JUSTICIA Y RELACIONES LABORALES. LEY, CONVENIO COLECTIVO, CONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. Los tres «poderes» que conviven en el ordenamiento laboral.–II. El «poder» del Estado y de la Ley y el «poder» de la autonomía colectiva y del convenio colectivo.–III. Autonomía colectiva y autonomía individual: tradición, fricciones, crisis, «patologías» y el llamado «test» de poder contractual individual.–IV. Contrato de trabajo y derechos constitucionales «inespecíficos»: una materia en la que queda mucho por hacer. Una triple secuencia: 1.° el trabajador puede ejercer sus derechos; 2.° con algunos límites; 3.° pero con los estrictamente necesarios o imprescindibles. El principio de la indispensabilidad de la restricción del derecho del trabajador.

I. LOS TRES «PODERES» QUE CONVIVEN EN EL ORDENAMIENTO LABORAL

Sin descender a detalles y precisiones aquí innecesarios, en el ordenamiento jurídico laboral conviven básicamente tres «poderes»: 1) El Estado (ley, reglamento); 2) La autonomía colectiva (convenio colectivo), y 3) La autonomía individual (contrato de trabajo). Es innegable, asimismo, que, con fundamento último en el artículo 38 CE, el empresario tiene un poder de dirección y determinación unilateral (art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, ET). Incluso hay que decir que, con matices que tampoco vienen al caso, la autonomía individual de la voluntad se ha visto históricamente como una «máscara» o una cobertura formal de lo que no es sino la determinación unilateral empresarial, de manera que el «tercer» poder sería directamente el empresario y no tanto la autonomía indivi-

AFDUAM 2 (1998), pp. 227-268

dual bilateral empresario-trabajador. Esta visión tradicional de la autonomía individual de la voluntad está actualmente sometida a revisión, como se va a tratar de poner de relieve a lo largo de este trabajo.

Pero lo que interesa ahora destacar es que la presencia, junto al Estado, de la autonomía y negociación colectivas es lo que proporciona al ordenamiento laboral su rasgo más peculiar en relación con otros sectores del ordenamiento y su gran riqueza normativa (1). La presencia de la negociación colectiva y de convenios colectivos es «la característica verdaderamente diferenciadora de este sector del ordenamiento» (2), de forma que, con el tiempo, el tradicional esquema de las fuentes del Derecho objetivo resultará insuficiente para explicar el cuadro de fuentes laborales (3), pero, a la vez, la materia laboral será «una perspectiva privilegiada de contemplación del sistema legal de fuentes del Derecho» en su conjunto (4).

En su doble desarrollo, estatal y paccionado, el Derecho del Trabajo se ha construido, en términos generales y matices aparte, sobre la idea o supuesto base de la debilidad del trabajador individualmente considerado (5), constituyendo su propósito, precisamente, «constituir un contrapeso que equilibra la desigualdad de poder que es inherente a la relación de trabajo» (6). Abandonar por completo la determinación de las condiciones de trabajo al contrato de trabajo tuvo en su momento consecuencias catastróficas de explotación desmedida, configurando una de «las páginas más oscuras de la historia de la humanidad» (7), toda vez que quien verdaderamente fijaba las condiciones de trabajo era el empresario, singularmente –claro es– en un contexto de exaltación del liberalismo doctrinario, contrario a la intervención del Estado, y de represión penal del sindicato y de los instrumentos más indispensables de la actuación sindical. Es la concepción clásica del contrato de trabajo como máscara que encubre el poder unilateral del empre-

---

(1) Véase M. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid (Edersa), 1981, 4.ª ed., pp. 271-272 y 295-298 (5.ª ed., en Ed. Civitas, 1994).

(2) A. MARTÍN VALVERDE: «Concurrencia y articulación de normas laborales», *Revista de Política Social*, 1978, núm. 119, p. 30.

(3) Véase M. ALONSO OLEA: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1955, p. 86.

(4) M. ALONSO OLEA: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Madrid (Civitas), 1982, p. 14 (2.ª ed., 1990).

(5) Por todos, A. MARTÍN VALVERDE: «La formación del Derecho del Trabajo en España», en A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M.ª E.ª CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA: *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid (Congreso de los Diputados), 1987, pp. XXI, LXXVIII-LXXIX, XCVIII-XCIX...

(6) O. KAHN-FREUND: *Trabajo y derecho*, Madrid (MTSS), 1987 (traducción española a cargo de J. M. GALIANA), p. 52.

(7) T. RAMM: «*Laissez-faire* and State Protection», en B. HEPPLE (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*, London and New York (Mansell Pub.), 1987, p. 75 [trad. española a cargo de J. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Madrid (MTSS), 1994, p. 101].

sario (8). O, si se prefiere, la concepción del contrato de trabajo como institución unilateral (para entendernos, dominada o gobernada por el empresario) antes que bilateral (compartida por empresario y trabajador).

Superado el liberalismo doctrinario y obtenido un *status* legal para el sindicato y sus instrumentos de actuación, se redujo sustancialmente, a veces hasta la virtual eliminación, el papel regulador del contrato de trabajo, quedando ceñido a su insustituible papel constitutivo de la relación laboral.

No resulta posible entrar aquí en las razones que explican la intervención del Estado en las relaciones laborales ni el reconocimiento de los derechos sindicales, mezcla de conquista obrera y de cesión burguesa (no cabe olvidar que los sindicatos, además de canalizar el conflicto, ahorran costes de negociación; la propia negociación colectiva uniforma costes y garantiza su previsibilidad, además de prevenir el «conflicto») para asegurar así la supervivencia y evolución sin sobresaltos ni sacudidas revolucionarias de la sociedad establecida. El caso es que, con estos cambios, la sociedad quedó profundamente transformada. Y, sea como fuere, el papel regulador del contrato del trabajo quedó reducido a su mínima expresión, pudiendo tan sólo mejorar las condiciones de trabajo fijadas por el convenio colectivo y, en su caso, por la norma estatal.

El Derecho del Trabajo ha sido siempre, así, y creo que antes que nada, un sistema de límites de la autonomía individual (9) y, más precisamente, del poder unilateral del empresario sobre la relación laboral y sobre el trabajador mismo (10), poder que el ordenamiento laboral consagra y legitima –desde su perspectiva propia, exorbitante desde los esquemas del derecho común–, pero que a la vez limita.

Entiendo que el anterior desarrollo argumental explica suficientemente, al menos a los efectos que aquí interesan, las razones que condujeron a otorgar la primacía o prevalencia al convenio colectivo sobre el contrato de trabajo, o, por decirlo a la inversa, a consagrar la obediencia, si me permite decirlo así, del segundo (del contrato de trabajo) al primero (el convenio colectivo). La eficacia inderogable y la eficacia automática del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo traducen jurídicamente estas ideas, o, si se prefiere, cabe hablar de eficacia normativa o incluso de eficacia real, sin detenerme ahora en la sutileza de sus diferencias.

Era indispensable asegurar el respeto del convenio colectivo por parte del contrato de trabajo, pues de nada serviría suscribir un convenio colectivo si el contrato de trabajo podía o no acomodarse a él. Si así fuera se estaría haciendo un reconocimiento vacuo y abiertamente falso e hipócrita de la libertad sindical y de sus instrumentos de acción, indispensables para soslayar la debilidad del trabaja-

---

(8) Véase O. KAHN-FREUND: *Trabajo y derecho*, cit., pp. 48-49, 51-52, 58-60, 69-70, 75-76, 87, 221-222...

(9) G. GIUGNI: «Diritto del Lavoro (voce per un'enciclopedia)», *GDLRI*, 1979, núm. 1, p. 23.

(10) M. ALONSO OLEA: *Introducción...*, cit., p. 343.

dor individualmente considerado y para asegurar posiciones de mayor paridad y equilibrio, toda vez que lo pactado en el convenio colectivo podría aplicarse o no aplicarse, según decidiera el contrato de trabajo y, en verdad, el empresario, pues en una operación semejante resplandece con todo su vigor el verdadero rostro del contrato de trabajo, desapareciendo la apariencia de bilateralidad y emergiendo su verdadera naturaleza unilateral.

A mi juicio, todo lo anterior es lo que se quiere conjurar con la expresión «fuerza vinculante» contenida en el artículo 37.1 CE. De interés es, al respecto, la jurisprudencia constitucional a la que más adelante se hace referencia.

Seguidamente se exponen, de forma sintética, algunos rasgos de los tres poderes mencionados y algún cambio sobresaliente que alguno de ellos exhibe, como singularmente es el caso –paradojas de la historia– de la autonomía individual. Todo ello de forma integrada e interrelacionada, pues se hará hincapié en las relaciones y articulación de los tres poderes.

II. EL «PODER» DEL ESTADO Y DE LA LEY Y EL «PODER» DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y DEL CONVENIO COLECTIVO

Lo primero que me interesa destacar es que nuestra Constitución no parte de la desresponsabilización del Estado sobre las relaciones laborales. Creo que los arts. 1.1, 9.2, 35 y 40 CE son suficientemente expresivos al respecto. A resaltar que el artículo 35.2 CE encomienda a la Ley regular un estatuto de los trabajadores. Pero, a la vez, hay que decir que el reconocimiento y centralidad del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) tiene como consecuencia que los poderes públicos deben contenerse en su intervención en las relaciones laborales, pues de otra forma no se ajustarían al diseño constitucional que atribuye un innegable protagonismo a la negociación colectiva. Si se quiere decir en los términos del artículo 53.1 CE, no se estaría respetando el «contenido esencial» del derecho a la negociación colectiva. Ocurre que la Constitución obliga a la ley no ya a respetar su contenido esencial, sino, además, a garantizar el derecho a la negociación colectiva, así como la fuerza vinculante del convenio colectivo (art. 37.1 CE) (11).

Un rasgo tradicional de la norma estatal laboral, en relación con lo que ha sido común en las normas de derecho privado, ha sido su configuración como norma imperativa, inderogable o de derecho necesario, si bien se trataba de una imperatividad singular, en tanto que sólo impedía su empeoramiento, pero no su mejora, por parte del convenio colectivo y del contrato de trabajo. Es verdad que siempre

(11) Sobre estos temas me permito remitir a mi libro *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1987, esp. pp. 111 y ss.

han existido otras configuraciones de la norma estatal laboral. Pero la señalada ha sido siempre la hegemónica (12).

Sin embargo, principalmente desde las reformas de 1994, que contaban ya con significativos precedentes, se han producido importantes cambios. Por de pronto, materias antes reguladas por normas estatales han pasado a ser reguladas únicamente por la negociación colectiva (13). También se han eliminado anteriores mínimos legales de derecho necesario y se han sustituido por nuevas normas estatales dispositivas, si bien ello se ha hecho, principalmente, en beneficio de la negociación colectiva y en ningún caso en favor, además, del contrato de trabajo. Se trata de las normas que Kahn-Freund denominó en su día «half-mandatory» (14), porque son normas imperativas para el contrato del trabajo, pero dispositivas para el convenio colectivo.

Estas normas, en mi opinión, merecen una valoración positiva, porque expresan bien la diferencia real que existe entre la autonomía individual, en donde hay desequilibrio entre el trabajador y el empresario, y la autonomía colectiva, bajo la cual las posiciones son más equilibradas, lo que conduce a que se permita a la segunda (a la autonomía colectiva) hacer lo que no se permite a la primera. En ocasiones se selecciona incluso el tipo de convenio al que se permite disponer de la previsión legal (por ejemplo, el convenio de sector), sin que se permita hacer tal cosa a todo convenio. También esta diferenciación entre niveles convencionales me parece positiva. Sin poderme detener aquí en cómo va ganando terreno esta diferenciación y la atribución de competencias distintas a cada nivel contractual (lo que se agudiza en la reforma de 1997), lo cierto es que, no pocas veces, y aunque sea fuerte decirlo, la negociación colectiva realizada en determinadas pequeñas empresas no deja de ser una suerte de negociación puramente formal y no real o material.

La reforma del ordenamiento laboral de 1994 proclamaba su objetivo de potenciar la negociación colectiva. El otro gran objetivo de la reforma de 1994 fue favorecer la adaptabilidad de la relación laboral. Y ocurre que, frente a lo que pudiera parecer en una primera impresión, el objetivo de potenciar la negociación colectiva no es ajeno, en modo alguno, a la consecución del segundo objetivo enunciado, sino que considero que en gran medida está a su servicio.

Así se explica la «centralidad» e impulso de los acuerdos de empresa en la reforma de 1994. Es verdad que aparentemente se trató de «colectivizar» (acuer-

---

(12) Remito de nuevo a mi *Ley y autonomía colectiva...*, cit., esp. pp. 171 y ss.

(13) Véase, por todos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: «El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, 1994, núms. 17-18 (especial monográfico sobre «La reforma del Estatuto de los Trabajadores»).

(14) «Collective Bargaining and Legislation. Complementary and Alternative Sources of Rights and Obligations», en AA.VV, *Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, Tübingen (J. C. B. Mohr), 1969, vol. II, pp. 1030-1031.

dos colectivos) y no «individualizar», sin fomentar ni siquiera permitir el acuerdo individual y, aún menos, la determinación empresarial unilateral. Ocurre que, como se ha anticipado, y aunque sea fuerte decirlo, la negociación colectiva realizada en determinadas pequeñas empresas no deja de ser una suerte de remedo de negociación. Piénsese en aquellas empresas de menos de treinta trabajadores en las que existe, en el mejor de los casos, un único delegado de personal. ¿Existe aquí siempre y en todos los casos verdadera negociación colectiva? Creo que la negativa experiencia habida, al menos hasta el II Convenio Colectivo Estatal (15), en la negociación colectiva llevada a cabo en las empresas de trabajo temporal, ilustra suficientemente lo que quiero decir, si bien hay que añadir que en nada ayuda a mejorar las cosas la primacía negociadora que la ley otorga a las representaciones unitarias (art. 13 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal). Y ello, aun reconociendo que, como bien se sabe, las representaciones unitarias están mayoritariamente «sindicalizadas», que las partes puedan contar en la deliberación del convenio con asesores (art. 88.2 ET), que en estas pequeñas empresas el «banco social» no tiene por qué reducirse al unico delegado de personal (art. 88.3 ET) y, en fin, que también pueden negociar las secciones o representaciones sindicales [art. 87.1 ET y art. 8.2 *b)* LOLS].

