

Ano XV — Número 31 — 2008

## SUMÁRIO

### Artigos

*A manutenção dos efeitos já produzidos pela convenção colectiva caducada nos contratos individuais de trabalho, após a Lei n.º 9/2006, de 29 de Março (ou o estranho tremeluzir das estrelas mortas)*  
Júlio Manuel Vieira Gomes, 1

*La crisis del principio favor laboratoris: a vueltas con la flexiguridad*  
Consuelo Ferreira, 33

*A amplitude e a (in)constitucionalidade dos privilégios creditórios dos trabalhadores*  
Miguel Lucas Pires, 59

### Jurisprudência

*Entre o direito à saúde e o direito a estar doente — comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007*  
Joana Nunes Vicente / Milena Silva Rouxinol, 89

*Renovação de contrato a termo por início de laboração de estabelecimento: uma miragem?*  
João Leal Amado, 115

*A opção sobre N'Doye: um acórdão histórico da CAP*  
João Leal Amado, 129

Associação de Estudos Laborais

# Questões Laborais

Ano XV — N.º 31 — Janeiro/Junho 2008  
Periodicidade semestral — Preço deste número: Euros 8,30 (IVA incluído)

## 31

Caducidade de convenção colectiva de trabalho

A crise do princípio do *favor laboratoris*

Previlégios creditórios dos trabalhadores

VIH e despedimento

Renovação de contrato a termo

Opção sobre N'Doye — um acórdão histórico



Direcção: *Francisco Liberal Fernandes*  
*Jorge Leite*  
*Júlio Gomes*

Conselho de Redacção: *Catarina Carvalho, F. Jorge Coutinho de Almeida, F. Liberal Fernandes, João Correia, João Leal Amado, João Rato, João Reis, Jorge Leite, José João Abrantes, Júlio Gomes, Manuel da Costa Abrantes, Maria das Graças L. Vianna, Maria Irene Gomes, Maria Regina Redinha*

Colaboradores: *Abílio Vassalo de Abreu, Américo Thomati, António Dias Coimbra, António Garcia Pereira, António Monteiro Fernandes, Cruz de Carvalho, Fernando Ribeiro Lopes, Fernando Simão, João Lobo, João Soares Ribeiro, Joaquim Damas, Jorge Coutinho de Abreu, José Acácio Lourenço, Maria José Araújo, Vítor Ferraz, Vítor Ramalho*

Colaboraram neste número: *Consuelo Ferreira, Joana Nunes Vicente, João Leal Amado, Júlio Manuel Vieira Gomes, Miguel Lucas Pires, Milena Silva Rouxinol*

## **A manutenção dos efeitos já produzidos pela convenção colectiva caducada nos contratos individuais de trabalho, após a Lei n.º 9/2006, de 29 de Março (ou o estranho tremeluzir das estrelas mortas) (\*)**

*JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES*

1. Serão as convenções colectivas semelhantes às estrelas que podem brilhar no firmamento que hoje vemos muito depois de estarem mortas? Não resistimos à sedução poética desta imagem de PAUL-HENRI ANTONMATTEI<sup>(1)</sup> para introduzir o tema de que nos ocuparemos neste pequeno estudo, a saber, a conservação de alguns efeitos da convenção colectiva mesmo após a sua caducidade, na sequência da alteração legislativa ocorrida em 2006.

A Lei n.º 9/2006, de 29 de Março, veio, efectivamente, alterar as consequências da cessação da convenção colectiva. Enquanto o Código do Trabalho na sua versão originária se limitava a estabelecer, no seu artigo 557.º, n.º 4, que “decorrida a sobrevivência prevista nos números anteriores a convenção cessa os seus efeitos”, a Lei n.º 9/2006 veio estatuir que “esgotado o prazo referido no n.º 3 e não tendo sido determinada a realização de arbitragem obrigatória, a convenção colectiva caduca, mantendo-se, até à entrada em vigor de uma outra convenção colectiva de trabalho ou decisão arbitral, os efeitos definidos por acordo das partes ou, na

(\*) O presente trabalho destina-se a ser proximamente incluído nos Estudos em Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão.

(1) PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Conservation des avantages individuels acquis*, in Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail, Litec, 1996, págs. 127 a 145, pág. 127: “as vantagens individuais adquiridas fazem-me pensar naquelas estrelas mortas cuja luz é ainda visível na terra”.

## La crisis del principio *favor laboratoris*: a vueltas con la flexiguridad

CONSUELO FERREIRO (\*)

En la doctrina científica portuguesa <sup>(1)</sup>, se utiliza la expresión “*favor laboratoris*” para designar el “*princípio do tratamento mais favorável*”, que se refiere, en términos generales al carácter protector del Derecho del Trabajo con el objetivo de compensar la “*assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado*” <sup>(2)</sup>; y, en particular, a las relaciones colectivas, en donde el convenio colectivo puede mejorar lo dispuesto en la ley. Se ha constatado, sin embargo, que en otros ordenamientos jurídicos, como el español o el francés, ha caído en desuso la citada expresión latina, lo que no ha impedido que tal principio subyaciese en ambos bajo las dos acepciones recién indicadas. Desde estas páginas, no se aborda la cuestión exclusiva de las relaciones entre la ley y el convenio, sino el “*favor laboratoris*”, en cuanto informador del ordenamiento jurídico laboral, y su crisis exteriorizada de forma grosera a la luz de la flexiguridad.

---

(\*) Prof.<sup>º</sup> Titular de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>(1)</sup> Por todos, LEAL AMADO, J., “O princípio do favor laboratoris”, *Jus Navigandi* (Revista en Internet), 2007, n.º 1439, en donde se realiza una interesante comparación sobre la regulación de este principio en el art. 13 de la derogada Lei do Contrato de Trabalho (Decreto-Lei n.º 49.408, de 24 de noviembre de 1969) y el vigente art. 4 del Código do Trabalho de 2003. Ambas normas se pueden encontrar en la página web: <http://www.portegal.com>.

<sup>(2)</sup> *Ibid.*

Pues bien, el que se pregunte por la decadencia de algún principio del Derecho del Trabajo no resulta a estas alturas extraño. Se puede observar en las sucesivas reformas laborales españolas, sobre todo a partir del año 1992<sup>(3)</sup>, una progresiva pérdida de garantías y un recorte de derechos de los trabajadores; los principios “*in dubio pro operario*” y el de la norma más favorable — sancionado en el art. 3.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que se manifiesta como una desviación del “*favor laboratoris*” — se cotizan ciertamente a la baja. Ejemplo de ello lo constituye, que el primero sólo puede ser aplicado en los fallos judiciales en caso de duda y “cuando ésta surja en la determinación de los efectos jurídicos de una concreta declaración fáctica probada”<sup>(4)</sup>. Al tiempo que con relación al segundo de los citados, baste con reparar en la interpretación de su empleo en la resolución de conflictos entre convenios colectivos hecha por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) español. En efecto, sólo resolverá lo mismos si un convenio que estructura la negociación colectiva o un acuerdo interprofesional (art. 83.2 ET) permite alegarlo con la suerte de que la solución vendrá entonces, y sólo entonces, de la aplicación del más favorable. De forma semejante, en el Derecho francés, tras la *Loi Fillon*, de 21 agosto 2003<sup>(5)</sup>, se ha reducido el número de materias negociadas por los convenios colectivos de sector que, de ser el caso, podrían ser objeto de comparación a través del principio de la norma más favorable<sup>(6)</sup>.

A lo dicho se suma que la estabilidad de las relaciones laborales no se revela como una materia de principal interés. Tal afirmación puede parecer equivocada por cuanto el fomento de la contratación de duración indefinida en mi país se viene afrontando con intensidad y buenos resultados desde el año 1997, pero la clave ha dejado de ser, salvo en lo aparente, la duración del contrato. La clave se encuentra ahora en la formación del trabajador, la quiebra del tradicional modelo de producción *fordista*,

(3) RD-Ley 1/1992, de 3 abril, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo (BOE de 7 abril).

