mayoría de la doctrina, en especial RIVERO LAMAS, J. "Modificación de las....", citada, pág. 157, LOPEZ TARRUELLA, F. "La modificación sustancial...", citada, pp. 131 y ss. CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones....", citada, pp. 221 y ss.

sobre eficacia general de los convenios, siendo al respecto constante la doctrina en señalar que para la modificación del convenio se requieren los mismos requisitos de capacidad y legitimación que los establecidos para su celebración.<sup>283</sup>

Vinculado el artículo 41 a la modificación del objeto contractual, el régimen allí establecido constituye una excepción causal al principio general de la autonomía individual como fuente de la modificación del contrato de trabajo, sujeta claro está a las posibilidades que el concreto ordenamiento laboral permite (art. 3.1.c. ET); como excepción causal, también, al principio general de la autonomía de la voluntad como fuente primaria de suspensión o extinción del contrato, constituye el procedimiento administrativo previsto en el art. 51 ET.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> En este sentido LOPEZ TARRUELLA, F. "La modificación sustancial..." citada, pág. 217 señala que "no puede ponerse en duda la fuerza normativa del convenio reconocida en el artículo 82 ET, que desarrolla el art. 37.1 CE (al garantizar la fuerza vinculante de los convenios colectivos), ni el carácter de fuente del derecho que el mismo reviste. De ahí que necesariamente deba concluirse que dicha norma sólo pueda ser modificada por otra posterior en el tiempo de igual o superior rango jerárquico".

<sup>284</sup> No se olvide, a los presentes efectos que los arts 45 y 49 ET, al tasar las causas de suspensión y extinción del contrato, establecen como primera "el mutuo acuerdo de las partes", lo que constituye el reconocimiento del principio civil básico de la autonomía de la voluntad como fuente principal del contrato. En contra PEREZ DE LOS COBOS, F. "Los pactos de

En definitiva, las condiciones de trabajo, cuya modificación unilateral posibilita el ordenamiento jurídico laboral son las de origen contractual.

85.- En cuanto al carácter colectivo o individual de la modificación, se ha discutido en la doctrina si el artículo 41 ET es aplicable únicamente a modificaciones individuales o también a modificaciones colectivas, sin que la jurisprudencia mantenga, tampoco, una postura común.<sup>285</sup> A favor de la tesis que admite sólo las modificaciones colectivas se han utilizado dos argumentos básicos: el primero, el carácter colectivo de los supuestos enumerados en el artículo 41, y el segundo, el hecho de que el precepto prevé la intervención de los representantes de los trabajadores que defienden intereses colectivos y no individuales.<sup>286</sup> Por contra, en favor de admitir tanto las modificaciones individuales

---

reorganización....", en AA.VV. "Manifestaciones de la Autonomía colectiva...", citado, pp. 158-159.

<sup>285</sup> En el sentido de que el art. 41 ET sólo es aplicable a modificaciones colectivas, entre otras STCT de 27 de Mayo de 1983 y de 15 de Marzo de 1989. Admitiendo claramente la vía del art. 41 ET para modificaciones individuales, entre otras STCT de 26 de Octubre de 1987 y STS de 13 de Junio de 1988.

<sup>286</sup> Vide, en este sentido ALONSO OLEA, M. "El Estatuto de los.....", citado, pág. 139; posteriormente ALONSO OLEA-BARREIRO "El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado. Jurisprudencia. Comentario. Madrid 1987, pág. 176. ALONSO GARCÍA, M. "Curso de Derecho..." citado, pág. 515.

como las colectivas, se han señalado las siguientes razones: a) La inexistencia de distinción legal en el artículo 41 ET. b) Los precedentes normativos de ese mismo artículo que no excluían las modificaciones individuales, y c) La imposibilidad de identificar interés individual con modificación individual, e interés colectivo con modificación colectiva.<sup>287</sup> A estos argumentos cabría añadir otros dos: el primero, el hecho de que el artículo 41 aparece como una manifestación del poder de dirección del empresario que, por afectar a la determinación del objeto contractual, excede del ámbito del *ius variandi*, por lo que se configura como una excepción al principio general de la autonomía individual como fuente de la novación contractual, todo ello desde la perspectiva de la relación individual de trabajo; el segundo, el hecho de que la STCO 92/1992 de 11 de Junio, no hace referencia explícita a modificaciones colectivas sino, al contrario, parece deducirse de sus fundamentos la posibilidad de modificaciones individuales.<sup>288</sup>

---

<sup>287</sup> Argumentos sistematizados por SALA-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de....", citada, pp. 104-105. En este mismo sentido, RIVERO LAMAS, J. "Modificación de las....", citado, pág. 146. CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones....", citado, pp. 232 y ss.

<sup>288</sup> En el fundamento jurídico 4 de la STCO 92/1992 de 11 de Junio, se habla de "dispensa o inaplicación singular" de disposiciones contenidas en convenios colectivos. Mas adelante, al analizar los límites de las modificaciones previstas en el art. 41 ET, señala la

No constituye obstáculo para la aceptación de modificaciones individuales, la posibilidad de que los representantes de los trabajadores acepten dicha modificación a pesar de la expresa negativa del trabajador afectado, pues la intervención de los representantes, no se sitúa en el plano de la defensa de los intereses del trabajador afectado, ni en el de la negociación o administración de tales derechos individuales, sino en el del control causal de la modificación acordada por el empresario, por lo que puede afirmarse que "la aceptación de los representantes no implica una administración de los derechos contractuales de las partes, ni tiende a conformar en vía directa el contenido de los singulares contratos de trabajo".<sup>289</sup> La expresión positiva "la dirección de la empresa...podrá acordar", es suficientemente explícita de cuanto se ha dicho.

En definitiva, la existencia de motivación causal posibilita la modificación analizada, con independencia del carácter colectivo o individual de la misma. Si existen razones de índole técnica, organizativa o productiva que justifiquen la modificación, el número de

---

imposibilidad de establecer condiciones contrarias o menos favorables "para el trabajador" que las establecidas en el orden normativo o convencional.

<sup>289</sup> SALA-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación citada...", pp. 106-107.

trabajadores afectados es irrelevante.<sup>290</sup>

86.- Examinada la naturaleza y el alcance de la modificación unilateral por el empresario de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de trabajo, importa señalar que dicha modificación legalmente viene referida a unas causas, vinculada a un concreto procedimiento y produce unos determinados efectos. Cuestiones todas a las que conviene referirse, siquiera brevemente.

87.- En cuanto a las causas, la norma explícita la exigencia de que concurran "razones técnicas organizativas o productivas", que se convierten en el único elemento causal de la modificación, pero que no contienen en si mismas un concepto cerrado desde el punto de vista jurídico, y que remiten a un concepto difícilmente objetivable, como lo es, sin duda, el interés de la empresa.<sup>291</sup> En todo caso, es claro que la norma exige una justificación objetiva, cuya carga de la prueba le corresponde al empresario, y que habrá que ponderar la causa con la naturaleza extensión e

---

<sup>290</sup> PEREZ DE LOS COBOS F. "Los pactos de reorganización...", citado, pág. 153.

<sup>291</sup> RIVERO LAMAS, J. "Modificación de las condiciones...", citado, pág. 147.

importancia de la modificación que se pretende introducir.<sup>292</sup>

Llama la atención que sólo se hable de motivos técnicos organizativos o productivos, y no se cite a las causas económicas, que en la práctica pueden justificar perfectamente modificaciones sustanciales que pudieran evitar el recurso a la suspensión o extinción del contrato. Entiendo que no habría dificultad en referir dichas causas económicas a motivos técnicos o productivos<sup>293</sup>.

88.- En cuanto al procedimiento, viene establecido en el Real Decreto 696/1980 de 14 de Abril (arts. 1 y 2), y se divide en dos fases: la primera referida a la aceptación por parte de los representantes, y la segunda al procedimiento administrativo; siendo el presupuesto de todo el iter procedimental que la dirección de la empresa haya acordado las pertinentes modificaciones de las condiciones de trabajo. El procedimiento así establecido se califica de orden público<sup>294</sup>, y desde la perspectiva

---

<sup>292</sup> MARTIN VALVERDE et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 516.

<sup>293</sup> En este sentido, RIVERO LAMAS, J. "Modificación de las...", citado, pág. 164. Vid, STS de 3 de Julio de 1978 (Ar. 2.836).

<sup>294</sup> En este sentido SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 490. Vid STCT de 28 de Abril de 1989 (Ar. 2773) y de 19 de Mayo de 1989 (Ar. 3372).

de nuestro análisis no plantea excesivos problemas, destacando los siguientes:

Por lo que se refiere a la aceptación por los representantes de los trabajadores, por éstos hay que entender a la representación unitaria, delegados de personal y Comités de empresa, no a la representación sindical; en lo que coincide la practica totalidad de la doctrina y la jurisprudencia<sup>295</sup>. La doctrina, ha entendido también, que aunque la aceptación viene referida normativamente a la representación unitaria, ello no es óbice para que, en fase de negociación o consultas, haya que oír a la representación sindical<sup>296</sup>.

Cuando no existan representantes legales de los trabajadores, habrá que seguir directamente el procedimiento administrativo, puesto que no nos encontramos ante una negociación en su genuino sentido de administración de derechos de trabajadores, sino ante una facultad de control, que la ley reserva a los representantes legales de trabajadores, de la que puede

---

<sup>295</sup> Por todos, vide: MARTIN VALVERDE et altri, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 517. SALA-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación...", citada pp. 88-89. PEREZ DE LOS COBOS, F. "Los pactos de reorganización..." citado, pp. 161-162. Vide, también, STCT de 8 de Julio de 1983 y de 15 de Diciembre de 1986.

<sup>296</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "El Sindicato en la empresa", Ed. Deusto, Bilbao 1990, pág. 172.

derivarse o ser necesaria una negociación previa<sup>297</sup>.

Producida la aceptación, debe darse traslado de la misma a la autoridad laboral, configurándose dicho traslado como un requisito formal que no afecta a la validez de la modificación aceptada. (STCT de 11 de Julio de 1983 Ar. 6736).

En cuanto al procedimiento administrativo, debe iniciarse por el empresario, a falta de aceptación de los representantes. Su régimen es el general de los procedimientos administrativos, con la peculiaridad de que el silencio administrativo tendrá carácter positivo en la instancia. Al tratarse de un acto administrativo de la autoridad laboral, el que ponga fin a la vía administrativa será recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa, por aplicación de los artículos 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3.a del vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Es este, a mi juicio, el principal factor de rigidez del sistema de modificación unilateral de condiciones contractuales que establece nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la lógica del

---

<sup>297</sup> En el mismo sentido, PEREZ DE LOS COBOS, F. "Los pactos de reorganización...", citado, pp. 162-163, y CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones...", citada, pág. 253. En contra, por asimilación con el procedimiento del artículo 51 ET, que deberá tramitarse la modificación con la totalidad de los trabajadores afectados, SALA-LOPEZ TARRUELLA, "La modificación de la...", citada, pág. 89.

procedimiento contencioso administrativo impone una solución jurídica diferida en el tiempo y, por lo tanto, alejada de las circunstancias, la mayoría de las veces perentorias, que motivan la modificación de condiciones de trabajo; por contra, los principios que informan el procedimiento laboral (oralidad, concentración inmediatez y celeridad) podrían, de lege ferenda, resolver en el ámbito temporal adecuado los problemas de fondo que pueden subyacer en la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

89.- Respecto de los efectos de la modificación aceptada por los representantes de los trabajadores, o autorizada por la autoridad laboral competente, el principal es la propia modificación del objeto contractual, entendido como modificación de las condiciones de las prestaciones que constituyen aquél. No obstante, el trabajador afectado puede adoptar frente a tal modificación distintas decisiones:

a) Con carácter general, el trabajador podrá impugnar el acuerdo de aceptación por los representantes legales de los trabajadores ante la jurisdicción laboral, con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 ET, probablemente por la vía de impugnación de los acuerdos del empresario al ejecutar la

modificación aceptada<sup>298</sup>. Igualmente podrá recurrir en alzada y/o en vía contencioso administrativa la resolución aprobatoria de la autoridad laboral.

b) También con carácter general, el trabajador afectado puede aquietarse a la modificación aceptada o autorizada, viendo así modificado su contrato, o puede ex artículo 49.4 ET extinguir el contrato de trabajo con preaviso y sin indemnización.

Sin embargo, el artículo 41.3 ET, distingue tres situaciones distintas para el trabajador afectado por la modificación, con independencia de que la misma haya sido aceptada o autorizada:

1ª.- Si la modificación afecta a jornada, horario o régimen de trabajo a turnos, y resulta un perjuicio para el trabajador, éste tiene derecho, dentro del mes siguiente a la modificación, a rescindir su contrato de trabajo con derecho a una indemnización de 20 días por año, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, y con el límite de nueve mensualidades. El plazo es de caducidad (STCT 2 de Octubre de 1986. Ar. 8847), y asumiendo, el trabajador, la carga de la prueba del perjuicio.

---

<sup>298</sup> La doctrina critica la falta de instrumentos procesales del trabajador en este supuesto concreto, por todos vide, SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pp. 488-489.

2º.- Si la modificación, cualquiera que fuese<sup>299</sup>, redunda en perjuicio de la dignidad y formación profesional del trabajador afectado, aquélla se configura como causa justa para que pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo con derecho a indemnización como si se tratase de un despido improcedente, ex art. 50.1.a ET, al que expresamente remite el artículo 41.3 ET. El plazo para solicitar esta extinción será de un año desde que la modificación fue aceptada o autorizada (STCT de 10 de Marzo de 1987. Ar. 5318).

3º.- Cuando no concurren las circunstancias anteriores (es decir, no hay perjuicio para la formación profesional o dignidad del trabajador, no hay ningún tipo de perjuicio, o habiendo este último no se trata de modificaciones de jornada, horario o régimen de trabajo a turnos), el trabajador afectado deberá aquietarse a la modificación producida, sin perjuicio de las posibilidades que, con carácter general, se han analizado con anterioridad.<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> En este sentido, SALA LOPEZ TARRUELLA, "La modificación....", citada, pp. 112-113. En contra, refiriendo solamente a las condiciones de jornada, horario y turnos, el juego del artículo 50.1.a ET, ALONSO OLEA, M. "El Estatuto de los Trabajadores, texto...", citado, pág. 140.

<sup>300</sup> Vide, entre otras, STSJ de Madrid de 5 de Mayo de 1992 (Ar. 2664) que analiza completamente las hipótesis previstas en el art. 41.3 ET, en especial la relativa a la falta de perjuicios.

CAPITULO IV

LA FUNCION APLICATIVA DE LA AUTONOMIA INDIVIDUAL.

## **1.- Introducción. Planteamiento.**

1.- Siguiendo el esquema clásico que nos hemos impuesto para analizar la autonomía individual en la relación jurídico laboral, es necesario afrontar el análisis de la denominada función aplicativa. En efecto, la autonomía de la voluntad no agota su campo de actuación a través de las funciones constitutiva y reguladora sino que, el contenido de los derechos y obligaciones de la relación laboral, tanto de origen heterónomo o colectivo como de origen contractual, no opera automáticamente sino que necesitan ser ejercitados por las partes del contrato. En virtud de la celebración del contrato de trabajo se impone a las partes el contenido predeterminado por las normas y los convenios colectivos que constituyen un conjunto de derechos y obligaciones que serán realmente disfrutados y ejercidos a lo largo de un período dilatado en el tiempo dada la naturaleza de tracto sucesivo de la relación laboral. Desde esta perspectiva, el artículo 3.1.c. del Estatuto de los Trabajadores asegura la efectiva adquisición de

los derechos establecidos en la estructura normativa que se impone al contrato, mediante la restricción que al principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1255 del Código Civil ("los contratantes podrán establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente..") impone el citado precepto estatutario según el cual la regulación contractual no podrá establecer, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos. De esta forma, según ha quedado expuesto en el capítulo anterior, se asegura la adquisición de los derechos laborales en el patrimonio del trabajador, limitando su capacidad de disposición y, consecuentemente, las posibilidades del pacto inicial o novatorio. Ahora bien, asegurar la garantía en la adquisición de un derecho no implica, automáticamente, asegurar su efectivo ejercicio. En efecto, durante la vida de la relación laboral pueden ocurrir diversos eventos, no necesariamente constitutivos o reguladores (pactos novatorios), en virtud de los cuales la estructura normativa adquirida con la celebración del contrato puede resultar, en todo o en parte, ineficaz.

Tal como se ha señalado, el no disfrute de aquellos derechos puede obedecer a múltiples causas, frente a las cuales, el ordenamiento laboral ofrece sus propios mecanismos de protección o defensa. Esquemáticamente, se

puede señalar que, en primer lugar, el no disfrute de los derechos reconocidos al trabajador puede deberse a un acto producto del libre consentimiento de las partes que, mediante pacto al efecto, deciden eliminarlo del conjunto normativo que regula la relación jurídica que les une. Si se trata de un pacto novatorio, el ordenamiento jurídico lo reputa ilegal y nulo por aplicación del reiterado artículo 3.1.c. ET, en relación al artículo 9.1 del citado cuerpo legal. Si se trata de un pacto transaccional, se plantea una problemática específica a la que, inmediatamente, me referiré.

En segundo lugar, el no disfrute de los derechos por parte del trabajador puede deberse a una decisión o actuación unilateral del empresario que, mediante el ejercicio de su poder de dirección o, simplemente, mediante sus acciones u omisiones, impide la aplicación efectiva y real de los derechos del trabajador. Ante dicho supuesto el ordenamiento ofrece una amplia batería de medidas protectoras y reparadoras: las puramente administrativas, mediante la consideración de infracciones de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos (artículo 5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social) con el consecuente elenco de conductas típicas y sanciones e, incluso, a través de las actas de

infracción con estimación de perjuicios económicos y del procedimiento de oficio (arts. 145 a 149 de la Ley de Procedimiento Laboral); las judiciales, en cumplimiento del derecho constitucional a la obtención de tutela judicial efectiva, a través del sistema procesal para defensa y garantía de los derechos, y, por último la garantía tutelar colectiva, reconocida expresamente en la normativa laboral, en la medida en que los representantes de los trabajadores deben ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y empleo (art. 64.1.8.a ET), en el la consideración de que el ejercicio de la libertad sindical comprende el planteamiento de conflictos individuales y colectivos (art. 2.2.d. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), en la posibilidad del sindicato en orden a la actuación procesal en nombre e interés de los trabajadores afiliados y, por último, en las posibilidades de control reconocidas a los representantes de los trabajadores en la Ley 2/1991 de 7 de Enero.

En tercer lugar, la no efectividad en el ejercicio de los derechos que en el patrimonio del trabajador ingresan con ocasión de la celebración del contrato, puede deberse a una decisión unilateral del propio trabajador que, en uso de su libertad, puede decidir su eliminación. No se trata en este caso de un negocio jurídico bilateral en virtud del cual las partes dejan

sin efecto un derecho; se trata de un negocio jurídico unilateral, por más que al empresario le pueda convenir, en virtud del cual el trabajador modifica la situación jurídica existente mediante la pérdida del derecho. Frente a tal eventualidad, el ordenamiento laboral ha consagrado, tradicionalmente, el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

2.- El ordenamiento jurídico laboral muestra, de esta forma, su carácter tuitivo no sólo en el momento constitutivo de la relación jurídico laboral, sino también, durante toda la vida de la misma intentando asegurar el pleno disfrute de los derechos que al trabajador reconoce y otorga la estructura normativa compuesta por las disposiciones legales y reglamentarias y por los convenios colectivos. Se trata de asegurar la eficacia del sistema protector impuesto heterónomamente, de suerte que no sea posible desvirtuarlo mediante la realización de cualquier tipo de actuaciones que condicionen o impidan el ejercicio de los derechos que aquél establece.