Esta crítica o relativo «recelo» de la negociación en el ámbito de la negociación colectiva de las pequeñas empresas se puede proyectar sobre la figura de los acuerdos de empresa, tan reforzados tras la reforma de 1994. Ya se ha dicho que, al menos en su apariencia formal, la reforma trató de «colectivizar» y no de «individualizar». Pero asimismo se han expuesto las «reservas» que pueden suscitarse acerca de si en todos los casos se puede hablar de genuina negociación colectiva. En la reforma de 1997 me parece percibir, precisamente, cierta reacción frente a la potenciación de la figura del acuerdo de empresa, por cierta individualización latente en el mismo hasta el punto de que en alguna medida cabe decir que tiene «cuerpo» colectivo pero «alma» individual, pasando a favorecerse (en la reforma de 1997) la negociación *sectorial* y especialmente la negociación sectorial estatal, en reacción ahora frente a la reforma del artículo 84 ET de 1994. Así como en 1994 se reforzó la negociación en el ámbito de la empresa, y probablemente ello era conveniente, en 1997 se completa y matiza lo anterior, fomentando la negociación sectorial estatal, reconsiderando, en cierta medida, determinados excesos de la reforma de 1994 (o como tales se han considerado por quienes han negociado y pactado la reforma de 1997) en relación, por un lado, con el nivel empresarial de negociación y, por otro, con el potencial fuente de debilitamiento que para la negociación sectorial estatal supone o puede suponer –la verdad es que no me

(15) «BOE» de 3 de marzo de 1997. Véase su interesante artículo 1 (estructura de la negociación colectiva del sector), el cual, entre otras cosas, ciñe las «unidades de negociación» a las de ámbito estatal y de Comunidad Autónoma.

parece que la amenaza se haya materializado en la práctica, al menos en términos significativos– el nuevo párrafo segundo del artículo 84 ET, introducido en 1994.

En definitiva, en la revitalización y refuerzo del convenio sectorial estatal creo percibir una reacción frente a la anterior revitalización de la negociación en el ámbito de la empresa, a lo mejor necesaria y conveniente, pero en la que se incurría en excesos que apenas podían encubrir una real individualización de las relaciones laborales, o, mejor todavía, una verdadera revitalizacion del papel de determinación unilateral de condiciones de trabajo en manos del empresario.

A la hora de reseñar los cambios que existen en relación con la negociación colectiva, hay que dar cuenta de una aparente paradoja. Paradoja que consiste en que la reforma de 1994 tuvo como uno de su proclamados pilares el fortalecimiento de la negociación colectiva y, sin embargo, introduce algunos cambios en determinados preceptos legales que en no pequeña medida debilitan la efectividad del producto o fruto de aquella negociación, llegando a provocar cierta pérdida de imperatividad del convenio colectivo y de su papel como fuente del Derecho (16). Me refiero a la reformas introducidas en los arts. 41, 82 y 84 ET (17).

Ahora bien, conviene aclarar lo que se entiende por pérdida de imperatividad o por la conversión del convenio colectivo en norma dispositiva (su creciente «dispositivización») (18). En el supuesto contemplado por el artículo 84, párrafo segundo, ET (y lo mismo ocurre sustancialmente con los regulados en los arts. 41.2, párrafo tercero, y 82.2, párrafo tercero, ET), claro es que el convenio sigue rigiendo como tal y gozando de imperatividad y eficacia normativa para los incluidos en su ámbito de aplicación, con la sola excepción de los incluidos en el ámbito de aplicación del convenio «con virtualidad afectante». Desde esta perspectiva, el convenio colectivo «susceptible de afectación» (19) no deja de tener fuerza vinculante (art. 37.1 CE) o eficacia normativa (o real, si se prefiere) para quienes siguen incluidos en su ámbito de aplicación. Ocurre que deja de aplicarse para quienes ya no están incluidos en dicho ámbito, los cuales se «fugan» o escapan del convenio susceptible de afectación, por lo que –cabría decir– que más que la eficacia normativa la que queda afectada es la eficacia personal de aquel convenio; más que su fuerza vinculante, su eficacia personal. El convenio susceptible

---

(16) M.ª F.ª FERNÁNDEZ LÓPEZ: «El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral», *Actualidad Laboral*, 1995, núm. 6, pp. 87 y ss., especialmente pp. 103 y ss.

(17) Sobre la reforma de este último precepto remito a mi estudio «La reforma del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores», en AA. VV: *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), 1996, pp. 23 y ss.

(18) Véase, con carácter más general, M.ª E.ª CASAS BAAMONDE: «¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?», *Relaciones Laborales*, 1997, núm. 4, pp. 1 y ss.

(19) Esta terminología, en A. MARTÍN VALVERDE: *Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo* (2.ª ed.), p. 80.

de afectación no por ello deja de ser norma; lo que sucede es que se aplica a menos personas.

Pero siendo cierto lo anterior, no lo es menos que el convenio susceptible de afectación queda alterado en sus presupuestos, pues se escapan del mismo –sin él quererlo y en contra de su voluntad– personas que estaban incluidas en su ámbito personal de aplicación. Y se fugan por una decisión de sujetos colectivos ajenos a quienes negociaron el convenio colectivo susceptible de afectación.

Sea como fuere, el caso es que, abandonando anteriores querencias y preocupaciones por la unidad y equilibrio internos del convenio colectivo (20), se permite que de él dispongan –en los términos expuestos– sujetos distintos de quienes lo suscribieron y que forman parte de sus destinatarios (21). Eso sí, se trata de sujetos colectivos y no de un nuevo frente abierto a la autonomía individual de la voluntad ni a la decisión unilateral del empresario, como sí ocurre en otras materias, contempladas y reguladas en el propio artículo 41 ET.

Lo que sí parece claro es que, al modo de lo que ha sucedido con las normas estatales laborales, cada vez más dispositivas y menos imperativas (22), también el convenio colectivo está perdiendo vigor imperativo y se convierte en norma dispositiva para sujetos colectivos que forman parte de sus destinatarios. Dispositivización que se produce fundamentalmente, pero no sólo (no ocurre así por ejemplo en el artículo 84, párrafo segundo, ET), en el ámbito de la empresa. La adaptabilidad que predica y trata de favorecer la reforma de 1994 se proyecta, así, no sólo sobre la relación laboral sino también sobre la negociación colectiva.

También es de resaltar que la negociación colectiva y el propio convenio colectivo son cada vez menos un fenómeno unitario. Al igual que ocurre con el contrato de trabajo, que ha dejado de serlo desde hace tiempo por la «normalidad» y frecuencia de los contratos atípicos, la negociación colectiva da lugar a

---

(20) Véase, por todos, A. OJEDA AVILÉS: «La doctrina del equilibrio interno del convenio», *REDT*, 1987, núm. 31, pp. 333 y ss.

(21) M.ª F.ª FERNÁNDEZ LÓPEZ: «El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral», cit., p. 97.

(22) Véase, por todos, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.): *La reforma del mercado laboral*. Valladolid (Lex Nova), 1994, pp. 39 y ss., especialmente pp. 47 y ss.; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ: «Nuevas relaciones Ley-convenio colectivo», en AA. VV.: *Reforma laboral y negociación colectiva*. Madrid (MTSS), 1995, pp. 31 y ss.; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: «El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo», en F. VALDÉS DAL-RÉ y M.ª E.ª CASAS BAAMONDE (coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 246 y ss.; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y S. GONZÁLEZ ORTEGA: «Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994», en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (coord. L. E. DE LA VILLA GIL): *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, cit., pp. 23 y ss. Más recientemente, véanse el conjunto de trabajos publicados en el núm. 3 de la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, sobre «Ley y Pacto en el Derecho del Trabajo», homenaje a Rafael Martínez Emperador. A los efectos que aquí importan destaco los trabajos de DE LA VILLA GIL, RIVERO, SALA, VALDÉS y CASAS.

convenios colectivos típicos (los del Título III del Estatuto de los Trabajadores) y a una múltiple variedad de acuerdos o pactos atípicos. Se podrá decir que siempre ha habido junto al convenio colectivo típico el atípico, informal o *impropio*, en la terminología de Alonso Olea. Pero la intensidad con la que ello ocurre, y su potenciación desde la Ley, no tienen precedentes. Lo mismo ocurre con la radical ruptura del contrato de trabajo como un fenómeno unitario. En ambos casos, junto al contrato individual y al convenio típicos conviven una fenomenal y rica tipología de contratos y de convenios atípicos, que no son ya raros ni infrecuentes, sino que disputan y ganan terreno a marchas forzadas frente a los más tradicionales, formales y típicos.

Rasgo adicional de la más reciente negociación colectiva es la creciente importancia de su faceta procedimental, de gestión, incluso obligacional, en detrimento de su más tradicional y predominante vertiente normativa (23). Con ello se quiere señalar que se realza y enfatiza una función de la negociación colectiva distinta a la de fijar condiciones de trabajo. Se trata de que la negociación colectiva acompañe y se implique en los vertiginosos cambios que soportan las empresas.

También hay que reseñar la buena salud de lo que amplia y muy genéricamente cabe denominar negociación en la «cumbre», interprofesional si se quiere, así como de lo que, asimismo muy genéricamente, puede llamarse concertación social. Ejemplo sobresaliente de ello son los acuerdos interconfederales origen de las reformas de 1997. Pero igualmente quiero mencionar los acuerdos en materia de formación profesional y de solución extrajudicial de conflictos (24), acordados con amparo en el artículo 83.3 ET. Acuerdos todos ellos bipartitos (sindicatos y asociaciones empresariales más representativas), a los que el Estado y los poderes públicos prestan su apoyo, bien de financiación o a la hora de su conversión en norma legal. Es el fenómeno de la legislación negociada (25), que ha cosechado importantes frutos entre nosotros, alguno tan destacado y reciente como la ya citada reforma del Estatuto de los Trabajadores del año 1997. Legislación negociada, por cierto, que también se está desarrollando con éxito en el ámbito del Derecho comunitario. En efecto, recientes Directivas comunitarias tienen su ori-

---

(23) Véase, por todos, S. DEL REY GUANTER: «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, 1996, núms. 1-2 (especial monográfico sobre «Diez años de "Relaciones Laborales"»). Recientemente, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «La contractualización del convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, 1998, núm. 2, pp. 1 y ss.

(24) Véase, recientemente, B. QUINTANILLA NAVARRO: «La formación continua», y Y. VALDEOLIVAS GARCÍA: «El Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: la superación de una asignatura pendiente», ambos trabajos en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), 1997, pp. 495 y ss. y 523 y ss.

(25) Véase la recapitulación reciente de F. VALDÉS DAL-RÉ: «La legislación laboral negociada entre la conversación social y el diálogo social», en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, cit., pp. 27 y ss.

gen en acuerdos entre los interlocutores sociales en el ámbito de la Unión Europea (26).

Ya se ha dicho que en la reforma de 1994 se «desregularon», al menos parcialmente o en cierto sentido, determinadas materias, entre ellas, significadamente, el «contrato eventual por circunstancias de la producción» [art. 15.1 *b)* ET]. Lo que, desgraciadamente, fue aprovechado por la negociación colectiva para cometer excesos en torno a la configuración y, especialmente duración, de este tipo de contrato, y, en menor medida, pero también, con el contrato para obra o servicio determinado [art. 15.1 *a)* ET], hasta el punto de que han pasado a ocupar el espacio que antes ocupaba, con enorme éxito, el no causal contrato temporal de fomento del empleo. Constatados por la doctrina (27) los abusos cometidos por una negociación colectiva excesivamente suelta y abandonada a su suerte, los acuerdos de 1997 son aprovechados por los firmantes para reclamar un papel más vinculante y más clásico de la Ley, en el sentido de volver a establecer normas legales de derecho necesario para la negociación colectiva (incluso, a veces, de derecho necesario absoluto), corrigiendo así anteriores «abandonos» o retiradas de la ley o incluso su transformación en norma dispositiva para el convenio colectivo.

En este sentido, en el «Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo», los firmantes proponen la modificación del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de introducir un regulación más estricta, un máximo insuperable, para la duración del contrato eventual. Lo que lleva a la práctica el Real Decreto-Ley 8/1997, luego convertido en Ley (Ley 63/1997).

Una última cuestión debe mencionarse respecto de la negociación colectiva. Ya se ha dicho que la reforma de 1997 trata de «ensalzar» la figura del convenio sectorial, como contrapeso al énfasis que la reforma de 1994 puso en la negociación en el ámbito de la empresa. Es de resaltar cómo el principio de competencia, o de distribución de cometidos y tareas entre los diversos niveles convencionales, va ganando terreno. Recuérdese que, en determinadas materias, ya la reforma de 1994 permitía hacer a los convenios de sector lo que no permitía hacer a otro tipo de convenios. Pero lo que me importa ahora resaltar es la pretensión que tiene la reforma de 1997, y desde luego el «Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva», de situar al convenio colectivo sectorial *estatal* como convenio nu clear o central (clave de bóveda) del sistema de negociación colectiva. No es de extrañar que, al menos en algunas de sus aristas, ésta sea una reforma criticada y combatida por los sindicatos autonómicos, principalmente ELA-STV y, en menor

(26) Por ejemplo, Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, de permiso parental.

(27) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma», *Relaciones Laborales*, 1997, núm. 2, pp. 10 y ss., y J. LÓPEZ GANDÍA: *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1997.

medida (o al menos yo lo he oído menos, discúlpeseme si mi apreciación es equivocada), el CIG gallego. ELA-STV ha sido muy crítica con esta reforma porque, a fin de cuentas, materialmente se ha modificado el párrafo segundo del artículo 84 ET. Y resulta que, como es bien sabido, este párrafo fue introducido en la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994, a raíz de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV) que fue finalmente aprobada, lo que se consideró como un notable éxito de ELA-STV.

La nueva redacción del artículo 84 ET, como consecuencia de la reforma de 1994 y de la aparente facilitación de los marcos autonómicos de relaciones laborales (lo que se hacía, creo, de forma técnicamente defectuosa), la reforma de aquel precepto, digo, podía, cuando menos potencialmente, hacer perder efectividad a la labor ordenadora de la estructura de la negociación colectiva por parte de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito estatal. Cabía hablar, así, de cierta «debilidad» de estas organizaciones a la hora de acometer esta tarea.

Pues bien, la reforma de 1997 se puede ver de alguna forma como una reacción frente a esa debilidad, potenciando la fortaleza articuladora del artículo 84 ET. Es cierto que este artículo no se modifica; pero no lo es menos que resulta obligado reinterpretarlo no sólo ni de forma principal por lo establecido en el Acuerdo sobre Negociación Colectiva (de eficacia jurídica muy vaporosa, si bien espero que ello no sea un obstáculo insuperable para que se cumplan sus interesantes y renovadoras propuestas), sino especialmente por las previsiones del Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo, ahora llevadas, tras el RD-L 8/1997, luego tramitado como Ley, al texto del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, nada vaporosas jurídicamente. Y esto es así porque, continuando con el ejemplo del contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, el Acuerdo relativo al empleo establece una redistribución y un reparto de competencias entre convenios colectivos que materialmente altera, en mi opinión, el artículo 84 ET.

Los propios protagonistas de la negociación del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva son conscientes de lo aquí apuntado, y ya prevén la necesaria modificación en un futuro del artículo 84 ET, propósito que anuncian de forma eufemística en la Disposición adicional de este Acuerdo. Seguramente, la reforma de artículo 84 ET no se ha llevado a la práctica por razones de conveniencia del momento.