(4) STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 9 julio 2001 (As. 3597), f.d. 3.º

(5) Se puede consultar en la página web: <http://www.legifrance.fr>.

(6) Ello a pesar de la defensa efectuada por la doctrina iuslaboralista gala, en la que se pueden leer afirmaciones de extremada contundencia como la siguiente: “*La règle du plus favorable constitue le coeur historique des rapports de la loi et de la convention collective, lorsque ces deux sources sont en concurrence*” (BORENFREUD, G., Y SOURIAU, M., “Les rapports de la loi et de la convention collective: une mise en perspective”, *Droit Social*, 2003, n.º 1, pág. 74).

el término del “modelo de carrera profesional lineal”<sup>(7)</sup> y la demanda de una mano de obra altamente especializada<sup>(8)</sup>. Eliminada la perspectiva más humana del Derecho del Trabajo, éste se abandona a la concepción civilista del contrato patrimonial que entiende excluido el contrato de trabajo y las relaciones laborales especiales del derecho de personas<sup>(9)</sup>. En la paridad de las partes del contrato de trabajo se oculta la desigualdad de las posiciones que ocupan y, así, decae el principio *favor laboratoris*.

Es difícil saber si nos dirigimos o no a su definitiva erradicación, de lo que, creo, no hay duda es de que presenciamos un ataque sin precedentes, desde múltiples frentes y propiciado por las altas instancias de la UE en aras de la dinamización de la competitividad de su mercado de trabajo y de la reactivación de la propia economía. En efecto, el 18 de octubre de 2007, los diferentes Estados miembros de la UE, reunidos en Lisboa, acordaron el Tratado que lleva el nombre de dicha ciudad y que serviría para modificar el inasible Tratado de la UE, además del Tratado constitutivo de la CE. Este nuevo texto constitucional ha sido aprobado por el Parlamento de la UE el pasado 20 febrero 2008 (con un 78% de votos a favor) y ratificado por Alemania, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Inglaterra, Letonia, Malta, Luxemburgo, Polonia, Rumania y Francia. Ésta, cuya *Assemblée Nationale* lo ha aceptado en su sesión de 7 febrero 2008, quiere así repetir su papel de motor de la construcción europea tras la crisis que supuso los resultados del referéndum sobre el Tratado de la Constitución Europea. En el marco del Tratado de Lisboa subyace la nueva idea que ilustra la política social comunitaria: la flexibilidad. De hecho, la CES y la patronal *Business Europe* llegaron en fechas cercanas — el 25 octubre 2007 — a un principio de acuerdo sobre el citado concepto. Ante la incertidumbre sobrevenida por el rechazo del Tratado en

(7) Vid. el informe de SUPLOT, A., *Au delà de l'emploi*, Flammarion (Bruselas, 1999); para la versión en español, consúltese *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999); en cuanto a la versión portuguesa, véase *Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora (Coimbra, 2003).

(8) Sobre la evolución del mercado de trabajo en este extremo, vid. MIGUÉLEZ LOBO, F., “Flexiseguridad, bienestar y cohesión social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, número extraordinario, págs. 145 y ss.

(9) Idea de BENTHAM recogida por ALONSO OLEA en *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed., rev., Tecnos (Madrid, 1987), pág. 175.

Irlanda <sup>(10)</sup>, poco se puede decir en torno al futuro de la UE. Evidentemente, las disensiones entre los Estados miembros que propugnan un mayor grado de cooperación económica, social y política, y el resto, más proteccionistas, están a la vista. De todos modos, la tendencia de la liberalización de las relaciones laborales, individuales y colectivas, parece que se impregna de la idea de la flexiguridad, en cuanto piedra roseta de la competitividad económica frente a otros mercados consolidados o que comienzan a pujar.

Pues bien, retomando esta palabra compuesta, flexiguridad, se acepta su origen danés u holandés; ambos países la elaboraron al comienzo de la década de los noventa, trasladándose a Alemania a finales de aquella <sup>(11)</sup>, para introducirse de inmediato su debate en las Instituciones comunitarias, tal y como se refleja, por una parte, en el informe que la Comisión encargó a SUPLOT, en 1999 <sup>(12)</sup>; y, por otra, en la *Estrategia de Lisboa* de 2000 y en el *Informe KOK* de 2003, que aboga por la necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo con altos niveles de seguridad, haciendo más atractivos los contratos de trabajo “típicos y atípicos” [sic.]. Con todo, la proclama sobre la flexiguridad únicamente se produce con la elaboración del *Libro Verde-Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* (de 22 noviembre 2006), cuyas sugerencias, tras el tamiz del dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2007, pueden resumirse en las palabras siguientes: “el Derecho laboral sería ahora incompatible con la Estrategia de Lisboa revisada al suponer un obstáculo al empleo” y que será “incapaz de garantizar una capacidad de adaptación suficiente de las empresas y los trabajadores”. La última palabra de la UE, además de en el Tratado de Lisboa, se recoge en la Comunicación de la Comisión de 27 junio 2007, titulada “Hacia unos principios comunes sobre flexiguridad: más y mejores trabajos a través de la flexibilidad y la seguridad”, en la que se discute, todavía de forma confusa, sobre el tema que le da nombre. Lo que lleva a preguntarse cómo surge el nuevo Derecho del Trabajo o cómo se adapta éste a las

<sup>(10)</sup> Recuérdese que Irlanda ya rechazó, a través de un referéndum, la aprobación del Tratado de Niza en 2001, aunque al año siguiente y ante la misma consulta el resultado fue positivo. Para que ello pueda volver a ocurrir es necesario que los restantes veintiséis países refrendan el Tratado de Lisboa, entre los cuales se subraya Alemania.

<sup>(11)</sup> Con todo detalle en KLAMMER, U., “Flexiseguridad: perspectiva europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, número extraordinario, pág. 117.

<sup>(12)</sup> Cit. nota 7.

necesidades de la economía. Acaso se trata de una mayor flexibilidad en los contratos y en su extinción, y de una mejor protección por desempleo (flexibilidad externa); versará sobre programas de formación profesional intensos que posibiliten el acceso a nuevo puestos de trabajo, a nuevos oficios o profesiones o de una correcta reorganización de las plantillas (flexibilidad interna); se reparará en la conciliación de la vida familiar y laboral de acuerdo con las sugerencias del modelo alemán (flexibilidad mixta) <sup>(13)</sup>.

Sea como fuere, esa flexibilidad de la que se habla no ha consistido ni más ni menos que en denominar una situación de hecho arrastrada desde, al menos, las dos últimas décadas del Siglo XX y materializada en la prevalencia del Derecho común de los contratos sobre el Derecho especial del trabajo, con la correspondiente decadencia del principio *favor laboratoris*. Por eso, no llama la atención la huida de relaciones de prestación de servicios del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo en atención a un estricto concepto de subordinación que ha de presidir el vínculo entre trabajador y empresario, lo que sitúa al margen a los llamados autónomos económicamente dependientes o “*trade*”. Lo mismo ocurre con la conservación de las instituciones señeras del Derecho del Trabajo, otrora bastión a defender por los trabajadores y debate constante de los empresarios, pues diversas figuras jurídicas de extremado liberalismo las vienen a sustituir lenta e inexorablemente. Y con la negociación colectiva, en donde a la reducción del campo de aplicación de los convenios colectivos en el Derecho interno, además de a la pérdida de contenidos por una descentralización errónea, se contraponen los marcos de negociación europeos, tanto sectoriales como multiempresariales, que sustituyen en materia de política social a la actividad legislativa de la UE, en situación de *soft law*.

## I. La reducción del campo de aplicación del derecho del trabajo: la interpretación del concepto de subordinación

Con el más actual modelo de organización empresarial en red <sup>(14)</sup>, el poder se materializa demandando una actividad más especializada, técnica y singularizada cuyo resultado es el alto valor del producto o del servicio,

<sup>(13)</sup> Cfr. KLAMMER, *op. cit.*, pág. 120.

