

La aplicación de los mecanismos de control del contrato de adhesión al contrato de trabajo*

The instruments of control of the adhesion contract applied to the employment contract

Alicia VILLALBA SÁNCHEZ**

RESUMEN: Las reformas llevadas a cabo por el Estado español durante la crisis económica con la que dio comienzo el siglo en curso propiciaron el declive de la negociación colectiva. El baldío dejado por ella fue progresivamente cultivado por la individual, que también ha colonizado espacios donde la carencia de regulación responde a la evolución tecnológica que impulsa la Cuarta Revolución Industrial. El protagonismo adquirido por el contrato de trabajo como fuente reguladora de la relación laboral ha ofrecido una mayor flexibilidad al empleador par la gestión de sus recursos humanos. No obstante, este logro ha sido alcanzado a costa de privar al trabajador de la protección antaño derivada de la normativa estatal y de la negociación colectiva. A results de esta involución se ha regresado a un contrato de trabajo donde el riesgo de imposición de cláusulas ilícitas se ha materializado en litigios. Su resolución obligó a los tribunales a acudir a conceptos jurídicos cuya vaguedad dificulta alcanzar un resultado predecible. La necesidad de neutralizar el riesgo de imposición de cláusulas ilícitas y

* Este trabajo es fruto del Proyecto de investigación del MINECO, titulado “Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo: Aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional” (DER2016-75376-R), cuya investigadora principal es la Prof^a. Lourdes Mella Méndez.

** Profa Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela. Contacto: <alicia.villalba@usc.es>. Fecha de recepción: 04/07/2019. Fecha de aprobación: 30/09/2019.

alcanzar un grado aceptable de seguridad jurídica recomienda indagar acerca de otras técnicas concebidas para proteger al adherente en otras ramas del Derecho privado, como aquella destinada a tutelar al consumidor o usuario.

PALABRAS CLAVE: contrato de trabajo; contrato de adhesión; cláusulas ilícitas; cláusulas abusivas; condiciones generales de la contratación.

ABSTRACT: The reforms carried out by the Spanish State during the economic crisis at the beginning of the current century led to the decline of collective bargaining. The wasteland left by its implementation was progressively cultivated by the individual bargaining, which has also colonised spaces where the lack of regulation responds to the technological evolution promoted by the Fourth Industrial Revolution. The prominence acquired by the contract has offered greater flexibility to the employer in the management of its human resources. However, this goal has been achieved at the cost of depriving the worker of the protection once derived from state regulations and collective bargaining. As a result of this involution, there has been a return to an employment contract where the risk of the imposition of illicit clauses has materialized in litigations, that the courts have to resolve by resorting to legal concepts whose vagueness impedes a predictable result. The need to neutralize the risk of the imposition of illicit clauses and to reach an acceptable degree of legal certainty recommends investigating other techniques designed to protect the adherent in other branches of private law, such as that intended to protect the consumer or user.

KEYWORDS: employment contract; adhesion contract; illicit clauses; abusive clauses; general terms.

I. INTRODUCCIÓN

La presente centuria ha sido testigo de una transformación sin precedentes del objeto del Derecho del Trabajo debida al impacto de la evolución tecnológica en el modo de prestar servicios. Da fe de ello la ingente preocupación del legislador español por las nuevas formas de trabajo basadas en el uso intensivo de las nuevas tecnologías, como el teletrabajo, cuyo marco jurídico fundamental figura contenido en el art. 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores—en adelante, ET—. Pero no sólo la forma de trabajar ha sufrido las consecuencias de la innovación que impulsa la ya conocida como Cuarta Revolución Industrial. El propio Derecho del Trabajo ha sufrido la acometida de un cambio tecnológico, al tiempo que encajaba los golpes asetados por las sucesivas reformas adoptadas a raíz de la depresión económica que marcó el inicio del siglo en curso. Este doble embate no ha hecho sino propiciar la decadencia de este sector del ordenamiento jurídico

Identificar las diversas manifestaciones de este proceso requiere recorrer en sentido inverso el largo y tortuoso camino que ha conducido a la construcción del Derecho del Trabajo. Un breve ejercicio de memoria permitirá evocar aquellos objetivos cuya consecución se persiguió propiciando el crecimiento y desarrollo de esta nueva rama del ordenamiento jurídico, surgida del tronco del Derecho común de obligaciones y contratos.

La imposibilidad de alcanzar unas condiciones de trabajo dignas reveló la necesidad de sustituir al negociador individual por el colectivo¹. No obstante, el dominio de la autonomía colectiva y de la intervención heterónoma del Estado ejerció sobre la regulación

¹ Véase D'ANTONA, M., “La autonomía individual y las fuentes de Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 2, 1991, p. 285.

de las condiciones de trabajo está en franco declive. La dimensión colectiva de las relaciones laborales se ha visto paulatinamente desplazada por una negociación individual que ha sabido aprovechar los resquicios del corpus normativo que sirvió de baluarte al trabajador. La proliferación de condiciones resolutorias mediante la invocación de un art. 49.1.b) ET que se conforma con prohibir al empresario que haga un uso abusivo de la posibilidad casi omnimoda que le confiere para consignarlas en el contrato de trabajo constituye un buen ejemplo de este fenómeno. La concertación de acuerdos en masa, incluso en situaciones conflictivas donde procede poner en duda la validez del consentimiento de quien los suscribe, no hace sino confirmar la anterior apreciación.