De todas formas y sea como fuere, a partir de ahora, la lectura e interpretación del artículo 84 ET exige tener al lado, como si formaran parte de ese texto legal, cabría decir, algunas previsiones de los Acuerdos de 1997, toda vez que, al haberse llevado al texto del Estatuto de los Trabajadores (esto último es lo relevante), modulan aquel precepto, excepcionando incluso (con probable juego del principio de especialidad) su aplicación en algún caso. Y eso que ni los Acuerdos, ni la

reforma del Estatuto de los Trabajadores consecuencia de los mismos, han tocado ni una sola coma del artículo 84 ET.

III. AUTONOMÍA COLECTIVA Y AUTONOMÍA INDIVIDUAL: TRADICIÓN, FRICCIONES, CRISIS, «PATOLOGÍAS» Y EL LLAMADO «TEST» DE PODER CONTRACTUAL INDIVIDUAL

En su momento se expusieron las razones que condujeron a atribuir un papel marginal a la autonomía individual en las relaciones laborales. Sin embargo, desde hace ya algún tiempo (no mucho, con todo), parecen existir signos de un nuevo cambio, en el sentido de que, interesadamente o no (no es esto lo que en este instante importa resaltar), el contrato de trabajo parece pugnar por ocupar un mayor espacio en la regulación de las condiciones de trabajo (28).

¿Es un punto de inflexión en el ciclo histórico y en la evolución del Derecho del Trabajo? ¿El contrato de trabajo es ya una institución verdaderamente bilateral? Estos son, entre otros, los interrogantes que se plantean. Ya se ha dicho que el Derecho del Trabajo ha sido siempre, y creo que antes que nada, un sistema de límites de la autonomía individual y, más precisamente, del poder unilateral del empresario, poder que el ordenamiento laboral consagra y legitima –desde su perspectiva propia, exorbitante desde los esquemas del derecho común–, pero que a la vez limita. ¿Ya no es preciso limitar tanto el juego de la autonomía individual? ¿La autonomía individual no es ya la máscara que encubre el poder del empresario (autonomía individual = poder unilateral del empresario)? ¿Ya no es válida esta ecuación? Son otras formas de formular el interrogante planteado.

Hay que reconocer que las cosas han cambiado en la realidad económica y empresarial y en la composición de la clase trabajadora. De un lado, las organizaciones productivas se han transformado profundamente, abandonando el taylorismo, si bien hay que precisar que no todas lo han hecho y conviven las más tradicionales con las nuevas, que cabría llamar desindustrializadas. De otro, y muy conectado con lo anterior, la clase trabajadora es mucho más heterógenea, siendo más arduo identificar un interés común a la misma.

Desde hace ya tiempo, la doctrina viene desvelando los factores que explican el auge de la autonomía individual, la cual pasa a desempeñar un espacio mayor que en el pasado, entre otras cosas y en primer lugar, a la hora de calificar la prestación de servicios como laboral o no. En segundo término, en el mundo de las

(28) Véase, por todos, A. BLASCO PELLICER: *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid (CES), 1995. Recientemente, J. RIVERO LAMAS: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *REDT*, 1996, núm. 80, pp. 969 y ss., y C. MORENO DEL TORO, «Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad», *RL*, 1996, núm. 12, pp. 20 y ss.

relaciones laborales «atípicas». Y, finalmente, en la determinación directa y no residual de las condiciones de trabajo (29).

Y, en efecto, el trabajo autónomo y por cuenta propia se está revalorizando mucho, lo que se explica no sólo como una salida en algunos momentos incentivada por los poderes públicos para amortiguar la destrucción de puestos de trabajo (30), sino también por profundas razones relacionadas con «la reorganización de la economía o con la estrategia de descentralización empresarial» (31). La doctrina ha hablado así del «discreto retorno del arrendamiento de servicios», por su creciente utilización en los supuestos de descentralización productiva y de contratación externa de servicios profesionales, así como en la prestación de determinados trabajos atípicos (32). Cierto es que este rebrote del trabajo autónomo ha tenido y tiene su vertiente patológica, en el sentido de tratar de privar de las garantías que material y procesalmente el ordenamiento laboral otorga. Y así, no ha sido infrecuente que se «invitase» a antiguos trabajadores por cuenta ajena a convertirse en trabajadores autónomos, continuando haciendo las mismas funciones que antes desempeñaban.

Otros supuestos de elusión del ordenamiento laboral se han producido en supuestos muy conocidos (transportistas con vehículo propio y, muy singularmente, los «mensajeros»), si bien en estos casos se trataba de un problema «fronterizo», que planteaba enjundiosos problemas jurídicos, y que se halla en el origen de una importante evolución jurisprudencial (33), finalmente zanjada aprovechando la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994, con una polémica exclusión de laboralidad [nueva letra g) del art. 1 ET, especialmente su segundo párrafo (34), muy criticada por la doctrina.

---

(29) Por todos, A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar,* Madrid (Trotta), 1991, pp. 67-75, y la amplísima bibliografía allí citada.

(30) Véase, por ejemplo, artículos 1 y 6 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo. «Promoción del trabajo autónomo» que, no obstante, se suprime por el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, lo que luego confirmó la Ley 22/1992, de 30 de julio, del mismo nombre.

(31) T. SALA y F. LÓPEZ MORA: «Contrato de trabajo», en AA. VV. (dir. E. BORRAJO): *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores,* tomo I, Madrid (Edersa), 1990, p. 31.

(32) A. MARTÍN VALVERDE: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea,* Madrid (MTSS), 1990, especialmente pp. 225-236.

(33) Véase R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «Sobre la laboralidad de los mensajeros», *La Ley,* 1986, núm. 1614, pp. 1-5; A. PEDRAJAS y F. VALDÉS, «La sentencia de los mensajeros. Contrato de trabajo y contrato de transporte. ¿Un giro de la jurisprudencia?», *DL,* 1986, núm. 19, pp. 97-157; J. RIVERO LAMAS y J. GARCÍA BLASCO: «Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo», *RL,* 1986, núm. 1. Más recientemente, F. VALDÉS DAL-RÉ: «Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte (I, II y III)», *RL,* 1992, núm. 20, pp. 1-6, núm. 21, pp. 1-8, y núm. 22.

(34) Están planteadas dos cuestiones de inconstitucionalidad sobre este párrafo (CC. II. núms. 3595/95 y 67/96), así como algunos recursos de amparo.

Pero, antes que lo anterior, interesa más destacar aquí la relevancia que asume la declaración de voluntad de las partes a la hora de calificar como laboral o no la prestación de servicios (35). Relevancia que se realza a la vista de la virtualidad de la presunción de laboralidad en el artículo 8.1 ET, toda vez que si las partes han optado por un tipo contractual no laboral, «la única forma de concluir la laboralidad de la relación es probando la concurrencia en ella de todos los requisitos que que la caracterizan, sin que exista presunción legal que ahorre esa prueba» (36).

Quizá pueda decirse que se asiste a una mayor importancia del *nomen iuris* dado a su relación por las partes, frente a su menor importancia en el pasado. Justo es citar, con todo, la STC 71/1991, reiterada por otras posteriores, que acepta plenamente la posibilidad de acciones declarativas en el proceso laboral, siendo quizás el paradigma de ella la que pretende que el juez califique como laboral la prestación de servicios. Doctrina ésta, por lo demás perfectamente ajustada a la LPL [por ejemplo, art. 80.1 *d)* (y que puede contribuir a acabar con los supuestos más insidiosos de simulación contractual. Y a hacerlo durante la vida de la relación, sin tener que esperar a una determinada conducta de quien es el verdadero empresario, que muchas veces no era ni es otra que la extinción *(rectius,* el despido).

Pero si la autonomía de las partes, recurriendo a un tipo contractual no laboral, puede excluir la aplicación del ordenamiento laboral, a los efectos que aquí interesan aún mayor interés tiene decir que puede igualmente determinar la contratación de quien se asume que es un trabajador, bien de manera indefinida, bien por tiempo determinado. Como es sobradamente conocido, el incremento del desempleo y el nuevo contexto económico y productivo han propiciado la ruptura y quiebra del anterior paradigma del contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo. Es difícil hablar ya de este contrato como contrato prototípico y por el que apuesta el ordenamiento (37) –a lo más será el «óptimo», pero ya no la «relación normal de trabajo» (38)–, toda vez que hay una pléyade no ya de relaciones

---

(35) Véase, por todos, A. MARTÍN VALVERDE: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», cit., pp. 209 y ss.; A. BAYLOS GRAU: *Derecho del Trabajo: modelo para armar,* cit., p. 70, y, más recientemente, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo», *RL,* 1996 , núm. 18, pp. 1 y ss.

(36) S. GONZÁLEZ ORTEGA: «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea,* cit., p. 808. Sobre *La presunción de existencia del contrato de trabajo,* véase el libro con este título de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, publicado en Civitas, 1995.

(37) Véase, con todo, artículos 1 y ss. de la Ley 22/1992, por los que se fomenta la contratación por tiempo indefinido. Y el nuevo contrato para el fomento de la contratación indefinida que tiene su origen en la reforma de 1997, luego llevado al Real Decreto-Ley 8/1997 (Disposición adicional primera), y finalmente a la Ley 63/1997 (Disposición Adicional Primera).

(38) Véase A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar,* cit., p. 71, con cita de DAÜBLER.

laborales especiales, sino de modalidades de contratación que tienen en común su temporalidad. Y ello, sin dejar de reconocer que la reforma de 1997 trata de detener y frenar esta tendencia, recuperando el favor del ordenamiento por la contratación por tiempo indefinido.

La autonomía individual (en realidad el empresario) puede acordar la contratación por tiempo determinado. La duración del contrato es así un terreno parcialmente recuperado para aquella autonomía, de manera que la decisión acerca de la duración en el tiempo de la relación laboral es competencia de la autonomía individual, sin que intervenga para nada, al menos hasta las reformas de 1994 (39) y de 1997, la negociación colectiva; al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos, la estipulación de ciertos tipos de contratos atípicos y temporales no se ha subordinado «a una previsión expresa en un convenio colectivo» (40). Tan es así que se acabó optando, y por cierto con muchas resistencias que hoy creo pueden decirse que fueron infundadas (el control al que se va a hacer referencia ocupa un papel no excesivamente relevante entre nosotros), por un control sindical externo sobre la regularidad del recurso a esta contratación temporal (41), reconociendo la importancia de ese momento constitutivo de la relación laboral, determinante de todo cuanto posteriormente sucede, y la difícil penetración de la normación colectiva, como si de un *non-union land* se tratara (42).

Por lo demás, la relevancia de la autonomía individual está lejos de terminar en ese momento constitutivo. Una vez decidida –o «impuesta»– la temporalidad, en no pocas ocasiones es la autonomía individual quien fija asimismo las condiciones de trabajo. Y ello aunque con toda razón el Tribunal Constitucional declaró discriminatoria la exclusión radical e incondicionada de los trabajadores tem-

---

(39) E incluso la intervención de la negociación tras la reforma de 1994 ha sido muy negativa, como quedó dicho, forzando las figuras del contrato para obra o servicio determinado y, especialmente, el contrato eventual [art. 15.1 *a)* y *b)* ET], haciendo que ocuparan, en la práctica, el espacio que antes ocupaba, con enorme éxito, el no causal contrato temporal de fomento de empleo. La doctrina ha documentado suficientemente los excesos que ha cometido la negociación colectiva; véanse los trabajos de R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma», cit., pp. 10 y ss., y J. LÓPEZ GANDÍA: *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, cit. La reforma de 1997 trata de poner coto a estos excesos convencionales y hay que hacer notar que lo hace por medio de reclamar de la ley una conformación más clásica, que no deje tan «suelta» a la negociación, sino que la imponga determinadas «ataduras» de derecho necesario.

(40) R. ESCUDERO: «Relazioni industriali: contrattazione collettiva o individuale? Il caso spagnolo», cit., p. 674. Véase, en el mismo sentido, M.ª E.ª CASAS y F. VALDÉS: «Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España», *RL*, 1989, núm. 7-8 (monográfico sobre contratación temporal y nuevas formas de empleo), pp. 78 y 79.

(41) Me refiero, claro es, a la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación; en la actualidad, artículo 8.3 ET, pues sabido es que el Texto Refundido del ET de 1995 derogó aquella Ley.

(42) A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., p. 72.

porales del ámbito de aplicación de los convenios colectivos (43), cuestión en la que luego se insiste. Pero no se puede ocultar que, a pesar de ello y en la práctica, la autonomía de la voluntad tiene de hecho un mayor papel a la hora de establecer las condiciones en las que los trabajadores temporales van a prestar su trabajo. A ello no es ajeno la preceptividad de la forma escrita, pensada, sin embargo, como elemento de garantía, si bien el control de los representantes de los trabajadores (Ley 2/1991, actualmente «subsumida», cabe decir, en el artículo 8.3 ET) debería jugar aquí un importante papel de freno y erradicación de las prácticas más abusivas.

Como ha señalado la doctrina, «la individualización de las relaciones de trabajo atípicas no supone en absoluto un síntoma de la recuperación positiva de espacios de libertad individual», toda vez que el contrato así concluido es generalmente «un símbolo de radical desigualdad» e implica «la privación de todos los derechos y garantías contractuales ligados con la estabilidad en el empleo, la imposibilidad práctica de la promoción profesional, la inmunización frente a la acción sindical y la ampliación desmesurada de los especios de poder unilateral del empresario, a lo que hay que añadir el deterioro de la posición del trabajador atípico dentro del sistema de protección de la seguridad social» (44).

El penúltimo factor a reseñar que muestra la revitalización de la autonomía de la voluntad consiste en su creciente importancia como vía de fijación no residual de condiciones de trabajo (45).

Ello ocurre muy acusadamente en muchas de las llamadas relaciones especiales de trabajo y también en el caso de los directivos –no altos directivos objeto de una relación laboral de carácter especial, sino de los simples directivos–. Entre nosotros, muy frecuentemente estos directivos están excluidos del ámbito de aplicación de los convenios, por lo que es el contrato de trabajo quien determina sus condiciones, al no haber dado grandes frutos, al menos de momento, y al margen de supuestos concretos, los convenios colectivos de «franja». Es cierto que el directivo medio no tiene normalmente la fuerza contractual del alto directivo. Pero también lo es que ese directivo medio muchas veces quiere «escapar» y prefiere estar fuera del convenio, pues no piensa que en una negociación colectiva llevada a cabo por la representación sindical o unitaria del conjunto de los trabajadores sus intereses estén adecuadamente representados; de hecho, así obtiene condiciones superiores a las generales, aun cuando más que negociación indivi-

---

(43) SSTC 52 y 136/1987.

(44) A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar,* cit., pp. 72 y 73. Véase, en este mismo sentido, M.ª E.ª CASAS y F. VALDÉS: «Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España», cit., pp. 77 y 78, a quienes cita igualmente BAYLOS.