<sup>(14)</sup> Cfr. OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, *REDT*, n.º 125, 2005, pág. 19.

así como disminuyendo la emisión de órdenes sobre el contenido de la prestación de trabajo, a salvo las meras indicaciones técnicas. Con ello, el trabajador goza de “una mayor flexibilización en la ejecución de su trabajo y una liberación de su capacidad de iniciativa” (15). Para hacer frente a esta situación, la jurisprudencia española y la extranjera (16) han flexibilizado el criterio de la subordinación con el fin de dar cabida en el ámbito tuitivo del Derecho del Trabajo a relaciones jurídicas que podrían situarse a su margen. De ello da buena cuenta la STS de 19 enero 1987 (17) que definió aquel presupuesto “como la integración del trabajador en el círculo rector y disciplinario del empresario” (18), lo que permite afirmar que tal sucede con los trabajadores de otras empresas y los trabajadores por cuenta propia que desarrollan su actividad para una empresa principal. Al tiempo, se ha hecho compatible la independencia técnica con el sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario, o sea, con la subordinación (19). Pese a todo, no se ha podido evitar una continua y desafortunada huida del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, en algunos casos secundada por la propia legislación interna de los Estados. Baste como ejemplo la promulgación en Francia de la Ley de 11 febrero 1994 — conocida como *Loi Madelin* (20) —, que modifica el art. L 120.3 del Código del

(15) AA.VV., *Trabajo y empleo...*, cit., pág. 21.

(16) Vid. FERREIRO REGUEIRO, “El régimen jurídico del trabajo autónomo económicamente dependiente”, en el vol. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. L. (coord.), *Los retos del trabajo autónomo*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2008), págs. 43 y ss.

(17) Ar. 59.

(18) F.d. único.

(19) STSJ Madrid de 3 febrero 2003 (As. 2463), f.d. único.

(20) Se trata de una disposición precedida de duros debates parlamentarios, en los que destacó la posición del, por aquel entonces, portavoz del partido socialista, M. BATEUX quien afirmó: “la nueva disposición favorece las falsas subcontrataciones de obras y servicios practicadas por un cierto número de empresas que hacen trabajar a sus asalariados bajo la apariencia de un status de autónomos”. Palabras contrarias a las pronunciadas por el ministro Madelin que, en defensa de la norma por él propiciada llegó a decir: “las recalificaciones abusivas de contratos constituyen un freno al desarrollo de ciertas actividades, máxime ahora en que los interesados (...) han manifestado una voluntad de romper con el ideal de trabajo asalariado, encerrado entre los vínculos y las rigideces”. Consúltese en LAROQUE, M., “Présentation introductive de la Loi du 11 février 1994 relative à l’initiative et à l’entreprise individuelle”, *Droit Social*, n.º 7/8, 1995, págs. 633 y ss.

Trabajo introduciendo una presunción de trabajo no asalariado — técnica a contracorriente de la utilizada en otros ordenamientos como el español —, según la cual “las personas físicas inscritas en el registro de comercio y de sociedades, o en la relación de oficios, o en el registro de agentes comerciales (...) se les presume no vinculadas por un contrato de trabajo con ocasión de ejecutar la actividad que de lugar a esa inscripción”. En otros casos, tolerada mediante la promulgación de una legislación intermedia que procura dar protección a los colectivos ajenos al criterio de subordinación estricta sin incluirlos en el campo de aplicación del Derecho del Trabajo asalariado, tal y como acontece en España con la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (21) — en adelante, LETA —, y en otros países del entorno citando a Alemania y Austria. Todo ello estimulado por el ya citado *Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. O, simplemente omitida, lo que se aprecia en Italia que ha optado por relajar el presupuesto de la subordinación y permitir que el proceso por el que se tramitan los litigios del Derecho individual del Trabajo, al igual que las normas sobre seguridad e higiene comprendan a ciertos colectivos, llamados parasubordinados, que ofrecen a un tercero una prestación personal y continua a cambio de un dinero (22). El problema estriba en que la parasubordinación (“*parasubordinazione*”) sólo ha resuelto una cuestión de orden procesal, que no ha redundado en otras ramas del Derecho, como la propia Seguridad Social, de donde se hace necesario establecer la relación entre aquélla y la dependencia económica, con el fin, tan repetido, de introducir en el campo del Derecho del Trabajo a estos trabajadores no asalariados (23).

(21) BOE de 12 julio.

(22) AA.VV., *Transformações do trabalho ...*, cit., pág. 24.

(23) Evidentemente, en otros ordenamientos jurídicos se proponen soluciones que se aposentan en la disyuntiva tradicional de la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo o su reducción. En el caso de Holanda y los países escandinavos, la independencia continua siendo un sinónimo de gestión de una empresa, ora a título individual, ora a título de ejercicio de una actividad profesional, asumiendo los riesgos de su realización. Diversamente, en otros países, como Luxemburgo, la independencia se preconiza directamente de determinadas profesiones — la relación de estas constituye, sin duda, un *numerus apertus* — quienes las ejercitan deben inscribirse necesariamente en la cámara de oficios (“*chambre des métiers*”), la cámara de comercio (“*chambre de commerce*”) o la cámara de agricultura (“*chambre d’agriculture*”). Con detalle, vid. SCHOUKENS, P., “La définition du travail indé-

Lo cierto es que se está ante nuevas formas de prestación de servicios, en las que concurren, al menos, tres factores comunes. El primero se refiere a la convivencia en un mismo espacio físico o virtual de trabajadores por cuenta ajena, ora pertenecientes a la empresa principal, ora a las subcontratadas, por cuenta propia como los autónomos que disponen de una plantilla o los que dependen económicamente de un tercero, pasando por los cedidos por una empresa de trabajo temporal. De esta guisa, la empresa entendida de forma tradicional ya no sirve como núcleo de imputación de responsabilidades, sino que ha de trasladarse al ámbito del Derecho del Trabajo otros conceptos de empresa que se vienen utilizando de forma muy puntual en el ámbito de la prevención de riesgos y de la extensión de la responsabilidad de la empresa principal al respecto <sup>(24)</sup>. Un segundo factor versa sobre la imputación del riesgo y ventura de la actividad al que la realiza, lo que supone la conversión de las obligaciones de medios (propia del contrato de trabajo, del arrendamiento de servicios y del contrato de agencia, por citar algunos) en de resultados, de forma tal que, todavía existiendo subordinación en cuanto sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario, se estaría fuera del contrato de trabajo. Ante la demanda de productos y servicios singularizados para cuya realización el trabajador cuenta con independencia técnica, no es suficiente aportar un "hacer" satisfactorio, sino el producto o servicio mismo. El último factor alude a la ajenidad de los frutos, teoría propuesta por ALONSO OLEA <sup>(25)</sup> para quien el trabajador no se apropia de los frutos de su trabajo, sino que éstos corresponden a quien lo contrata, adquisición, de otro lado, originaria, sin precisar la transferencia de la propiedad de dichos frutos. Esta postura, que no facilitaba el deslinde entre algunas figuras laborales, como el representante de comercio, y otras mercantiles como el agente, y, con base en ello, no permitía la delimitación del campo de aplicación tradicional del Derecho de trabajo, adquiere nueva actualidad especialmente si se postula la ajenidad en la disposición del trabajo <sup>(26)</sup> o, con matizaciones de otro

pendant dans une approche comparative européenne", *Revue Belge de Sécurité Sociale*, n.º 4, 1998, págs. 771 y ss.

<sup>(24)</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R., *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, CEF (Madrid, 2006), pág. 36.

<sup>(25)</sup> *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Tecnos (Madrid, 1981), pág. 21.

<sup>(26)</sup> *Introducción al Derecho del trabajo*, 5.ª ed., Civitas (Madrid, 1994), pág. 36.

autor, la "utilidad económica del trabajo" <sup>(27)</sup>. En lo que aquí interesa, en las nuevas formas de trabajo como el autónomo económicamente dependiente se aprecia una ajenidad en la disposición del trabajo, con lo que este tipo de trabajador se aproxima al asalariado tradicional.