Al recobrado auge del contrato como fuente reguladora de las condiciones de trabajo² se ha unido la concienzuda labor de un legislador que hizo replegarse a la negociación colectiva desde el ámbito sectorial al de empresa. La supervivencia de ésta se erige en nuevo objetivo, a través de cuyo alcance sólo podrá ser garantizado un empleo jalonado de tantos derechos y garantías como resulte posible conferir al trabajador sin detrimento de la buena marcha de quien lo proporciona.

Mientras el interlocutor colectivo del empresario se bate en retirada, una nueva amenaza se cierne sobre otro ideal: la estabilidad en las condiciones de trabajo. Presupuesto ineludible para el desarrollo personal, el disfrute de una jornada regular se ha visto desplazada por una regulación flexible, ora impuesta por el empresario, ora promovida por el legislador con el propósito de adecuar la mano de obra disponible a los requerimientos de la empresa³. Prima de nuevo el interés de ésta como garante de un empleo cuya calidad se ve seriamente menoscabada.

² Véase FERREIRO REGUEIRO, C., “El recuperado protagonismo del contrato de trabajo”, *Questões Laborais*, núm. 40, 2012.

³ Se alude a la denominada “flexiguridad” o “flexiseguridad”, formulada a partir de la Estrategia de Lisboa de 2000 y del Informe presentado ante la Comisión Europea por del antiguo primer ministro de los Países Bajos Wim

La confluencia de los citados síntomas, cuya gravedad no merece ser menospreciada, sugiere la existencia de un mal mayor a atajar: una huida del Derecho del Trabajo⁴ (Rodríguez-Piñero Royo, 1992: 85). Desmontar el Derecho del Trabajo desde su interior, sacando provecho de las fisuras que éste presenta; o desvirtuar su finalidad, convirtiéndolo en un instrumento al servicio del crecimiento económico son, en consecuencia, fenómenos a contemplar dentro de un mismo proceso. Proceso cuyos síntomas interesa analizar y cuyas consecuencias urge atajar. Lo primero exige detenerse en los rasgos del contrato de trabajo que lo asimilan a otros pertenecientes a la categoría de los de adhesión. Lo segundo recomienda abordar los mecanismos urdidos en otras ramas del ordenamiento jurídico a fin de poner coto a los desmanes de una autonomía individual que nuevamente amenaza la delicada posición del trabajador.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

El contrato ha cobrado pleno protagonismo como institución central, ya no sólo constitutiva de las relaciones de trabajo, sino

Kok el 19 de marzo de 2003, y desarrollada en el Libro Verde de la Comisión, de 22 noviembre 2006, “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”³, y más recientemente en la Comunicación de la Comisión Europea de 27 junio 2007³ así como en la Resolución del Parlamento Europeo de 29 noviembre 2007 sobre los principios comunes de la “flexiguridad”. Con ella se pretendió dinamizar la economía de la Eurozona incrementando la competitividad de su mercado laboral. Para ello, se trató de combinar la adaptabilidad de la mano de obra a las necesidades de la demanda con una cierta seguridad en el empleo, no equiparable a la estabilidad del puesto de trabajo que se perseguía hasta el momento.

⁴ En decir de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1992, p. 85.

también reguladora de sus aspectos esenciales y, en consecuencia, gestora de la mano de obra la empresa⁵. Sucede pues, que en un sector del ordenamiento que nace precisamente a raíz de la intervención estatal, la normativa heterónoma reduce progresivamente su campo de actuación a favor de la autorregulación individual característica del Derecho común, tronco del que en su momento se separó como rama autónoma de Derecho privado, en aras de la consecución de ciertos logros sociales que el mero reconocimiento formal de la libertad contractual no se demostró capaz de alcanzar.

Este suerte de involución pretende justificarse, desde la perspectiva jurídica, en la necesidad de dispensar un tratamiento diferenciado a cada relación laboral, atendiendo a sus peculiaridades⁶; y, desde una perspectiva económica, en la conveniencia de una mayor adaptabilidad o flexibilización en la normativa laboral a fin de remover toda traba que obstaculice al empresario la puesta en práctica de métodos más dúctiles de organización del personal a su servicio.

Sin entrar a cuestionar la oportunidad de tales medidas, otra demanda en etapas de crisis, lo cierto es que todas ellas socavaron la posición jurídica del trabajador, sujeto cuya tutela justifica la existencia del Derecho del Trabajo como sector especial del ordenamiento, y que se asentaba precisamente en su primigenia dimensión colectiva. Si se despoja al Derecho del Trabajo de la

⁵ Véase “La individualización de las relaciones de trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1991, p. 405.