(45) Véase, en general, A. BAYLOS, *Derecho del Trabajo: modelo para armar,* cit., pp. 73-75.

dualizada se trate de una adhesión a condiciones decididas de forma unilateral por la empresa. Luego se insiste sobre esta cuestión.

Un último y muy importante factor que puede explicar el renacimiento –de sus «cenizas», podría llegar a decirse– de la autonomía individual se sitúa alrededor de las siguientes bases.

Las nuevas tecnologías y la sofisticación de los procesos productivos, con la consiguiente autonomía «técnica» que ello puede conllevar, así como la necesidad de incrementar la productividad, son aspectos que, entre muchos otros, conducen a incrementar la «cooperación» y colaboración entre las partes de la relación laboral (46), detectándose «nuevas formas de administración de la relación de trabajo que tratan de lograr (el) consenso de los trabajadores con los objetivos perseguidos por la empresa» (47), lo que por cierto no sólo se relaciona con la autonomía individual, toda vez que puede abrir un espacio de actuación y control colectivo.

Los expuestos son algunos de los principales factores que explican la pujanza de la autonomía de la voluntad.

Ya se ha visto que algunos de ellos son patológicos y no son síntoma saludable alguno de recuperación de la libertad individual ni de «redescubrimiento del individuo», por utilizar la conocida expresión de Simitis (48). Ahora bien, tampoco es correcto verlo todo como un mero planteamiento «neoconservador» y de pura y simple vuelta a los orígenes y al incremento del poder empresarial (49). Existen razones profundas que explican el cambio de rumbo y el punto de inflexión en la constricción de la autonomía de la voluntad, muy conectados con la ya citada fragmentación de la ya no unívoca clase trabajadora, con la tercerización de la economía y con la mayor cualificación y nivel cultural, y, desde luego, con los valores más individualistas que impregnan decididamente el tejido social (50). Entre ellos quiero destacar, muy singularmente, la concepción del trabajo como vía de realización personal y de «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE), sentida o intentada ahora –creo yo– por muchos de los nuevos trabajadores por cuenta ajena y que era imposible, o al menos muy difícil, en la vieja cadena de producción y en la tradicional fábrica industrial. El modelo predominante no es ya –o con seguri-

---

(46) G. García Becedas: *Introducción al Derecho Español del Trabajo. Caracteres y fundamento*. Madrid (Civitas), 1993, pp. 268 y ss.

(47) J. Aparicio y A. Baylos: «Autoridad y democracia en la empresa», en el libro a su cargo y del mismo título, Madrid (Trotta), 1992, p. 13. Véase, ampliamente, A. Baylos: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., pp. 89 y ss.

(48) S. Simitis:, «Il diritto del lavoro e la riscoperta dell' individuo», *GDLRI*, 1990, núm. 45, p. 113.

(49) Critican, con razón, este enfoque simplificador F. Durán López y C. Sáez Lara: «Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación de las condiciones de trabajo», *RL*, 1991, núms. 20 y 21, (monográfico sobre «Individualización de las relaciones laborales»), p. 110.

(50) Véase, por todos, en este último sentido, M.ª E.ª Casas Baamonde: «La individualización de las relaciones laborales», *RL*, 1991, núms. 20 y 21, monográfico, cit., p. 132.

dad no va a ser– el «obrero-masa», de escasa cualificación y formación profesional y que se limita a hacer un trabajo repetitivo y alienante.

En mi opinión, lo anterior ha de tener consecuencias de relieve en la concepción de la libertad individual y de la autonomía individual, así como en el juego de los tradicionales principios del ordenamiento jurídico-laboral. Y ello, porque tradicionalmente aquella concepción y estos principios han estado imbuidos de una visión excesivamente economicista de los intereses del trabajador individual y ahora se avanza hacia situaciones mucho más complejas en donde lo económico, aun siéndolo, no es tan hegemónico. Si se me permite el símil, ocurre lo mismo que con la antigua concepción de que las sentencias laborales tenían que ser siempre de condena, y de condena económica, como si los derechos e intereses legítimos del trabajador no pudieran tener otra proyección. Hoy es claro que no ocurre tal cosa y que todo derecho e interés legítimo tiene que ser judicialmente tutelado (51).

A la hora de buscar un espacio para la libertad individual y para que la autonomía individual sea un instrumento y garantía de aquélla (52), el problema, naturalmente, es de límites. Ya se sabe que los poderes reguladores están en constante pugna. Pero el ordenamiento laboral ha enseñado que, para que se pueda expresar en situación de equilibrio –y en verdad libremente– la autonomía individual, deben jugar su papel el Estado y la autonomía colectiva. Ocurre que una vez alcanzado ese equilibrio y asegurado el papel del Estado y de la autonomía colectiva, puede ser que haya llegado el momento de que la autonomía individual pueda jugar el suyo y ser cauce para los intereses, las expectativas y las opciones individuales, que emergen con mayor ímpetu que antaño, pues el «obrero-masa» está en vías de extinción. Y en este empeño sería deseable que la autonomía colectiva no se viera por los individuos como un apretado corsé que no les deja ni respirar. Ahora bien, en la búsqueda de este nuevo reequilibrio no puede llegar tampoco a exaltarse tanto el papel de la autonomía individual que se soslaye y menoscabe el espacio constitucionalmente atribuido a los sindicatos ni la fuerza vinculante de los convenios, como ha ocurrido con frecuencia con los fenómenos de autonomía individual en masa a los que seguidamente se hace referencia.

Como digo, el problema es de límites. Se ha hablado de una bipartición típica entre norma estatal/convenio colectivo, de forma que correspondería a la primera lo interprofesional (por ejemplo, Estatuto de los Trabajadores) y lo sectorial a la segunda, sin olvidar con todo que la autonomía colectiva puede acceder a lo interprofesional (por ejemplo, art. 82.2 ET); en realidad, la bipartición trata de contener

---

(51) Art. 24.1 CE; STC 71/1991.

(52) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «La transformación democrática del ordenamiento jurídico-laboral y la relación individual de trabajo», *Temas Laborales*, 1984, núm. 1, p. 59.

la intervención del Estado y en modo alguno la de la negociación colectiva. Pues bien, también en el binomio autonomía colectiva/autonomía individual la doctrina ha defendido la existencia de una bipartición típica, correspondiendo a la primera la regulación de condiciones de trabajo y a la segunda –se sostiene– la esfera de la «privacy» y los derechos fundamentales (53), también accesible, claro es, en los límites constitucionales (art. 53.1 CE) al Estado, sin olvidar que el contrato individual también puede regular condiciones de trabajo (art. 3.1 *c)* ET). Luego se ahonda sobre esta cuestión. Incluso cabe defender que las restricciones que la autonomía colectiva puede imponer a la autonomía individual, del estilo de la tan severa y aceptada por el Tribunal Constitucional de la jubilación forzosa o sacrificios similares, deben de ampararse en una finalidad constitucional legítima (54).

El anterior es un debate extraordinariamente abierto y complejo y claro es que no se pretende ni se puede aquí darlo por concluido.

La ya mencionada pérdida de homogeneidad de la clase trabajadora hace mucho más difícil la labor de «síntesis» y defensa del interés colectivo (55), existiendo cierta afirmación del individuo frente al grupo. Igual que se ha defendido la restricción de la intervención del Estado para no ahogar la autonomía colectiva, quizá pudiera empezarse a hablar de cierta autocontención de la autonomía colectiva para no asfixiar a una sana –y no patológica– autonomía individual. Lo que sucede en este terreno, que como quedó dicho excede de lo económico, es que existe una gran «dificultad para canalizar a través de la forma contractual intereses no patrimoniales» (56), básicamente porque el esquema del contrato de cambio no puede hacer olvidar la inserción del trabajador en un ámbito organizativo que le es ajeno (57) y para que, como la doctrina dijera hace ya algún tiempo, el contrato de trabajo pueda reconstruirse en torno a la defensa de los bienes personales del trabajador comprometidos o implicados en la prestación de trabajo subordinado por cuenta ajena (58).

---

(53) G. García Becedas: «Interés colectivo e interés sindical ¿un lugar para el interés individual?», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., pp. 885 y 886. Véase, en similar sentido, A. Ojeda: «Autonomía colectiva y autonomía individual», *RL*, 1991, núms. 20 y 21, monográfico, cit., p. 77.

(54) Véase, en este sentido, V. Conde Martín de Hijas: «Autonomía individual: alternativa de desarrollo», *RL*, 1991, núms. 20 y 21, monográfico, cit., p. 90.

(55) M. Rodríguez-Piñero: «Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales», *RL*, 1991, núms. 20 y 21, monográfico, cit., pp. 3 y 4.

(56) A. Baylos, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., p. 75; véase pp. 75-78 y la bibliografía allí citada.

(57) Véase A. Baylos: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., p. 77, con cita de M.ª F.ª Fernández; véase, asimismo, J. Aparicio y A. Baylos: «Autoridad y democracia en la empresa», cit. p. 10.

(58) A. Martín Valverde: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Sevilla (Universidad), 1977, p. 99.

Estos y otros fenómenos han llevado a redescubrir el individuo (59) y a tener que conciliar «el valor de la igualdad con la nueva expansión del valor de la autorealización y de la autodeterminación» (60).

También hay que recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que la autonomía colectiva no puede llegar a anular la autonomía individual (STC 58/1985, reiterada por otras posteriores), al igual que existe un espacio para las decisiones unilaterales empresariales (SSTC 34/1984, 208/1993 y 2/1998). La autonomía individual está ligada a valores constitucionales esenciales que son además soportes de los derechos constitucionales, como es el caso de la dignidad personal (art. 10.1 CE).

Ocurre, sin embargo, que, al socaire de este redescubrimiento del individuo, y aparte ahora de lo ya dicho, se han producido y en gran medida se siguen produciendo episodios que subvierten las bases sobre las que se ha construido el Derecho del Trabajo y que, en todo caso, vulneran no sólo la fuerza vinculante con que la Constitución dota a los convenios colectivos (art. 37.1 CE), sino que menoscaban el papel que la Norma suprema atribuye a los sindicatos.

Así lo declaró la conocida –y polémica– STC 105/1992, declarando la antisindicalidad de la utilización «en masa» de la autonomía individual para contradecir el convenio colectivo aplicable, corrigiendo así una previa doctrina judicial del viejo Tribunal Central de Trabajo que había permitido hacerlo con respecto a la regulación de la jornada de trabajo en el convenio colectivo de las empresas de seguros. No me voy a detener en este conocido episodio (61). Sí conviene mencionar que la posterior e igualmente conocida STC 208/1993 completó la doctrina constitucional, señalando que una cosa es contradecir el convenio colectivo –estableciendo regulaciones *contrarias,* aun cuando sean más favorables, como ha precisado la STC 74/1996, discutible en mi opinión, pero no por esto sino por cuestiones ajenas a la que aquí importa– y otra, bien distinta, que el contrato de trabajo, e incluso la decisión empresarial, regulen materias no contempladas en el convenio colectivo, estableciendo en consecuencias condiciones *distintas,* singu-

---

(59) S. SIMITIS: «Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo», cit., p. 113.

(60) U. ROMAGNOLI: *El Derecho, el Trabajo y la Historia,* Madrid (CES), 1997 (trad. española), p. 178.

(61) Con carácter previo a la STC 105/1992, véase, por todos, M.ª E.ª CASAS BAAMONDE y A. BAYLOS GRAU: «Organización del trabajo y autonomía individual: la «desregulación» del convenio colectivo», *RL,* 1988, núm. 18, pp. 8 y ss., así como los trabajos incluidos en *RL,* 1991, núms. 20 y 21, monográfico ya citado sobre «Individualización de las relaciones laborales». Me permito remitir, finalmente, a mi trabajo «Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad», *RL,* 1989, II, pp. 256 y ss. Sobre la STC 105/1992, véase, por todos, M. ALONSO OLEA: «El derecho a la negociación colectiva *[qua* integrante de la libertad sindical, fundamental así, llevado al límite; o sobre la interdicción de pactos de condiciones de trabajo mejores, o que pueden serlo, que las colectivamente pactadas», en M. ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. 1992,* Madrid (Civitas), 1993, pp. 384 y ss.; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical», *RL,* 1992, núm. 15, pp. 1 y ss.

larmente cuando ello se hace en aspectos no centrales y los afectados están lejos de ser la mayoría de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

También la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad, como no podía ser de otra manera, de sentar criterios sobre la cuestión, especialmente a partir de la STS de 21 de junio de 1994 (Ar. 6315), con el antecedente de las importantes SSTS 16 de julio de 1993 y, especialmente, 18 de abril de 1994 (Ar. 3254) y 30 de abril de 1994 (Ar. 3473), luego proseguidas con las SSTS 31 de octubre de 1994 (Ar. 8114) y 6 de mayo de 1996 (62).

Además de seguir el criterio establecido por la STC 208/1993 (diferencia entre que el convenio contradiga el convenio o que, por el contrario, establezca condiciones distintas, interviniendo en los espacios no ocupados por el convenio y que éste eventualmente podría ocupar), incluso entendiendo que «matiza» la STC 105/1992 (personalmente me parece mejor decir que la completa), en algún caso la jurisprudencia del TS, sentada básicamente en materia salarial y de tiempo de trabajo, habla expresamente de que la autonomía individual puede «acomodar» lo establecido en el convenio colectivo; es el caso, por ejemplo, de las SSTS 30 de abril de 1994 y 21 de junio de 1994.

A la hora de diferenciar entre los aspectos patológicos y no patológicos de la revitalización de la autonomía individual y del contrato de trabajo, creo que la STC 136/1987, seguida por otras posteriores (por ejemplo, STC 177/1993) y anticipada por la STC 52/1987, hace una diferenciación muy relevante y de gran utilidad. Como se sabe, la Sentencia citada declaró contraria al derecho a la igualdad

---

(62) Publicada, por ejemplo, en *AL*, 1996, núm. 36, ref. 1384. La STS 30 de abril de 1994 se ha publicado igualmente en *AL*, 1994, núm. 27, ref. 921. En síntesis, estas SSTS, que como digo citan y tienen muy presentes las SSTC 105/1992 y 208/1993, se han sentado en supuestos de tiempo de trabajo y de creación de complementos salariales. Así, la STS 16 de julio de 1993 no considera lesivo de los arts. 28.1 y 37.1 CE un supuesto de flexibilización por la autonomía individual del horario de trabajo. Por el contrario, la STS 18 de abril de 1994 entiende que vulneran los preceptos constitucionales mencionados los pactos individuales en los que se acepta el ofrecimiento empresarial de quedar excluido del convenio colectivo aplicable. Para la STS 30 de abril de 1994, los pactos individuales que aceptan el ofrecimiento empresarial de un nuevo plus salarial (de «mercado») no previsto en el convenio colectivo no vulneran los arts. 28.1 y 37.1 CE. El mismo criterio sienta la STS 21 de junio de 1994 respecto a un nuevo complemento salarial en la Compañía Telefónica no previsto en el convenio colectivo (el supuesto guarda mucha similitud con el examinado por la STC 208/1993). Por su parte, la STS 31 de octubre de 1994 declara que contraría el convenio colectivo aplicable un cambio de jornada continuada a partida acordado en una compañía de seguros sin seguir el procedimiento establecido en aquel convenio (en esta ocasión, el supuesto se aproxima al resuelto por la STC 105/1992). Finalmente, la STS 6 de mayo de 1996 examina el supuesto de un complemento salarial establecido en contrato de trabajo y no en convenio colectivo, llegando a la conclusión de que puede modificarse por la autonomía individu*al*, al no tratarse de una modificación colectiva que requiera el período de consultas previsto en el artículo 41 ET. Para un examen más detenido de esta jurisprudencia, con mención de otras SSTS adicionales, remito a O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ: «Autonomía individual y autonomía colectiva en la relación de trabajo: un apunte de jurisprudencia», *REDT*, 1996, núm. 77, pp. 525 y ss.