Desde esta perspectiva, la cuestión de si decae el principio favor laboratoris, no es *grosso modo* difícil de responder. Véase el ejemplo español en donde la LETA ha reconocido expresamente la figura del autónomo económicamente dependiente, caracterizado por realizar "una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica", a la que se ha llamado con cierto eufemismo "cliente", del cual "dependen económicamente por recibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales" (art. 11.1). En otras palabras, se trata de un trabajo prestado *intuitu personae*, sin intermediarios, remunerado, en donde además el *trade* puede recibir "indicaciones técnicas" de su cliente; entonces, un trabajo probablemente propio de un contrato de trabajo. Para evitar una aseveración tal, el art. 11.2 de la LETA impone al autónomo económicamente dependiente la condición, en primer lugar, de desarrollar "su actividad con criterios organizativos propios", pensando que mal se puede trabajar por cuenta propia ante la carencia de poder para autoorganizarse. Y ello es cierto, pero de acuerdo con DÄUBLER <sup>(28)</sup>, conviene plantear si para autoorganizarse es imprescindible la libre elección del trabajo. A su vez, ésta significa que el prestador del servicio tiene plena libertad para aceptar o rechazar encargos y, por supuesto, para decidir cómo se llevan a término <sup>(29)</sup>. El pensar que un autónomo económicamente dependiente, y de su nombre se deduce, pueda rechazar libremente encargos constituye una hipótesis valiente, pero poco real. De suerte que se defiende bajo una terminología jurídica confusa, la creación de un *tertium genus*, entre los asalariados y los estrictamente no

<sup>(27)</sup> Cfr. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 23.ª ed., Tecnos (Madrid, 2002), pág. 36.

<sup>(28)</sup> Cfr. "El futuro del Derecho del Trabajo: consideraciones desde una perspectiva alemana", en el vol. CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F., y CRUZ VILLALÓN, J. (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, La Ley (Madrid, 2006), pág. 66.

<sup>(29)</sup> En este extremo, resultan muy interesantes la doctrina de las SSTSJ Cataluña de 10 diciembre 2002 (As 479) y Madrid de 3 febrero 2003 (As 2463).

asalariados, para facilitar la huida de la protección del tradicional Derecho del Trabajo en pro de la, sin duda, conveniente creación de empleo.

Y, en segundo término, le exige la asunción “del riesgo y ventura” de la actividad. Puesta esta condición en relación con el presupuesto mencionado que el autónomo económicamente dependiente prestará sus servicios de forma personal y directa, sin intermediarios, se aprecia una clara contradicción, habida cuenta que si éste ni es potencialmente empresario, ni empleador, a duras penas podrá responder de tal riesgo y ventura. Es posible, pues, que se trate de una condición más de forma que de fondo, pero también lo es que el legislador no ha podido apartarse del carácter híbrido de la figura, bien susceptible de ser excluida del tradicional campo del Derecho del Trabajo, bien de ser incluida si se hubiese abogado por un criterio diferente para definir el vínculo contractual propio del contrato de trabajo, es decir, mutar la subordinación por la dependencia económica.

Por tanto, si se admite que no existe “una absoluta unidad dogmática del Derecho del Trabajo, una absoluta homogeneidad técnica” <sup>(30)</sup> también se debe aceptar que no es de recibo una concepción monista de esta rama del ordenamiento cuyo núcleo único de imputación sea el contrato de trabajo en donde el trabajo se presta en régimen de subordinación. Si el contrato de trabajo se otorga, hasta la fecha, sobre una obligación de medios, lo mismo que el arrendamiento de servicios, y el criterio de la subordinación no permite diferenciar en términos absolutos al primero del segundo, por qué han de tener una naturaleza jurídica tan diferente. Si, a su vez, el contrato de trabajo favorece cada vez más una mayor flexibilización en la ejecución del trabajo por el operario y una libertad en su capacidad de iniciativa, su obligación tradicional de medios se aproxima a una de resultados, que es lo que ocurre con el contrato para la realización de la actividad del autónomo económicamente dependiente. Al igual que lo hacen otros contratos mercantiles (el de agencia) o administrativos, aquél se apoya sobre la libertad de oficio o profesión, no sobre una estricta libertad de empresa, en especial porque su titular carece de asalariados. Si para determinar la existencia de subordinación y, por tanto, la

<sup>(30)</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996), pág. 61.

del contrato de trabajo, se ha propuesto <sup>(31)</sup> que los ordenamientos jurídicos de los diferentes países continúen utilizando la técnica del “haz de indicios” <sup>(32)</sup>, se destaca que no existe una nota o elemento característico para definir ese vínculo contractual <sup>(33)</sup>. Por todo ello, no se está entonces ante un Derecho del Trabajo de los obreros o de los empleados, sino ante un “Derecho común de toda relación laboral” <sup>(34)</sup>, sea o no un contrato de trabajo. El no afrontar la tarea de redefinirlo implica la aceptación sin ambages de la flexibilidad ilimitada, de la pérdida de todos los principios tuitivos de ciertas prestaciones de servicios, en la que se excluyen “progresivamente la incidencia de las normas imperativas” <sup>(35)</sup>.

El nuevo Derecho del Trabajo se presenta con un doble núcleo de imputación, a saber: el trabajo prestado en el seno del contrato de trabajo y el propio de las relaciones jurídicas de dependencia económica. Aceptado ello, han surgido desde hace algún tiempo voces doctrinales que desean designar a ese nuevo Derecho del Trabajo; se habla, entonces, de: 1) “Derecho del trabajo asalariado”, en base a que el salario <sup>(36)</sup> no identifica la relación laboral y puede entenderse como la contraprestación por el ejercicio de una actividad <sup>(37)</sup>; y 2) “Derecho del trabajo entendido

<sup>(31)</sup> Con toda claridad en el informe “Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa”, cit., pág. 50.

<sup>(32)</sup> Se hace alusión a la determinación caso por caso por parte de los órganos jurisdiccionales de si existe un contrato de trabajo teniendo en cuenta los “indicios” de la subordinación, tales como el modo de retribuir al prestador del servicio, el lugar de la prestación, el cumplimiento de órdenes del empresario en la ejecución del trabajo, la materialización del poder de dirección del empresario, etc.

<sup>(33)</sup> MARTÍN VALVERDE, M., “Lectura y relectura de la «Introducción al Derecho del Trabajo» del profesor Alonso Olea”, *REDT*, n.º 77, 1996, pág. 32.

<sup>(34)</sup> AA.VV., “Trabajo y empleo ...”, cit., pág. 50.

<sup>(35)</sup> SCIARRA, S., “Normas imperativas nacionales y europeas: las finalidades del Derecho» del Trabajo”, en el vol. CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F., y CRUZ VILLALÓN, J. (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, La Ley (Madrid, 2006), pág. 122.

<sup>(36)</sup> Especialmente si se tiene en cuenta que en Derecho español se consigna una definición harto amplia y vaga de salario, según la cual: “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo...” (art. 26.1 ET).

<sup>(37)</sup> MARTÍN VALVERDE, “Lectura ...”, cit., pág. 34.

como actividad”, de suerte que el ejercicio de ésta en régimen de exclusividad para un tercero suscita la protección del que la realiza con independencia de su vínculo contractual <sup>(38)</sup>. Sin desdeñar cualquiera de ellas, parece más conveniente proponer el mantenimiento de la denominación tradicional, “Derecho del Trabajo”, en su versión de trabajo asalariado, propio del contrato de trabajo, y en la de “trabajo no asalariado”, por aludir a la contraprestación que se recibe al realizar un servicio bajo cualquiera de las diferentes modalidades contractuales en las que concurre el presupuesto de la dependencia económica de un tercero <sup>(39)</sup>. Sólo con este *modus operandi* cabría decir que el principio *favor laboratoris*, y sus desviaciones en el ordenamiento interno de cada Estado, sigue teniendo sentido al extenderse en beneficio de los trabajadores no asalariados.