En un sector del ordenamiento jurídico, el Derecho del Trabajo, determinado, entre otras características, por su extraordinaria sensibilidad a los cambios sociopolíticos imperantes en la sociedad, existen instituciones que, a lo largo del tiempo, han venido

ejercitando una función permanente, incluso instrumental o de apoyo, para la efectividad de las disposiciones sustanciales de dicho ordenamiento<sup>1</sup>. La autonomía individual, no comprende, sólo, el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la voluntad para la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas; también abarca el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de facultades y derechos<sup>2</sup>. En ambos sentidos queda la autonomía de la voluntad limitada en su función aplicativa en la medida en que el ordenamiento laboral tiende a preservar y garantizar el efectivo ejercicio y disfrute del conjunto de derechos emanados del sistema normativo de derecho necesario. De este modo, permanece inalterable la tradicional concepción que parte de la constatación de una realidad evidente cual es que el Derecho del Trabajo regula una relación jurídica, desigual por esencia y definición, en la que una de las partes está, por definición, en directa relación de dependencia y subordinación respecto de la contraparte. Se trata como ya se manifestó en la introducción de una relación entre

---

<sup>1</sup> PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores" en RPS, 1980, nº 127, pág. 55.

<sup>2</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. "El negocio jurídico", Civitas, Madrid, 1985 (reproducción facsímil de la 1ª edición de 1971), pág. 13.

un detentador de poder y quien no detenta poder alguno<sup>3</sup>. En la consideración histórica de que el trabajador es la parte más débil del contrato y, por lo tanto, susceptible de ser privado o de abdicar de aquello que el ordenamiento considera esencial se encuentra el fundamento de la limitación que la autonomía de la voluntad tiene en el momento aplicativo respecto de las disposiciones legales de derecho necesario y del contenido normativo de los convenios colectivos.

3.- También los derechos derivados del contenido plus quam leges del contrato gozan de protección, si bien, dado el carácter dispositivo de los mismos, su grado de protección es menor, puesto que, ni están incluidos en el ámbito de protección administrativo (el incumplimiento de las condiciones mas beneficiosas de origen contractual no parece estar incluido en el sentido de la aplicación del concepto legal de infracción laboral), ni gozan de una protección colectiva plena, ni pertenecen al ámbito de la indisponibilidad que configura el ordenamiento jurídico laboral vigente.

4.- Por lo tanto, parece necesario analizar, en el presente capítulo dedicado a la función aplicativa de la

---

<sup>3</sup> KAHN FREUND, O. "Trabajo y Derecho", MTSS, 1987, pág. 52.

autonomía de la voluntad, aquellos instrumentos protectores que el Derecho del Trabajo ha venido estableciendo, tradicionalmente, en orden a la garantía del eficaz disfrute de los derechos que el mismo otorga a los trabajadores. De manera singular los que tienen su causa u origen en la autonomía individual como poder de disposición de derechos.

**2.-La indisponibilidad de derechos: el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.**

5.- Ya se ha señalado que el Derecho del Trabajo, con el fin de asegurar el efectivo cumplimiento y disfrute del conjunto normativo que se aplica automáticamente con la formalización del contrato de trabajo no sólo lo declara indisponible para el mencionado contrato sino que, además, lo considera indisponible para el trabajador de suerte que éste, como parte más débil de la contratación, se ve en la imposibilidad de disponer de todo o parte de dicho complejo normativo de forma que sus actos de disposición se reputarán nulos de pleno derecho. Este principio es, prácticamente, simultáneo a la aparición de la regulación industrial<sup>4</sup>, habiéndose formulado a lo largo de la breve historia del ordenamiento laboral de formas diversas, pero, de manera fundamental, a través de la prohibición, al trabajador, de la renuncia de derechos laborales, cuyo

---

<sup>4</sup> DIEGUEZ, G. "Lecciones de Derecho del Trabajo", Civitas, Madrid, 1988, pág. 160.

fundamento específico se ha querido encontrar en la propia esencia del Derecho del Trabajo como derecho protector<sup>5</sup> y en la consideración de que el trabajador es la parte mas débil del contrato por lo que el interés público también pretende, en general, la plena satisfacción de los derechos laborales<sup>6</sup>.

6.- En efecto, desde los albores de la legislación laboral ha sido una constante específica de este sector del ordenamiento la inversión de la solución jurídica tradicional del derecho común según la que todo derecho es renunciable salvo excepciones, por el específico principio de que ningún derecho laboral puede ser renunciado salvo excepciones<sup>7</sup>. Así la Ley de Contrato de Trabajo disponía en su artículo 36 la nulidad de "la renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes del trabajo, perjuicios

---

<sup>5</sup> DE LA VILLA, L.E. "El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales". en RPS nº 85, 1970, pág. 25.

<sup>6</sup> OJEDA AVILES, A. "La renuncia de derechos del trabajador", IEP, Madrid, 1971, pág. 108.

<sup>7</sup> DE LA VILLA, L.E. "El principio de la irrenunciabilidad....", citado, pág. 26. Una amplia reseña de los preceptos sobre irrenunciabilidad de los derechos laborales en los proyectos de legislación sobre el contrato de trabajo y en las normas que lo han regulado a lo largo de la historia en pp. 27 y ss.

ocasionados por incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la ley". El actual artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone: "Los Trabajadores no podrán disponer validamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer validamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo".

Culmina, con este precepto, una tradición histórica según la cual no le es lícito al trabajador renunciar a los derechos mínimos que la ley le otorga. Sin embargo, la actual redacción del viejo principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales es, probablemente, bastante desafortunada<sup>8</sup> puesto que, con la intención de ser completa, deja en el aire múltiples cuestiones, resulta innecesariamente reiterativa en otras y, en todo caso, da pie a interpretaciones distintas que han provocado un excesivo e incorrecto uso jurisprudencial del precepto para cuestiones a las que, en principio, no va dirigido. En suma, se trata de uno de los artículos mas confusos del Estatuto que, sin embargo, no ha provocado la paralela preocupación en la doctrina

---

<sup>8</sup> En este sentido coincide la doctrina, vide, por todos: MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", 14ª edición, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 224.

que, sin aparentes dificultades y con pocas excepciones, ha consensuado una homogénea interpretación del precepto.

Precisamente en el análisis del precepto, la doctrina sigue un sistema clásico estudiando en primer lugar, el alcance de la expresión indisponibilidad frente a la de irrenunciabilidad, en segundo lugar, el estudio del ámbito material de la indisponibilidad y, por último, el ámbito temporal de la misma<sup>9</sup>; esquema que seguiremos en la presente exposición.

#### **2.1. Alcance de la expresión indisponibilidad en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.**

7.- Probablemente, la novedad mas destacada del texto que contiene el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores sea la introducción de la expresión "no podrán disponer", por cuanto que la misma parece mas amplia y omnicomprensiva que la tradicional expresión "no podrán renunciar". Aunque, técnicamente, el sentido de disposición estaba presente en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, es lo cierto que la misma incluía

---

<sup>9</sup> Por todos, vide: PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción de derechos en..." citado, pág. 56. ALBIOL-CAMPS-GARCÍA NINET-LOPEZ GANDIA-SALA (Dir. T. SALA) "Derecho del Trabajo, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 273-275.

dicha expresión en sentido positivo, reservando el alcance de la prohibición a la renuncia<sup>10</sup>. Semánticamente, la distinción es importante puesto que, jurídicamente, no se puede identificar disponer y renunciar, son expresiones distintas que revelan conceptos y consecuencias diferentes. Por ello, resulta evidente que, normativamente, con el Estatuto de los Trabajadores, se ha producido un cambio sustancial del alcance y del sentido del viejo principio tuitivo de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. El cabal entendimiento de la modificación sólo puede realizarse a través del estudio de los conceptos técnico jurídicos que el principio y el actual precepto encierran.

2.1.1.- Indisponibilidad, irrenunciabilidad, inderogabilidad.

8.- La doctrina civilista concibe la autonomía privada como el poder de la persona para reglamentar y

---

<sup>10</sup> El artículo 5 de la Ley 16/1976 de 8 de Abril disponía: "El trabajador no podrá renunciar a los derechos que le sean reconocidos en las normas laborales y será nulo todo acto que los ignore o limite. No obstante por si mismos o, en su caso, a través de sus representantes, en los convenios colectivos sindicales, y siempre mediante compensación adecuada, podrá disponer de los derechos y condiciones laborales que no estén reconocidos en normas de derecho necesario".

ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte, poder que no es total y absoluto puesto que concebido éste como poder de ordenación de la esfera privada del individuo, existen posiciones de dicha esfera para las cuales el derecho excluye la autonomía como poder ordenador, de forma tal que existen derechos, situaciones y relaciones indisponibles<sup>11</sup>. Paralelamente, uno de los cauces fundamentales de la actuación o realización de la autonomía privada es el negocio jurídico, entendido como acto en virtud del cual se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, es decir como declaración de voluntad o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela<sup>12</sup>. De esta forma se hablará de negocios jurídicos dispositivos cuando los mismos produzcan un cambio en la situación jurídica preexistente, es decir cuando el negocio provoque como resultado la transferencia, modificación o extinción de un derecho<sup>13</sup>, resultado que puede obtenerse mediante la utilización, a su vez, de negocios jurídicos diversos, unilaterales o bilaterales,

---

<sup>11</sup> DIEZ PICAZO-GULLON, "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, 5ª Edición. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 375-376.

<sup>12</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. "El negocio jurídico", citado, pág. 34.

<sup>13</sup> DIEZ PICAZO-GULLON, "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, citado, pág. 494.

onerosos o lucrativos, etc. Las posibilidades de tal negocio vendrán dadas por la circunstancia de que el derecho. situación o relación objeto del mismo sea considerado por el ordenamiento jurídico como disponible.

9.- Así conviene recordar que mientras que el negocio jurídico dispositivo presenta un significado de mayor amplitud o generalidad, la renuncia no es más que una de las formas en que puede concretarse aquél<sup>14</sup>. La renuncia es un negocio jurídico dispositivo y unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. La renuncia de derechos constituye así el supuesto mas radical de disposición de derechos frente al que se encuentra en una relación de especie a género<sup>16</sup>.

Con independencia del amplio debate doctrinal, sobre

---

<sup>14</sup>PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción de derechos....", citado, pág. 59.

<sup>15</sup> DE LA VILLA, L.E. "El principio de la irrenunciabilidad...", citado, pp. 9-10.

DIEZ PICAZO-GULLON ("Sistema de Derecho Civil", citado, Vol. I, pp. 475-476) definen la renuncia como negocio jurídico unilateral y dispositivo cuyo efecto inmediato es producir una sustancial modificación en la relación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho".

<sup>16</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.R. "La indisponibilidad de derechos". Ejemplar mecanografiado pendiente de publicación en el tomo correspondiente de AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales: el ET". Pág. 19 del ejemplar fotocopiado.

todo en el campo del derecho civil y que ha tenido su reflejo en el ámbito de la relación jurídico laboral<sup>17</sup>, en torno a la esencia misma del concepto de renuncia en relación, fundamentalmente, al carácter unilateral o bilateral y al sentido exacto de la expresión en relación a negocios afines (condonación, remisión etc), es lo cierto que, en el campo estrictamente laboral, la doctrina había concluido que el fin último del sistema de protección consistía en impedir el efecto que sobre el trabajador pudiera tener el negocio jurídico de la renuncia, es decir, evitar que el trabajador pudiera extinguir un derecho sin ninguna contraprestación<sup>18</sup>.

10.- El artículo 6.2 del Código Civil al regular de forma general la renuncia de derechos incluye un concepto nuevo cual es el de la renuncia voluntaria a la ley aplicable, de suerte tal que "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés y el orden público ni perjudiquen a terceros"

---

<sup>17</sup> Vide una amplia referencia sobre la configuración dogmática de la caracterización jurídica de la renuncia de derechos en DE LA VILLA, L.E. "El principio de la irrenunciabilidad...", citado, pp. 8-25.

<sup>18</sup> OJEDA AVILES, A. "La renuncia de derechos del...", citado, pág. 184.

Vide, igualmente, PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción de derechos...", citado, pág. 59.

(artículo 6.2 CC), precepto que ligado al siguiente párrafo (" los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulas de pleno derecho") ha llevado a la doctrina a señalar que tanto la renuncia como la exclusión voluntaria de la ley aplicable, establecida con carácter general en el Código Civil, sólo puede referirse y alcanzar a la ley dispositiva, nunca a la ley imperativa porque la propia esencia de la norma imperativa rechaza el juego de la autonomía de la voluntad<sup>19</sup>. Por ello, resulta evidente que el propio carácter de derecho necesario lleva implícita la exigencia de inderogabilidad del mismo; es decir todo derecho imperativo está excluido, por definición, del ámbito de actuación de la voluntad de las partes que, en ningún caso, podrán sustraerse a su efectiva aplicación. Lo que en el ámbito laboral se traduce en la expresión del artículo 3.5 "no podrán disponer antes de su adquisición"<sup>20</sup>. Sin embargo, respecto de las normas laborales y de los convenios colectivos la inderogabilidad in peius ya estaba prevista, en el

---

<sup>19</sup> GULLON BALLESTEROS, a. "Comentario al artículo 6 del Código Civil", en AA. VV. "Comentarios del Código Civil", Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 34.

<sup>20</sup>CAMPS RUIZ, L.M. "Comentario al artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores" en AA.VV. "El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/80 de 10 de Marzo". Edersa, Madrid, 1981, pág. 51.

ordenamiento laboral, en el artículo 3.1.c. en los términos vistos en el capítulo anterior. La voluntad de las partes expresada en el contrato de trabajo es fuente de la relación laboral y su regulación no podrá establecer, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados. Es esta una cuestión de inderogabilidad de las normas pretendiéndose, de este modo, asegurar que el trabajador adquiriera los derechos previstos en ellas<sup>21</sup>; una vez adquiridos los derechos la norma inderogable ha cumplido su función, lo que suceda a partir de ese momento será un problema de disposición de normas, frente al cual el ordenamiento podrá actuar de forma distinta: prohibiendo o admitiendo, con o sin condiciones, la disposición del derecho cuya adquisición estaba garantizada en virtud de la norma inderogable.

No obstante, la dicción literal del artículo 3.5 ET plantea, a este respecto, problemas de interpretación que hacen difícil distinguir inderogabilidad e indisponibilidad. Si no se estableciese tal distinción el art. 3.5 ET nada nuevo añadiría respecto del artículo 3.1.c. ET. Es más, resultaría reiterativo y, por lo tanto, superfluo respecto de la disposición anticipada.

---

<sup>21</sup> RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de Derecho del Trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, Pág. 82.

Precisamente la distinción entre inderogabilidad e indisponibilidad es lo que le otorga sentido práctico. Sobre la cuestión volveremos al analizar el ámbito temporal de la indisponibilidad.

### 2.1.2.- La renuncia de derechos.

11.- Ya se ha señalado que, tradicionalmente, el Derecho del Trabajo ha cerrado el ciclo de protección al trabajador mediante el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales a través de disposiciones que, en general, han venido prohibiendo la renuncia entendida como negocio jurídico unilateral de carácter abdicativo, por cuya virtud, el titular extingue derechos subjetivos u otros poderes jurídicos mediante una declaración de voluntad dirigida a tal efecto<sup>22</sup>. De esta forma la irrenunciabilidad se convierte en un límite al principio de la autonomía de la voluntad, ya de por sí restringido en el campo laboral, de carácter específico que, sin embargo, no supone una contradicción absoluta con el principio contenido en el artículo 6.2 del Código Civil conforme al cual la renuncia es válida siempre que no contraríe el interés y el orden público, puesto que, en

---

<sup>22</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad de derechos", citado, pág. 20 del ejemplar fotocopiado.

dicha limitación, es posible comprender los derechos laborales si consideramos que éstos se encuentran íntimamente relacionados con intereses sociales generales<sup>23</sup>. Es cierto que los efectos son distintos dado que en el ámbito jurídico laboral se convierte en principio -la irrenunciabilidad- lo que en el derecho común es la excepción; ahora bien, tal efecto no es sólo consecuencia directa de la formulación positiva sino, también, del carácter tuitivo y social de las normas laborales y de su cantidad.

El entendimiento de la renuncia como negocio jurídico unilateral de carácter abdicativo, esto es, sin contraprestación, había llevado a entender que la ley sancionaba con la nulidad los actos unilaterales del trabajador que, sin contraprestación de especie alguna, con independencia de su forma, provocaban la extinción de un derecho como consecuencia de su abandono, quedando fuera de la prohibición aquellos otros negocios dispositivos no necesariamente abdicativos cuyo efecto era, la mayor parte de las veces idéntico al de la renuncia. Por ello, la doctrina se esforzó en la ampliación del campo de aplicación del principio por diversas vías para concluir que, cuanto menos, todos los

---

<sup>23</sup>SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Los principios de aplicación del derecho del trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 26.

negocios sin contraprestación alguna estaban incluidos en el campo de aplicación de la interdicción de renuncia<sup>24</sup>. La cuestión sin embargo, carece de sentido en la actualidad puesto que la redacción del artículo 3.5 ET, sanciona con la nulidad la disposición de derechos, en la que hay que entender, entre otros y sin dudas de clase alguna, aquellos negocios abdicativos distintos de la renuncia (remisión, condonación, etc.).

La interdicción de renuncia impone, paralelamente, fortísimas restricciones a la doctrina de los actos propios en cuanto que tales actos o conductas pueden ser expresión o manifestación de renuncia de derechos irrenunciables (indisponibles en la terminología estatutaria) y, por lo tanto, nulos<sup>25</sup>.

### 2.1.3.- Transacción de derechos.

12.- La referencia positiva a la prohibición de "disponer" exige, necesariamente, su comparación con la

---

<sup>24</sup> Vide: OJEDA AVILES, A. "La renuncia...", citado, pp. 183 y ss: "renuncia, remisión y condonación hay que entenderlas en perspectiva, unidas en un mismo efecto sobre el derecho del trabajador, cual es el de extinguirlo sin ninguna contraprestación".

<sup>25</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", 13ª edición revisada, SPUCM, 1993, pp. 888-889.

tradicional expresión "renunciar". Tal modificación legislativa ha sido constatada por la doctrina con valoración desigual. Mientras que la mayoría, aún ponderando el cambio semántico, entiende que, probablemente, lo que se quiere prohibir es la renuncia pura y simple, sin compensación y no el negocio transaccional<sup>26</sup>, no han faltado quienes han defendido que la expresión disponer es tan amplia que comprende en su seno una diversidad de actos o negocios jurídicos distintos de los meramente abdicativos<sup>27</sup>.

Ya se indicó que el concepto de disposición es más amplio que el de renuncia y que ambos están vinculados de forma que ésta constituye un tipo negocial comprendido en el campo más amplio de los negocios dispositivos. Desde esta perspectiva, no cabe duda que según el amplio concepto de disponibilidad, reflejado en el artículo 3.5 del Estatuto, el trabajador no podrá realizar actos de enajenación ni disposición de gravámenes sobre sus derechos laborales, ya se realicen a título oneroso, ya

---

<sup>26</sup> Vide, por todos: ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág. 888. SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 223. PALOMEQUE-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", Ceura, Madrid, 1993, Pp. 302-303. MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pág. 225.

<sup>27</sup> PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción ...", citado, pág. 59.

En este mismo sentido, vide, también, RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de derecho del trabajo", citado, pp. 80-81.

a título lucrativo, dado que lo que identifica a esta clase de negocios es ser supuestos de disponibilidad, diferenciados de la renuncia meramente abdicativa y, por lo tanto, constituir mecanismos jurídicos mediante los cuales se lleva a cabo una atribución patrimonial, es decir, se transfiere, modifica o extingue un derecho<sup>28</sup>.