(art. 14 CE) la exclusión radical e incondicionada de los trabajadores con contrato de duración determinada del ámbito de aplicación del convenio colectivo. Y lo es porque, actuando así, se abandona a estos trabajadores «a su suerte», cabría decir, siendo con toda probabilidad el empresario quien determinará sus condiciones de trabajo. Bien distinto es el ya comentado caso de aquellos directivos –no altos sino simples directivos– e incluso de determinados cuadros –«altos»– que están excluidos del ámbito de aplicación del convenio colectivo porque tal es su voluntad, lo que normalmente ocurre porque no consideran que los sindicatos ni que los comités de empresa se preocupen excesivamente por sus intereses, al estar «concentrados», podría decirse, en el trabajador medio. Se trata de la «categoría», creo que nada infrecuente entre nosotros, de «personal fuera de convenio». Es verdad que, en ocasiones, también a este personal se le impone la exclusión. Pero, con todo, hay que resaltar su diferente posición de poder contractual si le compara con el típico trabajador «precario» con contrato de duración determinada.

Me parece justo reconocer la sensibilidad que ha mostrado el Tribunal Constitucional al diferenciar entre quienes optan voluntariamente por fijar sus condiciones de trabajo al margen del convenio colectivo y a quienes se impone tal cosa. Los primeros son grupos –o individuos, habría que añadir– que cuentan con «suficiente fuerza negociadora» como para pactar «por separado» sus condiciones de empleo, considerando que, «por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de servicios», esa es «la mejor vía para la defensa de sus intereses». Pero bien distinto es el caso de quienes, «por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente», con el resultado de que se les imponen «injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas» (63). Creo que esta diferenciación entre la preferencia del afectado y lo impuesto a éste, o lo que es lo mismo, entre la fuerza y la debilidad contractual del individuo aislado, debe ser un criterio central para diferenciar lo patológico de lo no patológico en el variopinto mundo de la revitalización de la autonomía individual de la voluntad. Nada que criticar, en principio, a una individualización de la relación laboral libremente decidida por quien piensa que así puede perseguir mejor sus objetivos y garantizar sus intereses. Poco de saludable tiene, por el contrario, una autonomía individual de la voluntad utilizada para que el individuo no goce de lo conseguido colectivamente por el grupo organizado. Incluso en el primer supuesto hay que tener cuidado con el hecho de que el sindicato se vea radicalmente privado de la

(63) Todos los entrecomillados son de la importante STC 136/1987. En este caso, al igual que en el resuelto en la precedente STC 52/1987, se constató que los trabajadores temporales, excluidos de convenio, y que desarrollaban un trabajo sustancialmente similar al de los trabajadores fijos, recibían un salario inferior al de estos últimos.

función que constitucional y legalmente le corresponde, como sucede en los fenómenos de utilización masiva de la autonomía individual para contradecir lo establecido en el convenio colectivo aplicable.

Creo que no está de más resaltar que los momentos de «fricción» incompatible con el art. 14 CE entre lo colectivo y lo individual, en el sentido de que la negociación colectiva ha tratado a determinados trabajadores de forma contraria al derecho a la igualdad, no se han limitado a la exclusión del convenio de los trabajadores con contrato temporal (SSTC 52/1987 y 136/1987) o al peor trato convencional recibido por trabajadores atípicos (STC 177/1993), sino que algunos convenios colectivos han incurrido en claras y odiosas discriminaciones por razón de sexo, como, por ejemplo, los supuestos examinados en las SSTC 145/1991, 58/1994 y 147/1995, habiéndose estimado, en todos ellos, el recurso de amparo.

Son momentos de fricción o tensión entre lo colectivo y lo individual, si bien hay que precisar, de un lado, que, por vulnerar la negociación colectiva la Constitución, está igualmente en juego la relación ley-convenio colectivo, y, de otro, que la discriminación se vierte o proyecta sobre un colectivo (trabajadores con contrato de duración determinada o atípicos, trabajadoras, etc.) y que, en general, el planteamiento del caso ante los Tribunales laborales se hace por un sindicato o por un comité de empresa (64).

Recientemente se ha manifestado otro importante punto de fricción entre el artículo 14 CE y la negociación colectiva, en el que hay que examinar si lo acordado por ésta vulnera o no el derecho a la igualdad y es discriminatorio con respecto a determinados trabajadores. Se trata de la llamada «doble escala salarial», que consiste, como se sabe, en que, simplificando, se establece en el convenio colectivo un salario inferior para los trabajadores nuevos o de nuevo ingreso (65). El problema ha merecido una inicial respuesta negativa por las conocidas STS 22

---

(64) Sólo en el supuesto examinado por la STC 145/1991 la inicial demanda ante el orden social se interpone por las 138 trabajadoras afectadas. En el supuesto resuelto por la STC 52/1987, la demanda de origen ante los Tribunales laborales se formula por un sindicato frente al acuerdo alcanzado por la empresa con otros sindicatos, mientras que en el examinado por la STC 136/1987 lo hace una Federación sectorial sindical frente a un convenio colectivo de empresa. También un convenio colectivo de empresa es contra el que se alza, por la vía del procedimiento de conflicto colectivo, un comité de empresa en el supuesto que acaba resolviendo la STC 58/1994, con la particularidad de que se trataba del convenio colectivo de empresa de esa empresa, y perdónese la reiteración. Lo mismo sucede en el caso analizado por la STC 177/1993, si bien no consta si el convenio colectivo era de empresa. Finalmente, en el supuesto resuelto por la STC 147/1995, la inicial demanda ante los Tribunales laborales se interpone por un sindicato que actúa en nombre y representación de las 25 trabajadoras afectadas.

(65) Véase, al respecto, S. DEL REY GUANTER: «Fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa y diferenciación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos: una lectura integradora de la jurisprudencia más reciente», *AL*, 1997, núm. 21, pp. 511 y ss., y A. BEJARANO HERNÁNDEZ: «Desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso y autonomía colectiva e individual», *RL*, 1997, núm. 8, pp. 8 y ss.

de enero de 1996 (Ar. 118) y la STSJ Cataluña 28 de octubre de 1996 (caso «Damm»), declarándose en ambos casos que el correspondiente convenio colectivo era incompatible en ese extremo con el artículo 14 CE. Sin poder profundizar aquí en la cuestión, sí quiero decir que, en mi modesta opinión, es dudoso que estas sentencias hayan dado una respuesta definitiva al problema, toda vez que han censurado determinadas configuraciones de la doble escala salarial (por no generar en realidad, por ejemplo, nuevos puestos de trabajo), pero no tan clara o tajantemente la idea en sí. Cabe preguntar, en este sentido, si superarían o no el filtro del artículo 14 CE determinadas conformaciones de la doble escala salarial delimitadas en el tiempo (esto es, que no consagraran una desigualdad de trato para siempre), no excesivas ni desproporcionadas en cuanto a la concreta diferencia salarial entre unos trabajadores y otros y que supusieran una real creación de empleo. ¿Existiría o no un diferencia de trato objetiva, razonable y proporcionada? Me limito a dejar planteado este interrogante, clarificando, eso sí, que el interrogante es jurídico, pues otra cosa es la decisión del trato desigual contemplada desde el ángulo de la oportunidad y de la estrategia sindicales. Contemplada la cuestión desde este ángulo, ocurre que no es fácil que los que son ya trabajadores acepten fácilmente de sus representantes una decisión en virtud de la cual se reducen los niveles –salariales, etc.– ya conseguidos. Cuestión distinta es imponer esos niveles a quienes no son trabajadores y quieren desesperadamente serlo.

Si bien se mira, aunque no en todos sus pliegues, algo similar ocurre con el nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida (Disposición adicional primera de la Ley 63/1997). Ante la opción de reducir el precio del despido objetivo improcedente a quienes ya son trabajadores o reducirlo tan sólo a los nuevos contratos, la decisión sindical es la segunda, probablemente por la mayor contestación que tendría la primera. Y ello, sin dejar de reconocer que –como creo que es– la Disposición adicional primera citada probablemente anuncia y es una antesala del futuro precio de aquel despido para todos los trabajadores. No me detengo en los problemas que, a medio y largo plazo, puede generar la convivencia entre dos colectivos de trabajadores con condiciones distintas. Problema, con todo, que seguramente es más acusado en el tema de la «doble escala salarial» que en el del precio del despido objetivo improcedente. De ahí –reitero– la conveniencia de que la doble escala salarial sea, en el mejor de los casos, un mecanismo de «enganche» al trabajo, siendo muy conveniente que la diferencia de trato se vaya paulatinamente difuminando hasta desaparecer por completo al cabo del tiempo.

Un último elemento de tensión y disputa que interesa mencionar entre lo colectivo y lo individual tiene lugar al hilo de la renegociación por los sindicatos de los derechos en materia de protección social o complementarios de seguridad social de los trabajadores pasivos. Como es sabido, no pocos redimensionamientos empresariales se han realizado por la vía no traumática de acordar determina-

das y a veces sustanciosas mejoras y beneficios en materia de protección social y seguridad social en favor de los trabajadores que abandonaban así la empresa y veían extinguido su contrato de trabajo. Posteriormente, sin embargo, se vuelven a pactar «a la baja» estos beneficios de quienes ya eran pasivos quienes asisten a una reducción, a veces muy considerable, de las condiciones en virtud de las cuales se procedió a extinguir sus contratos de trabajo. Esta renegociación se ha hecho no pocas veces por la vía de renunciar a pactar un convenio colectivo del título III del Estatuto de los Trabajadores, aun reuniendo los requisitos para ello (66). En otras ocasiones se ha utilizado la conciliación judicial (67). No me detengo aquí en el juicio que me merecen las citadas operaciones «reductoras».

Sea como fuere, y retomando el hilo central de la exposición, reitero que me parece capital y muy clarificador diferenciar, dentro del personal excluido de convenio, entre, de un lado, los directivos, cuadros, y el personal que en todo caso ocupa las posiciones salariales y funcionales «más altas», y, de otro, los trabajadores precarios con contratos de duración determinada. Y, por encima de ello, a la hora de delimitar lo patológico (utilización del ropaje de la autonomía individual para encubrir el «dominio» empresarial; la autonomía individual «unilateral») de lo no patológico (la verdadera y real autonomía «bilateral»), creo capital realizar una suerte de *«test» o de verificación del poder contractual real del trabajador individual en cuestión.*

Es verdad que todo tiene sus riesgos; pero espero que pueda convenirse en que existe una apreciable y notable diferencia entre un trabajador que ocupa las posiciones salariales y funcionales más altas (en principio, aun no sin matices, cabe presumir que tiene cierto poder contractual individual) y un trabajador precario (en principio, cabe presumir que carece de poder contractual individual y que sus condiciones las impone el empresario, si no cuenta con el «paraguas» del convenio colectivo y está fuera del poder equilibrador que el convenio expresa).

Hasta aquí se viene hablando del renacimiento y reforzamiento de la autonomía individual, e incluso de cómo ésta, en ocasiones, sea de forma patológica o no, se ha revuelto contra el convenio colectivo. Pero, a la vez, y como muestra de la complejidad existente y de sus paradojas, existen supuestos en los que la autonomía individual es objeto de fuertes constricciones.

---

(66) De ahí que M.ª E.ª CASAS BAAMONDE plantee el problema de la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos; véase su trabajo «¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?», cit., pp. 1 y ss.

(67) Véanse los supuestos examinados por las SSTS 20 de diciembre de 1996 (Ar. 9812) y 30 de enero de 1997 (Ar. 645), ambas recurridas en amparo; la primera en el recurso núm. 610/97 y la segunda en los recursos núms. 1038/97 y 1068/97. Comenta estas Sentencias L. E. DE LA VILLA GIL: «Estudio preliminar», en Luis Enrique DE LA VILLA GIL, Juan DE LA VILLA SERNA, Luis E. DE LA VILLA SERNA y A. CEBRIÁN CARRILLO: *Pensiones Privadas. Planes y Fondos de Pensiones. Seguros de Vida. Entidades de Previsión Social*, Madrid (Acarl), 1997, pp. XXXII-XXXIII.

Es el caso, por ejemplo, de las llamadas jubilaciones forzosas pactadas en convenio colectivo, permitidas por el párrafo segundo de la Disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, que fue objeto de la STC 58/1985, seguida por otras muchas posteriores. Como se sabe, ya la STC 22/1981 había impuesto dos condicionantes a la jubilación forzosa: primera, que el afectado reúna los requisitos para que, sin solución de continuidad, pueda pasar a percibir la pensión de jubilación; y, segunda, que no se amortice el puesto de trabajo, pues el sacrificio que se impone al trabajador y a su derecho al trabajo (art. 35.1 CE) sólo puede justificarse por la política de reparto de trabajo que implica que un nuevo trabajador sea contratado en el puesto del jubilado.

Pero, sea como fuere, e independientemente de que esta última condición no se cumple, con el beneplácito, me parece apreciar, del TS (la jubilación forzosa es, en la práctica, una medida no traumática de extinción de contratos y de reducción de plantillas), lo cierto es que la jubilación forzosa, si se le impone al trabajador al margen de su voluntad y de sus deseos, supone un completo y radical cercenamiento de la autonomía individual por parte de la colectiva. Y hablo del trabajador y no del empresario, porque me parece (no tengo, es cierto, seguridad alguna) que la jubilación forzosa se pacta básicamente en los convenios de empresa. De venir pactada en convenios de sector, también podría hablarse de cercenamiento, en su caso, de la voluntad empresarial.

Momentos adicionales de «fricción» o tensión entre lo colectivo y lo individual pueden plantearse, de forma muy señalada, cuando los representantes de los trabajadores pactan una modificación sustancial de condiciones de trabajo (cfr. art. 138 LPL) y, en un grado todavía mayor, cuando pactan un despido colectivo (art. 51 ET), sin existencia en esta ocasión, empero, de cauce procesal específico.