⁶ Casas Baamonde hace notar que este movimiento involutivo no pretende sustituir el esquema sobre el que se ha construido el Derecho del Trabajo por una lógica civilista, sino que se trata de “desmontar la igualdad de los trabajadores”, atendiendo así a la “diferenciación de intereses entre los distintos trabajadores” a fin de “practicar una gestión del personal más flexible e individualizada”, aunque, como admite la autora, ello conlleve descomponer “la solidaridad en el interior de las clases”. CASAS BAAMONDE, M^a.E., *op. cit.*, p. 405.

fuerza extraída de la masa obrera como sujeto negociador frente al empresario, tornando al contrato individual como fuente reguladora de los derechos y obligaciones de las partes, sin la adopción de medida alguna complementaria que refuerce el estatus del trabajador, el denominado “retorno al contrato” no es otra cosa que un verdadero retorno al Derecho común. Se priva así al trabajador de la armazón de derechos y garantías de las que disponía en tanto parte débil de una relación jurídica caracterizada por la asimetría entre el poder económico y, en consecuencia, de negociación de las partes⁷.

Se vuelve pues al Derecho común en su configuración decimonónica, pues el Derecho privado ya ha evolucionado y, siguiendo los pasos del legislador social⁸, ha reconocido la asimetría inherente a cierto tipo de contratos, como los concertados entre un profesional y un consumidor. Por ello hoy coexiste un régimen general o común, articulado en torno al principio *pacta sunt servanda* y a la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad individual como fuente reguladora de las relaciones jurídicas *inter privatos*, con otro especial, sensible a la existencia de ciertos contratos en los cuales la dispar situación fáctica de las partes hace imposible el correcto ejercicio de la libertad contractual por parte del contratante peor posicionado. Surge así una normativa protectora del consumidor y usuario como parte débil de la relación

⁷ No en vano el Derecho del Trabajo surge como “crítica directa a los principios que informan el derecho común de las obligaciones y contratos; en concreto, a ese principio básico conferido y otorgado a la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido de una singular relación obligatoria, inicialmente vinculada al contrato de arrendamiento de servicios VALDÉS DALRÉ, F., “Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo”, en PARRA LUCÁN, M^a. A., *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinaria*, Granada, Comares, 2017, p. 596.

⁸ Sobre la eventual influencia del Derecho del Trabajo en la construcción de un Derecho especial protector de consumidores y usuarios: PÉLISSIER, G. AUZERO, A. y DOCKES, E., *Droit du travail*, 25^a ed., París, Dalloz, 2012, p. 33.

contractual, hoy actualmente contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias⁹ –en adelante TRLGDCU–, aplicable a las relaciones jurídicas entabladas entre profesionales y consumidores, que trae causa de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁰, modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE¹¹.

Las cláusulas consignadas en el contrato de trabajo y las incorporadas al celebrado con un consumidor o usuario comparten una serie de características. Destaca, en primer lugar, su predisposición en el contrato, que denota la previa y exclusiva elaboración de su contenido por quien ostenta el poder en la relación jurídica, que en ambos casos es el empresario¹². Esta es posible merced a la imposición del contenido a quien carece de poder económico para oponerse a su aceptación o negociar su modificación¹³. De esta segunda característica se colige la ausencia de un verdadero acuerdo que, en las relaciones jurídicas asimétricas, sólo encubre la resignación de la parte débil a los términos que se le proponen.

⁹ BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007.

¹⁰ DOCE nº L 095, de 21 abril 1993.

¹¹ DOEU nº L 304/64, de 22 noviembre 2011.

¹² Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, p. 119.

¹³ Véase PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 258.

Una tercera característica, que no siempre se manifiesta, pero a menudo se detecta en el clausulado de los contratos de trabajo, es la generalidad de su clausulado. Su concurrencia desvelaría la existencia de condiciones generales de la contratación laboral, conocidas en otras ramas del Derecho privado y reguladas por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación¹⁴ –en adelante, LCGC–. Existe cuando una estipulación ha sido redactada con el fin de incorporarla en una pluralidad de contratos, a fin de alcanzar una regulación uniforme. Interesa cuando existe una contratación en masa en una serie de supuestos cuya similitud permite su subsunción en un mismo modelo de contrato o, al menos, la aplicación uniforme de ciertas cláusulas de estilo. Esta estandarización de la contratación es posible, e incluso conveniente, cuando se realiza a través de las plataformas digitales, merced al carácter intercambiable de los prestadores de servicios por ellas reclutados, práctica frecuente en la actualidad.

En el Derecho del Trabajo, la aplicación de un estándar a categorías similares de trabajadores ya se ha llevado a cabo en virtud de la homogeneización de las condiciones de trabajo conseguida mediante su negociación colectiva. Pero también acudiendo a prácticas cuyo carácter antisindical procede sospechar¹⁵, como las que pretenden desplazar la negociación colectiva mediante la celebración de acuerdos individuales en masa.

En suma, se constata el retorno a un Derecho privado parcialmente obsoleto, concebido para ser aplicado a unas relaciones entabladas entre partes que negocian en pie de igualdad y en operaciones concretas e individualizadas. Empero, este Derecho Civil ya no es así en la actualidad, desde que ha evolucionado con la promulgación de la mencionada legislación especial que, debido precisamente a este carácter, no resulta de aplicación supletoria al

¹⁴ BOE n° 89, de 14 de abril de 1998.