13.- Mas dificultades, sin embargo, plantea entender la transacción como negocio jurídico comprendido en la prohibición de disposición del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. La transacción viene definida en el Código Civil como "un contrato por el cual, las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado" (artículo 1809 CC). La propia estructura interna del negocio jurídico transaccional permite diferenciarlo de la renuncia. En efecto, se trata, en este supuesto, de un negocio jurídico bilateral y oneroso, puesto que requiere, preceptivamente la presencia de dos sujetos que, recíprocamente se hagan concesiones de forma tal que cada concesión tiene su equivalente o contraprestación en la concesión de la parte contraria. Conceptualmente, la transacción requiere la presencia de dos elementos para que pueda calificarse

---

<sup>28</sup> PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción...", citado, pp. 59-60.

como tal: una situación de controversia entre las partes y la necesidad de recíprocas concesiones para superarlas<sup>29</sup>. Ambos elementos son absolutamente necesarios y, a tal efecto, hay que considerarlos constitutivos del negocio jurídico. Sin embargo, es obligado admitir que el primero es lo suficientemente indeterminado para dificultar la identificación del tipo, dado que la situación de controversia no es necesario que sea judicial y admite una gran dosis de subjetividad; por el contrario el segundo de los elementos, las mutuas concesiones, es determinado o determinable, por lo que en aquellas ocasiones en que no haya una mutua concesión sino cesión de una de las partes, no podrá calificarse tal negocio como transaccional, tratándose, simplemente de una renuncia.

En cuanto a su naturaleza jurídica, autorizada doctrina civilista entiende que la transacción es uno de los típicos negocios declarativos o de fijación, cuya finalidad consiste en dar certeza a la relación jurídica habida entre los sujetos del mismo que por algún motivo

---

<sup>29</sup> GULLON BALLESTEROS, A. "Comentario al artículo 1809 del Código Civil" en AA.VV. "Comentarios del Código Civil", citado, Vol. II, pág. 1768.

En este mismo sentido, OJEDA AVILES, A. ("la renuncia citada...", pág. 188) señala: "La transacción sólo puede ser entendida como composición de la litis, a través de recíprocas concesiones".

se ha hecho dudosa e incierta<sup>30</sup>. La operatividad de esta figura jurídica, contrato al fin y al cabo, frente a la variedad de situaciones jurídicas sobre las que actúa, se realiza, conforme a su propia naturaleza jurídica, mediante una función declarativa que se incorpora a aquellas situaciones, evitando la provocación de un pleito o poniendo fin al que había comenzado<sup>31</sup>.

14.- Desde la doble perspectiva de los elementos constitutivos de la transacción (res litigiosa y mutuas concesiones) y de su naturaleza jurídica (negocio declarativo), es posible examinar si la transacción se encuentra comprendida en el ámbito de la indisponibilidad acotado por el artículo 3.5 del Estatuto. Para ello conviene, sin embargo, realizar las precisiones previas que siguen a continuación.

15.- La transacción como contrato bilateral y oneroso tiene como finalidad la evitación de un pleito o poner fin al que había comenzado mediante la entrega,

---

<sup>30</sup> DIEZ PICAZO-GULLON "Sistema de Derecho Civil", citado, Vol. II, pp. 521-522: "creemos que en la transacción lo que hay es una fijación convencional de derecho por obra de las partes, que declaran con valor vinculante como es para ellas la relación jurídica discutida".

<sup>31</sup> PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción....", citado, pág. 62.

promesa o retención mutua, por lo que puede producirse en cualquier momento de la duración de una relación jurídica de tracto sucesivo, de forma que no necesariamente se produce en el momento de la extinción de la relación; por lo tanto, producida en cualquier momento del tracto sucesivo de la relación laboral, cumple con la misión de fijar, bilateralmente, una controversia anterior que, a partir del momento en que se soluciona, se convierte en norma para las partes del contrato; en este caso, posee innegables efectos declarativos y reguladores de la relación jurídico laboral a la que sirve.

En este sentido, como segunda precisión, conviene señalar que la transacción entendida en los términos señalados es un negocio posible en el Derecho del Trabajo<sup>32</sup>. Dado que la transacción es un negocio jurídico que sirve a una relación jurídica preexistente, la relación laboral admite, en principio, que las posibles controversias que pueden surgir a lo largo de su vigencia sean resueltas mediante la mutua compensación a través del negocio transaccional.

Por último, conviene recordar que la particular relación obligatoria en que consiste la transacción, está sujeta al cumplimiento de las disposiciones generales del código civil en materia de contratos y, en especial por

---

<sup>32</sup> OJEDA AVILES, A. "La renuncia de derechos...", citado, pág. 197.

lo que a los presentes efectos interesa, la concurrencia ex artículo 1261 del Código Civil de los requisitos esenciales para la validez de los contratos: consentimiento, objeto y causa.

Dejando a un lado la dinámica del consentimiento, común para la generalidad de los contratos con las especificaciones analizadas en el Capítulo II, conviene detenerse, brevemente, en la causa y el objeto del contrato de transacción.

Entendiendo como causa el fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico para la transacción, la causa de la misma no es otra que poner fin a una controversia; en nuestro caso, poner fin a una controversia nacida en el desarrollo de la relación de trabajo. Así serán ilícitas las transacciones con causa torpe, que encubran negocios distintos del meramente transaccional, para lo que resulta imprescindible la concurrencia de la situación controvertida y las mutuas concesiones; es decir aquellas transacciones cuya causa sea inexistente, falsa o ilícita<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Vide: SSTs de 25 de Marzo 1991 (Ar. 1898) (nulidad de un mutuo acuerdo extintivo y transaccional por inexistencia de causa puesto que lo que se pretendía era evitar que el trabajador se presentase como candidato a elecciones sindicales, de 19 de Junio de 1990 (Ar. 5486), de 31 de Diciembre de 1990 (Ar. 9853), en la que se declara la nulidad del acuerdo transaccional consistente en la extinción contractual, cuyo único objetivo era lucrar la prestación por desempleo. STCT de 6 de Marzo de 1986 (Ar. 1502).

El objeto del contrato de transacción es, obviamente, la relación jurídica controvertida, que las partes componen mediante el contrato transaccional<sup>34</sup>. Ahora bien, delimitado tal objeto, resulta evidente que el Código Civil no contiene ninguna regla general sobre la idoneidad del objeto de la transacción "aunque no parece difícil llegar a la conclusión de que ha de tratarse de una relación jurídica respecto de la cual las partes tengan plena libertad de disposición y plena autonomía". Y es en este punto donde radica el núcleo de la cuestión.

16.- En efecto, trasladado el anterior concepto del objeto del negocio transaccional al ámbito del contrato de trabajo, resulta evidente que la relación laboral puede ser objeto de pacto transaccional; ahora bien, los derechos sobre los que las partes transigen han de ser disponibles, han de pertenecer al ámbito de su autonomía o, dicho en otras palabras, han de estar comprendidos en su facultad de disposición.

Si admitimos que disponer es sinónimo o equivalente de renunciar en la dicción legal del artículo 3.5 del

---

Vide: VALDES DAL-RE, F. "Mutuo disenso y despido", en RL nº 19/93 pp. 5 y 6.

<sup>34</sup> DIEZ PICAZO-GULLON "Sistema de Derecho Civil", citado, Vol. II, pág.523.

Estatuto, la conclusión se antoja evidente: la transacción, que no es renuncia, sería lícita y perfectamente posible sobre los derechos que el propio precepto indica (disposiciones legales de derecho necesario y convenios colectivos). Con ello se daría la paradoja de que serían indisponibles para la autonomía individual las disposiciones legales de derecho necesario y convenios colectivos (en el sentido analizado anteriormente) en el momento constitutivo o novatorio, en virtud del artículo 3.1.c. ET, pero no en el aplicativo, de conformidad con esta interpretación del artículo 3.5 ET. En este sentido, incluso podría distinguirse en el sentido de decidir si el pacto transaccional tiene eficacia novatoria, por implicar a situaciones futuras, en cuyo caso no serían disponibles aquellos derechos; mientras que si la transacción no tuviera tales efectos novatorios, por afectar a derechos vencidos, si resultarían disponibles.

No entiendo que esa sea la finalidad pretendida por la norma estatutaria; más bien al contrario. En efecto, una adecuada interpretación del artículo 3.5 ET, avalada por lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil<sup>35</sup>,

---

<sup>35</sup> "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Vide, en general, a este respecto : TORRALBA SORIANO,

debe llevar a una única conclusión consistente en el hecho de que no hay, salvo expresas excepciones normativas, disposiciones de derecho necesario que cumplen su función vinculando a la autonomía individual, en su faceta constitutiva o normativa, y no en su faceta aplicativa. El derecho necesario es indisponible o indisponible in peius para la autonomía individual, con o sin contraprestación, que en todo momento puede darse, incluso en el momento aplicativo. El artículo 3.5 cuando invalida la disposición de determinados derechos por el trabajador comprende, también, los negocios transaccionales que, como se ha señalado provocan, una disposición de derechos<sup>36</sup>.

Ello no significa, en modo alguno, negar la validez y virtualidad de la transacción laboral como expresión cierta de la autonomía individual, únicamente, limitar su objeto; limitación cuyo fundamento se encuentra en la

---

V. "La aplicación del derecho", Separata de la conferencia pronunciada con motivo del "Curso bien sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil", ICAV, Valencia, 1975, pp. 79-110, destacando que "Cuando el CC habla del contexto quiere establecer una interpretación conexas de todos los preceptos del ordenamiento que traten de la materia a resolver" (pág. 97).

<sup>36</sup> En el mismo sentido, PRADOS DE REYES, F. J. "Renuncia y transacción"....citado, pág. 67.

Igualmente, RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA SALA "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pág. 81: "Hay que entender, por tanto, que lo dispuesto en el artículo 3.5 incluye la invalidez de la transacción".

propia estructura normativa. No hay que olvidar, a estos efectos, que los contratantes pueden establecer, en un contrato, los pactos y cláusulas que estimen convenientes siempre que no sean contrarios a la ley, la moral o el orden público, precepto contenido en el artículo 1255 del Código Civil cuya adecuada concreción en materia laboral es, según se ha señalado, el artículo 3.1.c. en la medida en que el contrato, fuente de la relación jurídica laboral, queda sometido a las disposiciones legales de derecho necesario de suerte que los contratantes no podrán establecer condiciones menos favorables o contraria a las disposiciones legales y convenios colectivos. De otro lado ya se ha significado, respecto de la renuncia, que no era difícil entender en el amplio concepto de la expresión orden público el derecho imperativo laboral (normas absolutamente indisponibles, mínimos o máximos de derecho necesario y convenios como expresión de la facultad de ordenación de las condiciones de trabajo reconocida por la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores a los sindicatos a través de la negociación colectiva). Si el propio Código Civil (artículo 1814) excluye del objeto de la transacción cuestiones tales como el estado civil, los alimentos futuros, las derivadas del matrimonio y la acción civil proveniente de un delito como expresión positiva de espacios sobre los que la autonomía individual no tiene

plena libertad de disposición<sup>37</sup>, nada impide que el ordenamiento laboral realice idéntica exclusión y declare indisponible para la autonomía individual, para el trabajador, las disposiciones legales de derecho necesario y los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

En definitiva, el ordenamiento jurídico laboral no trata, únicamente, de asegurar la adquisición de tales derechos, trata, también de asegurar su efectivo goce o disfrute, a cuyo fin va dirigido, especialmente, el contenido del artículo 3.5 del Estatuto.

17.- La jurisprudencia no ha tenido excesivas ocasiones de pronunciarse, expresamente, sobre el ámbito de aplicación del negocio transaccional. Sin embargo, en algunas ocasiones ha hecho referencia al mismo<sup>38</sup> para mantener que lo que el precepto contenido en el artículo 3.5 del Estatuto quiere "es prohibir la renuncia pura y simple y sin compensación, pero no obsta a la validez de las transacciones que puedan ser concertadas

---

<sup>37</sup>Nuevamente DIEZ PICAZO-GULLON "Sistema de Derecho Civil", citado, Vol. II, pp. 523-524.

<sup>38</sup> Vid, por todas, STS de 23 de Marzo de 1987 (Ar. 1656), de 1 de Diciembre de 1987 (Ar. 8803) y de 17 de Octubre de 1988 (Ar. 7832). SSTSJ de La Rioja de 2 de Mayo de 1991 (Ar. 3059), de 31 de Julio de 1991 (Ar. 4398) y de 2 de Septiembre de 1991 (Ar. 4934).

simultáneamente o con posterioridad a la existencia del vínculo laboral, supuestos que no implican renuncia como pacto expreso abdicativo de derechos sin compensación, sino la transacción como contrato en evitación de la provocación o continuación de un pleito"<sup>39</sup> o que "la irrenunciabilidad de los derechos no es incompatible con la solución extrajudicial de los conflictos por voluntad concorde de las partes, pues lo contrario sería minorar la libertad del trabajador en orden a su capacidad general de disposición de los derechos adquiridos"<sup>40</sup>.

Sin embargo es conveniente profundizar de manera especial en los supuestos de hecho resueltos por los Tribunales para comprobar que, en la mayoría de los mismos, el derecho debatido era perfectamente disponible por cuanto que no se refería a disposiciones de derecho necesario o a derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo<sup>41</sup>. En efecto, señalar que el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales no es incompatible con la transacción es algo que podemos

---

<sup>39</sup> STSJ de la Rioja de 31 de Julio de 1991 (Ar. 4397) con cita de las SSTS de 8 de Enero de 1986 (Ar. 60) y 2 de Septiembre de 1986 (Ar. 7257).

En idéntico sentido, STCT de 17 de Abril de 1984 (Ar. 3634).

<sup>40</sup> SSTS de 23 de Marzo de 1987 (Ar. 1656) y de 1 de Diciembre de 1987 (Ar.8803).

<sup>41</sup> Vide, en este sentido, la STS de 23 de Marzo de 1987 (Ar. 1656) que exige para la validez de la transacción que no se trate de derechos indisponibles.

convenir sin problema de tipo alguno siempre que los derechos objeto del pacto transaccional no se a n indisponibles para las partes; de la misma forma que también se puede convenir en que el artículo 3.5 del Estatuto no impide la transacción que pueda realizarse simultáneamente o con posterioridad a la extinción de la relación laboral con idéntico condicionamiento de disponibilidad respecto de los derechos objeto del acuerdo transaccional.

De esta forma, es posible encontrar una moderna corriente jurisprudencial que, reconociendo la existencia y virtualidad de la transacción laboral, la limita en cuanto a su objeto en la medida en que exige que se trate de derechos disponibles por las partes. En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar que "la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o como indisponibles por convenio colectivo, es plenamente compatible con la solución extrajudicial de los conflictos por voluntad concorde de las partes cuando ninguno de estos derechos quede afectado"<sup>42</sup>.

Tal es, desde mi punto de vista, la solución que mejor se adecua a una correcta interpretación del artículo 3.5, sin perjuicio de que la misma pueda

---

<sup>42</sup> STS de 17 de Octubre de 1988 (Ar. 7833). El subrayado mío.

resultar enormemente restrictiva en la operatividad práctica puesto que, como recientemente ha puesto de relieve VALDES DAL-RE, la estructura inderogable que normalmente adoptan las estipulaciones de las normas colectivas y lo excepcional de la legislación dispositiva, restringe, prácticamente, el acuerdo transaccional al exclusivo campo de las condiciones mas beneficiosas de origen contractual<sup>43</sup>.

18.- Admitida la transacción como posible en el campo jurídico laboral con la limitación de su objeto examinada, necesariamente, tal aserto nos lleva a la cuestión de la validez de los acuerdos adoptados en conciliación prejudicial o judicial.

La conciliación prejudicial prevista en el artículo 63 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral constituye, a juicio de la jurisprudencia, tanto en sí misma como respecto de lo en ella convenido, una transacción judicial subsumible en el artículo 1809 del Código Civil<sup>44</sup>. Es decir la conciliación constituye una transacción que tiene por objeto evitar, o poner fin, a

---

<sup>43</sup> VALDES DAL-RE, F. "Continuidad y crisis en la doctrina judicial sobre el valor liberatorio del finiquito" en RL nº 22/93, pp. 4-5.

<sup>44</sup> SSTs de 9 de Octubre de 1989 (Ar. 7131) y de 19 de Febrero de 1991 (Ar. 1273). STSJ de Galicia de 16 de Julio de 1992 (Ar. 3867).

un pleito<sup>45</sup>. Por ello, a pesar de su carácter de obligatoria para poder iniciar la tramitación del proceso en los casos previstos específicamente por la Ley de Procedimiento Laboral, la conciliación prejudicial es un verdadero contrato transaccional en el que las partes, con el fin de evitar el proceso, ponen fin a una cuestión litigiosa, mediante mutuas concesiones. Como señala MONTERO , la conciliación previa al proceso, puede calificarse de actividad autocompositiva, aunque se desarrolle ante un tercero, que se resuelve si existe avenencia en un contrato de transacción y si no existe, en un presupuesto procesal<sup>46</sup>.

Como tal contrato le serán de aplicación las exigencias propias de toda transacción, de forma concreta, la necesidad de mutuas concesiones (que en ningún caso están presididas por el principio de recíproca equivalencia, bastando con que sean mutuas), la existencia de causa lícita y veraz, y el objeto, que deberá ser posible, determinado y lícito, debiendo operar, en consecuencia, sobre derechos disponibles por las partes. En este sentido es exigible a la conciliación judicial la interdicción de indisponibilidad de las

---

<sup>45</sup> STSJ de Madrid de 17 de Septiembre de 1991 (Ar. 5286).

<sup>46</sup> MONTERO-IGLESIAS-MARÍN-SAMPEDRO, "Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral", Civitas, Madrid, 1993, Vol. I, pág. 568.

disposiciones contenidas en preceptos legales de derecho necesario así como de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. En definitiva, de acuerdo con el artículo 3.5 del Estatuto, habrá que considerar inválido lo acordado en conciliación prejudicial obligatoria, si el contenido de dicho acuerdo contiene o supone una disposición de derechos reconocida en normas de derecho necesario, singularmente una renuncia, pero también, una transacción sobre los mismos<sup>47</sup>.

19.- La transacción efectuada en conciliación judicial presenta, también, problemas específicos en cuanto al contenido de la misma, dado que se celebra ante un tercero, el Juez, con amplias facultades de control y vigilancia del resultado de aquélla. Parece evidente que en el acto de la conciliación judicial hay una cuestión litigiosa que es precisamente la que ha determinado el propio proceso y que a través del sistema de mutuas concesiones se puede llegar a un acuerdo que cabe

---

<sup>47</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad..", citado, pág. 36 del ejemplar mecanografiado.

PRADOS DE REYES, F.J. (Op. cit. pág. 59) mantiene la validez de los acuerdos logrados en conciliación judicial o prejudicial ante el SMAC, celebrados al amparo de las normas específicas que regulan dichos actos conciliatorios, sin especificar su contenido.

calificar de transaccional. En este sentido el objeto del acuerdo puede afectar o no a derechos indisponibles en la dicción del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. Si afecta a derechos indisponibles, de conformidad con lo señalado hasta ahora en la interpretación del art. 3.5 ET, dicha conciliación sería nula.

En efecto, la legislación procesal otorga fundamento para ello. La peculiaridad principal de esta forma de autocomposición de intereses es la presencia judicial que tiene según el artículo 84 de la Ley de Procedimiento Laboral tres finalidades: la promocional (el juez debe intentar la conciliación: que no es un mero requisito formal, sino material en el sentido de que al Juez le corresponde una misión activa de facilitar el acuerdo), la informativa (debe el juez informar a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles) y la aprobatoria (es el juez quien aprueba la conciliación y da validez a lo acordado, exigiendo la Ley que no la apruebe si observa que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho).

El sentido de las funciones informativa y aprobatoria que tiene el juzgador en la conciliación judicial es, precisamente, el de evitar que en la misma se transijan derechos indisponibles. El contenido de la

información que el Juez debe facilitar a las partes respecto de sus derechos y obligaciones viene limitado por la interdicción de "prejuzgar el contenido de la eventual sentencia", por lo tanto, no puede referirse, en modo alguno, al resultado de la pretensión material, sino a los que pudieran corresponderles en caso de que sus afirmaciones fueran ciertas y llegaran a probarse<sup>48</sup> y, en esa labor informativa, le compete informar al trabajador de la prohibición contenida en el 3.5 relativa a la disposición de derechos en forma genérica, evidentemente. La función aprobatoria es la mas decisiva en cuanto que en su ejercicio el juez debe hacer un juicio de valor y comprobar que lo acordado no es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho; valoración de la que dependerá la aprobación judicial del posible acuerdo. La intervención judicial resulta decisiva respecto del contenido material del pacto transaccional. El papel activo del Juez se refuerza en el sentido de que debe evitar no sólo "la lesividad para una de las partes, sino que además, tiene encomendada una labor defensora del cumplimiento de las leyes"<sup>49</sup>. Y en el ejercicio de esa función defensora del

---

<sup>48</sup> AA.VV. (CAMPOS-RODRIGUEZ-SALA-SALINAS-VALDES), "Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y Comentarios", Deusto, Bilbao, 1990, pág. 238.