Aparentemente, la reforma de 1994 del Estatuto de los Trabajadores no introdujo cambios sustanciales en la relación convenio colectivo/contrato de trabajo (68), al contrario de lo que ocurrió en la relación ley/convenio colectivo. La reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 deja intocados, como se sabe, los arts. 3.1 *c)* y 3.5 ET. Ahora bien, a estas alturas sabemos que la mera pervivencia de la redacción original de determinados preceptos no significa que no repercuta sobre ellos un cambio del contexto normativo en el que se mueven, así como la modificación de otros preceptos con ellos relacionados, por no mencionar, en fin, los cambios jurisprudenciales. Es verdad que lo anterior no se puede proyectar íntegramente ni en toda su intensidad sobre los arts. 3.1 *c)* y 3.5

(68) Un examen de la cuestión, en S. DEL REY GUANTER: «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores», *REDT*, 1996, núm. 77, pp. 425 y ss., especialmente pp. 426 y ss. Véase, asimismo, A. MONTOYA MELGAR: «Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral», *DL*, 1996, núm. 49.

ET. Pero sí es conveniente recordar que el mayor espacio que va cobrando la autonomía individual se ha hecho sin que aquellos preceptos se modificaran no ya por la reforma de 1994, sino por ninguna otra reforma anterior –ni posterior– del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, la reforma de 1994 sí modificó los arts. 40, 41, 51 y 52 *c)* ET. Lo que antes no podía hacer unilateralmente el empresario, de no contar con el asentimiento de los representantes de los trabajadores, ahora sí puede hacerlo. Sin descender a detalles aquí innecesarios, con anterioridad a 1994 el empresario, si no contaba con la aquiescencia de los representantes de los trabajadores, no podía proceder de forma unilateral a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, ni a trasladar al trabajador ni a realizar lo que suele llamarse, tras 1994, un despido colectivo «menor». Y no podía hacerlo porque se exigía, en tales casos, una autorización administrativa. Sin embargo, tras 1994, puede hacerlo de forma unilateral, independientemente de que exista un control judicial «ex post» que ha sustituido a la autorización administrativa «ex ante». No me interesa aquí valorar ni criticar el acierto o no de la eliminación de la autorización administrativa, de la que personalmente no soy precisamente devoto, que sólo se conserva en los despidos colectivos «mayores» (art. 51 ET). Simplemente quiero resaltar el incremento del poder empresarial que consagra la reforma de 1994 de los preceptos legales citados.

Desde la perspectiva de este trabajo, hay que resaltar con énfasis la posibilidad que expresamente se reconoce desde 1994 al empresario de modificar acuerdos de empresa sin que se permita, no obstante, que la modificación unilateralmente decidida por el empresario se proyecte sobre los convenios colectivos del título III del Estatuto de los Trabajadores (art. 41.2 ET), precepto éste cuya nueva redacción muy probablemente trate de responder a la STC 105/1992, antes mencionada.

Desde la misma perspectiva, merece ser destacado con igual énfasis que la reforma del artículo 41 ET y el actual artículo 138.2 L.P.L. permiten expresar la eventual oposición y fricción entre lo individual y lo colectivo, hasta el punto de que los representantes de los trabajadores deben ser demandados cuando las modificaciones colectivas que el o los trabajadores afectados impugnan cuentan con la conformidad de aquéllos (art. 138.2 L.P.L.).

En general, me parece que, bajo la apariencia del aumento de las posibilidades de intervención de la autonomía individual, la reforma de 1994 incrementó en la práctica las posibilidades de determinación unilateral en manos del empresario en las materias salariales, de tiempo (jornada) y duración del contrato de trabajo.

Una vez más, la autonomía individual, aparentemente «bilateral», mostró su rostro «unilateral». E incluso, por lo ya dicho, el reforzamiento de los acuerdos de empresa, no sólo en las materias recien citadas, ha tenido en la práctica –creo– algún efecto individualizador. Pero sean acertadas o no estas apreciaciones, lo cierto es que en la reforma de 1997 se percibe –al menos yo lo percibo– el intento de la «real» negociación colectiva de recuperar cierto terreno perdido –en favor

de la autonomía individual y, más precisamente, en favor del poder unilateral del empresario; también, con las reservas formuladas, en favor de la negociación en el ámbito de la empresa–, idea que creo ver plasmada, incluso como idea-fuerza, en el conjunto de los Acuerdos y que tiene plasmaciones concretas.

Algún supuesto de ello se encuentra, por ejemplo, en la supresión de la referencia al contrato de trabajo que antes se hacía en el artículo 11. 2 e) ET (versión 1994) y que ahora desaparece (art. 11.2 e) ET, redacción vigente, obra de la Ley 63/1997 y antes del Real Decreto-ley 8/1997). También es de reseñar que el llamado Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 1997 (ACV) mantiene la llamada al acuerdo individual que ya contiene el artículo 26.2 ET (versión 1994), pero rebajándola un grado más (al tercer nivel), pues aquel acuerdo puede producirse únicamente no ya en ausencia de previsión en el correspondiente convenio colectivo (primer nivel), sino cuando tampoco exista acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores (segundo nivel) (art. 12.2 ACV).

Ciertamente por razones coyunturales, pero el caso es que todo el ACV se anticipa a ocupar el terreno, de otro modo susceptible de ocupación por la autonomía individual, dejado libre por la desaparición de las Ordenanzas Laborales en los sectores en los que no existe regulación convencional colectiva. En mi opinión, el ACV es un exponente máximo de cómo en la reforma de 1997 se ha querido conjurar el riesgo de individualización de las relaciones laborales (69).

Rigurosa novedad de la reforma de 1994 es el relevante papel atribuido a la autonomía individual en la vigente redacción de los arts. 39.5 y 91, último párrafo, ET.

Al margen de la reforma de 1994, e incluso de la de 1997, hay que dejar constancia del papel que la autonomía individual tiene en algunas materias relacionadas, entre otras cosas, con la sucesión de los convenios colectivos y con la llamada condición más beneficiosa (70). También hay que recordar el ya citado mayor papel que se viene otorgando a la voluntad de las partes a la hora de calificar como laboral o no la prestación de servicios. Y, finalmente, la doctrina ha puesto de relieve el, en principio paradójico, redescubrimiento que cabe hacer por parte de los laboralistas del Derecho civil y de su profunda evolución y cambio en materias como cláusulas generales de los contratos (a destacar la reciente Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), abusos y protección del consumidor, etc. (71).

---

(69) Así lo ha destacado, por ejemplo, M.ª E.ª CASAS BAAMONDE: «Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva», *RL*, 1997, núm. 10, p. 9. Sobre el ACV, véase, por todos, F. VALDÉS DAL-RÉ: «El Acuerdo de cobertura de vacíos», *RL*, 1997, núm. 11, pp. 1 y ss.

(70) Remito a S. DEL REY GUANTER: «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores», cit., pp. 434 y ss.

(71) Véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil», *RL*, 1996, núm. 21, pp. 1 y ss.

IV. CONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS CONSTITUCIONALES «INESPECÍFICOS»: UNA MATERIA EN LA QUE QUEDA MUCHO POR HACER. UNA TRIPLE SECUENCIA: 1.º) EL TRABAJADOR PUEDE EJERCER SUS DERECHOS; 2.º) CON ALGUNOS LÍMITES; 3.º) PERO CON LOS ESTRICTAMENTE NECESARIOS O IMPRESCINDIBLES. EL PRINCIPIO DE LA INDISPENSABILIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJADOR

Una última cuestión se va abordar en este estudio.

Se trata de los derechos constitucionales que el trabajador tiene en tanto que ciudadano (libertad de expresión, intimidad, propia imagen, incluso la llamada «libertad informática», etc.) y no como trabajador (libertad sindical, derecho de huelga, etc.), esto es, de los llamados con fortuna por Palomeque derechos «inespecíficos» (72), y de cómo estos derechos pueden ejercerse frente al empresario y en el lugar de trabajo (73). Quiero precisar que apenas me voy a referir a la más elaborada interdicción de discriminación (art. 14 CE), en la que sí existe, aparte de una mayor elaboración doctrinal y jurisprudencial, un relativo arsenal, o al menos mayor número, de normas comunitarias, internacionales e internas, especialmente sobre discriminación por razón de sexo.

En relación a cómo los trabajadores ejercen sus derechos «inespecíficos» en el seno de la relación laboral existe un importante vacío legal, lo que es particularmente reseñable en el Estatuto de los Trabajadores, que sí se preocupó, por el contrario, de dotar al empresario, sin matices y con vaporosos y poco concretos límites, de importantes poderes de control sobre el trabajador (arts. 18 y 20.3 y 4 ET). Ahora bien, es cierto que se reconoce expresamente el derecho de los trabajadores al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual [art. 4.2 e) ET]. Ello es importante, sobre todo para las concepciones que

---

(72) M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid (CEC), 1991, p. 31.

(73) Véase, con carácter general, S. DEL REY GUANTER: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *RL*, 1995, I, pp. 181 y ss.; J. RIVERO LAMAS: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», cit., pp. 985 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», *RL*, 1996, núm. 12, pp. 12 y ss., y F. VALDÉS DAL-RÉ: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *RL*, 1990, I, pp. 283 y ss. Asimismo, J. R. MERCADER UGUINA: *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 1995. De gran interés es el reciente y exhaustivo trabajo de J. M.ª BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid (CEPC y BOE), 1997, con prólogo de J. JIMÉNEZ CAMPO.

defienden una eficacia mediata de los derechos fundamentales (74), lo que significa, sin realizar aquí mayores precisiones, que, por ejemplo, el derecho constitucional a la intimidad (art. 18.1 CE), sólo operaría en las relaciones laborales si hay un reconocimiento en la Ley (mediación legal), como ocurre, en efecto, en el Estatuto de los Trabajadores [arts. 4.2 e), 18, ...]. Pero, aun aceptando por un momento lo anterior, el problema es que el Estatuto de los Trabajadores se limita a reconocer el derecho a la intimidad –lo que no es poco–, pero nada más se dice ni se añade sobre la manera de ejercer, y en todo caso salvaguardar, este derecho.

La doctrina ha subrayado, así, la «desgana» (75) o desinterés del Estatuto de los Trabajadores por tal cosa (76), al contrario de lo que ocurrió con el Estatuto italiano de 1970, sin que tampoco haya motivos para que este último sea magnificado (77). Y hay que convenir en que el mero reconocimiento constitucional y/o legal (esta última esencial, como ha quedado dicho, para los defensores de la eficacia mediata de los derechos fundamentales) de los derechos del trabajador/ciudadano es condición necesaria, pero no suficiente, para su verdadera operatividad, sin que, por lo demás, la negociación colectiva –pudiendo haberlo hecho– haya colaborado apenas en esta tarea (78).

Por el contrario, el Estatuto de los Trabajadores sí mostró su interés por permitir la posibilidad de registrar «la persona del trabajador» (art. 18 ET), además de garantizar que el empresario pudiera adoptar las medidas «que estime más oportunas» de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabaja-

---

(74) Para esta concepción, véase J. M.ª BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 283 y ss.

(75) A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., p. 96.

(76) Constatando ese desinterés y analizando las razones, véase, por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Diez años del Estatuto de los Trabajadores», *RL*, 1990, I, pp. 37 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit.; F. DURÁN LÓPEZ, «Inviolabilidad de la persona del trabajador», en AA.VV. (dir. E. BORRAJO DACRUZ), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo IV*, Madrid (Edersa), 1983, p. 534, quien señala cómo está ausente del Estatuto de los Trabajadores una consideración global de las cuestiones referentes a la privacidad y a su protección en el contrato de trabajo; M.ª E.ª CASAS BAAMONDE, A. BAYLOS GRAU y R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «El Estatuto de los Trabajadores, diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *RL*, 1990, I, pp. 203 y ss.; M.ª D. ROMÁN DE LA TORRE: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Ed. Grapheus), 1992, p. 304.

(77) Véase últimamente L. GAETA: «La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación», en J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU (dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, cit., pp. 63 y ss. Sobre el tema, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Diez años del Estatuto de los Trabajadores», cit., pp. 37 y ss.

(78) F. VALDÉS: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pp. 278 y ss.; en pp. 286 y ss., análisis del «abandono y postergación de los derechos de la persona del trabajador en la negociación colectiva».

dor de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET) (79) y el estado de enfermedad o accidente de trabajo alegado por éste para justificar su inasistencia al trabajo (art. 20.4 ET) (80), lo que con seguridad se va a incrementar tras la reforma del régimen de la incapacidad laboral transitoria, ahora incapacidad temporal, debiendo mencionarse asimismo el más incisivo papel de las Mutuas en la materia. Todo lo anterior se ha hecho con una amplitud y generosidad tales, que rápidamente se suscitaron en la doctrina fundadas dudas de compatibilidad con la Constitución de la formulación de algunos de los preceptos citados (81).

Ciertamente, como se ha anticipado, las medidas de vigilancia y control tienen como límite «la consideración a (la) dignidad humana» del trabajador (art. 20.3 ET) y la «intimidad» de éste (art. 18 ET), siendo claro que los poderes empresariales de dirección y control sobre la actividad del trabajador no pueden prevalecer sobre aquellos derechos fundamentales, al igual que tampoco pueden prevalecer sobre ellos los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso encaminados a la averiguación de la verdad. Pero ningún límite objetivo ni concreción adicional hay al respecto en el Estatuto de los Trabajadores (82). Y, lo que es más grave, no existe norma ni mecanismo de tutela alguno (83), si bien hay que dar cuenta del artículo 96.11 ET (antes art. 8.11 L.I.S.O.S.) y de la indiscutible posibilidad de recurrir a la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales (84). En verdad, los arts. 18 y 20.3 ET, más que a proteger los derechos a la intimidad y a la dignidad del trabajador, se enderezan a reforzar los poderes empresariales (85). La anterior situa-

---

(79) Y aunque, ciertamente, no hay que menospreciar el dato de que la verificación se circunscriba a las «obligaciones y deberes laborales», ello ha llevado a algún autor a hablar de «impecable delimitación» (F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, p. 90).

(80) Véase, en general, F. DURÁN: «Inviolabilidad de la persona del trabajador», cit., J. L. GOÑI: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1988, y J. R. MERCADER UGUINA: *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, cit., Cap. IV, II, especialmente pp. 134 y ss.

(81) Véase J. L. GOÑI: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., pp. 111 y ss., 116, 172 y ss., 184 y ss., 223...; F. VALDÉS, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pp. 284 y ss.; J. M. DEL VALLE: «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *AL*, 1991, núm. 39, pp. 498 y ss. y 502 y ss.; A. PEDRAJAS MORENO: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid (Trotta), 1993, pp. 60 y ss. Sin embargo, M.ª E.ª CASAS, A. BAYLOS y R. ESCUDERO («El Estatuto de los Trabajadores, diez años después...», cit., p. 209) advierten la dificultad de que estos reproches prosperen a la vista de la doctrina constitucional que más adelante se examina.