¹⁵ Muestra reciente de la proliferación de acuerdos individuales destinados a desplazar la negociación colectiva, en este caso de una modificación de las condiciones de trabajo, es la STS de 20 junio 2019 (rec. n° 98/2018).

contrato de trabajo. El panorama vigente en Derecho del Trabajo se caracteriza pues por una excesiva centralidad de la autonomía individual como fuente reguladora de los derechos y obligaciones del trabajador, con el riesgo de imposición por la parte empresarial de estipulaciones desventajosas e incluso ilícitas que ello conlleva, así como por la carencia de métodos que eviten las consecuencias que puedan derivarse del ejercicio de ese poder. De este modo, la flexibilidad deviene en una inexorable desregularización de la relación laboral, muestra de la cual es la proliferación de cláusulas de dudosa licitud que se abordarán a renglón seguido.

III. LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ILÍCITAS AL CONTRATO DE TRABAJO

La normativa heterónoma adolece de fisuras que, de no ser colmadas por la negociación colectiva, ofrecen un terreno fértil donde sembrar una regulación ajustada a los intereses de quien la redacta. La autonomía individual ha sacado buen provecho de estos resquicios, cuya amplitud tiende a expandirse a medida que el ordenamiento jurídico deja al descubierto nuevos supuestos de hecho emergentes de la transformación socioeconómica auspiciada por el impacto tecnológico.

Una hendidura a través de la cual ha penetrado una regulación individual de la relación laboral ha sido el régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato de trabajo. A fin de aportar cierta estabilidad en el empleo, el Derecho del Trabajo español ha diseñado un sistema causal de extinción del contrato de trabajo¹⁶. Para ello, enumera una serie de causas destinadas a justificar su terminación en el art. 49 ET. No obstante, su letra b) permite la

¹⁶ El TC ha afirmado que la causalidad del despido es correlato indiscutible del derecho al trabajo, y por ende no podrá ser eliminada por disposición legal so pena de inconstitucionalidad, ni mucho menos por acuerdo individual o colectivo. Sobre este extremo, véase STC 22/1981 de 2 julio (RTC 22).

inclusión de otros no previstas expresamente en la ley, siempre y cuando se consignen válidamente y no constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. E incluso se autoriza la estipulación de un período de prueba donde se goza de total libertad para poner fin al contrato de trabajo, so pretexto del fracaso de un ensayo cuyas consecuencias el art. 14 ET no requiere aducir ni acreditar.

De esta guisa se franquea la entrada a la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de nuevas causas de extinción contractual. Mas, volviendo a lo que se apuntaba con respecto a la legislación en materia de cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación, procede preguntarse si existe en la relación de trabajo verdadera libertad contractual cuando una de las partes, en uso de su poder de imposición derivado de su posición económica privilegiada, puede configurar a su antojo el contenido contractual sin que a la contraparte peor posicionada le quede otra alternativa que aceptar o rechazar la oferta que se le presenta. La respuesta ha de ser negativa, pues al contrato de trabajo subyace una asimetría en el poder de negociación incluso más acentuada que en las relaciones empresario-consumidor. Si a esto se añaden las peculiaridades derivadas del carácter personal de la prestación laboral, así como del hecho de que este contrato, lejos de tratarse de una operación comercial de escasa entidad económica, suponga la fuente de ingresos esencial para el ciudadano medio, se concluye que la tutela que le es debida no debe ser en ningún caso inferior a la dispensada al consumidor.

En virtud de estas disposiciones, la práctica contractual ha conocido y visto exponencialmente incrementada en las últimas décadas la incorporación de cláusulas extintivas, ya no sólo en relaciones laborales de carácter especial como la propia del personal de alta dirección, donde era más frecuente su previsión debido a su entidad económica y a la particular relación de confianza inherente a las mismas, sino también en contratos sometidos al régimen común contenido en el ET. Ante la ausencia de mecanismos específicamente concebidos para la fiscalización del clausu-

lado contractual, ha recaído sobre los tribunales la ingrata labor de enjuiciar la legalidad de estas las estipulaciones contractuales, acudiendo a los parámetros contenidos en el art. 49.1.b) ET, es decir, validez en la inclusión y proscripción del abuso de derecho.

La parquedad de la letra de la ley, como no podía ser de otro modo, ha dado lugar a una considerable inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de soluciones jurisprudenciales. Así, el control de las cláusulas extintivas del contrato de trabajo se ubica en el terreno pantanoso de la ilicitud indirecta o “atípica”, como califican Atienza y Ruiz Manero¹⁷ a los actos o contratos que, sin transgredir una norma jurídica concreta –ilicitud directa–, atentan contra el ordenamiento jurídico en tanto sistema de cuya coherencia interna se desprenden una serie de principios informadores susceptibles de ser vulnerados incluso por un acto que no conforme el supuesto de hecho de una norma prohibitiva, ni atente contra los mandatos de una norma imperativa. Basta con que su ejecución tergiverse la finalidad que el conjunto normativo está destinado a alcanzar. De este modo, la jurisprudencia social ha procedido a proscribir una variedad de cláusulas extintivas por considerarlas “abusivas”, calificación a la que incita la propia literalidad del art. 49.1.b) ET, aun cuando entre las mismas es posible encontrar supuestos tanto de abuso de derecho como de fraude de ley.

Como paradigma de cláusula fraudulenta¹⁸, con la que se consigue la elusión de la normativa vigente en materia de despido, procede aludir a la polémica estipulación por la que se fija un rendimiento mínimo en la ejecución de la prestación laboral. Este tipo de cláusulas, debido a su habitual inclusión, han generado una

¹⁷ ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, p. 25.