## II. La conservación de las instituciones señeras del derecho del trabajo y ciertas cláusulas ilícitas del contrato de trabajo

Resulta sorprendente como en los foros de debate especializados no he detectado un claro interés o preocupación sobre una posible reforma del despido. En el citado dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2007 sobre el *Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, se considera prioritario la regulación de “nuevas formas flexibles de contratos” y la “garantía de la seguridad jurídica” de las partes en caso de despido justificado de dichos contratos; nada se apunta sobre la flexibilidad *per se* del despido <sup>(40)</sup>. Además, en la posición del CES, adoptada por su comité ejecutivo en la reunión de 17/18 octubre 2007, con relación a la citada Comunicación de la Comisión de 27 junio 2007, se recalca la necesidad de un sistema de protección del empleo “justo y robusto”, que refuerce a los trabajadores frente a despidos “abusivos y arbitrarios”, para abogar por una correcta regulación del preaviso en los despidos tanto por ser una señal de alerta de los posiblemente des-

<sup>(38)</sup> GARCÍA MURCIA, “La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente”, *REDT*, n.º 126, 2005, pág. 24.

<sup>(39)</sup> LYON-CAEN, G., *Le Droit du Travail non salarié*, Éditions Sirey (Paris, 1990), pág. 3.

<sup>(40)</sup> Apartado 3.1.2.

pedidos, cuanto para comenzar a prepararlos en la búsqueda de empleo a través de los servicios públicos de colocación y de la información transmitida por los interlocutores sociales <sup>(41)</sup>. Nada se apunta sobre la flexibilidad *per se* del despido. “*L’Accord sur la modernisation du marché de l’emploi*”, firmado el 11 enero de 2008 por el Gobierno francés y cuatro de los cinco sindicatos más representativos <sup>(42)</sup> de ese Estado <sup>(43)</sup>, cuyo objetivo ha sido el adaptar de forma pionera el mercado de trabajo a los criterios del Tratado de Lisboa y de los textos comunitarios precedentes sobre flexiguridad, se establece una nueva vía de extinción del contrato de trabajo que recibe el nombre de “ruptura acordada” (“*rupture conventionnelle*”), ajena al ejercicio del poder disciplinario del empresario, que viene a cobijar el desistimiento. En fin, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva en España, el último de los cuales, de 2007, se ha prorrogado para el 2008, se aborda la cuestión de la correcta reorganización de la plantilla de la empresa como medida de flexiguridad. Y nada se apunta sobre la flexibilidad *per se* del despido.

Todo ello tiene, en mi opinión, su explicación en que se han encontrado otras vías alternativas para la extinción del contrato en sí mismas flexibles. En efecto, mediante la defensa a ultranza de la autonomía individual de la voluntad surgen nuevas causas de extinción de la relación laboral ajenas a las previstas expresamente en la ley o se recuperan algunas en ella contenidas que casi incurrían en desuso. Esto último acontece en España, pues el art. 49.1.b) ET autoriza la extinción del contrato por “las causas consignadas válidamente” en el mismo, “salvo que (...) constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”. Se explicita que las partes son libres para pactar las causas de extinción del contrato, si bien la juris-

<sup>(41)</sup> Apartado 2.

<sup>(42)</sup> El pasado 8 marzo 2008 la *Confédération Générale du Travail* (CGT) manifestó su rechazo a que el contenido del Acuerdo fuese recogido en una ley, posición acorde con su negativa inicial a la firma del mismo. De donde se concluye que los sindicatos firmantes han sido: la *Confédération Française des Travailleurs Chrétiens* (CFTC), *Force Ouvrière* (FO), *Confédération Française Démocratique du Travail* (CFDT) y *Confédération Générale des Cadres* (CGC).

<sup>(43)</sup> El anteproyecto de la ley que traspone el contenido de este acuerdo entró en la *Assemblée Nationale* el pasado 26 de marzo y su aprobación como Ley se produjo el 12 de junio. Sobre esta cuestión, vid. las novedades recogidas en la entrevista a COUTURIER, G., “Des interrogations plus encore sur le domaine que sur le régime”, *Semaine Social Lamy*, n.º 1356, 2008, págs. 6 y ss.

prudencia <sup>(44)</sup>, al objeto de proteger a la más débil, ha condicionado su licitud al cumplimiento de tres requisitos: 1) la imposibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación que “dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren”, con la excepción de las condiciones resolutorias, que sí son imperativas (art. 1113 Cc) <sup>(45)</sup>; 2) su licitud, de suerte que no limite los derechos de los trabajadores reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o de naturaleza indisponible por convenio colectivo (art. 3.5 ET), ni contraríe las leyes, la moral y el orden público (art. 1255 Cc); y 3) su sanción expresa en el contrato, ora de forma verbal (de difícil prueba), ora escrita.

Sin cuestionar la buena intención de esta jurisprudencia, sus efectos se doblegan desde el momento en que el uso de estas causas de extinción se está generalizando — ya no se reservan para determinadas relaciones laborales especiales o para determinados tipos de trabajadores como el de “comercial” — y el contrato de trabajo es de adhesión. Por consiguiente, no se debe exigir al trabajador el absoluto y perfecto conocimiento de todas las cláusulas, entre otros motivos porque algunas se presentan *ex professo* de forma turbia. De entre las que se han podido conocer en las sentencias de los tribunales españoles, merecen ser destacadas las cláusulas que hacen depender la vigencia del contrato, por un lado, del cumplimiento de determinados resultados o de la obtención de un cierto rendimiento <sup>(46)</sup>

<sup>(44)</sup> Vid., por todas, STS de 5 diciembre 1995 (Ar. 6059).

<sup>(45)</sup> Se advierte que la sentencia de la que se copia, transcribe incorrectamente el precepto del Código Civil (STSJ Cantabria de 9 abril 2007 [As. 2051], f.d. 2.º).

<sup>(46)</sup> La validez de este tipo de cláusulas se supedita, según doctrina jurisprudencial, al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) que se especifique en el contrato de trabajo y no resulte de imposible realización; 2) que el rendimiento pactado sea razonable (STSJ Madrid de 30 diciembre 1997 [As. 4594]); 3) que exista un elemento de comparación, de suerte que el rendimiento se ponga en relación con el exigido a otros compañeros a título individual o colectivo o con referencia a tablas objetivas — se puede trasladar a este aspecto la jurisprudencia sobre el cálculo de la disminución voluntaria del rendimiento como causa de extinción del despido disciplinario, por todas SSTs de 3 octubre 1984 (Ar. 5226) y 25 enero 1988 (Ar. 43); 4) que el incumplimiento del trabajador no tenga un carácter esporádico u obedezca a causas excepcionales o imprevistas (STSJ Cataluña de 8 julio 1998 [As. 3463]); 5) que la disminución del rendimiento no reproduzca por razones ajenas a la voluntad del trabajador con lo que se verificará si tal disminución ha sido por causa imputable a la empresa (STSJ Madrid de 20 octubre 1998 [As. 3702]) o por que en el transcurso de

y, por otro, de la concreción de un hecho radicalmente ajeno a una relación laboral indefinida, como es el caso de la finalización de la contrata que vinculaba a la empresa contratista y, en este caso, también empleadora, con otra principal <sup>(47)</sup>.

Con todo, no se ha llegado a los extremos, según me consta, del Derecho francés, en donde se venía apreciando el pactar el desistimiento del empresario como una causa de extinción de una relación laboral común. Lo que se ha hecho a través de “*L’Accord sur la modernisation du marché de l’emploi*”, es permitir que adquiriera rango legal — la ley se ha aprobado el pasado 12 de junio — a la cláusula recién comentada bajo el nombre, ya indicado, de “ruptura acordada”, y suavizar sus efectos al facilitar el derecho de retracto de las partes en los quince días posteriores al de toma de la decisión de la extinción contractual.