<sup>49</sup> AA.VV. "Ley de Procedimiento Laboral....", citada en nota anterior, pág. 238.

cumplimiento de las leyes debe evitar que el trabajador disponga de algo que la propia ley le prohíbe disponer: los derechos señalados como indisponibles en el artículo 3.5 del Estatuto. Es evidente que tal función es eminentemente valorativa y, por otro lado, restringida por la interdicción de prejuzgar el asunto.

Como acertadamente pone de relieve RAMIREZ, la dificultosa tarea que incumbe al Magistrado puede conllevar la aprobación de una conciliación en la que se transijan derechos indisponibles; para ello la propia LPL ha previsto una acción para impugnar la validez de la avenencia<sup>50</sup> (art. 84.5 LPL). Tal acción puede fundamentarse en motivos materiales que hacen referencia a la legalidad de lo convenido, entre lo que hay que entender, inevitablemente, la posible disposición de derechos indisponibles<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad..", citado, pág. 39 del ejemplar mecanografiado.

<sup>51</sup> En este sentido, aunque indirectamente, se pronuncian MONTERO et altri ("Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral", citado, VOL. I, pág. 574) que al referirse al plazo para ejercitar dicha acción de impugnación de lo convenido refieren el plazo de quince días establecido en la Ley de Procedimiento Laboral a supuestos de anulabilidad, pero no a la nulidad "pues lo nulo no produce efectos; este será el caso, por ejemplo, de que la avenencia supusiera un pacto contrario a la irrenunciabilidad del artículo 3.3. ET. Si bien queda indeterminada, a estos efectos, la expresión "irrenunciabilidad".

También SÁNCHEZ PEGO, F.J. "El intento de conciliación judicial y el juicio oral" en AA.VV: "Comentarios a las Leyes Laborales: La nueva Ley de

2.1.4.-Indisponibilidad y extinción del contrato de trabajo.

20.- La indisponibilidad de los derechos reconocidos en las disposiciones legales de derecho necesario tal como lo venimos entendiendo presenta, sin perjuicio del ámbito temporal a que se refiere, unos perfiles específicos en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Ya se ha señalado al analizar la extinción contractual por mutuo acuerdo la nula incidencia que, en los efectos constitutivos del contrario disenso, tiene el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores y la vana insistencia de la jurisprudencia en orden a conectarlos, fundamentalmente, para justificar supuestos de mutuo acuerdo extintivo o novatorio que, en puridad, mas que renuncia o disposición ilícita encubren negocios fraudulentos o causalmente nulos. Sin embargo, conviene detenerse, de modo particular, en los supuestos extintivos del contrato de trabajo con el fin de analizar si los mismos constituyen actos de disposición inválidos y, fundamentalmente, si con motivo de la extinción

---

Procedimiento Laboral" (Dir. E. Borrajo), Edersa, Madrid, 1990, Tomo XIII, Vol. I, pág. 707. con referencia expresa a indisponibilidad de derechos.

contractual pueden producirse disposiciones de derechos prohibidas según el tenor del artículo 3.5 ET.

Para ello, conviene partir de la consideración general, admitida por doctrina y jurisprudencia, de que el trabajador puede extinguir por su sola voluntad el contrato de trabajo y que en tal extinción no hay renuncia ni disposición de derechos alguna. En efecto la posibilidad de rescisión unilateral por el trabajador del nexo contractual está prevista como causa autónoma de extinción en el apartado 4 del artículo 49 del Estatuto que, con carácter general, establece que el contrato de trabajo podrá extinguirse por la sola voluntad del trabajador, lo que constituye, según ha sido señalado, expresión clara y rotunda del principio de la autonomía de la voluntad en la faceta de extinción de las relaciones jurídicas. Igualmente la extinción por la voluntad conjunta de las partes contratantes ( causa a la que hay que reconducir los tres primeros supuestos del artículo 49 ET: mutuo disenso, condición resolutoria y tiempo final) constituye expresión, también, del contenido mas esencial del principio de autonomía de la voluntad puesto que constituiría un absurdo jurídico que el ordenamiento laboral, que atribuye al trabajador un poder de receso ad nutum sobre su relación laboral, le hubiera privado, no obstante, de la facultad de

desistimiento mutuo<sup>52</sup>. De esta forma constituye conclusión comúnmente admitida que, en principio, la extinción contractual en la que participe la voluntad del trabajador a dicho fin dirigida no constituye disposición de derechos prohibida por el artículo 3.5 del Estatuto. Consiguientemente, en el puro acto extintivo en el que la voluntad del trabajador se dirija a la consecución del objetivo extintivo no se vulnera la interdicción de indisponibilidad de derechos, ya se produzca la extinción por voluntad unilateral o por mutuo acuerdo, sea este último genético o producto de una previa decisión extintiva por parte del empresario que, mediante la oportuna transacción, convierte el inicial acuerdo unilateral en bilateral y consensuado.

Ahora bien, esta afirmación no puede predicarse con absoluta radicalidad puesto que necesita ser matizada. De un lado, porque el negocio extintivo, cualquiera que sea su origen y la forma que adopte, no sólo debe ser expresión del verdadero querer y sentir de ambas partes, especialmente del trabajador, lo que requerirá una vigilancia especial del consentimiento, sino que, además, tal negocio debe contener los restantes elementos esenciales del contrato, en especial, una causa lícita y veraz. De otro lado, porque con motivo del negocio

---

<sup>52</sup> VALDES DAL-RE, F. "Continuidad y crisis en la doctrina judicial....", citado, pág. 3.

extintivo pueden efectuarse, simultáneamente, disposiciones de derechos prohibidas por el ordenamiento vigente.

21.- Las anteriores consideraciones implican la necesidad de observar la extinción contractual en la que participa la voluntad del trabajador a través de la forma comúnmente adoptada para evidenciar tales efectos extintivos que, generalmente, es el finiquito, al que se ha hecho amplia referencia en el examen del mutuo disenso. Por ello, en este momento, interesa el análisis de la posible disposición de derechos que tal documento puede encerrar. En este sentido conviene recordar que el finiquito, normalmente, suele encerrar dos declaraciones distintas de voluntad: la que hace referencia al puro acuerdo extintivo y la que delimita un saldo de cuentas. También cabe una tercera manifestación de voluntad cuando el documento señala que las partes nada se deben entre sí.

22.- Respecto de la declaración de voluntad del trabajador por la que se declara extinguido el contrato de trabajo ya se ha indicado que no constituye, por lo general renuncia o disposición ilícita, dado que la propia extinción de la relación laboral es una facultad que el ordenamiento jurídico laboral sitúa en la esfera

de disponibilidad del trabajador o de la voluntad conjunta de las partes contratantes. Por ello, para determinar la validez de la extinción unilateral o del acuerdo extintivo habrá que estar, según se ha señalado, a la validez del negocio jurídico que tales efectos produce, pese al denunciado y vano empeño jurisprudencial en situar la invalidez de tal negocio en la esfera de aplicación del artículo 3.5 ET y no en el fraude de ley o en la ilicitud o falsedad de la causa que constituye el trasfondo fáctico de la práctica totalidad de los supuestos examinados por la jurisprudencia<sup>53</sup>El tradicional argumento de la jurisprudencia según el cual el finiquito firmado después de cada contrato, temporal continuado en el tiempo, constituye una renuncia prohibida por el artículo 3.5 ET al constituir ilícita disposición del derecho a adquirir la condición de fijo, no es correcto desde la perspectiva de que la rescisión, en cualquier momento del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador no constituye disposición prohibida y, por lo tanto, no existe renuncia. El argumento correcto, en este caso, es considerar que tal negocio abdicativo carece de causa lícita puesto que, producido el fraude de ley, la autonomía de la voluntad

---

<sup>53</sup> Vide, a estos efectos, la jurisprudencia citada en el capítulo II, en los apartados correspondientes a la novación extintiva y al mutuo disenso.

carece de facultades para convalidarlo<sup>54</sup>. Así lo ha entendido alguna sentencia del Tribunal Supremo al señalar que "el fraude de ley (art. 6.4 CC) implica crear una figura jurídica -en este caso, dos, el finiquito y el nuevo contrato- mas que para cumplir la normativa a ella aplicable para eludir la imperatividad de otro precepto: la presunción por tiempo indefinido de la relación laboral"<sup>55</sup>.

Por último, cabe señalar que, producida la extinción del contrato por decisión unilateral del empresario, no cabe calificar al posterior finiquito como mutuo disenso convalidatorio de la extinción producida, puesto que adoptada por el empresario la decisión de extinguir el contrato por su voluntad y habiendo sido ya recibida esta manifestación por el trabajador, el segundo negocio que

---

<sup>54</sup> Interesante, a este respecto, resulta la STSJ de Andalucía -Sevilla- de 27 de Septiembre de 1991 (Ar. 5201) que tras reclamar y aplicar una sólida doctrina sobre el consentimiento y la causa del negocio extintivo producido a la finalización de varios contratos temporales concluyendo en la producción de un fraude de ley, (con lo que serían innecesarios ulteriores argumentos) no se resiste a la tradicional concepción jurisprudencial de la renuncia y añade (innecesariamente, puesto que con los anteriores argumentos el fallo estaba suficientemente justificado) la tesis de la renuncia al derecho a adquirir la condición de fijo.

Vide igualmente la STSJ de Andalucía -Málaga- de 8 de Junio de 1990 (Ar. 3000), que califica el finiquito "en blanco" firmado al inicio de la relación laboral como contrario al 3.5 ET. Parece mas lógica la aplicación del fraude de ley.

<sup>55</sup> STS de 13 de Septiembre de 1988 (Ar. 6883).

evidencia el finiquito (el mutuo acuerdo extintivo) es un negocio sin causa, es decir, sin la razón objetiva, previa y exterior a la organización del contrato, que justifica su realización<sup>56</sup>. Cosa distinta es que ese anterior cese acordado unilateralmente por el empresario sea objeto de transacción en la medida en que el mismo constituya una cuestión litigiosa; transacción que no sólo deberá deducirse, con claridad, del documento extintivo, sino que, nuevamente, para su consideración de lícita requerirá la presencia de los elementos estructurales de la transacción, singularmente, las mutuas concesiones, y la presencia de los elementos esenciales del contrato transaccional en los términos ya señalados.

23.- La segunda de las declaraciones de voluntad que suele contener el finiquito es la relativa a la liquidación de cuentas. En efecto, el documento en el que se plasma la voluntad unilateral del trabajador o concorde de extinguir la relación laboral vigente suele ser un recibo en el que el operario manifiesta recibir una determinada cantidad de dinero comprensiva del

---

<sup>56</sup> VALDES DAL-RE, F. "Mutuo acuerdo y despido", citado, pp. 5-6. Ilustrativo trabajo en el que son constantes las llamadas de atención sobre la necesidad de trasladar el eje de imputación del mutuo disenso desde la perspectiva del consentimiento a la de la causa del tal negocio extintivo.

importe de la liquidación final de sus devengos; esto es, de los salarios devengados hasta ese momento y de la liquidación de partes proporcionales de las percepciones de vencimiento periódico superior al mes, así como de las vacaciones no disfrutadas. Esta declaración ha sido valorada en la jurisprudencia y doctrina judicial tradicional de la misma forma que la declaración extintiva del finiquito, es decir, concediéndole, generalmente, valor liberatorio siempre que no se apreciase vicio invalidante del consentimiento<sup>57</sup>. Los argumentos en que se fundamentaba el valor liberatorio de tal declaración liquidatoria y la paralela falta de profundización en los fundamentos y en los aspectos subjetivos de la declaración de voluntad del trabajador eran básicamente dos<sup>58</sup>: de un lado, que el ámbito temporal de la irrenunciabilidad de derechos se extiende mientras viva el contrato de trabajo pero no después de su extinción<sup>59</sup> y, de otro, que tal declaración, liberatoria respecto de cantidades pendientes de pago, suponía expresión de un acuerdo transaccional y, por lo

---

<sup>57</sup> Vide, en este sentido, lo señalado respecto del finiquito en el apartado del mutuo disenso en el Capítulo II.

<sup>58</sup> Vide, VALDES DAL-RE, F. "Continuidad y crisis en la doctrina judicial...", citado, pág. 4.

<sup>59</sup> SSTCT de 28 de Mayo de 1974 (Ar. 2575) y de 18 de Marzo de 1975 (Ar. 1525).

tanto, quedaba fuera del estricto ámbito que comprendía la irrenunciabilidad de derechos<sup>60</sup>.

Ninguno de los dos argumentos tienen cabida en la actual dicción del artículo 3.5 del Estatuto, puesto que la indisponibilidad comprende, también, los negocios transaccionales con objeto indisponible y el alcance temporal del precepto extiende su aplicación, como veremos, durante la vigencia del derecho cuya disposición se pretenda, aún después de extinguida la relación laboral, pues tal aserto es lo que se desprende de una adecuada interpretación del precepto, convalidada, en este caso, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, respecto de la eficacia liberatoria del finiquito que no incluye los atrasos salariales producto de la aplicación retroactiva de la revisión salarial por incremento del IPC pactada tras la extinción de la relación laboral, ha establecido la ineficacia liberatoria del finiquito respecto de dichas cantidades<sup>61</sup>.

Sin embargo, la doctrina judicial actual sigue utilizando los argumentos clásicos y, en bastantes ocasiones, concediendo, mediando válido consentimiento,

---

<sup>60</sup> SSTCT de 14 de Abril de 1984 (Ar. 3634), de 8 de Enero de 1986 (Ar. 60) y de 2 de Septiembre de 1986 (Ar. 7257).

<sup>61</sup> STS de 30 de Septiembre de 1992 (Ar. 6830).

eficacia liberatoria a los documentos en que, conjuntamente con la formalización de la extinción contractual, unilateral o consensuada, se liquidan cantidades, dado que la referencia a "la renuncia de derechos vedada por el mencionado artículo 3.5 ET habrá de ser mucho más clara y terminante que la que pudiera subyacer en una eventual diferencia cuantitativa sobre liquidación de haberes practicada y documentada de mutuo acuerdo al concluir el contrato de trabajo"<sup>62</sup>. No obstante, ya hay sentencias que, abandonando los clásicos argumentos, establecen que "sin negar eficacia liberatoria al finiquito, ésta no puede aceptarse, sin embargo, cuando constituye transgresión de los derechos reconocidos legalmente al trabajador con sede en el principio de indisponibilidad de derechos del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores"<sup>63</sup>.

24.- Por último, el finiquito puede contener una declaración de liquidación total en el sentido de establecer que las partes nada más tienen que reclamarse

---

<sup>62</sup> STSJ de la Rioja de 2 de Mayo de 1991 (Ar. 3059).

<sup>63</sup> STSJ del País Vasco de 23 de Julio de 1990 (Ar. 485).

En idéntico sentido, STSJ de Castilla y León - Valladolid- de 21 de Mayo de 1991 (Ar. 3343) que considera el finiquito de que trata como "simple recibo de cantidad percibida, porque no cabe la renuncia de derechos indisponibles entre los debe incluirse el salario mínimo del convenio.

entre sí con renuncia a acciones futuras. Con la salvedad, ya expuesta, respecto de los derechos no nacidos, pero que se establecen con posterioridad con efectos retroactivos que no podrán entenderse comprendidos en tal declaración, nuevamente, hay que señalar que tales acuerdos deben examinarse desde la óptica de la indisponibilidad que venimos señalando. En efecto, tal hipotética expresión sólo alcanzará plena validez en la medida en que los derechos indisponibles hayan sido satisfechos no quedando pendientes y, en la medida, en que el pacto transaccional sobre ulteriores derechos disponibles sea válido según los elementos esenciales que, respecto del mismo, han quedado resaltados. Dicho en palabras de VALDES, "el finiquito no expresa siempre y bajo cualquier circunstancia un pacto transaccional, lo refleja limitadamente en aquellos casos en que quepa la renuncia de derechos, con arreglo a lo ordenado por el tan mencionado art. 3.5 ET, y se cumplan, además, las restantes condiciones a las que el Código Civil sujeta la validez de las transacciones"<sup>64</sup>. En este sentido es de destacar lo dispuesto en el artículo 1815 CC que expresamente determina que "la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras,

---

<sup>64</sup> VALDES DAL-RE, F. "Continuidad y crisis en la doctrina judicial...", citado, pág. 5.

deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción", lo que aplicado al ámbito de la extinción contractual, formalizada a través del finiquito, exige una interpretación de los mismos concorde con el precepto señalado, especialmente por lo que se refiere a las cláusulas generales de liquidación y renuncia de acciones que estamos analizando, lo que produce la consecuencia de no poder aceptar, nuevamente, el valor liberatorio del finiquito de forma generalizada, sino tras atender a la valoración de lo pretendido por las partes en relación a lo que, lícitamente, podían disponer a través de los criterios de interpretación señalados.

## **2.2- El ámbito material de la indisponibilidad de derechos.**

25.- El artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores establece como objeto de la prohibición de disposición para los trabajadores a los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, añadiendo que tampoco podrán disponer validamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. La redacción del

precepto es, en este punto, totalmente desafortunada<sup>65</sup>, por lo que habría sido mas oportuno conservar la expresión de la Ley de Relaciones Laborales que se refería a derechos reconocidos en las normas laborales y que hubiera permitido comprender, en su seno, las normas legales y las convencionales<sup>66</sup>.

En mi opinión, resulta indiscutible que un ordenamiento jurídico puede determinar garantizar la adquisición de unos determinados derechos y, por lo tanto, declararlos indisponibles para la autonomía individual en cuanto que goza de poder regulador de la relación jurídica que crea y, paralelamente, puede determinar que dichos derechos, una vez adquiridos, sean disponibles con o sin contraprestación. Sin embargo entiendo que tal posibilidad no ha sido elegida por el legislador del Estatuto de los Trabajadores, porque no

---

<sup>65</sup> "La formulación del ET no es especialmente feliz" (ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", citado, pág. 886).

Es interesante, a este respecto, analizar la tramitación parlamentaria del artículo 3.5 del ET y comprobar como en la redacción del proyecto no existía tal precepto separadamente, lo que fue objeto de enmienda de adición por los grupos socialistas de la Cámara que en la primera parte era igual que el texto definitivo, mientras que para la segunda parte, la enmienda proponía "tampoco podrán disponer validamente de los derechos reconocidos por norma convencionalmente pactada". La redacción definitiva fue producto de una enmienda de aproximación de UCD que propuso el texto actual que fue aprobado por unanimidad en la comisión.

<sup>66</sup> Vide, MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", citado, pág. 224.

hay fundamento para sustentar tal hipótesis en el artículo 3 del Estatuto. Consecuentemente habrá que proceder a una interpretación sistemática y contextual de tal precepto en la medida en que delimita el papel de cada una de las fuentes de la relación laboral y, en este sentido, el papel de la autonomía individual queda limitado en su triple faceta (constitutiva, normativa y aplicativa) por parámetros sustancialmente idénticos. De esta forma el ámbito objetivo del principio de indisponibilidad que establece el apartado 5 del artículo 3 del Estatuto hay que entenderlo, por referencia a las fuentes legales y convencionales en dicho precepto establecidas, en los mismos términos que señala y permite el artículo 3.1.c. ET y que han sido examinados al analizar la función normativa de la autonomía de la voluntad. Consecuentemente con ello, el sentido de las expresiones "disposiciones legales de derecho necesario" y "derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo" debe ser examinado desde la perspectiva de una unitaria interpretación del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, a salvo de norma de igual rango legal que, expresamente, consienta o permita la disposición de un derecho ya adquirido.