¹⁸ Sobre el diverso alcance del abuso de derecho y el fraude de ley, véase IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del derecho y el fraude de ley en el derecho del trabajo*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, facsímile autorizado, 1989, p. 196.

considerable diversidad de pronunciamientos que oscilan desde su admisión como causa autónoma de extinción del contrato de trabajo¹⁹, hasta su plena asimilación a la causa de despido disciplinario contemplada en el art. 54.2.e) ET, que sanciona como tal “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado” –rendimiento pactado que, como bien apunta Gárate Castro²⁰, no es sino una concreción del rendimiento normal–. Es esta última posición la que considera que una cláusula fijadora de un rendimiento mínimo sólo se considerará válida de respetar los requisitos de continuidad y voluntariedad requeridos en tanto causa justificativa de despido disciplinario, y determina que la previsión del art. 49.1.b) ET no permite la configuración *in peius* de una causa de extinción prevista en el ET. De lo contrario, se estarían incluyendo en el contrato condiciones desfavorables para el trabajador al amparo del art. 49.1.b) ET en detrimento de las garantías contempladas en sede de despido disciplinario –art. 54.2.b) ET²¹–. Se trata de un supuesto típico de fraude de ley, tal como señala la STSJ de Murcia de 9 noviembre 2009²², cuando afirma que todo intento de “eliminar el elemento subjetivo – voluntariedad– de una norma de derecho sancionador –causa de despido– [...] es un fraude de ley, y amén de ello, abusiva si los rendimientos pueden no ser alcanzados incluso desplegando una

¹⁹ Véanse STS de 21 junio 1983 (RJ 3032), STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 enero 2004 (JUR 70607), STSJ del País Vasco de 19 octubre 2004 (AS 3615) y STSJ Galicia de 23 mayo 2008 (JUR 176883), entre otras.

²⁰ GÁRATE CASTRO, Javier, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 234 y 235.

²¹ Véanse SSTS de 13 noviembre 1986 (RJ 6338), de 6 de octubre de 1982 (RJ 6119), de 13 noviembre 1986 (RJ \6338), así como STSJ C. Valenciana de 15 noviembre 2005 (AS 2006\1046) donde, pese a existir cláusula extintiva, se exigen los requisitos de voluntariedad y continuidad en el incumplimiento. En la misma línea, y entre otras muchas, véase STSJ Galicia de 28 julio 1993 (AS 1993\3427).

²² JUR 2010\8654.

máxima actividad y diligencia”. Del mismo modo, los tribunales hacen ver que el recurso a la extinción contractual por déficit de rendimiento sin haberse tenido en cuenta la actitud del trabajador y las circunstancias concurrentes –p. ej. situación del mercado– comporta el desplazamiento del riesgo empresarial hacia el trabajador, de modo tal que lo que se justifica como flexibilidad en la ordenación de los recursos humanos no consigue desviar la responsabilidad de una decisión económica adoptada por el empresario hacia el trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo por no alcanzar unos resultados sin que medie culpa por su parte²³.

Procede asumir que, de entre los diversos tipos de cláusulas extintivas catalogadas bajo el rótulo de “abusivas”, la jurisprudencia ha englobado a menudo tanto las que se pueden considerar abusivas en sentido estricto, como otras estipuladas en fraude de ley, mediante las cuales se pretende liberar al empresario del respeto de ciertos derechos y garantías del trabajador. Tal acontece cuando se pretende consignar como condición resolutoria del nexo contractual la no obtención de una determinada titulación profesional²⁴ o pérdida de una autorización administrativa, en tanto dicha causa también se solapa con la de extinción por circunstancias objetivas *ex art. 52.a) ET*²⁵. Destacan también las cláusulas que descausalizan los contratos de duración determinada introduciendo supuestos para su concertación ajenos a los que la norma contempla²⁶, dando lugar así a una serie de contratos

²³ STSJ Galicia de 23 mayo 2008 (JUR 176883). En la misma línea: STSJ Murcia, de 9 noviembre 2009 (JUR 2010\8654), donde se califica de abusiva cualquier estipulación que pretenda asegurar una cláusula extintiva del contrato al margen de las fluctuaciones de las condiciones del mercado, riesgo esencialmente empresarial.

²⁴ STS de 5 diciembre 1985 (RJ 6059).

²⁵ STSJ Cataluña de 26 enero 1995 (AS 316).

²⁶ Véanse SSTS de 15 enero 1997 (RJ 497), de 8 junio 1999 (RJ 5209), de 24 septiembre 1998 (RJ 8551), de 25 junio 1997 (RJ 6133), de 28 febrero 1996

temporales atípicos. Otras estipulaciones, por su parte, tienen la virtud de convertir un contrato indefinido en temporal por condicionar su duración a la vigencia de una contrata²⁷ o de una concesión administrativa²⁸. En este último caso, el desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes contractuales es, si cabe, más acusado, pues también se detecta el citado desplazamiento del riesgo empresarial hacia el trabajador.