En general, se trata de cláusulas que no suelen generar derecho a indemnización —con excepción, en Derecho español, de las relacionadas con el pacto de permanencia en la empresa, del desistimiento en la relación laboral especial de alta dirección o, en determinados supuestos, en la relación laboral especial de los deportistas profesionales—, de donde deban ser analizadas e interpretadas con suma cautela y restrictivamente a fin de salvaguardar al trabajador, la parte más débil del contrato, además de evitar así su posible renuncia, de forma consciente, a derechos de carácter necesario indisponibles, según el art. 3.5 ET. Para el logro de esta función, resulta importante, tanto la fiscalización de las cláusulas, cuanto su correcta calificación jurídica, una vez que no queda rastro del principio *favor laboratoris* porque la ley acepta en este punto y de modo implícito la igualdad de las partes en el contrato de trabajo.

la relación laboral se haya producido una actuación del empresario que desequilibrará las contraprestaciones del contrato de trabajo (STSJ Andalucía [Málaga] de 19 marzo 1999); y 6) que la retribución sea adecuada y proporcionada al rendimiento que se exige (STSJ Madrid de 30 diciembre 1997). Ello no impide la existencia de cláusulas abusivas, de las que constituye un ejemplo la estudiada en la STSJ Cantabria de 3 mayo 2005 (As. 858), en donde se exigía al trabajador, so pena de resolver el contrato, “que consiga formalizar la venta de, al menos, dos viviendas o apartamentos o locales comerciales por mes”, en una villa que no alcanza los sesenta mil habitantes.

<sup>(47)</sup> En la STSJ Cantabria de 9 abril 2007 (As. 2051), se concluye que tal cláusula “resulta de todo punto incompatible con esta modalidad contractual (...) porque entonces se le despojaría de su naturaleza como contrato de duración indefinida”, además “se infringiría lo dispuesto en una norma de derecho necesario” (f.d. 3.º).

Pues bien, en cuanto al control de las cláusulas contractuales poco o nada hay que decir por lo que respecta al Derecho español. Estando el contrato de trabajo fuera del Derecho de consumo, son los representantes de los trabajadores, la propia Inspección de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal, los concededores, amén del trabajador y el empresario, de las cláusulas contractuales. Aunque bien diseñado en la teoría, el sistema se revela rutinario e influido por la inercia. A eso hay que añadir que con la LETA las cláusulas abusivas del contrato para la realización de la actividad del trabajador autónomo económicamente dependiente pudieran estar sometidas al control de la leyes estatales relacionadas con el consumo que transponen la Directiva del Consejo 93/13/CEE, de 5 abril, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales. Por todo lo cual, no estaría de más la recepción del Derecho alemán al respecto <sup>(48)</sup>, a la par ilustrativa e interesante. Se presume en él que las condiciones generales son introducidas por la empresa en el contrato de trabajo, razón por la cual, al no influir el trabajador en su contenido, son objeto de control por la normativa sobre consumo. Diversamente, las cláusulas contractuales que son negociadas individualmente escapan de este control, siempre que el empresario las haya puesto a disposición del trabajador con antelación suficiente para que pueda dar su opinión sobre su contenido (parágrafo 35b BGB). Incluso la propuesta francesa no es desechable. Desde la reforma del art. 1122-2 del *Code Civil*, se dispone que “la cláusula que crea en el contrato un desequilibrio significativo de una de las partes en detrimento de la otra podrá ser revisada o suprimida (...)”, protegiéndose a esa parte en calidad de consumidor.

Sucede que, en la propuesta del Derecho francés, no se distingue entre condiciones generales de la contratación y el resto de cláusulas contractuales. Pero, en cambio, se atribuye la ilicitud a las que producen un desequilibrio significativo entre las partes del contrato, mientras que se reserva la condición de abusivas — constituyendo una especie de las ilícitas — a las no negociadas y contrarias a la buena fe. Esta teórica nítida distinción debería postularse más en el Derecho del Trabajo español, en

<sup>(48)</sup> Cfr. RÉMY, P., “Regards. Droit des contrats et droit du travail (2.<sup>a</sup> partie)”, *Revue de Droit du Travail*, n.º 6, 2007, págs. 481 y ss.

donde ilícito y abusivo se emplean como adjetivos sinónimos <sup>(49)</sup>, de ahí el “chascarrillo” de una sentencia que textualmente dice: “las causas podrán ser tildadas de abusivas o lisa y llanamente ilegales” <sup>(50)</sup>.

Se trata pues del control de las cláusulas ilícitas del contrato de trabajo y, en concreto, de las abusivas a través del Derecho del consumo. Si se juega con patrimonializar tal contrato, consecuencia lógica será la atribución al trabajador, que sufre la pérdida del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, de la condición de cuasi consumidor.

### III. La desregularización en la negociación colectiva

Los males que aquejan a los diferentes sistemas de negociación colectiva de los países de nuestro entorno no pueden dejar de constituir la manifestación más dura de la decadencia del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y, por ende, del principio *favor laboratoris*, habida cuenta que esa negociación colectiva se muestra como el último reducto a destruir en la consecución de la mayor flexibilidad de las relaciones laborales. Tales males tienen orígenes diversos, de carácter endógeno o la propia crisis de los modelos de sindicación y representación de los trabajadores, y de carácter exógeno, o la intromisión del poder político y de la participación ciudadana en la negociación colectiva.

En efecto, el campo de aplicación de los convenios colectivos guarda relación directa con los sujetos negociadores, sindicales o de otra naturaleza (es el caso español en donde los delegados de personal y los comités de empresa ostentan legitimación para negociar) a los que se pide tengan suficiente poder para celebrar y asegurar la aplicación del convenio. A decir

<sup>(49)</sup> Ello, pese a que el art. 1255 Cc permite tal distinción, al afirmar que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

<sup>(50)</sup> STSJ Cantabria de 9 abril 2007, cit., f.d. 2.º No se puede eludir, sin embargo, la existencia de sentencias que emplean correctamente la terminología jurídica, de lo que da cuenta la del TSJ Castilla-León (Valladolid) de 28 septiembre 2004 (Jur. 308658), a cuyo tenor; “Si la intención de la recurrente era concertar un seguro que extendiera su cobertura a todos los riesgos previstos en el convenio colectivo, así debió hacerlo; más si no lo pacto así solo a ella es imputable, y no cabe que aduzca para eludir su responsabilidad que se trata de cláusulas abusivas en tanto estipulaciones no negociadas y contrarias a la buena fe” (f.d. 4.º).

verdad, las dificultades son más agudas en los países que han abogado por atribuirles eficacia limitada (la mayoría en la UE, con la excepción de Irlanda, Grecia y España y, tras la ampliación, algún otro de la llamada “Europa del Este”<sup>(51)</sup>), en los cuales, y para paliar los efectos de la disminución progresiva del nivel de afiliación sindical -dato que se debe confrontar con el dato real del número de trabajadores a los que se les aplica el convenio celebrado, o sea, con su auténtico ámbito subjetivo de aplicación-, se han propuesto estrategias jurídicas diversas que confluyen en la institución de la extensión de convenios<sup>(52)</sup>, tanto contenida en acuerdos interprofesionales o asimilados, como el “*Patto di Natale*” (1998) en el Derecho italiano, cuanto en la propia ley, contando al respecto con los ejemplos del Derecho portugués y del francés a través del “*regulamento de extensão*” (art. 573 *Código do Trabalho*) o de la “*extensão et élargissement*” (art. L 2261-15 y siguientes *Code du Travail*), respectivamente. Claro ésta que en los países cuyos convenios colectivos han sido dotados de eficacia *erga omnes*, la reducción de su campo de aplicación se minimiza al comprender a más trabajadores de los sindicalizados; por ello, este tipo de eficacia constituye un antídoto frente a los bajos niveles de afiliación. Sea como fuere, otras cuestiones les acechan y minan su ámbito subjetivo de aplicación. Me refiero a la desregularización de materias fruto de la descentralización de la estructura de la negociación colectiva y, antes que todo, a la posible aparición de convenios de eficacia limitada celebrados al margen de la ley. De ahí que estos ordenamientos jurídicos también prevean medidas para afianzar la aplicación de los convenios, que pasan desde la adhesión a la consabida extensión en el Derecho español (art. 92 ET); o la ampliación por la autoridad judicial, en el ordenamiento irlandés, de los convenios celebrados al margen de la ley y dotados eficacia limitada a petición de un grupo de trabajadores o de un empresario (secc. 2 de la *Industrial Relations Act* de 1946, modificada en el 2004).