26.- De esta forma, por lo que respecta a las disposiciones legales de derecho necesario, por tales

habrá que entender aquellas disposiciones legales que vinculan a la autonomía individual en el momento normativo, es decir aquel conjunto normativo nacido fuera del ámbito de la voluntad de las partes y que se aplica a la regulación contractual, en forma automática, en el momento en que nace la relación jurídico laboral. Por lo tanto, como indisponibles para el trabajador, en los términos analizados, habrá que entender las normas absolutamente imperativas, así como los máximos de derecho necesario y los mínimos de derecho necesario, de tal suerte que serán disponibles y por lo tanto renunciables los derechos reconocidos por las normas dispositivas en cuanto que constituyen disposiciones legales de derecho no necesario<sup>67</sup>.

La excepción, viene dada por la posibilidad de transacción en la extinción del contrato de trabajo. En efecto, ya se ha señalado como el régimen de indemnizaciones previsto en el Estatuto de los Trabajadores para las extinciones contractuales ajenas a la voluntad del trabajador e, incluso, las derivadas de la aplicación del artículo 3.4 del Real Decreto 1989/84 de 17 de Octubre, es indisponible de forma que dichas

---

<sup>67</sup> Es este el sentir de la totalidad de la doctrina, por todos vide: MARTIN VALVERDE-RODRIGUEZ SAÑUDO-GARCÍA MURCIA "Derecho del Trabajo", Tecnos, Madrid, 1992, pág. 372. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Los principios de aplicación...", citado, pp. 28-29. SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 224. etc.

indemnizaciones constituyen mínimo de derecho necesario de forma que el trabajador, mediante pacto inicial o novatorio, podrá mejorar, pero no disminuir, las cuantías normativa o convencionalmente establecidas. Sin embargo tales cuantías constituyen objeto lícito de transacción, entendida como autocomposición de una litis y con los requisitos exigibles a cualquier pacto transaccional, puesto que el ordenamiento jurídico concede al trabajador la facultad de resolver ad nutum su relación laboral, por lo que, producida la extinción por causas ajenas a su voluntad, se encuentra facultado para disponer de la cuantía indemnizatoria prevista en la norma mediante la oportuna transacción, a salvo, claro está, de que concurra consentimiento no viciado, causa lícita y verdadera, comprensiva de la propia función social del fenómeno transaccional, en el que no deben faltar las mutuas concesiones. Por lo tanto será, en cada caso, el análisis del concreto contrato de transacción, la presencia de sus requisitos estructurales básicos, lo que determinará la validez de la disposición que con tal acuerdo se efectúa en relación a la cuantía indemnizatoria.

27.- El cabal entendimiento de la expresión legal "tampoco podrán disponer validamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo"

plantea mas dificultades puesto que constituye la expresión mas desafortunada del precepto que ha dado lugar a loables esfuerzos de la doctrina en orden a conjugar la literalidad del texto con la lógica que impone una adecuada interpretación sistemática del artículo completo.

Así, PRADOS DE REYES, partiendo de que la indisponibilidad de los derechos reconocidos mediante convenio ya está establecida en el primer inciso del artículo 3.5 en cuanto que aquél actuaría como norma de derecho necesario, señala que cabe pensar que el inciso final del artículo 3.5 tiene como efecto conceder a la autonomía colectiva la posibilidad de elevar a rango de indisponibles derechos que, en principio y con independencia de su origen pudieran ser disponibles y, por tanto, la facultad de ampliar el elenco de los que tienen carácter necesario<sup>68</sup>. Tal posibilidad es totalmente consecuente con el sentido de la norma puesto que es claro que lo que con respecto al convenio debe entenderse es precisamente lo contrario: que todos los derechos establecidos por él son indisponibles, salvo que de forma expresa se diga otra cosa<sup>69</sup> o se deduzca

---

<sup>68</sup> PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción de derechos en....", citado, pp. 73-74.

<sup>69</sup> MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 371.

claramente del texto convencional. Paralelamente una atribución de indisponibilidad efectuadas por el convenio, en el ámbito, que le es propio debe reputarse válida y, por lo tanto, vinculante para el trabajador en los términos generales establecidos en el principio de indisponibilidad de derechos.

RAMIREZ MARTÍNEZ ha sostenido, por el contrario, que sólomente cuando el convenio señale la naturaleza de indisponibles de los derechos por él reconocidos, tales derechos serán efectivamente indisponibles<sup>70</sup>. En este sentido, el principio adopta una formulación inversa en la medida en que el contenido del Convenio Colectivo será disponible mientras no exprese lo contrario. Los convenios colectivos deberán señalar la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos que reconozcan<sup>71</sup>. Entiendo que, a pesar de la lógica de la argumentación en relación, fundamentalmente al origen de la inclusión del

---

<sup>70</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ J.M. "La indisponibilidad de derechos", citada, pp. 53-54 del ejemplar mecanografiado. Idéntica tesis reproducida en RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de Derecho del Trabajo", citado, pp. 82-83.

<sup>71</sup> Vide, en este sentido, STSJ de Baleares de 10 de Diciembre de 1990 (AL 1991-487). Sin embargo entiendo que el supuesto de hecho planteado en esta sentencia aunque está bien resuelto respecto del fallo, yerra en la argumentación, puesto que de lo que se trata es de solventar la validez de pactos individuales en relación a vacaciones u horas extras, cuya solución remite a la aplicación del artículo 3.1.c. ET y a las relaciones autonomía individual- autonomía colectiva a resolver según lo indicado en el capítulo anterior. No debe recurrirse al artículo 3.5 ET para resolver la cuestión.

párrafo en la discusión parlamentaria, tal tesis no puede ser compartida en la medida en que choca frontalmente con la interpretación global del precepto que venimos comentado. No hay en este punto una expresa atribución de disponibilidad al régimen contenido en el convenio colectivo que se califica, normativamente, como indisponible para la autonomía individual en su función reguladora y también en su función aplicativa.

La mayoría de la doctrina, coincidente en las críticas a la formulación literal del precepto, conviene en que el inciso se refiere a la prohibición de disponer cualquier derecho del texto normativo del convenio puesto que éste es derecho necesario respecto de la autonomía individual sin necesidad de que emplee tal calificación de manera expresa, y tal calificación opera respecto de cualquiera de las funciones de la autonomía de la voluntad, puesto que la inadmisión de tal tesis supondría, como advierten ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, que se viniera abajo el sistema de negociación colectiva que supone, por esencia, la primacía de la voluntad colectiva sobre la individual de los afectados por el convenio<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág. 887.

En idéntico sentido, la generalidad de la doctrina. Por todos: PALOMEQUE-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", citado, pp. 305-306. MARTIN VALVERDE et altri "Derecho del Trabajo", citado, pp. 371-372. SALA et altri "Derecho del Trabajo", citado, pág. 224.

MONTOYA MELGAR, A. ("Derecho del Trabajo", citado,

La jurisprudencia ha venido entendiendo, con carácter general, la irrenunciabilidad de los derechos establecidos en convenio colectivo, aunque no se califiquen en el mismo, como expresamente indisponibles<sup>73</sup>, incluso, saliendo al paso de posibles interpretaciones doctrinales favorables a la consideración de la necesidad de que el convenio colectivo deba declarar expresamente indisponibles los derechos que reconozca "dado el carácter de fuente del derecho y el pleno valor normativo que los convenios poseen , lo que les lleva a tener una eficacia jurídica que impone su contenido a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación, de manera

---

pág. 224) señala: "Aparte de la tautología que tal precepto encierra al declarar que es indisponible lo indisponible, la expresión legal es desafortunada porque induce a pensar que para que un derecho laboral reconocido en convenio colectivo sea indisponible el propio convenio ha de calificar de tal al derecho, esto es, ha de declarar explícitamente su naturaleza de indisponible; tal punto de vista ignoraría la existencia de derechos intrínsecamente irrenunciables, respecto de los cuales es ocioso recalcar su condición, de manera que el no hacerlos no puede convertirlos en renunciables".

<sup>73</sup> STCT de 12 de Noviembre de 1987 (Ar. 24841): "aunque el convenio en cuestión no declara formalmente como indisponible el salario que fija es claro que tiene tal carácter".

En el mismo sentido, STS de 22 de Septiembre de 1987 (Ar. 6265) y STCT de 11 de Marzo de 1981 (Ar. 2293). SSTSJ de Castilla y León -Valladolid- de 17 de Septiembre de 1990 (Ar. 3401) y de 21 de Mayo de 1991 (Ar. 3343) y de Andalucía -Sevilla- de 25 de Enero de 1993 (Ar. 544).

automática"<sup>74</sup>.

### **2.3.- El ámbito temporal de la indisponibilidad.**

28.- Probablemente, con cuanto se lleva manifestado acerca del análisis del artículo 3.5 del Estatuto sería suficiente para entender que la interdicción de la disposición de los derechos laborales alcanza toda la vigencia temporal de la relación laboral desde su nacimiento hasta su definitiva extinción y, también, aún después de su finalización de conformidad con lo señalado respecto a la disposición de derechos en el momento de la extinción contractual. Sin embargo, el texto legal expresamente vincula el ámbito temporal de la prohibición de los derechos laborales "antes o después de su adquisición", con una expresión omnicomprensiva que, abarca, con plena seguridad, el momento temporal del disfrute del derecho -ya adquirido y no extinguido ni en vías de extinción- que, probablemente es el mas dilatado.

---

<sup>74</sup> STSJ de Andalucía -Granada- de 27 de Marzo de 1990 (Ar. 2680), añadiendo, "Errando la recurrente al entender el sentido del artículo 3.5 del ET, pues la prohibición de disponer de los derechos considerados indisponibles por el Convenio Colectivo en modo alguno significa que sea precisa una cláusula convencional que declare indisponibles determinados derechos, sin que nada valga al respecto la cita doctrinal que la recurrente opera, dado el valor que puede ofrecerse a la doctrina científica, por estimable que ésta sea".

El ámbito temporal natural de la indisponibilidad viene constituido por el propio momento aplicativo que se refiere al disfrute o ejercicio del derecho adquirido.

La prohibición de disposición "ex post", una vez adquirido el derecho no plantea problemas específicos, en relación con el ámbito temporal, más allá de los analizados con carácter general y, concretamente, en el momento extintivo de la relación jurídico laboral.

El principal problema se plantea en orden a la expresión "antes de su adquisición" que ha sido identificada doctrinalmente como prohibición de renuncia anticipada de derechos<sup>75</sup> y, por tanto, de cualquiera de los mecanismos jurídico negociales por medio de los cuales ésta se realiza, de forma tal que, en este preciso ámbito temporal "antes de la adquisición del derecho", sólo puede hablarse de renuncia, puesto que parece obvio que si el derecho no ha nacido, tampoco puede ser objeto de gravamen o cualquier otra forma de disposición<sup>76</sup>. En todo caso, como pone de relieve OJEDA, la renuncia a los derechos futuros exigirá, como mínimo, que se haya producido una expectativa jurídica o derecho eventual sobre los mismos, puesto que la renuncia es un

---

<sup>75</sup> ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", citado, pág. 887.

<sup>76</sup> PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción...", citado, pág. 68.

negocio jurídico dispositivo y, como tal, debe operar con un objeto existente<sup>77</sup>. La conclusión de todo ello es que serán, de este modo, nulas las cláusulas contractuales que encierren una renuncia a las normas imperativas, legales o convencionales<sup>78</sup>.

Sin embargo, tal interpretación, no resulta coherente con una adecuada sistematización del precepto. En efecto, si situamos el momento temporal de la indisponibilidad, comprendido en la expresión legal "antes de su adquisición", en el plano normativo de la autonomía individual, es decir en la interdicción de pactar en contra de las disposiciones legales y convenios colectivos, la dicción del artículo 3.5 resulta redundante e innecesaria. El artículo 3.1.c. ET, en los términos analizados, presta cobertura tuitiva suficiente para impedir que el trabajador se vea privado de la adquisición de los derechos comprendidos en aquellas normas. He repetido con frecuencia la defectuosa aplicación que doctrina y jurisprudencia realizan del artículo 3.5 ET en el momento normativo, por redundante, dado que la adecuada aplicación de los límites normativos de la función reguladora de la autonomía individual

---

<sup>77</sup> OJEDA AVILES, A. "La renuncia...", citado, pág. 145.

<sup>78</sup> PALOMEQUE-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", citado, pág. 306.

establecidos en el artículo 3.1.c. ET es suficiente para garantizar la adquisición y el ingreso de los derechos en el patrimonio del trabajador<sup>79</sup>.

Consecuentemente, la única interpretación posible del artículo 3.5 al referir la prohibición de disposición de los derechos "antes de su adquisición" consiste en la aplicación de la apuntada distinción entre inderogabilidad e indisponibilidad. En efecto, entre el momento regulador del contrato y entre el momento de la disposición de los derechos ya adquiridos hay, lógica y temporalmente, un momento intermedio que es el de la disposición anticipada<sup>80</sup>. Desde esta óptica, RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA señalan que la autonomía individual queda limitada en tres momentos distintos<sup>81</sup>:

a) En un primer momento, en la celebración o novación contractual, la vinculación procede del artículo 3.1.c. en el sentido de que no se puede disponer in peius de las condiciones establecidas en las normas legales o convencionales. No se puede pactar un salario inferior al mínimo interprofesional o al establecido en

---

<sup>79</sup> Vide, el apartado 2.2.4. del Capítulo III, "El juego del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores en la función normativa de la autonomía de la voluntad".

<sup>80</sup> RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M. "La indisponibilidad..", citada, pp. 10 y 11 del ejemplar fotocopiado.

<sup>81</sup> RAMIREZ-GARCÍA ORTEGA-SALA "Curso de Derecho del ...", citado, pág. 82.

convenio. Es una cuestión de inderogabilidad de normas.

b) En un segundo momento, se prohíbe disponer de un derecho antes de adquirirlo. Se trata de una disposición anticipada. En el ejemplo anterior no se puede renunciar a cobrar el salario mensual con anterioridad a la fecha de su devengo.

c) Por último se encuentra la indisponibilidad normal referida al derecho ya adquirido.

No obstante, como los propios autores reconocen, en la práctica es muy difícil diferenciar los dos primeros momentos<sup>82</sup>.

En definitiva, se trata de asegurar la adquisición de un derecho y, desde esta perspectiva, tal aseguramiento estaba suficientemente consolidado sin tener que acudir a la prohibición de disposición ex ante que prevé el artículo 3.5.

---

<sup>82</sup> Op. cit. nota anterior, pág. 82.

**CAPITULO V.**

**LA INDIVIDUALIZACION DE LAS RELACIONES LABORALES:  
ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS.**

1.- En los capítulos precedentes se ha intentado analizar el papel que la autonomía individual tiene en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral así como las posibilidades que la legislación vigente otorga a la autonomía de la voluntad en orden a la constitución, modificación, suspensión y extinción de la relación laboral, al papel regulador del contrato de trabajo como fuente de dicha relación jurídica y, también, al juego de la voluntad en el aseguramiento del goce o disfrute de aquellos derechos que la norma concede. Ello ha sido realizado a través del estudio de las clásicas funciones que en el ordenamiento laboral cumple la autonomía de la voluntad: constitutiva, reguladora y aplicativa. Tal metodología ha sido elegida, tras no pocas vacilaciones, para dar cumplimiento al objetivo expuesto en la introducción que no es otro que analizar la autonomía individual en el actual ordenamiento jurídico, para lo que el esquema clásico de las funciones que cumple la autonomía de la voluntad resulta el mas adecuado. Em efecto, si por individualización de las relaciones laborales hemos dado en entender el fenómeno consistente

en la recuperación del contrato de trabajo en la regulación de las relaciones laborales, las posibilidades de dicha recuperación, en el ordenamiento español, no son otras que las descritas que, lógicamente, vienen condicionadas por la propia inserción de la autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación laboral y por las descritas relaciones entre los tres ordenes jurídicos que están llamados a conformar, en nuestro ordenamiento jurídico, el contenido de la relación individual de trabajo: el orden normativo estatal, el orden normativo convencional y el orden jurídico contractual<sup>1</sup>.

2.- Resumidamente, de conformidad con lo expuesto en los capítulos precedentes y con las matizaciones señaladas, la autonomía individual puede entenderse del siguiente modo:

-En cuanto a su función constitutiva como presupuesto básico y necesario para la existencia de la relación de trabajo, con amplísimas facultades en orden a su novación extintiva, suspensiva y modificativa, a su suspensión y a su extinción que constituyen negocios jurídicos particulares que sirven a la relación preexistente y que,

---

<sup>1</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Dirección de Empresa y autonomía colectiva" Comentario a la STCO de 28 de Junio de 1993, en AL nº 30/93 suplemento, pág. 1807.

como tales negocios obligatorios, están sujetos, como el principal, al cumplimiento de las reglas generales de los contratos y, en especial, a la presencia de los elementos esenciales: consentimiento objeto y causa, cuyos principios, contenidos y aplicaciones han sido ampliamente relatados.

-En cuanto a su función reguladora, la autonomía contractual individual queda de un lado, vinculada en dicha función por el principio de mayor favor en relación a las fuentes normativas (legales o convencionales) de carácter relativamente imperativo (mínimos de derecho necesario) y, de otro lado, vaciada de dicha función frente a las normas legales y colectivas absolutamente imperativas que cierran el paso a opciones reguladoras diferentes<sup>2</sup>. De esta forma, el contrato de trabajo es, hoy en día, un contrato normado<sup>3</sup> en el que las reglas externas establecidas desde fuera se imponen a las partes del contrato al margen por completo de la voluntad de los contratantes<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. "La individualización de las relaciones laborales" en RL nº 20-21/91, pág. 133.

<sup>3</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas", en AL nº 3/1993, pág. 51.

<sup>4</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales". en RL nº 20-21/91, pág. 1.

-Por último, en cuanto a su función aplicativa, la autonomía individual queda condicionada por el mismo contenido heterónomo (ley y convenio colectivo) que en la función reguladora, de suerte que el trabajador no podrá disponer (en el amplio sentido de negocios dispositivos) de aquellos derechos que ha adquirido en virtud de la aplicación automática que el ordenamiento realiza imponiendo un contenido mínimo a la relación laboral.

3.- Esta esquematización del papel que adopta la autonomía individual en el Derecho del Trabajo, que proviene del análisis de nuestro sistema jurídico positivo, es fruto y culminación de la tradición histórica sobre la que se ha construido la disciplina. Enlazando con lo señalado en la introducción, el Derecho del Trabajo ha surgido históricamente como crítica del Derecho Civil, en particular de la función que este último concede a la autonomía privada individual en la determinación de la regulación de la relación obligatoria que tiene su origen en el contrato de servicios del que luego surgirá el tipo específico del contrato de trabajo subordinado<sup>5</sup>. El ordenamiento laboral ha partido siempre de la falta de poder contractual del trabajador, de la constatación de la inexistencia de una igualdad real

---

<sup>5</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. Op. cit. nota anterior, pág. 1.

entre las partes contratantes, de suerte tal que el acuerdo negociado, libremente, entre empresario y trabajador no es sino la expresión de la prevalencia indiscutida de la voluntad unilateral del empleador<sup>6</sup>. La consecuencia de estas constataciones ha sido, históricamente, privar a las partes del contrato del amplio poder de autorregulación que concede el derecho común y, en consecuencia, limitar tal facultad de fijación de condiciones contractuales a la mejora de las mínimas establecidas por la legislación estatal y la autonomía colectiva. El propósito fundamental del Derecho del Trabajo, dirá KAHN FREUND, siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibra la desigualdad de poder que es inherente a la relación de trabajo<sup>7</sup>.

Consecuentemente, se puede afirmar que el Derecho del Trabajo se ha construido sobre dos pilares básicos: la intervención estatal y la autonomía colectiva como fuerzas generadoras de normas cogentes que, imponiéndose a la voluntad de las partes, establecen las condiciones básicas en que debe prestarse el trabajo subordinado, la historia del Derecho del Trabajo es, en gran parte, como

---

<sup>6</sup> BAYLOS GRAU, A. "Derecho del trabajo: modelo para armar", Trotta, Madrid, 1991, pág. 71.

<sup>7</sup> KAHN FREUND, O. "Trabajo y derecho", Madrid, MTSS, 1987, Pág. 52.

ha puesto de relieve SIMITIS, la historia del sacrificio de las potestades reguladoras individuales<sup>8</sup>.