(82) Véase, por todos, J. L. GOÑI: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., pp. 109 y ss.

(83) Así lo señalan, críticamente, F. VALDÉS: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., p. 17, y A. MARTÍN AGUADO: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial», en J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS Grau (dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, cit., p. 53.

(84) Artículos 175 a 182 LPL.

(85) F. VALDÉS: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., p. 284.

ción ha llevado a la doctrina a reclamar la reforma del Estatuto de los Trabajdores en este extremo (86).

Al menos en hipótesis, el vacío legal que se acabe de describir críticamente permitiría abrir un espacio regulador a la negociación colectiva y, en su caso, a la autonomía individual. Pero, como ha quedado dicho, la impresión de que la negociación colectiva «no está por la labor», al menos de momento, quizás al estar apremiada por problemas más inmediatos y en todo caso gravísimos (desempleo, alta tasa de temporalidad), que se contemplan en los Acuerdos de la reforma de 1997. Tampoco creo que sean frecuentes previsiones expresas por parte de la autonomía individual sobre el particular y, sin embargo, a la vista de este panorama, quizás el contrato de trabajo podría ser un vehículo adecuado de regulación y de contemplación de las aspiraciones individuales y de ponderación de intereses entre el trabajador y el empresario; quizá sea un tema en cierta medida individualizable. Dejo aquí planteada, no sin muchas dudas e interrogantes, esta posibilidad, si bien preciso que no se trata de remitir la regulación en exclusiva al contrato (no cabe prescindir, creo, de la disciplina legal y/o colectiva (87)), pero sí de que el contrato no espere a que esta disciplina exista, sino que se anticipe a la misma, y que, en su caso, la complete cuando finalmente se promulgue y/o se negocie colectivamente.

En todo caso, lo que resulta evidente es que los derechos constitucionales «inespecíficos» limitan el poder empresarial, en el sentido de que las decisiones empresariales no pueden violentarlos (88). También es claro que tampoco puede hacerlo una eventual regulación pactada entre trabajador y empresario, pero no es esto lo que ahora me interesa destacar.

Que los derechos a los que vengo haciendo referencia limitan los poderes empresariales es algo, desde luego, que reconoce y admite el Estatuto de los Trabajadores. Aparte ahora del ya citado artículo 4.2 e) ET, los arts. 18 y 20.3 ET imponen como límite a las amplias facultades empresariales en ellos establecidas el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador. El problema radica en que, como se viene diciendo, no se introduce mayor concreción ni precisión alguna.

Y, sin embargo, yo creo que se trata de una cuestión en la que hay mucho que hacer y en la que hay falta de regulación, cuando no se puede prescindir de ella, existiendo «campo de juego», a mi juicio, para la regulación legal, para la regulación a través de la negociación colectiva y, en fin, para el contrato de trabajo.

---

(86) M.ª E.ª CASAS, A. BAYLOS y R.ESCUDERO «El Estatuto de los Trabajadores, diez años después...», cit., p. 207.

(87) En similar sentido, A. BAYLOS GRAU: *Derecho del Trabajo: modêlo para armar,* cit., pp. 98 y 99.

(88) Como resueltamente declara la STC 292/1993, «el poder de dirección y gestión de la empresa tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores». Quiero recordar que el ponente de esta Sentencia fue el Excmo. Sr. D. Eugenio Díaz Eimil, excelente Magistrado del Tribunal Constitucional, fallecido en mayo de 1997.

Son muchas las materias sobre las que se proyecta lo anterior. Entre otras, cabe citar la libertad de expresión, los derechos de intimidad y a la propia imagen, la libertad religiosa, el acoso sexual [art. 4.2 e) ET], la integridad física del trabajador –donde es indudable el avance que supone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y su amplia normativa de desarrollo–, el eventual juego del derecho a la educación (art. 27 CE) y su relación con los derechos previstos en el artículo 23 ET, conexión negada quizá de forma excesivamente drástica por la STC 129/1989, etc.

Particular interés tiene para mí lo que antes se ha llamado libertad informática del trabajador, que podría hacerse derivar del artículo 18.4 CE (89). Esta cuestión se ha puesto últimamente de relieve con motivo de la detracción salarial practicada por RENFE con motivo de una huelga, utilizando para ello los datos informáticos sobre la afiliación de los trabajadores que estaban en su poder con el exclusivo fin de la detracción de la cuota sindical (art. 11.2 LOLS), por lo que fue sancionada, por cierto, por la Agencia de Protección de Datos. Fueron admitidos a trámite varios recursos de amparo contra Sentencias de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia que no entendieron reprochable la conducta empresarial (recursos núms. 840/95, 2264/96, 4685/96 y 1291/97). También es conocido que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha corroborado, no sin un importante voto particular discrepante, lo establecido por aquellas Sentencias (STS 15 de abril de 1996, dictada en casación para la unificación de doctrina). Si bien se viene hablando de que, en general, en materia de derechos fundamentales y contrato de trabajo existe cierta anemia legal, en la concreta materia que ahora nos ocupa no hay que menospreciar, en modo alguno, el papel de la legislación general sobre la materia, es decir, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (90), así como el de la legislación internacional (Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos con carácter personal, de 28 de enero de 1981, publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1985) y comunitaria (Directiva 95/46/CE).

La reciente STC 11/1998 ha estimado el recurso de amparo (r.a. núm. 2264/1996), entendiendo lesionado el derecho de libertad sindical (art. 28.1

---

(89) Véase, con carácter gener*al*, S. DEL REY GUANTER: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la «intimidad informática» del trabajador», *RL*, 1993, II, y J. R. MERCADER UGUINA: *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, cit., Cap. IV, II, 1.1 C), pp. 147 y ss.

(90) Referencias a esta Ley, en la importante STC 254/1993. Un análisis, desde la perspectiva labor*al*, de esta Ley es el de S. DEL REY GUANTER: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la "intimidad informática" del trabajador», cit. Un importante aspecto parcial, en el trabajo de L. FERNÁNDEZ VILLAZÓN «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *RL*, 1994, núm. 11, pp. 7 y ss.

CE), en conexión con el artículo 18.4 CE, y ha declarado la nulidad de una de las Sentencias de las Salas de lo Social del TSJ de Madrid a las que se ha hecho referencia.

Tras citar la STC 254/1993, la STC 11/1998 toma en consideración que la afiliación del trabajador recurrente a determinado sindicato se facilitó con la única y exclusiva finalidad lícita de que la empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al sindicato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 LOLS. Sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto, esto es, para retener la parte proporcional del salario relativa al período de huelga. Y ello, a pesar de que el responsable de la dependencia donde el demandante de amparo presta servicios había participado que éste no se adhirió a la huelga. La STC 11/1998 aprecia que se trata de «una decisión unilateral del empresario que supone un trato peyorativo para el trabajador por razón de su adhesión a un sindicato (art. 12 LOLS.)», y, «paralelamente, la medida puede neutralizar la ventaja que para el sindicato significa el régimen recaudatorio establecido en el artículo 11.2 LOLS, en cuanto le asegura el ingreso puntual y regular de las cuotas sindicales».

Para la STC 11/1998, el artículo 18.4 CE consagra un «derecho instrumental» ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, como el derecho de libertad sindical. El TC concluye que ha existido una lesión del artículo 28.1 CE, en conexión con el artículo 18.2 CE. Este último precepto «no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que además consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –...– pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos». Y en el caso se utilizó «un dato sensible» (la afiliación sindical) «que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta». Para la STC 11/1998 la vulneración de los derechos fundamentales no queda supeditada en el caso a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, siendo irrelevante el elemento intencional.

También me parece de gran importancia reflexionar sobre los test psicológicos y de indagación de la personalidad, tan frecuentes ya a la hora de la selección y contratación de trabajadores, singularmente de determinados niveles profesionales, al igual que los exámenes –previos o coetáneos a la contratación– y reconocimientos médicos posteriores a la misma. No estoy radicalmente en contra de nada de lo anterior. Pero sí creo que se ha dado por supuesto que cabe hacerlos y creo que ello es así sólo bajo determinadas condiciones y cautelas. Al igual que ocurre con los datos informáticos –aunque quizá menos con estos datos–, creo que los test psicológicos y los exámenes médicos se han venido aceptando

acríticamente y sin matices. Sería conveniente mayor reflexión y debate al respecto (91).

Con todo, respecto a la vigilancia de la salud de los trabajadores, hay que admitir que constituye un indudable avance el artículo 22 LPRL (92). Tras reconocer que corresponde al empresario garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica, el precepto precisa que esa vigilancia sólo puede llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, si bien la voluntariedad puede venir exceptuada, previo informe de los representantes de los trabajadores, en los supuestos en los que los reconocimientos sean imprescindibles para evaluar las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

A destacar la mención expresa que el artículo 22.1 LPRL hace al carácter «imprescindible» de la obligatoriedad del reconocimiento, de forma que sólo si concurre aquélla el reconocimiento podrá imponerse al trabajador. Ello enlaza con lo que se dice más adelante sobre el principio de indispensabilidad o de estricta necesidad.

A destacar también que el artículo 22.2 LPRL establece que, además de la intimidad y dignidad del trabajador, las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se han de realizar «respetando siempre» la confidencialidad de toda información relacionada con su estado de salud. Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no pueden ser usados con fines dis-

---

(91) Agudamente hace notar GAETA la cada vez más frecuente y en verdad generalizada utilización de técnicas psicológicas de evaluación del trabajador, que contemplan no sólo «las competencias técnicas profesionales», sino también «mediciones psicológicas del comportamiento en el más amplio sentido de la palabra (variaciones afectivas, emocionales, sociales, actitudes agresivas, etc.), en el que el ser humano desarrolla obviamente un papel fundamental». «Se trata, en efecto –prosigue GAETA–, de investigaciones efectuadas con las técnicas más dispares, que van desde los coloquios personales a diversas y "extravagantes" formas de test psicométricos, cuyo propósito –respondiendo a una pregunta o interpretando una mancha de tinta– es hacer que emerja la persona y su modo de vida, incluso inconsciente» [«La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación», cit., pp. 70-71]. Con carácter gener*al*, véase J. R. MERCADER UGUINA: *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, cit., Cap. IV, II, 1.1 D), 1.2 y 2.3 B), especialmente pp. 159 y ss. y pp. 215 y ss. Centrándose en el SIDA, véase M.ª J. ROMERO RÓDENAS: *Sida y toxicomanías. Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid (ibídem), 1995, especialmente pp. 160 y ss., y, recientemente, J. L. GOÑI SEIN: «El SIDA y la relación de trabajo (A propósito de la sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de abril de 1996)», *RL*, 1997, núm. 17, pp. 50 y ss.

(92) Véase, con carácter gener*al*, L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN: «Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)», *REDT*, 1997, núm. 82, pp. 221 y ss., y F. J. SÁNCHEZ PEGO: «La vigilancia de la salud para la prevención de riesgos laborales en su colisión con el derecho a la intimidad», Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar. Algunos supuestos de conflicto en particular* (inédito).

criminatorios ni en perjuicio del trabajador y el acceso a la información médica de carcácter personal se ha de limitar al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, «sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador» (art. 22.4, párrafo primero, LPRL). No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención han de ser informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva (art. 22.2, párrafo segundo, LPRL).

Ya se ha dicho que el artículo 22 LPRL constituye un indudable avance en estos temas. Pero todavía quedan no pocas cuestiones por reflexionar y debatir en materia, por ejemplo, aparte de los test de personalidad, de las preguntas privadas que se hacen muchas veces en las entrevistas previas o coetáneas a la contratación, así como respecto de la no obligatoriedad y, en su caso, la confidencialidad y consecuencias de los reconocimientos médicos realizados entonces. Es verdad que el candidato a trabajador siempre puede negarse a contestar aquellas preguntas y a que se le realicen reconocimientos médicos. Pero todos sabemos las consecuencias que ello podrá conllevar –y que a buen seguro conllevará– desde la perspectiva de su contratación, si bien respecto de la obligatoriedad del reconocimiento médico cabría defender la aplicación del artículo 22.1 LPRL.

Sea como fuere, en relación con la proyección y juego de los derechos constitucionales inespecíficos de los trabajadores en el seno de la relación laboral, el Tribunal Constitucional ha sentado, en mi opinión, una importante jurisprudencia, de la que quiero dejar aquí constancia, siquiera sea de forma sintética.

Es verdad que esta doctrina se ha establecido al hilo de supuestos, básicamente, de libertad de expresión –en algún caso, de información– (93) y del derecho a la

---

(93) SSTC 120/1983 (caso «Liceo Sorolla»), 88/1985 (Psiquiátrico de Conjo), 6/1988 (Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia), 6/1995 (Jugador de fútbol del club deportivo Tenerife), 4/1996 (horas extraordinarias), 106/1996 (caso del «pic-nic»), 186/1996 (caso del «monitor-socorrista»), 204/1997 (caso del «programador de televisión») y 1/1998 (caso del «presidente de comité de empresa de empresa de transportes»). Otra Sentencia de interés es la STC 143/1991. Sobre el tema, con carácter general, véase S. DEL REY GUANTER: *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Madrid (Civitas), 1994, G. ROJAS RIVERO: *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid (Trotta), 1991, J. R. MERCADER UGUINA, *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, cit., Cap. IV, II, 1.3, pp. 190 y ss., y J. M.ª BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 490 y ss. Además de los comentarios publicados en los libros de M. ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Madrid (Civitas), a partir de 1993 junto con A. MONTOYA MELGAR, recientes comentarios sobre la STC 106/1996 son los de J. GORELLI HERNÁNDEZ: «Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido», *AL*, 1997,

propia imagen del trabajador (94). Pero sin duda es generalizable y aplicable a otros supuestos, pues se ha establecido con carácter y vocación de doctrina general.

La doctrina constitucional puede resumirse en la siguiente triple secuencia:

1.º) En primer lugar, ante el interrogante de si los derechos constitucionales inespecíficos del trabajador pueden o no ejercerse frente al empresario y en el centro de trabajo, el Tribunal Constitucional dio prontamente una clara respuesta afirmativa, estableciendo el criterio de que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano ... Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" –concluye el TC– repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)» (95).

Se reconocía así la «Drittwirkung», esto es, la eficacia horizontal y no sólo vertical de los derechos constitucionales, en el sentido de que estos derechos se proyectan y aplican en las relaciones entre particulares y no sólo son ejercitables frente a los poderes públicos (96). Siempre me gusta citar que, como no puede ser

---

núm. 6, pp. 109 y ss., y L. G. MARTÍNEZ ROCAMORA: «Ofensas verbales y libertad de expresión del trabajador», *TS*, 1996, núm. 72, pp. 39 y ss. Comenta la STC 6/1995, C. GALA DURÁN: «Relación laboral y libertad de expresión», *RL*, 1996, núm. 7, pp. 34 y ss.