Huelga añadir que el elenco de pactos de dudosa licitud no se limita a los que atañen directamente a la extinción del contrato. Otras cláusulas persiguen, por el contrario, flexibilizar la ejecución de la prestación del trabajador, reconociendo al empresario el poder de alterar de manera unilateral su horario, su retribución, su lugar de trabajo o sus funciones al margen del procedimiento reglado de modificación previsto en los arts. 41 y ss. ET. Se trata de cláusulas de reserva de modificación²⁹ que, además hacer imprevisibles las condiciones de trabajo, despliegan una virtualidad extintiva cuando el trabajador no logra cumplir con la prestación impuesta por el empresario merced al poder que le atribuyen.

Mención aparte merecen las cláusulas por las cuales el trabajador aparenta consentir el tratamiento de datos de carácter personal, práctica que ha emergido de la mano de ingenios tecnológicos que permiten el control del trabajador e incluso la adopción de decisiones automatizadas. Aunque el consentimiento del trabajador al tratamiento de algunos datos destinados a controlar el correcto cumplimiento de la prestación se haya entendido “implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario”³⁰, no han faltado

(RJ 2738) y de 10 junio 2008 (RJ 5149), entre otras.

²⁷ STS de 3 febrero 2010 (RJ 1433).

²⁸ STSJ La Rioja de 2 abril 2009 (JUR 332469).

²⁹ RIVERO LAMAS, J. “Modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 270.

³⁰ Véase STC 39/2016, de 3 de marzo (RTC 39).

supuestos donde se ha deducido la ilicitud de otras cláusulas cuya finalidad no obedecía a la descrita. Aconteció con aquellas por las cuales el trabajador consentía en ceder su imagen para mejorar el servicio de atención telemática a la clientela, cesión que no venía impuesta por el objeto del contrato, a la luz del contenido funcional descrito en el convenio colectivo³¹. También con las que exigían al trabajador aportar un terminal móvil para su geolocalización³².

Sirvan estos ejemplos para ilustrar un fenómeno cuya expansión denota la insuficiencia de los instrumentos destinados a evitar la incorporación de cláusulas ilícitas al contrato de trabajo, y evidencia la necesidad de indagar otros que eviten su repetición.

IV. EL CONTROL DEL CONTRATO DE TRABAJO BASADO EN TÉCNICAS DE DERECHO PRIVADO: EL MODELO ALEMÁN

Mientras el control de las cláusulas del contrato de trabajo se sitúa en el campo de la ilicitud indirecta o atípica, con la incertidumbre que ello entraña, el Derecho protector del consumidor y usuario contempla en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU un elenco de cláusulas que han de ser consideradas en todo caso como abusivas. Es lo

³¹ Rec. n.º 137/2017. Sobre la misma, véase ROJO TORRECILLA, E., “Necesidad de consentimiento expreso del trabajador para que la empresa pueda disponer de su imagen (incluso en Contact Center). Nota a la sentencia de la AN de 15 de junio de 2017”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, consultado el día 24 enero 2018 en el siguiente enlace: <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/08/necesidad-de-consentimiento-expreso-del.html>>. En diverso sentido se pronunció la reciente STS de 10 de abril de 2019 (rec. n.º 227/2017), considerando la cesión de la imagen necesaria para el correcto cumplimiento del objeto del contrato.

³² SAN de 6 febrero 2019 (n.º 13/2019).

que doctrina y jurisprudencia califica como “lista negra”, frente a la “lista gris”, o enumeración de cláusulas cuyo carácter abusivo es susceptible de prueba en contrario respecto del contenido global de un contrato concreto, sistema previsto en el Anexo a la Directiva 13/1993/CEE. A mayores, proporciona una cláusula general prohibitiva (art. 82 TRLGDCU), en virtud de la cual se reputarán abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Con fundamento en esta previsión legal, hoy día no puede predicarse de las cláusulas fiscalizadas por la legislación en materia de consumo el carácter de abusivas en sentido estricto. Se sustraen al cenagoso campo de la ilicitud indirecta, deviniendo directamente ilícitas al contravenir el supuesto de hecho concreto de una norma prohibitiva. Resta sólo la denominación como un recuerdo de lo que ha sido el control jurisprudencial llevado a cabo antes de la promulgación de la esta normativa especial, edificado sobre la prohibición del abuso de derecho (art. 7.2 Código Civil).

Por contraposición, la situación vigente en Derecho del Trabajo es la que se describía: existe una mera interdicción del abuso de derecho por parte del empresario como único límite a la introducción de cláusulas de extinción del contrato de trabajo cuya aplicación recae sobre la jurisdicción social. A modo de refuerzo, existen una serie de mecanismos accesorios tendentes a fiscalizar el contenido del contrato por parte de los representantes de los trabajadores y de la autoridad administrativa, a fin de asegurar su adecuación a la legalidad vigente.

En primer término, cabe hacer referencia a las competencias ostentadas por los representantes legales de los trabajadores, que recibirán la denominada copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito y de sus prórrogas –con excepción de las relaciones laborales especiales de alta dirección sobre las que existe un simple deber de notificación (art. 8.4 y 64.4 ET)– en

los diez días siguientes a aquél en que tuviesen lugar con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente. Asimismo, la representación legal de los trabajadores disfruta del derecho a conocer los modelos de contrato de trabajo escritos que se utilicen en la empresa, así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral [art. 64.4.b) ET]. En segundo lugar, procede aludir al Servicio Público de Empleo Estatal, a quien se habrá de remitir la copia básica del contrato de trabajo con posterioridad a su firma por los representantes legales de los trabajadores, o, a falta de éstos, directamente (art. 8.4 ET). En tercer y último término, interesa traer a colación las competencias atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El art 12.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social³³ le atribuye la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido normativo de los convenios colectivos, en materia de colocación, empleo y protección por desempleo.