4.- En este estado de cosas, en los últimos tiempos se ha producido una tendencia muy acusada, a partir de los años ochenta, que consiste en una revaluación formal del contrato de trabajo como mecanismo de regulación de la relación de trabajo. Tendencia doctrinal, jurisprudencial, cultural..., en cuyo fundamento se encuentra la idea de que un Derecho del Trabajo menos empapado en la tradicional lógica heterónoma y mas cercana al establecimiento consensual del contrato restituiría al trabajador una libertad de la que ha sido frecuentemente expropiado por la heteronomía y la colectivización<sup>9</sup>. Este renacimiento del individuo cuestiona una situación histórica en la que el acuerdo individual había sido suplantado -no importa si por la ley o por el convenio colectivo- por una disciplina orientada no ciertamente sobre las expectativas del trabajador singular sino sobre la situación de un

---

<sup>8</sup> SIMITIS, S "Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo" en GDLRI nº 45, 1990, pág. 100.

<sup>9</sup> D'ANTONA, M. "La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo", en RL nº 20-21, pág. 9.

específico grupo de trabajadores<sup>10</sup> e, incluso, sobre el individuo como trabajador y, casi nunca, como persona.

5.- El análisis del fenómeno permite perspectivas diferentes e implica cuestiones de muy diversa índole. Por lo pronto, importa establecer qué es lo que se pretende cuando se apuesta por la individualización. No es lo mismo modificar y transformar el sistema de fuentes de un concreto ordenamiento jurídico laboral o, simplemente, trastocar las difíciles y complicadas relaciones entre las mismas, que reclamar un mayor protagonismo o libertad para la voluntad contractual en la regulación de esta o aquella concreta cuestión. Como tampoco es indiferente, a nuestros efectos, que esa mayor relevancia de la autonomía individual en orden a la determinación y regulación de una concreta condición de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de trabajo se realice por imperativo de la ley o por decisión convencional; o que el mayor espacio regulador del contrato se obtenga en detrimento del espacio colectivo o con fundamento en el mismo.

Desde otra perspectiva, es importante establecer cual es el problema o los problemas a los que la

---

<sup>10</sup> DURAN LOPEZ, F. "Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales" en Revista de Economía y sociología del trabajo, nº 18, Diciembre 1992, pág. 9.

individualización trata de hacer frente. Dicho en otras palabras: ¿el Derecho del Trabajo debe olvidar los principios básicos sobre los que se ha construido y asentado a lo largo de la historia? o, por el contrario, ¿deben aquellos principios permanecer inmutables porque, en síntesis, la realidad social a la que sirven continua siendo la misma?.

En definitiva se podría pensar que, en el fondo, lo que subyace en la tesis de la individualización es conseguir que el contrato de trabajo sea vehículo de políticas empresariales de gestión colectiva, pero desindicalizada, de las relaciones de trabajo en el seno de la empresa<sup>11</sup>, o, al máximo, que se trata de restablecer el juego de las reglas del mercado en la contratación de trabajo, desvirtuando gran parte de la normativa protectora y limitando el contenido heterónomo de la contratación individual hasta llegar a la desaparición misma del Derecho del Trabajo y a su

---

<sup>11</sup> Peligro sobre el que advierte gran parte de la doctrina. Vide, por todos, D'ANTONA, M. "La autonomía individual....", citado, pág. 9. CASAS-BAYLOS-ESCUADERO "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español" en RL T-II/87, pp. 339-334. LYON CAEN, A. "Actualité du contrat de travail" en DS 1988, pág. 540. BORENFREUND, F. "La résistance du salarié à l'accord collectif: l'exemple dels acords derogatoires" en DS, 1990, pág. 626 y ss.

subsunción, de nuevo, en el Derecho Civil<sup>12</sup>. Por el contrario, se podría convenir en que lo que se pretende cuando se habla de recuperación del papel regulador del contrato de trabajo es, simplemente, discutir los límites de la actuación del complejo heterónimo, tratando de evitar excesos, en especial, en protección y garantía de la eficacia de los compromisos contractuales entre las partes individuales del trabajo<sup>13</sup>. Se trata de una simple ampliación de las posibilidades del contrato en la determinación de las condiciones de trabajo, puesto que las partes son las primeras interesadas en la mejor regulación de sus contratos y las primeras que aprecian sus necesidades por lo que no se les puede privar del único instrumento directamente a su alcance para la regulación de sus contratos, por lo que es absurdo poner obstáculos o innecesarias limitaciones a tal posibilidad, porque aún contra aquéllas, las ejercerán cuando las

---

<sup>12</sup> Asunto al que se han referido quienes han tratado la individualización. Por todos vid, STREECK, W. "Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali" en GDLRI nº 40, 1988. WEYAND, J. "Le relazioni industriali in transizione: contrattazione collettiva o individuali" en Lavoro e Diritto, nº 4/87, pág. 544. EWING, P. "The death of labour law?" en Oxford Legal of Journal Studies, nº 8/88, pág. 293. En general, vid, en la doctrina española, los trabajos citados y, también, DEL REY GUANTER "Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo" en RL T-I/89, p. 284 y ss.

<sup>13</sup> BORRAJO DACRUZ, E. "Articulación entre la Autonomía individual....", citado, pp. 52-53.

necesiten<sup>14</sup>.

Si el debate sobre la flexibilidad ha sido atinadamente llamado el debate de las mil caras<sup>15</sup>, las cuestiones planteadas son lo suficientemente indicativas para comprender que el debate sobre la individualización, que forma parte de aquél, debe tener, por lo menos, la mitad.

6.- No es posible abordar todas y cada una de las aristas que plantea el debate, entre otras razones porque, en definitiva, la mayoría de ellas no conducen a ningún sitio, son estériles en la medida en que nuestro ordenamiento jurídico está fuertemente anclado en los principios tradicionales apuntados<sup>16</sup>. Por el contrario, parece mas útil diseccionar las grandes cuestiones y tomar postura al respecto desde la visión del campo que a la autonomía individual concede el actual ordenamiento jurídico.

---

<sup>14</sup> ROMERO DEL BUSTILLO, S. "Voluntad colectiva e individual en la relación laboral" en AA.VV. La administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, CCNCC, 1991, pág. 23.

<sup>15</sup> SALA FRANCO, T. "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo" en Revista de Treball, nº 7/88, pág. 9.

<sup>16</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. "La individualización...", citado, pp. 130-131.

7.- Para ello, parece necesario referirse con carácter previo a una cuestión que aunque ya ha sido puesta de manifiesto con anterioridad debe quedar resaltada por cuanto condiciona cualquier toma de posición respecto de la necesidad o no de ampliar el campo de regulación de la voluntad de los contratantes. El problema consiste en determinar si a través de la proliferación de las modalidades contractuales, los contratos temporales y, aún, las relaciones laborales de carácter especial se ha producido una importante quiebra en el sentido tuitivo y protector del Derecho del Trabajo cuyas consecuencias, entre otras, han provocado una mayor dosis de autonomía individual en la determinación de las condiciones en que se desenvuelve la relación laboral.

Al respecto no cabe duda de que frente al tradicional tipo contractual de trabajo a tiempo completo e indefinido se ha visto, en la reciente historia legislativa española, como se han acoplado una serie de modalidades de inserción que comportan un esquema diversificado de modalidades de protección que han sido señaladas por algún sector de la doctrina como atípicas<sup>17</sup>. A nuestros efectos, la cuestión radica en

---

<sup>17</sup> "El Derecho del Trabajo ha dejado de ser un ordenamiento compacto e imperativo para convertirse en un sistema jurídico internamente fracturado, rebajado y desigual en el cumplimiento de su cometido tutelar" dirán CASAS BAAMONDE Y VALDES DAL-RE en "Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España" en RL

discernir si ese desigual campo protector se ha producido, precisamente, concediendo un mayor espacio de regulación a la autonomía de la voluntad. BAYLOS ha remarcado la relevancia decisiva que en tales relaciones de trabajo "atípicas" tiene la autonomía individual para la determinación de las concretas condiciones de trabajo, lo que constituye un importante rasgo diferenciador respecto del espacio reservado a la misma en el contrato de trabajo por tiempo indefinido<sup>18</sup>. Sin embargo entiendo que tal afirmación, que puede ser absolutamente cierta en cuanto a las posibilidades de elección del tipo contractual concreto que se abren para la voluntad de los contratantes, necesita ser matizada.

En efecto, aunque la excesiva fragmentación de tipos contractuales distintos y la escasa causalidad de su origen, de la que constituyen ejemplo emblemático los llamados contratos de fomento al empleo, han provocado la precarización en el empleo y, consecuentemente, una rebaja del sistema protector clásico; no cabe duda de que tales consecuencias han sido producidas por una opción legislativa concreta sin alterar en lo más mínimo el sistema de fuentes de la regulación contractual establecido en el artículo 3 del Estatuto de los

---

T-I/89, pp. 241 y 256.

<sup>18</sup> BAYLOS GRAU, A. "Derecho del Trabajo: modelo para...", citado, pág. 71.

Trabajadores. No cabe duda de que el concreto espacio que la ley se reserva es menor en esta gama de modalidades, singularmente en las relaciones laborales de carácter especial y, entre ellas, la de alta dirección, que en la típica relación de trabajo, pero tal asignación reguladora se realiza sin modificar los límites genéricos que el pacto contractual tiene en el sistema general de fuentes. El papel de la autonomía individual sigue estando instrumentalizado por la norma; la ley y la autonomía colectiva establecen su propio campo que delimita el del contrato en el sentido de que éste asume el espacio no regulado heterónomamente, la mejora del establecido legal o convencionalmente y, en este campo con especial intensidad, el área de lo remitido expresamente por la norma. Lo decisivo y relevante es, como ha hecho notar ESCUDERO, la escasa o nula participación de la autonomía colectiva en la determinación de la estipulación de los contratos temporales o las modalidades contractuales<sup>19</sup> y la nula regulación convencional del contenido de las relaciones laborales de carácter especial.

8.- Volviendo al núcleo de la cuestión, es preciso,

---

<sup>19</sup> ESCUDERO, R. "Relazioni industriali: contrattazione collettiva o individuale?: Il caso Spagnolo." en Lavoro e Diritto n° 4/1987, pág. 274.

también, hacer sucinta referencia a las razones en las que puede descansar cualquier propósito de modificación del tradicional sistema de relaciones laborales y del papel que en el mismo representan los distintos ordenes de regulación de las condiciones de trabajo en la vía de lograr una adecuada reducción del garantismo legal, reglamentario y convencional en aras de conseguir un mayor protagonismo de la esfera individual.

En este sentido, SALA, refiriéndose al debate de la flexibilidad, ha identificado hasta seis razones distintas que, en Europa, se han aducido cultural y doctrinalmente como fundamento de las exigencias de una mayor flexibilidad entendida como búsqueda de un uso flexible del factor trabajo respecto de la generalidad de instituciones contractuales<sup>20</sup>. Tales razones en cuanto que suponen el soporte cultural de la demanda de mayor flexibilidad y, en consecuencia, de un menor protagonismo regulador de la norma, son fácilmente extrapolables e identificables en el sustrato de la individualización.

Resumidamente son las siguientes:

1.-La necesidad de contribuir a remediar el paro existente a través de la adaptabilidad del empleo al mercado de trabajo.

2.-La necesaria competitividad de Europa con el eje

---

<sup>20</sup> SALA FRANCO, T. "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral...", citado, pp. 10-12.

oriental donde existen marcos normativos laborales mas flexibles.

3.-La introducción de nuevas tecnologías y su incidencia en la organización del trabajo.

4.-La modificación de la relación de fuerzas entre empresarios y trabajadores. En efecto, la ofensiva empresarial de corte neoliberal, sólo resulta explicable en un contexto de desempleo masivo.

5.-La evolución de la mentalidad o valores en un cierto sector de la sociedad.

6.-El evidente ascenso social de la ideología neoliberal que postula una sociedad de riesgos frente a una sociedad protegida fruto del superado "estado del Bienestar".

Junto a estas razones de índole general, DURAN, analizando el tradicional papel de la negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales advierte que las insuficiencias y su complejidad derivan de dos factores básicos<sup>21</sup>:

a) La función reguladora de condiciones de trabajo, dado el carácter inderogable de los convenios colectivos, dificulta la atención a las circunstancias y exigencias específicas del trabajador singular.

b) Esa misma función reguladora y, por tanto,

---

<sup>21</sup> DURAN LOPEZ, F. "Negociación colectiva y sistema...", citado, pág. 11.

homogeneizadora de condiciones de trabajo de la negociación colectiva, cuando ésta es una negociación preferentemente centralizada, dificulta las adaptaciones y las respuestas flexibles a las específicas circunstancias organizativas, técnicas, productivas y económicas (de mercado sobre todo) de las concretas unidades y centros productivos.

Aunque algunos de los argumentos y factores transcritos no son compartibles (el propio SALA ha alertado sobre el "chantaje histórico de la crisis"<sup>22</sup>), es lo cierto que, la práctica totalidad de los mismos, están presentes, no sólo en nuestra cultura, sino en los argumentos y debates que los agentes sociales sostienen con motivo de la anunciada e inminente reforma del mercado laboral<sup>23</sup>.

9.- La admisión, en hipótesis, de la realidad y la fuerza de los argumentos reseñados y, también, la consideración de la realidad económica del momento, debe llevar al planteamiento de si tales asertos constituyen

---

<sup>22</sup> SALA FRANCO, T. "El debate sobre las políticas de flexibilidad...", citado., pág. 11).

<sup>23</sup> A estos efectos, es revelador la lectura de las transcripciones de los debates, de los informes, ponencias, enmiendas y documentos, llevados a cabo en el Consejo Económico y Social como consecuencia de la elaboración del dictamen sobre la "REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO" solicitado por el Gobierno.

fundamento suficiente para subvertir la articulación entre las fuentes jurídico laborales<sup>24</sup> o, dicho en otras palabras, para la liberación de vínculos para las empresas y la devolución al empresario de aquellas facultades de libre disposición sobre la mano de obra que el tiempo histórico le ha ido restando<sup>25</sup>. Cabe preguntarse si ha llegado el momento histórico en el que hay que procurar una nueva relación entre norma (legal o convenida) y contrato que supondría que el carácter de derecho necesario de una regla no podría presumirse, sino que debería declararse expresamente por la propia norma, y, supondría además que, en las cuestiones ajenas al derecho necesario, lo acordado en el contrato primaría sobre regulaciones normativas que sólo servirían en defecto de pacto<sup>26</sup>.

La respuesta tiene que ser rotundamente negativa. Cualquier intento de subvertir el esquema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral no es de recibo porque quiebra sus mismas esencias. Si el Derecho del Trabajo sigue teniendo cualitativamente la misma función social -

---

<sup>24</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. "Autonomía individual en masa y antisindicalidad" en RL T-II/89, pág. 261.

<sup>25</sup> SALA FRANCO, T. "El debate sobre las políticas de flexibilidad...", citado, pág. 13.

<sup>26</sup> Del documento "Consideraciones del grupo segundo del Consejo Económico y Social ante la propuesta de dictamen sobre la reforma del mercado de trabajo", Octubre, 1992, pág. 8 del ejemplar mecanografiado.

la integración del conflicto estructural del sistema de producción basado en la prestación generalizada del trabajo asalariado<sup>27</sup>-, que se logra, entre otros, mediante la dispensación de un grado de protección suficiente a la parte más débil, para lo que se limitó, históricamente, la función reguladora del contrato de trabajo, no cabe duda de que devolverle el protagonismo absoluto, situar a la autonomía individual en el epicentro del sistema de fuentes es poner en duda los mismos principios del Derecho del Trabajo<sup>28</sup>, los experimentados mecanismos reguladores del ordenamiento laboral<sup>29</sup>.

10.- Sin embargo, hay que valorar en su justa medida las situaciones coyunturales concretas, las opciones culturales subyacentes e, incluso, las propuestas concretas, por drásticas que puedan parecer, sin recurrir a globales descalificaciones. No hay que confundir el estudio de las tendencias a la diversificación y a la individualización presentes en los sistemas de relaciones

---

<sup>27</sup> PALOMEQUE-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", Ceura, Madrid, 1993, pág. 90.

<sup>28</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Flexibilidad, juridificación y desregulación" en RL, T-I/87, pág. 28.

<sup>29</sup> SIMITIS, S. "Il diritto del lavoro e la riscoperta ....", citado, pág. 89.

laborales con los planteamientos de desregulación que tratan de restablecer las reglas del mercado en la contratación del trabajo<sup>30</sup>. En definitiva, "no resulta difícil acordar que la situación de la actividad productiva y los condicionamientos a que la misma se someten presentan hoy perfiles radicalmente distintos a los existentes hace sólo unos pocos años. Así sucede en una consideración coyuntural, pues nos encontramos en un período de recesión y de grave incremento del desempleo, pero también desde un punto de vista estructural, pues las transformaciones originadas por la creciente competitividad internacional y el acelerado cambio tecnológico obligan a comportamientos y pautas de actuación diferentes de los tradicionales. En esta situación, el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo presenta, sin duda, algunos problemas de adaptación a los nuevos comportamientos exigidos por la evolución de la economía"<sup>31</sup>.

Desde otra óptica, son, también, factores que contribuyen a la extensión del fenómeno de individualización de las relaciones laborales, el contexto industrial español con empresas pequeñas que no

---

<sup>30</sup> DURAN LOPEZ, F. "Negociación colectiva y sistema...", citado, pág. 10.

<sup>31</sup> Transcripción literal del "Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la Reforma del mercado de Trabajo". Párrafo no enmendado.

superan los quince o veinte trabajadores de forma estable que provocan un grado de interrelación personal empresario-trabajador muy grande, la mayor autonomía profesional de los trabajadores y la preponderancia del sector servicios. Este proceso de individualización, en modo alguno, puede considerarse como una moda o situación coyuntural en la evolución del futuro del sistema de relaciones laborales; dadas las raíces en las que se asienta, de cambio de las estructuras sociales y de transformaciones productivas y de organización de las empresas, su consolidación corre pareja a la permanencia de los modelos de descentralización productiva<sup>32</sup>.

11.- Convenida la necesidad de articular un sistema de relaciones laborales que sea capaz de hacer frente a los incuestionables retos y problemas que presenta el momento actual, sin abandonar los principios tutelares sobre los que se ha construido la disciplina, parece necesario una toma de postura sobre su resultado. En mi opinión, cualquier reforma debe acoger la relativa demanda de protagonismo que la autonomía individual reclama y, paralelamente, situar el epicentro del sistema en la negociación colectiva.

---

<sup>32</sup> CRUZ VILLALON, J. "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", ponencia presentada a las V Jornades Catalanes de Dret Social, Barcelona, Noviembre, 1993, pág. 24 del ejemplar mecanografiado.

12.- En cuanto a la primera de las cuestiones, la necesidad de acoger la relativa demanda de individualización, entendida como mayor protagonismo de la autonomía individual en la regulación de las concretas condiciones en que se desenvuelve la relación de trabajo, debe efectuarse con suma cautela. El principio del que hay que partir es, como ha quedado dicho, la inmutabilidad del sistema de fuentes y de las relaciones entre las mismas, así como el mantenimiento de los tradicionales principios de este sector del ordenamiento jurídico. De esta forma las posibilidades que la autonomía individual pudiera tener pasan por dos vías. En primer lugar, la reinterpretación del actual papel que la voluntad de las partes tiene en el sistema de fuentes de la relación laboral que establece el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores tal como han sido analizadas en los capítulos precedentes. Sin ánimo de ser exhaustivos, la disponibilidad individual de las Ordenanzas laborales, la posibilidad de que sea el trabajador individual, con las necesarias cautelas en orden a la libertad sindical, quien pueda decidir que es lo más favorable para sus intereses, la admisión de condiciones de trabajo distintas frente a la expresión contrarias del artículo 3.1.c. ET, la distinción entre condiciones convencionales colectivas e individuales, etc, se antojan como las principales posibilidades

individualizadoras en sede interpretativa.