(51) A modo de ejemplo es el caso de la República Eslovaca, Eslovenia y Hungría, que, tras haber perdido las antiguas formas de sindicalismo vinculadas al régimen comunista, han dotado a los convenios colectivos de eficacia *erga omnes* para evitar que su impacto se vea disminuido.

(52) Cabe, sin embargo, una tercera posibilidad, la de algún Estado como la República Checa y Polonia, que consideran contraria a la autonomía de la voluntad la extensión de los convenios y que, por consiguiente, no adoptan ninguna medida para paliar la reducción del campo de aplicación de aquéllos.

A lo anterior se suma otro mal endógeno de la negociación colectiva que es la desregularización motivada por la tendencia a la descentralización material y en cascada de los convenios, uno de cuyos efectos puede ser el desconocimiento de los trabajadores del instrumento que fija las propias condiciones de trabajo. Para evitarlo, el Derecho Alemán ha introducido un mecanismo de derogación de los convenios descentralizados, de menor ámbito funcional y/o territorial por los convenios estatales. En el Derecho francés, se apuesta por la solución contraria que da prioridad a la aplicación en la empresa de su propio convenio, de suerte que sólo regirá el de sector si es aceptado por la mayoría absoluta de las organizaciones con representación en dicha empresa. Sorprendente, como mínimo, es la solución propuesta por el Derecho español, que ni se sitúa en la centralización alemana de los convenios de sector estatal, ni en la preferencia francesa de los convenios de empresa. Sin duda se trata de un *tertium genus* que produce una acusada individualización de las relaciones laborales. En este punto, cabe recordar que desde 1994 surgen unas pseudo “fuentes” jurídicas que son los acuerdos o pactos de empresa encargados de ejecutar, desarrollar o, incluso, modificar los convenios colectivos de sector. Su entendimiento está condicionado a la eficacia general de los convenios, de suerte que lo que se mostró como cauce ideal para adaptar a las necesidades de la empresa la regulación más abstracta o alejada de un convenio de sector que le era aplicable, se ha convertido en un posible desplazamiento — sobre decir que no se puede hablar de derogación en atención a la jerarquía normativa contenida en art. 3 ET — de su contenido. El caso del acuerdo que modifica las condiciones de trabajo colectivas recogidas en un convenio, modificación *in peius*, prevista en el art. 41 ET, refleja el colmo de la fractura de la jerarquía entre convenios y pactos. A él se aproxima, el pacto de empresa por el que se inaplica el régimen salarial previsto en el convenio de sector, de acuerdo con el art. 82.3 ET. Ejemplos todos ellos muy ilustrativos de la ya reiterada desregularización de la negociación colectiva cuya cumbre, pese a todo lo dicho, se encuentra en la delegación directa de la ley al contrato de trabajo, sin contar con los convenios colectivos como fuente intermedia.

De carácter exógeno a la negociación se puede considerar la intromisión en ella del poder político. Dejando al margen la participación institucional de los interlocutores sociales, no llama la atención el “*laissez faire*” que desde diferentes Estados se propugna en torno a las relaciones laborales con su interés por fomentar la negociación de acuerdos en la cumbre que llegará a convertirse en manifestaciones de “legislación pactada”. Sin ánimo

exhaustivo conviene recordar: 1) el Acuerdo Interconfederal francés sobre acceso a la formación profesional, que dio lugar a la *Loi Fillon* de 2004, o el ya citado Acuerdo para modernizar el mercado de trabajo, de 2008, cuyo contenido se ha transpuesto en una ley; 2) los diferentes acuerdos interprofesionales de Grecia en materia de salud en el trabajo, desempleo y formación profesional que dieron lugar a otras tantas leyes (a partir de 2001); 3) el Acuerdo *Sustaining Progres* de 2003 a 2006 de Irlanda, referido a maternidad y permisos parentales; y 4) los sucesivos acuerdos interconfederales para la negociación colectiva en España, el último de los cuales, de 2007, se ha prorrogado para el año 2008, o también los acuerdos sobre materias concretas como el “Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo” (AMCE), de 2006, en su momento transpuesto por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que establece un nuevo programa de bonificaciones al empleo estable y nuevas normas en materia de contratación y de subcontratación.

Si bien esta intervención política en la negociación colectiva traspasa las fronteras estatales y se ancla en la propia UE. En 1992 tras la aprobación del Acuerdo de Política Social — anexo al Tratado de Maastricht, que se incorpora después en el Tratado de Ámsterdam de 1999 —, se introducen los arts. 138 y 139 del Tratado de la CE, sancionando definitivamente el rol de los interlocutores sociales como sujetos negociadores. Pero la negociación colectiva europea se encuentra condicionada por la actuación de la Comisión. En este sentido, no es novedoso el recordar que el primer precepto citado se refiere a la consulta y diálogo con los interlocutores sociales a cuya conclusión la mencionada Institución puede decidir el inicio de una “acción comunitaria” que recoja o no el contenido de la propuesta de aquéllos; lo que parece oportuno considerar como un “acuerdo débil”. Mientras que el otro, el art. 139, sanciona la negociación de los interlocutores sociales con vistas a alcanzar un acuerdo, conocido por “acuerdo reforzado”<sup>(53)</sup>, si precisa de una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión, guardando silencio sobre su respectivo régimen jurídico, que habrá de ser integrado por el Tribunal de Justicia de la UE o su Tribunal de Primera Instancia. De este modo, la intervención de la Comisión

<sup>(53)</sup> Es el caso del “Acuerdo marco sobre el permiso parental”, recogido en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 junio 1996 (DOCE L 145, de 19 junio 1996), y del “Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial”, consignado en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 diciembre (DOCE L 14, de 20 enero 1998).

en la negociación colectiva ha estado motivada, además de por un hábito<sup>(54)</sup>, por la falta de reconocimiento como fuente del Derecho comunitario de los convenios negociados en este ámbito<sup>(55)</sup>. Con ello, la eficacia de esa negociación se somete a los designios de la Comisión que, en los últimos tiempos, ha apostado por el *soft law*, mostrando su reticencia a trasponer el contenido de los acuerdos europeos en una directiva. Su consecuencia ha sido la celebración de “acuerdos libres”<sup>(56)</sup>, amparados también en el art. 139 del Tratado de la CE, cuya aplicación a cada Estado miembro, siempre a través de medios convencionales, está jalonada de dificultades pues depende del sistema de negociación colectiva interno. La indefinición del régimen jurídico de la negociación colectiva europea la ubica en tierra de nadie y, desde la desprotección que sufre, no deviene siempre en instrumento correcto para regular algunas cuestiones de las relaciones laborales.

En fin, en la desnaturalización de la negociación colectiva será decisivo, en mi entender, otro mal exógeno: la participación ciudadana. En desarrollo del Libro Blanco sobre “gobernanza europea”, elaborado para

<sup>(54)</sup> Desde los inicios de la CEE hasta el año 1970, el protagonismo de la Comisión en el hoy llamado diálogo social ha sido decisivo. Ella estimuló y logró los primeros contactos entre organizaciones sindicales y asociaciones patronales. Desde luego, lo hizo amparada por el art. 118 del Tratado de la CEE, que instituía “una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social”, para lo cual la Comisión debería elaborar o encargar “estudios, dictámenes” u organizar consultas con el fin de resolver “los problemas que se planteen a nivel nacional como (...) aquellos que interesen a las organizaciones internacionales”; pero también condicionada, en sentido positivo, ante la experiencia, previa a la constitución de la CE, de celebración de determinados convenios o acuerdos en materia social al margen de las instituciones comunitarias firmados por interlocutores sociales de diferentes países. La actuación de la Comisión se concretó en fijar las bases del “diálogo social” tanto en el nivel interprofesional como en el sectorial. Para más datos, vid. FERREIRO REGUEIRO, C., “Los sujetos de la negociación colectiva europea”, en el vol. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M. L. (coord.), *La negociación colectiva europea. Experiencias y tendencias europeas*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2006), págs. 43 y ss.

<sup>(55)</sup> En efecto, en el cuadro de fuentes del art. 249 del Tratado de la CE se alude exclusivamente a los reglamentos, directivas, recomendaciones y decisiones, sin contar con indicación alguna sobre los acuerdos colectivos.