Se trata en los tres casos de un control de contenido, de naturaleza administrativa en los dos últimos supuestos, llevado a cabo con posterioridad a la firma del contrato. El único vestigio de control abstracto o control del acto de predisposición de la cláusula sin que ésta se halle incorporada a un contrato concreto³⁴ y determinado radica en el derecho del comité de empresa a conocer los modelos de contrato de trabajo escrito así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral, aparte de la legitimación conferida a sindicatos y asociaciones empresariales en el marco de un proceso de conflictos colectivos (arts. 153 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social³⁵).

³³ BOE n° 1 74, de 22 de julio de 2015.

³⁴ Sobre el alcance y contenido del control de incorporación, véase BUSTO LAGO, L.M., “El control abstracto de las condiciones generales de los contratos”, *Base de datos de Westlaw*, documento BIB 1998\568, p. 1.

³⁵ BOE n° 245, de 11 de octubre de 2011.

Aun cuando a la vista de la legislación vigente parezcan existir suficientes instancias de control del contrato de trabajo, el hecho de que ciertas empresas carezcan de representantes legales de los trabajadores –concretamente las que cuenten con diez o menos trabajadores, a menos que se trate de una empresa o centro cuya plantilla oscile entre seis y diez trabajadores, y éstos decidan por mayoría nombrar un delegado de personal (art. 62.1 ET)–, unido a la vaguedad del clausulado contractual y a la difícil identificación del convenio colectivo aplicable, hace que aquéllas, no resulten suficientes. Lo mismo cabe apuntar acerca de las funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y al Servicio Público de Empleo Estatal, debido en este caso al gran número de competencias que les fueron atribuidas, y que a menudo impiden que su labor en este ámbito se desarrolle con la profundidad requerida por la situación.

El estado de la cuestión recomienda investigar nuevos instrumentos de control del contrato de trabajo. En concreto, la propuesta que se plantea estriba en la aplicación de técnicas similares a las perfeñadas hasta el momento en Derecho Civil pues, al fin y al cabo, las estipulaciones del contrato de trabajo no distan sobremanera de las contenidas en los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del TRLGDCU y de la LCGC. En ambos casos se trata de pactos aparentemente fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, el ejercicio de la libertad contractual deviene ilusorio, al tratarse en el grueso de los supuestos de cláusulas preelaboradas por quien ostenta mayor poder económico, y posteriormente impuestas a la parte más débil, de modo tal que su contenido e incorporación dista mucho de negociarse en pie de igualdad. Así, tanto las cláusulas fiscalizadas en materia de consumo, como la mayor parte de las existentes en la contratación laboral constituyen lo que la doctrina denomina “cláusulas predispuestas”, y que en la actualidad son objeto de un control de fondo –o de abusividad– por parte de los arts. 82 y ss. TRLGDCU. Asimismo, se las somete a un control formal o de incorporación –arts. 80 TRLGDCU y 5 y 7 LCGC–, de haber sido incorporadas

a una pluralidad de contratos de idéntica o similar categoría, caso en el cual se estaría ante condiciones generales de la contratación, sometidas a los requisitos de claridad, concreción y transparencia.

Puesto que la naturaleza de las estipulaciones a fiscalizar es similar, no es descabellado plantearse la aplicación de mecanismos inspirados en el control del contrato de adhesión. Se pretende pues el perfeccionamiento del control legislativo vigente, pasando de la genérica proscripción del abuso de derecho a la tipificación de cláusulas concretas en tanto ilícitas, facilitando así al juzgador la labor de subsunción del supuesto de hecho en la norma. Al mismo tiempo, se demanda la previsión en la normativa de medios de control tanto de fondo como de forma o incorporación, a fin de asegurar el efectivo conocimiento del trabajador del contenido contractual que suscribe. Se impone también el perfeccionamiento de los mecanismos de control previos a la vía jurisdiccional, a fin de evitar al trabajador los costes derivados del proceso, así como la casi inevitable pérdida de su empleo –consecuencia habitual por más que obtenga una sentencia que declare improcedente el despido, dado que el empresario optará a menudo por confirmarlo con la procedente indemnización–. El proceso ha de ser el último recurso del trabajador pues, desde el momento en éste se entabla, el perjuicio puede devenir irreparable. Por consiguiente, pese a la garantía de imparcialidad que supone el control jurisdiccional, resultaría conveniente articular técnicas tendentes a evitar un eventual proceso por despido improcedente, que pueden consistir en una mayor concreción de aquellos supuestos de ilicitud de las cláusulas del contrato de trabajo, con objeto de no dejar en manos de un incierto juicio interpretativo su conformidad a derecho.