La segunda la reducción de las normas indisponibles o disponibles in melius en cuanto a concretas condiciones de trabajo, favoreciendo, de esta forma, con respeto a inmodificables mínimos, la intervención de la voluntad individual. Se trataría, obviamente de aquellas condiciones no cuantificables y susceptibles, por tanto de una gran valoración personal. En este sentido, la regulación, que no cuantificación mínima, de la jornada<sup>33</sup>, el pacto sobre el valor de las horas extraordinarias y la inexistencia de límites en cuanto a su realización, los pactos de funciones intercategoriales, los acuerdos de disfrute de vacaciones, constituyen cuestiones en las que está en juego el interés del trabajador individualmente considerado, siendo, por tanto, una decisión que afecta, únicamente a trabajadores singulares y no al conjunto del personal o a grupos genéricos de los mismos<sup>34</sup>.

13.- Con anterioridad he señalado que cualquier

---

<sup>33</sup> La doctrina ya ha señalado que "la consistencia del interés individual es tal en estas materias que no parece razonable desplazar su valoración al plano colectivo" MARTIN VALVERDE, A. "Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo" en AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 700.

<sup>34</sup> Nuevamente, MARTIN VALVERDE, A., Op. cit. nota anterior, pág 700.

reforma del sistema de relaciones laborales debería pasar por hacer gravitar el epicentro del sistema, de la distribución competencial entre las distintas fuentes del ordenamiento laboral, en la autonomía colectiva. Tal planteamiento puede resultar paradójico a la vista de lo señalado con anterioridad respecto de la complejidad y centralización de nuestras estructuras convencionales. A aquellos argumentos, cabría añadir algunos mas, unos de carácter estructural y otros de carácter material.

Estructuralmente, son varios los factores que tipifican, en sentido peyorativo, la negociación colectiva en nuestro país. Sucintamente podemos destacar los siguientes:

-La fuerte centralización de la estructura de la negociación colectiva con escasos ejemplos de una articulación coherente que busque la complementariedad de distintos niveles de la misma<sup>35</sup>.

-La importante función homogeneizadora de la negociación colectiva, conseguida a través de su

---

<sup>35</sup> A estos efectos, el amplio capítulo IX del Acuerdo Marco Interconfederal en el que las partes se comprometieron a una amplia reforma estructural de la negociación colectiva, continua siendo una declaración de intenciones. Vid, en este sentido, el trabajo en el que tuve ocasión de analizar la postura empresarial sobre la estructura de la negociación colectiva: AA.VV. (ALFONSO-BENEYTO-BLASCO-BLASCO) "La estructura y contenido de la negociación colectiva. La estrategia de los agentes sociales" en Revista de Treball, nº 18, 1992, Pp. 143-198.

eficacia vinculante, no ha permitido, paralela y generalmente, una adaptación a las circunstancias específicas de cada nivel<sup>36</sup>.

-La problemática de la representatividad empresarial, cuya regulación estatutaria es notoriamente deficiente<sup>37</sup> y que está constituyendo, paradójicamente, una vía de escape empresarial a la eficacia "erga omnes" del convenio colectivo estatutario<sup>38</sup>.

Materialmente, tampoco nuestra negociación colectiva puede entenderse como paradigma de la coherencia funcional y de la adecuación a las finalidades que trata de servir. De hecho nos encontramos, entre otros, con los siguientes factores negativos:

-La histórica incapacidad para hacer frente al reto de la sustitución de las antiguas Ordenanzas Laborales con escasa utilización práctica de la disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores.

---

<sup>36</sup> DURAN LOPEZ, F. "Negociación colectiva y sistema...", citado, pág. 12.

<sup>37</sup> Vide, al respecto, los atinados comentarios de RIVERO LAMAS, J. "La legitimación empresarial para la negociación colectiva" en RL T-II/92, pp. 414-458, y de ROQUETA BUJ, R. "La legitimación negocial de las asociaciones empresariales" en AL T-I/93 pp. 325-341.

<sup>38</sup> En este sentido, son reveladoras las STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de Septiembre de 1993 (respecto del sector provincial de oficinas y despachos) y de 7 de Septiembre de 1993 (respecto del sector provincial de hostelería). Ambos ejemplares mecanografiados.

-La incapacidad real de articulación de sistemas de solución extrajudicial de conflictos<sup>39</sup>, con concretas excepciones.

-Los problemas derivados de la finalización de la vigencia de los convenios y las prórrogas de los mismos<sup>40</sup>.

-Es de destacar, también, la extraordinaria importancia que el pacto de rentas, el incremento salarial, ha tenido siempre en la negociación colectiva, aspecto al que se han subordinado, en la práctica, la mayoría de los acuerdos y que ha condicionado, excesivamente, la posibilidad de lograr pactos sobre cuestiones, no salariales, de condiciones de trabajo y estructura de la propia negociación colectiva<sup>41</sup>.

14.- Es evidente que el panorama descrito impone o exige cambios en el papel de la negociación colectiva. Normativos, por lo que se refiere a la mayoría de los

---

<sup>39</sup> Vide, SALA-PEREZ DE LOS COBOS "Informe acerca de la posibilidad de establecer un sistema valenciano de solución extrajudicial de conflictos colectivos", CVRL, Valencia, 1990, pp. 37 y ss.

<sup>40</sup> Vid, SALA-GOERLICH "La terminación de la vigencia del convenio: su denuncia y sus prórrogas" en AA.VV. "Normas estatales y negociación colectiva en materia laboral", CEOE, Madrid, 1988, pp. 95 y ss.

<sup>41</sup> De lo que ya tuve ocasión de advertir en mi trabajo "Aspectos pendientes en la negociación colectiva" en Economía 3, nº 4/1992, pág. 41.

defectos estructurales apuntados y, de actitud por parte de los agentes sociales, en cuanto a los defectos materiales.

Sin embargo, entiendo que, a pesar de aquéllos, la nueva regulación de las relaciones laborales tiene que pasar por una potenciación de la autonomía colectiva en el plano material que conjugue dos factores, de un lado asumir el papel fundamental en la regulación de las condiciones de trabajo y, de otro, permitir una adecuada consolidación de las aspiraciones individuales de los empresarios y trabajadores afectados por su ámbito de aplicación. Ambas funciones no son incompatibles sino complementarias. Como ha puesto de relieve, recientemente, CRUZ VILLALON, es evidente que la individualización plantea al sindicato nuevos retos e, incluso, acentúa las tendencias a su debilitamiento, pero ello no constituye un factor que por esencia, con una mecánica de causa-efecto automática, se presente como esquema alternativo e incompatible con el modelo sindical de tutela colectiva de intereses<sup>42</sup>. Antes bien, al contrario, una adecuada articulación de la negociación colectiva que remita las distintas materias a los diversos niveles de negociación y que tenga presente la

---

<sup>42</sup> CRUZ VILLALON, J. "Descentralización productiva y sistema de....", citado, pág. 25 del ejemplar mecanografiado.

posibilidad de que, en el seno de las empresas, se adecuen los planteamientos generales a sus necesidades específicas, remitiendo, paralelamente, al pacto contractual aquellas decisiones cuya administración pertenece, por esencia, al trabajador, puede provocar un beneficioso efecto de credibilidad y potenciación del papel de la autonomía colectiva como reguladora del régimen general de regulación del estatuto del trabajador asalariado. En la autonomía colectiva reside la mayor capacidad de adaptación de la normativa laboral a los acelerados cambios que se producen en el mercado de trabajo<sup>43</sup>. En todo caso, lo que si se hace urgente es la integración del fenómeno individualizador por parte del sindicato como una realidad consolidada, un reparto equilibrado de papeles y la reconversión de su actividad sindical a las nuevas realidades sociales y organizativas de las empresas<sup>44</sup>.

Es necesario que la heteronomía, en especial la autonomía colectiva, no sólo cumpla un papel de límite para las partes del contrato, sino que, también,

---

<sup>43</sup> GIUGNI, G. "Flexibilidad del mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en Italia" en AA.VV. "El futuro del Derecho del Trabajo". XXXII de Empresarios, Sindicalistas y Laboralistas, Granada, 1986, F. Friedrich Ebert, Pág. 196.

<sup>44</sup> CRUZ VILLALON, J. "Descentralización productiva y sistema....", citado, pág. 25 del ejemplar mecanografiado.

especialmente en esta hora, aparezca como un presupuesto para el ejercicio de la autonomía individual, permitiendo, en palabras de RODRIGUEZ PIÑERO, que exista una disciplina objetiva de la relación a nivel supraindividual y una función de singularización, limitada por aquella, del contrato individual. Así pueden hacerse compatibles y complementarse, no hostilizándose sino respetándose mutuamente, la autonomía individual y la autonomía colectiva<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Negociación colectiva e individualización de....", citado, pág. 7.

**BIBLIOGRAFIA**

AA.VV. "Comentario del Código Civil", 2 Vols, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

AA.VV. "Estudios de derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario Devealli", Buenos Aires, 1979.

AA.VV. "Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea". MTSS, Madrid 1990.

AA.VV. "Estudios en homenaje al Profesor Bayón Chacón", Madrid, 1980.

AA.VV. "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo". Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1965.

AA.VV. (Director E. BORRAJO) "Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, Varios Tomos.

AA.VV. "Problemas aplicativos del Estatuto de los

Trabajadores", Facultad de Derecho Universidad de Alicante, 1982.

AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1992.

AA.VV. "Movilidad del Trabajo", CEOE, Madrid, 1983.

AA.VV. "Normas estatales y negociación colectiva en materia laboral", CEOE, Madrid, 1988.

AA.VV. "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos, Madrid, 1985.

AA.VV. (Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia) "La Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación: contenido, significación y trascendencia" en RT nº 100.

AA.VV. "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo", IES, Madrid, 1980.

AA.VV. "Estudios sobre el despido disciplinario", ACARL, Madrid, 1992.

AA.VV. (CAMPOS-RODRIGUEZ-SALA-SALINAS-VALDES) "Ley de Procedimiento Laboral: Análisis y comentarios", Deusto, Bilbao, 1990.

AA.VV. (III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alicante. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

ALARCON CARACUEL M.R. "La ordenación del tiempo de trabajo", Tecnos, Madrid, 1988.

-----"Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar" en RPS nº 121/1979.

ALBIOL MONTESINOS, I. y otros "El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1980.

ALBIOL MONTESINOS, I. "El sindicato en la empresa", Deusto, Bilbao, 1991.

-----"El Salario. Aspectos legales y jurisprudenciales", Deusto, Bilbao, 1992.

-----"Comités de empresa y delegados de personal", Deusto, Bilbao, 1992.

-----"El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa", Deusto, Bilbao, 1990.

ALFONSO MELLADO, C.L. "Indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo". Ejemplar mecanografiado y provisional. Valencia, 1993.

ALFONSO-BENEYTO-BLASCO-BLASCO "La estructura y contenido de la negociación colectiva. La estrategia de los agentes sociales" en Revista de Treball, nº 18, 1992.

ALMANSA PASTOR, J.M. "La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo" en RPS nº 67/1965.

-----"Forma y efectos de la extinción por causas objetivas" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales", Tomo IX, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1983.

ALONSO GARCIA, M. "La Autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", Bosch, Barcelona, 1958.

-----"Las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el derecho del trabajo", en CPS nº 30/1965.

-----"Curso de Derecho del Trabajo", 10ª Edición. Barcelona, 1987.

ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE "Derecho del Trabajo", 11ª Edición SPUCM, Madrid 1989.

ALONSO OLEA-BARREIRO "El Estatuto de los trabajadores.

Texto actualizado. Jurisprudencia. Comentario. Madrid  
1987.

ALONSO OLEA, M. "El Estatuto de los Trabajadores. Texto  
y comentario breve", Civitas, Madrid, 1980.

-----"Las fuentes del derecho, en especial del derecho  
del trabajo según la Constitución", 2ª Edición, Civitas,  
Madrid, 1990.

ALVAREZ ALCOLEA, M. "La suspensión en el Estatuto de los  
Trabajadores" en REDT nº 5/1981.

ALVAREZ DE LA ROSA, M. "Pactos indemnizatorios en la  
extinción del contrato de trabajo", Civitas, Madrid,  
1990.

AMOROS GUARDIOLA, M. "Comentario al artículo 1274 del  
Código Civil" en AA.VV. Comentarios del Código Civil,  
Madrid, 1991.

APARICIO TOVAR, J. "La forma en el contrato de trabajo"  
en REDT nº 1, 1980.

BARREIRO, G. "El período de prueba" en AA.VV. (Dir. E.  
Borrajo) "Comentarios a las Leyes Laborales", Tomo IV,  
Madrid, 1983.

-----"Diligencia y negligencia en el cumplimiento", CEC,  
Madrid, 1981.

BAYLOS GRAU, A. "La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador", en AA.VV. Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón y del Peso, FDUM, Madrid, 1980.

-----"Derecho del Trabajo: modelo para armar", Trotta,  
Madrid, 1991.

BAYON CHACON , G. "La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo", Tecnos, Madrid, 1955.

BETTI "Teorie generale delle obbligazioni", 4 vols Milan, 1953-1955; traducción española de DE LOS MOZOS, J.L., 2 vols, Madrid, 1969.

BLAT GIMENO, F. "Relaciones Laborales en empresas ideológicas", MTSS, Madrid, 1986.

BONNECHERE, M. "Les tendances a la dereglementation et leur incidence sur le theorie des sources en droit du travail" en DS nº 1/1990.

BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción al Derecho del Trabajo", 5ª Edición, Tecnos, Madrid, 1978.

-----"Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales", en RES nº 1.

-----"Nulidad del contrato por ilegalidad de su objeto". Comentario a la SMT nº 1 de Sevilla, en A.L. Tomo I/88.

-----"La capacidad para contratar la prestación de servicios" en RDN II/1960.

-----"Modulación contractual de las mejoras salariales" en AL Tomo I/1991.

-----"Altos Cargos Laborales" en AA.VV. "Comentarios a las leyes laborales", Edersa, Madrid, 1987.

-----"Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas" en AL nº 3/93.

-----"Dirección de empresa y autonomía colectiva" en AL nº 30/93.

BROSETA PONT, M. "Manual de Derecho Mercantil", Tecnos, Madrid, 1983, 5ª Edición.

CABANELLAS, G. "Elementos esenciales del contrato de trabajo" en Estudios sobre derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario Devealli", Buenos Aires, 1979.

CABRERA BAZAN, J. "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de

trabajo", en AA.VV. Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje la Profesor Bayón, Madrid, 1980.

-----"Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo" en Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

CAMPS RUIZ, L.M. "El concepto laboral de empresario" en AA.VV. El ET, Edersa, Tomo I.

-----"Los grupos de sociedades ante el Derecho del Trabajo", MTSS, Madrid, 1987.

-----"Mantenimiento, suspensión y derogación de las ordenanzas laborales y reglamentos de regimen interior" en AA.VV. Normas estatales y negociación colectiva en materia laboral, CEOE, Madrid, 1988.

-----"Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo", MTSS, Madrid, 1976.

-----"Comentario al artículo 3 del ET" en ALBIOL y otros "El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1980.

-----"Antigüedad" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las Leyes Laborales", Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.

-----"La condición mas beneficiosa" en AA.VV. "III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

-----"La reforma del mercado de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

CARINCI-LUCA-TOSI-TREU. "Diritto del lavoro", Vol ". Il rapporto di lavoro subordinato". Torino 1985.

CASAS BAAMONDE, M.E. "La individualización de las relaciones laborales", en RL núms 20-21/91.

-----"Los nuevos derechos de información de los representantes de los trabajadores. ¿Qué representantes?". en RT nº 100.

-----"Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales" en RL nº 23/93.

-----"Ley aplicable al contrato de trabajo y principio de autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma" en RL nº 24/93.

CASAS BAAMONDE-BAYLOS GRAU "Organización del Trabajo y autonomía individual: la desregulación del Convenio Colectivo", en RL Tomo II/88.

CASAS BAAMONDE-BAYLOS-ESCUADERO "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el derecho del Trabajo español" en RL Tomo II/87.

CASAS BAAMONDE-VALDES "Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España" en RL T-I/89.

CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español Común y Foral".

Varios Tomos, Reus, Madrid, 1954, 1991, 1992.

CLARK, J. & WEDDERBURN, B. "La giuridificazione nel diritto del lavoro británico" en GDLRI nº 30/86.

CONDE MARTIN DE HIJAS, V. "Autonomía individual: alternativa de desarrollo" en RL núms 20-21/91.

-----"La absorción y compensación como instrumento legal de potenciación de la autonomía individual" en AL nº 22/93.

COSSIO, A de "Instituciones de Derecho Civil", 2 Vols. AU, Madrid, 1975.

COUTURIER, G. "Droit du travail. 1/ Les relations individuelles de travail", Paris, 1990.

CRUZ VILLALON, J. "Las modificaciones de la presatación de trabajo", Madrid, 1983.

-----"La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal" en RPS nº 125, 1980.

-----"Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", Ponencia a las V Jornades Catalanes de Dret Social, Barcelona, Noviembre, 1993.

D'ANTONNA, M. "La autonomía individual y las fuentes del derecho del Trabajo" en RL núms 20-21/91.

DE CASTRO Y BRAVO, F. "El negocio jurídico", Madrid 1971, pag 54.

DE LA FUENTE-LLINARES LORENTE "La extinción del contrato de trabajo" en AA.VV. "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de estudio de los Magistrados de trabajo", IES, Madrid, 1980.

DE LA VILLA, L.E. "Relaciones laborales de hecho" en RDT nº 47.

-----"Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa" en RFDUC nº 14/1961.

-----"El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales", en RPS nº 85/1970.

-----"Una culpa compartida". El País de 14 de Julio de 1990.

-----"El concepto de hora extraordinaria" en AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991.

DE LA VILLA-GARCIA BECEDAS-GARCIA PERROTE "Instituciones de Derecho del Trabajo", Ceura, Madrid, 1991.

DE LOS MOZOS, J.L. "La causa del negocio jurídico" en RDN, 1961.

DE LUCA TAMAJO, R. "L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva" en RDL, I, 1985.

DEL REY GUANTER, S. "Desregulación, juridificación y flexibilidad en el derecho del trabajo", en RL T-I/89.

DIEGUEZ, G. "Lecciones de Derecho del Trabajo", Civitas, Madrid, 1988.

DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 2 Vols. 2ª Edición. Tecnos, Madrid, 1983.

-----"Comentario al artículo 1254 del Código Civil", en Comentario del Código Civil. Madrid, 1991.

-----"El concepto de causa en el negocio jurídico" en ADC 1963.

DIEZ PICAZO-GULLON "Sistema de Derecho Civil", Varios volúmenes, Tecnos, Madrid, 1985.

DURAN LOPEZ-SAEZ LARA "Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo" en RL núms 20-21/91.

DURAN LOPEZ, F. "Contenido de la negociación a la luz del nuevo sistema de relaciones laborales", en AA.VV. Estudios en memoria del Profesor Bayón", Madrid 1980.

-----"La negociación colectiva y la vigencia de las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales" en RL T I/90.

-----"Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo", MTSS, Madrid, 1992.

-----"Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo" en AA.VV. "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos, Madrid, 1985.

-----"Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma" en RT nº 100.

-----"El período de prueba: voz para una enciclopedia" en RL T-I/88.

-----"Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales" en Revista de economía y sociología del trabajo nº 18/1992.

DURAN LOPEZ-MONTOYA MELGAR-SALA FRANCO "El ordenamiento laboral y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario". Madrid MTSS, 1987.

DURAND, P "Traité de droit du travail", Paris, 1950.

EMBID IRUJO, J.M. "Los grupos de sociedades ante el derecho del trabajo" en RL T-II/87.

-----"Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el dercho del trabajo" en RL T-I/85.

EPSTEIN, R.A. "A common law for labor relations: a critique of the new deal labor legislation" en The Yale Law Journal" nº 8/83.

ESCUDERO, R. "Relazioni industriali: contrattazione collettiva o individuale?: Il caso spagnolo" en Lavoro e Diritto nº 4, 1987.

FERNANDEZ LOPEZ-RODRIGUEZ PIÑERO "La relación especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85" en RL T-I/88.

FERNANDEZ LOPEZ, M.F. "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo" en RPS, nº 143, 1984.