<sup>(56)</sup> Se trata de: 1) el “Acuerdo europeo sobre teletrabajo”, de 7 febrero 2001; 2) el “Acuerdo marco europeo sobre el estrés laboral”, de 8 octubre 2004; y 3) el “Acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo”, de 26 mayo 2007.

recoger las propuestas de los Jefes de Estado reunidos en el Consejo europeo celebrado en Sevilla en 2002, se aprueba el “Acuerdo interinstitucional para legislar mejor”, de 16 diciembre 2003 <sup>(57)</sup>. Se presenta como un documento benévolo, de difícil ubicación en el cuadro de fuentes del Derecho comunitario <sup>(58)</sup>, que servirá para mejorar la calidad de los textos legislativos tanto en su redacción como en su contenido. Pero encierra una nueva tendencia de las Instituciones comunitarias para aminorar las competencias de los interlocutores sociales, facilitando el acceso de organizaciones y asociaciones civiles del más variado calado en los procesos previos a la elaboración de documentos y de la legislación “pactada”, esto es, de la consensuada antes de su promulgación. Del diálogo social se abre la puerta al diálogo civil, en el que, como se verá, los interlocutores sociales pasan a ser tratados como simples interlocutores sin reparar en la libertad sindical de la que hacen uso en el Derecho interno <sup>(59)</sup>. Efectúa con ello, la UE, un avance hacia la “democracia participativa”, circunscrita, hasta la aprobación del Acuerdo, al Comité Económico y Social en labores exclusivamente consultivas que comprende, ahora, funciones cuasilegislativas tanto en el seno de ese Comité, como fuera de él.

<sup>(57)</sup> Puede consultarse en la página web <http://Europa.eu/bulletin/es>.

<sup>(58)</sup> El “Acuerdo interinstitucional para legislar mejor”, además de no ser citado en el cuadro de fuentes del art. 249 del Tratado de la CE, que se refiere exclusivamente a los reglamentos, directivas, recomendaciones y decisiones, no constituye un acuerdo típico de los previstos en el art. 139. Si bien, el Tribunal de Justicia se muestra favorable a reconocer una cierta fuerza vinculante a estos pactos interinstitucionales cuasi-políticos. Sobre la cuestión, vid. GODET, R., “Accords interinstitutionnel et équilibre institutionnel dans la Communauté européenne”, ed. *pro manuscrito* (París, 2001). Sobre el carácter heterogéneo de estos acuerdos, vid. GAUTRON, J. C., “Les accords interinstitutionnels dans l’ordre juridique communautaire”, en el vol. VERPEAUX, M., et AVRIL, P. (coords.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Panthéon-Assas (Paris, 2000), págs. 195 y ss.

<sup>(59)</sup> Reconocida de forma implícita la autonomía colectiva de los interlocutores sociales, ésta no viene arropada de un pronunciamiento claro sobre otros derechos, como la libertad sindical. Limitada a su regulación por el Derecho interno de cada Estado miembro, casi nada puede hacer el Derecho comunitario, pues su escaso campo de actuación lo ha utilizado para proclamar, en el art. 137.5 del Tratado de la CE, su incompetencia en materias tales como el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el del cierre patronal, pero, también, para dejar la puerta abierta a los acuerdos libres cuyo contenido sí pudiera tratar de estas cuestiones sin olvidar el inevitable respeto a la soberanía de los Estados.

La democracia participativa pasa a organizarse a través de las técnicas de corregulación y de autorregulación, ambas propuestas por el “Acuerdo interinstitucional para legislar mejor” para lograr su objetivo: legislar mejor <sup>(60)</sup>. La primera consiste en “un acto legislativo comunitario [que] habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)”, *ex* punto 18 del Acuerdo. Asombro provoca, como mínimo, la definición de la autorregulación en su punto 22, según el cual “los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones” tiene la posibilidad de adoptar para sí “directrices comunes de ámbito europeo (en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales)”. Asombro porque la expresión “acuerdos sectoriales” o es polisémica, lo que dudo en este campo, o se está utilizando de forma incorrecta. En efecto, la negociación de los acuerdos sectoriales queda reservada exclusivamente a los interlocutores sociales por el cauce del art. 139 del Tratado de la CE, norma que no puede ser contradicha por otra de rango todavía desconocido, cual es el “Acuerdo interinstitucional para legislar mejor”. Entonces, si éste afirma que las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adoptarán, en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales, se debe entender que tales acuerdos sólo corresponderán a las organizaciones sindicales y empresariales, y no al resto de organizaciones y asociaciones a las que, como mucho, se les permite la elaboración de directrices comunes mediante, por ejemplo, códigos de conducta. Repárese, además, que la falta de técnica jurídica del “Acuerdo interinstitucional para legislar mejor” se confirma con la inclusión en la categoría de las “directrices comunes” de los acuerdos, en total contradicción con la comunicación de la Comisión de 12 agosto 2004, en la que se éstos se califican como clasifican una manifestación del diálogo social, bien diferente de la emisión de opiniones conjuntas y declaraciones o de la elaboración de instrumentos de intercambio de información. De todas maneras, en espera de las prácticas derivadas de los procesos de autorregulación, es evidente que la asimilación de los interlocutores sociales a otros interlocutores privados tendrá

<sup>(60)</sup> Sobre estas cuestiones, vid. el primer artículo que las ha tratado de VIGNEAU, C., “Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation: la fin de privilèges?”, *Droit Social*, 2004, n.º 9/10, págs. 883 y ss.

como consecuencia la aparición de textos de muy diferente naturaleza que deberán ser objeto de control por las instituciones comunitarias.

Parece, pues, evidente que el “Acuerdo interinstitucional para legislar mejor” no porta un régimen tan benévolo como su nombre da a entender y que su influencia, directa o indirecta, ya se está dejando sentir en algunos Estados miembros, como España. La muestra se encuentra en el art. 19 de la LETA, que reconoce a los trabajadores autónomos económicamente dependientes el derecho a afiliarse a un sindicato, a una asociación empresarial de su elección o a una asociación específica, a las que atribuyen legitimación — acompañada de otros requisitos que no vienen al caso — para negociar los acuerdos de interés profesional. Tal ingenio desvirtúa la naturaleza esencia de esos acuerdos, difícilmente equiparables a los convenios colectivos informales — llamados así por ser negociados al margen del ET —, como consecuencia de sus posibles sujetos negociadores.

#### IV. Conclusión

Es difícil predecir el futuro de cualquier rama del ordenamiento jurídico, pero los augurios que pesan sobre el Derecho del Trabajo no son positivos. Recuerda cada vez más a sus orígenes, con una preocupación por la prevención de riesgos y una desprotección del asalariado ante la pérdida progresiva de las garantías que le venían siendo propias. Esta situación está motivada por la permeabilidad del Derecho privado común en el especial del Trabajo — que constituye la técnica de la flexiguridad —, ocasionado la crisis de sus principios más insignes — el *favor laboratoris* — y de su fuente por excelencia — el convenio colectivo. Precisamente, el corregir los males que le acechan se convierte en una de las posibles soluciones, tanto para reforzar la posición del trabajador en el contrato de trabajo o en otras relaciones de prestación de servicios bajo la égida de la dependencia económica, cuanto para defender dogmáticamente la independencia de la propia disciplina.

#### V. Relación de las abreviaturas más utilizadas

- Ar. Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
- As. Repertorio de Jurisprudencia Social de Aranzadi
- BOE Boletín Oficial del Estado
- Cc Código Civil

- CE Comunidad Europea
- Coord. Coordinador
- DOCE Diario de la Comunidad Europea
- ET Real Decreto Legislativo 1/1994, de 24 de marzo, por el que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores
- f.d. Fundamento de derecho
- LETA Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo
- RD-Ley Real Decreto Ley
- REDT Revista Española de Derecho del Trabajo
- ss. Siguietes
- STS Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
- TS Tribunal Supremo
- TSJ Tribunal Superior de Justicia
- UE Unión Europea