El control de contenido que aquí se postula puede antojarse insólito a la luz del Derecho español, mas no lo es tanto en otros países como Alemania donde, a raíz de la reforma operada en 2002, a través de la Ley de 1 de enero de 2002, de Modernización del Derecho de Obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), se incorporó al BGB la legislación en materia

de condiciones generales de la contratación (§§ 305 a 310 BGB), al tiempo que se extendió expresamente su ámbito de aplicación al contrato de trabajo, salvando las especialidades propias de su naturaleza (§ 305 BGB). Sin llegar a proponer la adopción de este sistema por el legislador patrio, interesa observarlo como muestra de la sensibilidad de aquél acerca de la necesidad de dotar al trabajador, al menos, de medios equivalentes a los que se le proporciona al consumidor y usuario. Por el contrario, lo que se postula es la creación un sistema especial y adaptado a fin de fiscalizar el contrato de trabajo, tomando como modelo el ya existente en Derecho Civil, mas no mediante una aplicación analógica de dudosa utilidad, habida cuenta de la diversa naturaleza de ambos contratos.

Así, una solución como la adoptada por el legislador germano, aun constituyendo un primer paso en el camino a seguir por el legislador social, no está exenta de errores que la privan de la eficacia preventiva que debe surtir. El primer obstáculo para alcanzar dicha finalidad radica en que la normativa en cuestión es sólo aplicable a las condiciones generales, dejando fuera de su alcance toda cláusula predispuesta en la que falte el elemento de generalidad que, aun siendo común, no concurre ni mucho menos en todo contrato de trabajo. El segundo, deriva de la ausencia de una enumeración comprensiva de supuesto de ilicitud propios del contrato de trabajo. Sería pues de utilidad el contar con un listado, ya de cláusulas prohibidas en todo caso, ya meramente orientativo, que facilitara tanto al juzgador como a las partes la identificación de las cláusulas que han de considerarse ilícitas, y en los §§ 308 y 309 BGB no figuran sino de supuestos típicos de derecho de consumo. Resta, pues, aplicar la cláusula general definitoria de lo que se ha de considerar una condición general abusiva, lo cual no supone un notable avance con respecto a las nociones proporcionadas por la jurisprudencia con fundamento en la interdicción del abuso de derecho *ex art. 7.2 CC y 49.1.b) ET*.

La construcción de un listado de cláusulas directamente ilícitas encuentra hoy apoyo en la recientemente aprobada Directiva

(UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea³⁶. Además de exigir a los Estados miembros que garanticen la recepción de una información adecuada sobre las condiciones esenciales del contrato al trabajador que lo suscribe. Esta norma les conmina a tipificar la ilicitud de ciertas cláusulas contractuales que amenazan la estabilidad en el empleo. Se alude a aquéllas por las que se consigna un período de prueba excesivamente prolongado o desproporcionado en relación con la duración del contrato en el que se inscribe (art. 8), las que obligan a la plena dedicación a un solo empleador sin que medie justa causa que lo justifique (art. 9) o impidan una preterminación razonable del tiempo de trabajo (art. 10). Aunque el Derecho español conoce ya limitaciones aplicables a los períodos de prueba abusivos y al uso injustificado del pacto de exclusividad, la insuficiencia de aquéllas, a la que se aúna la falta de regulación de otras muchas, revela la necesidad de acometer una labor de tipificación tendente a sancionar su ilicitud directa, incrementando la seguridad jurídica en la contratación.

V. CONCLUSIÓN

La consignación de cláusulas ilícitas en el contrato de trabajo hace improrrogable la creación de una normativa destinada a enervar el riesgo de imposición de condiciones leoninas al trabajador, a fin de que las nuevas tendencias flexibilizadoras y la evolución tecnológica no obren en detrimento de la tutela que le es debida. Con ello se pretende conservar los logros sociales alcanzados antaño para que el devenir histórico no socave los cimientos de un Derecho destinado a la protección del trabajador, aunque para ello sea necesario adoptar una nueva perspectiva que enfoque el control desde el punto de vista de la relación individual. De este

³⁶ DOUE nº L186/105, de 11 de julio de 2019.

modo, no se rechaza toda innovación que venga de la mano de la libertad contractual, pues no se trata de identificar protección con rigidez, sino de encauzar un fenómeno que discurre al margen de toda regulación legal y convencional, de modo que también desde el contrato de trabajo sea posible diseñar un nuevo modelo que proporcione seguridad a ambas partes y protección al trabajador.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas 1991.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E., “La individualización de las relaciones de trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1991.
- D’ANTONA, M., “La autonomía individual y las fuentes de Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1991.
- FERREIRO REGUEIRO, C., “El recuperado protagonismo del contrato de trabajo”, *Questões Laborais*, num. 40, 2012.
- GÁRATE CATRO, F. J., *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, Madrid, 1984).
- IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del derecho y el fraude de ley en el derecho del trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, facsímile autorizado, Madrid, 1989.
- PAGADOR LÓPEZ, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Madrid, Marcial Pons, 1991.
- PELISSIER, G. AUZERO, A. y DOCKES, E., *Droit du travail*, 25^a ed., París, Dalloz, 2012.

- RIVERO LAMAS, J., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- ROJO TORRECILLA, E., “Necesidad de consentimiento expreso del trabajador para que la empresa pueda disponer de su imagen (incluso en Contact Center). Nota a la sentencia de la AN de 15 de junio de 2017”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1992.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo”, en PARRA LUCÁN, M^a. A., *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinaria*, Granada, Comares, 2017.