-----"Condición mas beneficiosa: compensación y absorción" en RL T-I/92.

GARATE CASTRO, J. "Movilidad funcional en la empresa" en AL nº 36-37/1993.

-----"El rendimiento en la prestación de trabajo",

Cívitas Madrid, 1984.

GARCIA BECEDAS, G. "Interés colectivo e interés social: ¿un lugar para el interés individual?". en AA.VV. Homenaje al Profesor Alonso Olea, Madrid, 1990.

GARCIA FERNANDEZ, M. "Manual de Derecho del Trabajo", 1ª Edición, Barcelona, 1990.

-----"Los derechos de información de los representantes en materia de información", en RT nº 100.

-----"El rendimiento debido en la relación de trabajo" en REDT nº 3/1980.

GARCIA MURCIA, J. "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual" en AL nº 24-25/90.

-----"El pago de las cargas fiscales y de seguridad social del trabajador" en AL nº 0/84.

-----"La prohibición de asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de seguridad social del trabajador" en REDT nº 18/1984.

GARCIA NINET, I. "La movilidad de los trabajadores. Consideraciones en torno al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores" en AA.VV. Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores. FDU, 1982.

GARCIA ORTEGA, J. "Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos", Bosch, Barcelona, 1990.

GARCIA PERROTE, I. "Ley y Autonomía Colectiva", MTSS, Madrid, 1987.

-----"Autonomía Individual en masa y antisindicalidad" en RL Tomo II/89.

GARCIA PIQUERAS, M. "La simulación en el contrato de trabajo", en AL nº 21/90.

GETE ALONSO Y CALERA, M.C. "Comentario al artículo 1273 del Código Civil" en AA.VV. Comentarios del Código Civil, Madrid, 1991.

GIUGNI, G. "Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano" en GDLRI nº 30/86.

-----"Flexibilidad del mercado de trabajo y derecho del Trabajo en Italia" en XXXII Encuentro de empresarios, sindicalistas y laboristas en Granada, F.F.E., 1986.

GONZALEZ ORTEGA, S. "La difícil coyuntura del derecho del trabajo" en RL T-II/87.

-----"El contrato de trabajo interino" en REDT nº 1/1980.

GONZALEZ POSADA, E. "La compensación y absorción de salarios", Madrid 1984.

-----"El ejercicio de la compensación y absorción de salarios. su caracter dispositivo", en AL nº 45/86.

-----"La determinación y estructura del salario" en RPS nº 141, 1984.

GOÑI SEIN, J.L. "El respeto a la esfera privada del trabajador", Civitas, Madrid, 1988.

GULLON BALLESTEROS, A. "Comentario al artículo 6 del Código Civil" en AA.VV. Comentarios del Código Civil, Madrid, 1991.

-----"Comentarios al artículo 1809 del Código Civil" en AA.VV., cit, op. anterior.

IGLESIAS CABERO, M. "Absorción y compensación en la retribución del trabajo", en AL nº 27/1985.

-----"El principio de igualdad y la discriminación en la doctrina del TS y del TCT" en AL Tomo I/1988.

JAVILLIER, J.C. "Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales" en DS nº 1/86.

JEMMAUD, A. "Droit du travail 1988: des retournements,

plus qu'une crise" en DS núms 7-8/88.

-----"Les polyvalences du contrat de travail" en AA.VV.  
Etudes offertés a G. Lyon Caen", Paris 1989.

-----"Flexibilité: le proces du Droit du Travail" en  
AA.VV. Flexibilité du Droit du Travail: objectif ou  
réalité?, Paris, 1987.

KAHN-FREUND, O. "Trabajo y Derecho", MTSS, Madrid, 1987.

KELSEN, H. "Teoría Pura del derecho" UNAM, Mexico, 1986.

LACRUZ BERDEJO J.L. "Elementos de Derecho Civil",  
Barcelona, 1977.

LAMA RIVERA, J.L. "La causa en el negocio jurídico  
laboral" en RT 1953.

LANDA ZAPIRAIN "La incidencia de la nueva ley sobre  
derechos de información de los representantes de los  
trabajadores en el régimen jurídico de la extinción del  
contrato de trabajo" en RT nº 100.

LEGAZ LACAMBRA, L. "Estudios de doctrina jurídica y  
social", Barcelona, 1940.

LOPERA CASTILLEJO, M.J. "El contrato de trabajo especial

de personas que intervienen en operaciones mercantiles",  
MTSS, 1990.

LOPEZ GANDIA, J. "Trabajo en prácticas y para la  
formación" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las  
leyes laborales". Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.

-----"El contrato de trabajo en prácticas" en AL nº  
5/86.

LOPEZ MORA, F. "El contrato de trabajo a tiempo parcial",  
Deusto, Bilbao, 1991.

LOPEZ TARRUELLA, F. "La modificación sustancial de las  
condiciones de trabajo", Alicante, 1984.

LUNA SERRANO, A. "Comentario al artículo 1091 del Código  
Civil" en AA.VV. Comentario del Código Civil, Madrid,  
1991.

LYON CAEN, G. "La bataille truquée de la flexibilité" en  
DS nº 12/85.

-----"Actualité du contrat de travail" en DS 1988.

LYON CAEN, A. "Defense et illustration du contrat de  
travail" en APD T-XIII, 1968.

-----"Analyse juridique des congés de conversión" en D.S., 1985.

MARESCA, A. "Diritti individuali dei lavoratore e poteri del sindacato" en GDLRI nº 28, 1985.

MARTIN VALVERDE A. "El derecho del trabajo de la crisis en España", REDT nº 26/1986.

-----"Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo" en AA.VV. Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid, 1992.

-----"Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/84 de reforma del Estatuto de los Trabajadores" en AA.VV. "Comentarios a la nueva legislación laboral", Madrid, 1985.

-----"El período de prueba en el contrato de trabajo", Madrid, 1976.

-----"La directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo" en AL T-2/91.

MARTIN VALVERDE-RODRIGUEZ SAÑUDO-GARCIA MURCIA "Derecho del Trabajo", Tecnos, Madrid, 1991.

MARTINEZ ABASCAL, V. "Notas sobre la extinción del

contrato de trabajo en la ley 2/91", en RT nº 100.

MARTINEZ CALCERRADA, L. "Vias de extinción-modificación de la condición mas beneficiosa" en RL T-II/88.

-----"Dinámica correctora de la condición mas beneficiosa" en AL T-I/89.

MARTINEZ EMPERADOR, R. "Estabilidad en el empleo y contratación temporal", MTSS, Madrid, 1983.

-----"Extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del término final" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales", T-IX, Vol. I, Edersa, Madrid, 1983.

-----"Duración del contrato de trabajo" en AA.VV. (Dir E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales", Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.

MERINO SENOVILLA, H. "El contrato de trabajo a tiempo parcial: un tratamiento diferente del tiempo de trabajo", Tesis mecanografiada.

MOLINER TAMBORERO, G. "El recurso laboral de Suplicación", Deusto, Bilbao, 1991.

MONEREO PEREZ, J.L. "Aspector laborales de los grupos de empresa" REDT 1985.

MONTERO-IGLESIAS-MARTIN-SAMPEDRO "Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral", Cívitas, Madrid, 1993.

MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", 11ª Edición, Tecnos, Madrid, 1990.

-----"Empresas multinacionales y relaciones de trabajo" REDT 1983.

-----"El derecho a la no discriminación en el ET", en DL nº 7/ 1983.

-----"Dirección y control de la actividad laboral", en AA.VV. Comentarios a las leyes laborales: el ET, Tomo V, Edersa Madrid.

-----"El despido improcedente y sus efectos" en AA.VV. "Estudios sobre el despido disciplinario", ACARL, Madrid, 1992.

-----"El contrato de trabajo entre la precariedad y la estabilidad" en AA.VV. "El cambio laboral en la década de los 90", Espasa Calpe, Madrid, 1991.

MORALES MORENO, A.M. "Comentario al artículo 1261 del Código Civil" en AA.VV. Comentario del Código Civil, Madrid 1991.

-----"Comentario al artículo 1265 del Código Civil", en obra anterior.

-----"Comentario al artículo 1266 del Código Civil", en obra anterior.

-----"El error en los contratos", Madrid, 1980.

MORAND, M. "La modification du contrat de travail",  
Paris, 1992.

NOGUEIRA GUSTAVINO, M. "La extinción del contrato de  
trabajo y el finiquito en la Ley 2/91" en RT nº 100.

NIKISCH, A. "La incorporación y su significación para el  
derecho del trabajo" en RPS nº 49/1961.

OJEDA AVILES, A. "Autonomía colectiva y autonomía  
individual", en RL núms 20-21/91.

-----"La renuncia de derechos del trabajador" IEP,  
Madrid, 1971.

-----"El principio de condición más beneficiosa" en RPS  
nº 134/82.

OLIET GIL, B. "Liquidación y pago del salario" en DL,  
Octubre, 1987.

ORTIZ LALLANA M.C. "La extinción del contrato de trabajo  
en los supuestos de incapacidad física o jurídica", en  
AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores, EDERSA, Tomo IX,  
Vol. 2º.

-----"Los grupos de empresa: determinación del empresario responsable" en AL nº 39-40/85.

-----"Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica", en RL T-II/87.

OSORIO MORALES, J. "Notas para una teoría general del contrato" en RDP, 1965.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes", en REDT, nº 2/1980.

-----"La nulidad parcial del contrato de trabajo", Tecnos, Madrid, 1976.

-----"Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias" en AA.VV. "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991.

PALOMEQUE LOPEZ-ALVAREZ DE LA ROSA "Derecho del Trabajo", Ceura, Madrid, 1993.

PELLISSIER, J. "Droit Civil et contrat individuel de travail" en DS nº 5, 1988.

PEREZ BOTIJA, E. "Las nuevas doctrinas sobre el contrato

de trabajo" en RGJL 1942.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Nuevas Tecnologías y derecho del trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

-----"La modificación unilateral del contrato de trabajo: el caso francés" en DL 1992.

-----"Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo", en AL nº 18/92.

-----"La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja", en RL, Tomo I/91.

-----"Los pactos de reorganización productiva" en Sala-Perez de los Cobos-Goerlich "Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español", ACARL, Madrid, 1989.

PODETTI, H. "La capacidad en el contrato de trabajo" en AA.VV. Estudios de derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario Devealli. Buenos Aires, 1979.

POLO, A. "Del contrato a la relación de trabajo" en RDP núms 288-289/1941 Separata.

PRADOS DE REYES, F.J. "Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores" en RPS, nº 127, 1980.

PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo II,

Vo. I. Doctrina General del contrato, Barcelona, 1988.

RAMIREZ MARTINEZ-GARCIA ORTEGA-SALA FRANCO "Curso de Derecho del Trabajo". Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

RAMIREZ MARTINEZ, J.M. "La indisponibilidad de derechos", ejemplar mecanografiado, pendiente de publicación en el Tomo correspondiente de AA.VV. Comentarios a las leyes laborales: el ET.

-----"La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: planteamientos jurisprudenciales", en AL nº 23/1991.

-----"El trabajo a tiempo parcial" en AA.VV. (Dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales", Edersa, Madrid, 1985.

RAYON SUAREZ, E. "Forma del contrato de trabajo" en AA.VV. Comentarios a las Leyes Laborales, Edersa, Madrid, Tomo III.

RECIO ANDREU, A. "Capitalismo y formas de contratación laboral", MTSS, Madrid 1987.

RENTERO JOVER, J. "Un supuesto de mejora en convenio colectivo en la indemnización por despido" en RL T-I/85.

RIVERO LAMAS, J. "Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo", en ADC XXV, 1972.

-----"La novación del contrato de trabajo", Bosch, Barcelona, 1963.

-----"Modificación de las condiciones de trabajo", en AA.VV. Comentarios a las leyes laborales: el ET, Edersa, Tomo VIII, Madrid.

-----"La legitimación empresarial para la negociación colectiva" en RL T-II/92.

RODRIGUEZ PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ "Igualdad y discriminación", Tecnos Madrid, 1986.

RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Negociación colectiva e individualización de las relaciones Laborales", en R.L. núms 20-21/91.

-----"Flexibilidad, Juridificación y desregulación", en RL Tomo I/87.

-----"Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado? en Rl T-I/87.

-----"Principio de Igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales" en RL nº 17/91.

-----"Empresa y contrato de trabajo" en AUH Vol XX Sevilla, 1960.

-----"Contrato y relación de trabajo" en AUH Vol. XXVII Sevilla 1967.

-----"La movilidad del trabajador dentro de la empresa" en DL nº 9/83.

-----"No discriminación en las relaciones laborales" en AA.VV. Comentarios a las leyes laborales: el ET, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.

-----"Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical" en RL nº 15/1992.

-----"La relación de trabajo de duración determinada" en RPS nº 50/1961.

-----"Naturaleza Jurídica del período de prueba" en AA.VV. "Estudios en homenaje a Jordana de Pozas", Tomo III, Vol 3º, Madrid, 1961.

-----"La huida del Derecho del Trabajo", en RL nº 12/93.

-----"Negociación colectiva y acuerdos sociales" en PEE, nº22, 1985.

-----"Principio pro operario, condición mas beneficiosa y autonomía colectiva" en RL T-I/91.

ROMAGNOLI, U. "La deregolamentazione e le fonti dil diritto del lavoro", Ponencia presentada al European Symposium of labour rights, Paris 1989, ejemplar multicopiado.

-----"Un diritto a misura d'uomo" en RCDP, 1989.

ROMAN DE LA TORRE, M.D. "La prórroga de la contratación

temporal", Montecorvo, Madrid, 1988.

-----"Poder de dirección y contrato de trabajo",  
Grapheus, Valladolid, 1992.

ROMERO DEL BUSTILLO, S. "Voluntad colectiva e individual  
en la relación laboral" en AA.VV. III jornadas de estudio  
sobre la negociación colectiva, CNCC, Madrid, 1991.

ROQUETA BUJ, R. "La legitimación negocial de las  
asociaciones empresariales" en AL T-I/93.

SAGARDOY BENGOCHEA J.A. "Hacia una concepción positiva  
de la flexibilidad laboral" en AA.VV. Estudios en  
Homenaje al Profesor Alonso Olea, Madrid, 1989.

-----"La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto  
de los Trabajadores" en AA.VV. Estudios sobre la jornada  
de trabajo. Acarl, Madrid, 1992.

-----"Los principios de aplicación del derecho del  
trabajo", ACARL, 2ª Edición, Madrid 1991.

-----"La libertad sindical y los espacios de la  
autonomía privada" en DL nº 24/1988.

SAGARDOY-MONTOYA "El proyecto de ley sobre derechos de  
información a los representantes de los trabajadores en  
materia de contratación", IEE, Madrid, 1990.

SALA FRANCO-ALBIOL MONTESINOS-CAMPS RUIZ-GARCIA NINET-  
LOPEZ GANDIA. "Derecho del Trabajo". 6ª Edición revisada,  
Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

SALA FRANCO-ALBIOL MONTESINOS "Derecho Sindical", Tirant  
lo Blanch, Valencia, 1992.

SALA FRANCO-PEREZ DE LOS COBOS "El incumplimiento  
empresarial de las cláusulas convencionales de empleo" en  
PJ nº 12/88.

-----"Informe acerca de la posibilidad de establecer un  
sistema valenciano de solución extrajudicial de  
conflictos", CVRL, Valencia, 1990.

SALA FRANCO-LOPEZ MORA "Contrato de Trabajo", en AA.VV.  
Comentarios a las Leyes Laborales: el ET, Edersa, Tomo I,  
Madrid 1990.

SALA FRANCO-LOPEZ TARRUELLA "La modificación de la  
prestación de trabajo", Deusto, Bilbao, 1991.

SALA FRANCO- GOERLICH PESET "Límites al principio de  
condición más beneficiosa de origen contractual" en PJ nº  
15, 1989.

-----"La terminación de la vigencia del convenio: su  
denuncia y sus prórrogas" en AA.VV. "Normas estatales y

negociación colectiva en materia laboral", CEOE, Madrid, 1988.

SALA-PEREZ DE LOS COBOS-GOERLICH "Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español", ACARL, Madrid, 1989.

SALA FRANCO, T. "La jurisprudencia de los Tribunales en materia de negociación colectiva y convenios colectivos" en DL nº 11/84.

-----"La negociación colectiva y los convenios colectivos", Bilbao, 1990.

-----"La libertad empresarial de contratación", Madrid, 1980.

-----"Movilidad geográfica" en AA.VV. Comentarios a las Leyes laborales: el ET, Edersa, Tomo VIII, Madrid 1988.

-----"El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo", en Revista de Treball, nº 7/88.

-----"La funcionalidad del pacto como vehiculo flexibilizador de condiciones contractuales", Ejemplar fotocopiado.

-----"Movilidad funcional" en AA.VV. Comentarios a las Leyes laborales: el ET, Edersa, Tomo VIII, Madrid, 1988.

-----"La seguridad jurídica y las normas laborales", ponencia del seminario la seguridad jurídica y el Derecho

del Trabajo, organizado por el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia. Ejemplar mecanografiado.

-----"Las ordenanzas laborales y el derecho del trabajo postconstitucional" en RL T-I/85.

-----"El principio de condición mas beneficiosa", AEDIPE, Madrid, 1982.

-----"Las condiciones económicas más beneficiosas: concepto técnico-jurídico y sus efectos". CEOE, Madrid, 1984.

-----"La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas", Deusto, Bilbao, 1990.

SANCHO REBULLIDA, F. "Comentario al artículo 1203 del Código Civil" en AA.VV. "Comentarios del Código Civil", Madrid, 1991.

-----"Novación de las obligaciones", Barcelona, 1964.

-----"La política comunitaria en materia de armonización de la normativa en materia laboral" en Revista de Treball nº 18, 1992.

SANTORO PASARELLI, F. "Nozioni di diritto del lavoro", Napoles 1985.

SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la Jurisprudencia" en AA.VV.

Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea, Madrid, 1990.

SENRA BIEDMA, R. "El saldo y finiquito como instrumento liberatorio de obligaciones del empresario" en RL T-II/86.

SIMITIS, S. "Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo" en GDLRI nº 45/90.

-----"La giuridificazioni dei rapporti di lavoro" en GDLRI nº 30/86.

STEECK, W. "Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali" en GDLRI nº 40/1988.

SUAREZ GONZALEZ, F. "El origen contractual de la relación jurídica de trabajo" en CPS nº 48/60.

-----"Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo" en RT, 1960.

TORRALBA SORIANO, O.V. "Derecho Civil", 2 vols, PPU, Barcelona 1989.

-----"Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en ADC 1966.

-----"La aplicación del derecho" en AA.VV. "Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil", ICAV, Valencia,

1975.

TREU, T. "Relaciones laborales: ¿declinar inevitable?" en RL Tomo I/85.

VALDES DAL-RE, F. "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del ius variandi empresarial", en RPS nº 103/1974.

-----"Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador" en RL nº 8/1990.

-----"Promoción económica y ascensos" en AA.VV. Movilidad del trabajo, CEOE, Madrid, 1983.

-----"Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte", en RL núms 20 y 21 de 1992.

-----"Mutuo acuerdo y despido" en RL nº 19/93.

-----"Continuidad y crisis en la doctrina judicial sobre el valor liberatorio del finiquito" en RL núms 21 y 22/93.

-----"Un acertado estrambote de la Ley 2/91: las garantías en la tramitación del finiquito" en RT nº 100.

-----"Movilidad funcional y derechos económicos" en AA.VV. "Estructura salarial", CEOE, Madrid, 1986.

VARDARO, G. "Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro", F. Angellei, Milan, 1985.

VAZQUEZ MATEO, "Grupos de empresa y derecho individual del trabajo", en DL nº 16/1985.

VIDA SORIA, J. "Suspensión del contrato de trabajo" en AA.VV. (dir. E. Borrajo) "Comentarios a las leyes laborales", Edersa, Madrid, 1983.

VINUESA ALADRO, A. "La clasificación profesional", MTSS, Madrid, 1978.

-----"Categorías profesionales y ascensos", en AA.VV. Comentarios a las leyes laborales: el ET, Edersa, Tomo V, Madrid, 1985.