(94) SSTC 170/1987 (caso de «la barba») y la novedosa y central STC 99/1994 (caso del «despiezador de jamones»). Sobre la primera, véase, M. ALONSO OLEA: «Sobre la costumbre como fuente del Derecho. Sobre la apariencia física personal como derecho a la propia imagen y su limitación por el contrato», en M. ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. 1987. Tomo V*, Madrid (Civitas), 1988, pp. 323 y ss., y F. PÉREZ DE LOS COBOS: «Sobre el derecho a la propia imagen», *Poder Judicial*, 1988, núm. 10, pp. 75 y ss. Sobre la STC 99/1994, véase A. MONTOYA MELGAR: «Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. 1994. Tomo XII*, Madrid (Civitas), 1995, pp. 241 y ss., y M. MOLINA GARCÍA: «El derecho del trabajador a su propia imagen», *RL*, 1995, II, pp. 618 y ss. Véase, con carácter general, J. M.ª BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 736 y ss. y 767 y ss.

(95) STC 88/1985 (Caso Psiquiátrico de Conjo).

(96) Véase, por todos, C. MOLINA NAVARRETE: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la "Drittwirkung" laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional», *RTSS*, 1991, núm. 3, pp. 63 y ss.; J. R. MERCADER UGUINA, *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador:* cit., Caps. II, III, pp. 77 y ss., J. M.ª BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., especialmente pp. 325 y ss. y 349 y ss., y la bibliografía citada por los tres trabajos.

de otro modo, y si bien el artículo 53.1 CE parece ceñir a los poderes públicos la vinculación a los derechos y libertades del capítulo II de la Constitución, no sólo aquellos poderes, sino también los ciudadanos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) (97).

Cuestión distinta es que, no tanto la Constitución, sino la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), haya configurado el recurso de amparo como un recurso dirigido a reparar lesiones cometidas por los poderes públicos, por lo que la lesión se ha de tener que poder imputar siempre a dichos poderes. Como se sabe, el problema, básicamente procesal, se ha resuelto imputando la lesión cometida por el empresario (por ejemplo, al derecho de libertad sindical o de huelga, a la libertad de expresión, al derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación) al órgano judicial, por no haber reparado, como hubiera debido hacer, la vulneración empresarial del derecho fundamental en cuestión; se trata de la doctrina de la «asunción judicial» de la violación (98). En definitiva, lo que se recurre en amparo es la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas (por todas, SSTC 47/1985, 88/1985, 6/1988 y 231/1988). Hay que hacer mención, en todo caso, del «doble carácter» (STC 25/1981) de los derechos fundamentales, de manera que los mismos, además de ser derechos subjetivos, tienen una evidente dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el trabajador no deja «aparcados» sus derechos fundamentales a la puerta de la fábrica y los recoge cuando sale –podría decirse–, toda vez que la Constitución no tolera que el contrato de trabajo y la relación laboral sean ámbitos inmunes al ejercicio de aquellos derechos. El contrato de trabajo y el poder de dirección ejercido en seno son instituciones, así, que han de permitir y convivir con los derechos fundamentales atribuidos al trabajador en tanto que tal o de los que disfruta como ciudadano.

2.º) Los derechos fundamentales inespecíficos se han de poder ejercer, pues, en el seno de la relación laboral.

Ahora bien, la segunda fase de la secuencia en la que puede resumirse la jurisprudencia constitucional hace notar que, aunque los derechos constitucionales «inespecíficos» se proyectan sobre la relación laboral, lo hacen con modulaciones, modalizaciones, matices, incluso limitaciones, de suerte que determinadas manifestaciones del ejercicio del derecho en cuestión, que serían inobjetables de

---

(97) Véase, con todo, J. M.ª. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 351-352, nota 277, en donde se da cumplida cuenta de la polémica sobre el significado del artículo 9.1 CE.

(98) Véase J. M.ª. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 138 y ss.

realizarse al margen de la relación laboral, dejan de serlo si se pretende que tengan lugar en el seno de la misma (99).

No sin importantes críticas doctrinales, el Tribunal Constitucional recurre para ello a las clásulas generales y categorías de buena fe y similares, propias de una relación contractual (100). Y las críticas doctrinales dudan que estas cláusulas y categorías sean suficientes para oponerse y llegar a limitar un derecho fundamental, señalando la unilateralidad de la construcción del Tribunal Constitucional, toda vez que el contrato de trabajo –los deberes contractuales, cláusula de buena fe, etc.– se utiliza para condicionar y limitar los derechos fundamentales de los trabajadores, pero éstos no parecen condicionar ni limitar el poder de dirección (101). La doctrina ha sostenido que lo anterior ha llegado a configurar, así, una «peculiar ciudadanía de empresa» para el trabajador (102), o si se prefiere un

---

(99) Por ejemplo, y por todas, SSTC 120/1983 y 6/1988.

(100) La doctrina laboral española, sin dejar de reconocer sus «luces», ha sido muy crítica, al menos hasta la STC 99/1994 (caso «despiezador de jamones»), con la jurisprudencia constitucional sobre estos extremos; véase, por todos, F. VALDÉS DAL-RÉ: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pp. 291 y ss.; M.ª E.ª CASAS BAAMONDE, A. BAYLOS GRAU y R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «El Estatuto de los Trabajadores, diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», cit., p. 209; M.ª F.ª FERNÁNDEZ LÓPEZ: «Libertad ideológica y prestación de servicios», *RL*, 1985, núm. 7, pp. 62 y ss.; A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., p. 99; S. DEL REY GUANTER: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en M. R. ALARCÓN CARCUEL (coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid (MP), 1992, pp. 31 y ss.; A. PEDRAJAS MORENO: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, cit.; F. PÉREZ DE LOS COBOS: «El derecho a la propia imagen», cit., pp. 75 y ss.; M.ª D. ROMÁN: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pp. 318 y ss. y 329 y ss.; J. R. MERCADER UGUINA, *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, cit., Cap. III, pp. 110 y ss. La jurisprudencia ordinaria, por su parte, ha sido tributaria de la jurisprudencia constitucional (F. VALDÉS: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., p. 291), si bien en algún caso es más progresiva (S. DEL REY GUANTER: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», cit., pp. 44 y 91). Véase, finalmente, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Del *Statuto dei Lavoratori* al Estatuto de los Trabajadores: dos experiencias en contraste», cit., pp. 149 y ss., y, más recientemente, del propio M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», cit., pp. 12 y ss., y S. DEL REY GUANTER: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., pp. 181 y ss. Sobre «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», véase, con carácter general, el trabajo de A. MORENO GARCÍA con ese título en *REDCo*, 1993, núm. 38. Para una crítica a la utilización de la categoría abuso de derecho como límite al ejercicio de los derechos fundamentales, véase el importante y desgraciadamente póstumo libro de J. MATÍA PRIM: *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español*, Madrid (CES), 1996, especialmente pp. 185 y ss.

(101) F. VALDÉS: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., p. 293; A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., p. 99; M.ª D. ROMÁN: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit. De todas, formas, por ejemplo, la ya citada STC 292/1993 (pte. Excmo Sr. Díaz Eimil) declara resueltamente que el poder de dirección y gestión de la empresa tiene como «límite infranqueable» el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores.

(102) A. BAYLOS: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., p. 99.

«mundo especial» (103), aventurando una respuesta negativa a la observancia de los derechos fundamentales en la práctica cotidiana de nuestro sistema de relaciones laborales (104), lo que se proyecta no tanto sobre el poder disciplinario y de despido, sino sobre el poder de dirección, al existir, de hecho, «actuaciones irregulares de las empresas que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador» (105), lo que se acrecienta de forma muy aguda en virtud de las nuevas tecnologías (106). Con todo, hay que reconocer que en materia de poder de dirección y, en general, del poder empresarial de decisión no causal, la jurisprudencia constitucional muestra avances de interés, por ejemplo, en las SSTC 82/1997 y 90/1997, también en la STC 202/1997 y en las SSTC 74/1998 y 87/1998.

De todas formas, de conformidad con la evolución posterior de la doctrina constitucional, tengo dudas de que si ahora el Tribunal Constitucional tuviera que examinar, por ejemplo, el supuesto analizado por la STC 170/1987 (caso de «la barba»), llegara, en 1997, a la misma conclusión. Como se ha de ver de inmediato, el tercer pilar de la doctrina del TC es la indispensabilidad de la restricción, por lo que, en principio, la mera existencia de un uso profesional no parece que por sí sola pueda limitar un derecho fundamental, como apreció la STC 170/1987; habría que argumentar, en su caso, en base a la necesidad e indispensabilidad de la restricción del derecho fundamental.

3.º) El tercer pilar, o última fase de la secuencia, de la doctrina constitucional se ha consolidado y consagrado en fechas relativamente recientes, mereciendo ser citada de forma destacada la importante STC 99/1994 (caso del «despiezador de jamones»), reiterada y seguida por las posteriores.

Según se acaba de anticipar, se trata de lo que cabe llamar el *principio de indispensabilidad o de estricta necesidad* de la limitación (107). Lo que significa

---

(103) A. PEDRAJAS MORENO: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, cit., pp. 86 y 87.

(104) F. VALDÉS: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pp. 294.

(105) A. MARTÍN AGUADO: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial», en J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU (dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, cit., p. 57, quien señala como tales, por ejemplo, «los cuestionarios MSI-02», las «pruebas obligatorias de detección de drogas en los procesos de selección de personal», los «sistemas de indagación clandestinos y registros irregulares» y la «vigilancia clandestina mediante agentes investigadores privados» (pp. 57-62).

(106) Véase, por todos, L. GAETA: «La dignidad del trabajador y las «perturbaciones» de la innovación», cit., pp. 68 y ss.

(107) Véase, recientemente, al hilo de las SSTC 99/1994 y 6/1995 y con cita de los trabajos de J. Barnés Vázquez (sobre la «proporcionalidad») y M. Medina Guerrero (sobre la «necesidad»), J. PARDO FALCÓN: «El juicio de indispensabilidad: un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral (a propósito de dos Sentencias del Tribunal Constitucional)», *Temas Laborales*, 1996, núm. 39, pp. 57 y ss. Con anterioridad, véase S. DEL REY GUANTER: «Derechos fundamentales y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., p. 40; J. RIVERO LAMAS, «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», cit., p. 986, y J. R. MERCADER UGUINA: *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, cit., Cap. IV, II, 3.2 B), pp. 252 y 253.

que la limitación del derecho fundamental del trabajador, con independencia ahora de que pueda ser inherente y derivar de la propia naturaleza u objeto del trabajo contratado (108), sólo puede tener lugar y está justificada si es estrictamente necesaria o indispensable para satisfacer el interés empresarial, o, en otros términos, si no hay otra forma de satisfacer este interés, pues si así fuera habría que optar por esa forma alternativa que no restringe en absoluto, o restringe menos, el derecho del trabajador. De lo anterior se deduce que la carga probatoria de acreditar que es indispensable o imprescindible la limitación del derecho del trabajador y la inexistencia de vías alternativas corresponde al empresario.

La triple secuencia que se acaba de exponer puede resumirse contestando así al siguiente interrogante: ¿los trabajadores, en el seno de su relación laboral, pueden ejercer sus derechos constitucionales inespecíficos? *1.º) sí; 2.º) con algunos límites; 3.º) pero con los estrictamente indispensables.*

Como ha quedado dicho, y aunque cuenta con algún precedente, la Sentencia que consagra el criterio de la indispensabilidad o estricta necesidad es la STC 99/1994 (caso del «despiezador de jamones»).

Con carácter más general, la doctrina constitucional ha establecido que «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad» (109). La doctrina sobre este principio puede encontrarse, por todas, en las SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996 y 37/1998) y las por ellas citadas; también y, entre otras, en las SSTC 37/1989 y 66/1991. Como sintetizan las SSTC 207/1996 y 37/1998, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). La reciente y ya citada STC 37/1998 otorga el amparo, por lesión de los derechos de libertad sindical y de huelga (arts. 28.1 y 2 CE), en un interesante supuesto de filmación ininterrumpida de un piquete de huelga que en todo momento desplegó su actividad de forma pacífica. La Sentencia tiene muy en cuenta que en el momento de producirse los hechos enjuiciados no existía ninguna disposición legal que regulase el uso, la conservación y el destino de lo

---

(108) Por ejemplo, SSTC 99/1994 y 106/1996.

(109) STC 37/1998. En la doctrina científica, véase, por todos, M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid (McGraw Hill), 1996, pp. 117 y ss., y J. R. MERCADER UGUINA: *Poderes del empresario y derechos fundamentales del trabajador*, cit., Cap. IV, II, 3, pp. 248 y ss.

filmado (110). Y, por las circunstancias concurrentes, llega a la conclusión de que aquella filmación –en principio constitucionalmente posible si resulta especialmente justificada– no respetó el principio de proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental, toda vez que no cabe apreciar que fuera una medida «imprescindible y justificada» desde la perspectiva de aquel principio, al existir «medidas menos restrictivas» para el ejercicio del derecho fundamental y a la vez idóneas para asegurar la evitación de desórdenes y el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, toda vez que estaban presentes varios vehículos policiales.

Retomando la cuestión del respeto y adecuado ejercicio de los derechos constitucionales «inespecíficos» por parte del trabajador, quizá se pueda pensar que la cuestión es excesivamente sofisticada, incluso secundaria, en un contexto dramático de desempleo y de precariedad en el empleo. Sin embargo, no la ha sido para aquellos trabajadores que arriesgaron su puesto de trabajo –y en principio lo perdieron–, porque, a toda costa –incluso con la amenaza, luego materializada, del despido–, querían ejercer y que fuera respetado, por ejemplo, su derecho fundamental a la propia imagen y su libertad de expresión.

Pero, por encima de lo anterior, una democracia avanzada (Preámbulo de la Constitución), la dignidad personal (art. 10.1 CE), valor constitucional y soporte de tantos derechos fundamentales, así como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), exigen avances y conquistas constantes y no aquietarse ante lo ya aparentemente conseguido. Y no parece dudoso que cada vez más trabajadores y trabajadoras, como nueva conquista individual y colectiva, como manera más «libre» de convivir y como una etapa superior de civilización y coexistencia, exigen y quieren poder ejercer sus derechos constitucionales «inespecíficos» en el seno de su relación laboral. Y resulta que la Constitución Española, tal como lo ha establecido su intérprete supremo (art. 1.1 LOTC), exige que puedan hacer tal cosa. Y quizás, aunque dudosamente en solitario, el contrato de trabajo pueda ser la vía en la que se conjugen los intereses empresariales y los derechos constitucionales «inespecíficos» del trabajador. Creo que es interesante abrir un debate al respecto.

(110) En la actualidad está vigente, como se sabe, la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.