

# La libertad de contratación y el contrato de trabajo. Análisis comparativo del Derecho español y el estadounidense<sup>1</sup>

LUIS JESÚS MARÍN RODRÍGUEZ  
Universidad de Barcelona

## LA REGULACIÓN ESTADAL EN ESPAÑA

### Fuentes de la relación laboral

ALONSO OLEA describe el acto de contratación laboral como un acto subordinado a las normas y principios del Derecho Civil y susceptible de ser invalidado por vicios en el consentimiento o falta absoluta de éste:

*El acto de celebración es el inicial o primero, de asunción de obligaciones, siendo los sucesivos actos de ejecución y cumplimiento de las obligaciones asumidas que integran la comúnmente llamada relación laboral o de trabajo (...) El contrato de trabajo, como negocio jurídico bilateral que es, exige el consentimiento libremente prestado y concurrente de las partes contratantes (empresario y trabajador). Si se deja a un lado la capacidad negocial, ya estudiada, no existe para el contrato de trabajo una doctrina especial sobre el consentimiento y sus vicios, siendo ésta la regla general civil, tanto en cuanto a la formación de la voluntad negocial como a su exteriorización, como la concordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada o manifestada. (...) [B]reve-*

*mente el consentimiento es requisito esencial del contrato; "no hay contrato" sin él (CC, art. 1261.1), ni en principio lo hay si el consentimiento está viciado por error, violencia, intimidación o dolo (CC, arts. 1.265-1.269).<sup>2</sup>*

Ahora bien, el contrato laboral no sólo está sujeto a las normas de contratación del Código Civil. También lo está con respecto de la totalidad de fuentes del Derecho laboral por disposición expresa de la Ley. El legislador las ha configurado, precisamente, en el artículo 3.1 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), que se reproduce a continuación:

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

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado
- b) Por los convenios colectivos
- c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados
- c) Por los usos y costumbres locales y profesionales"

<sup>1</sup> Parte escrita del examen final presentado para la aprobación de la asignatura de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2001-2002, requisito del Programa de Doble Titulación en Derecho de las universidades de Barcelona y Puerto Rico. Este trabajo no pretende ser un análisis exhaustivo de la materia estudiada, sino más bien una descripción a muy grandes rasgos del derecho aplicable con breves comentarios al respecto.

<sup>2</sup> Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Bahamonde, *Derecho del Trabajo*, decimoséptima edición. Editorial Civitas, 1999, p.203.

<sup>3</sup> Alfredo Montoya Melgar *et al*, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, 2000, p.36.

<sup>4</sup> Vicente Palacio en José Ignacio García Ninet *et al*, *Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, 2001, pp.227-235.

<sup>5</sup> García Ninet, *supra*, p. 227.

<sup>6</sup> Montoya Melgar, *supra*, p. 24.

<sup>7</sup> *id.*, p.34.

Podemos añadir, citando a MONTAYA MELGAR *et al* que en esa jerarquía de fuentes —consagrada en el art. 9.3 CE— ocupan el primer lugar el Derecho comunitario europeo y la Constitución, aunque el precepto no lo diga, y siguen la norma estatal, la convenida colectivamente y, en un lugar muy secundario, la consuetudinaria. Al no pretender propiamente el precepto ofrecer el elenco de fuentes del Derecho (objetivo) sino de fuentes de la relación jurídica, se explica —igual que se explicaba en la LCT [Ley de Contrato del Trabajo de 1931 y 1944]— la inclusión de la "voluntad de las partes" (cláusula tomada casi a la letra del art. 9.2 de la citada LCT) al lado de las, ellas sí, fuentes de Derecho. (...) [L]a voluntad de los contratantes individuales se reconoce con un doble y clásico límite: que la contratación tenga un objeto lícito (requisito del ET y de la LCT que reiteran lo previsto en el art. 1.271 CC) y que lo pactado no rebaje ni contrarie los derechos reconocidos al trabajador por disposición legal (y reglamentaria) o convenio.<sup>3</sup>

### Libertad Material en la contratación laboral

Nos referimos a libertad en la contratación laboral como la materialización de la voluntariedad, presupuesto sustantivo del contrato de trabajo. VICENTE PALACIO establece cuatro presupuestos sustantivos del contrato de trabajo: la voluntariedad, la retribución, la dependencia y la ajenidad.<sup>4</sup> La voluntariedad, emanada del art. 1.1 ET, queda sujeta al "concurso de acuerdos entre quien lo realiza y quien lo retribuye" [trabajador y empresario], y "se predica exclusivamente de la concertación" [contratación] "y mantenimiento de la relación laboral" [o, desde el punto de vista negativo, la interrupción de la relación laboral, es decir, la acción de extinción]. Según VICENTE PALACIO esta libertad o voluntariedad no se extiende al "cumplimiento de las obligaciones del

contrato voluntariamente suscrito, de forma que, con respeto a los límites legales, el trabajador está sujeto al poder de dirección del empresario".<sup>5</sup> El concepto libertad en la contratación orbita entonces alrededor de las actividades de contratación y de mantenimiento de la relación laboral. Podemos entender "mantenimiento de la relación laboral" como no invocación de supuestos de extinción del contrato pactado. *Libertad material en la contratación laboral* debe entenderse, pues, como la ausencia de límites de las partes en la determinación de los efectos de las actividades de contratación y de la extinción de la relación laboral.

Siendo el objeto de estas notas el contrato de trabajo individual y sin pretender extendernos en nuestra descripción, recogemos a continuación los artículos pertinentes del ET en cuanto suponen una limitación a la libertad material de contratación y delimitación de la capacidad de las partes contratantes, comentando brevemente aquellos artículos más importantes.

Los dos primeros artículos del ET, precedentes al que ya hemos discutido, configuran el ámbito de aplicación de la ley no sólo para la contratación individual sino para el Derecho del Trabajo en su totalidad. El apartado 1 establece que la ley será de aplicación "a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica denominada empleador o empresario". El apartado dos expande el concepto empresario, y el apartado tres "tiene como misión trazar una delimitación negativa o excluyente de la figura del trabajador".<sup>6</sup> Desde la perspectiva del contrato laboral individual, se perfilan los sujetos del contrato de trabajo. El artículo 2 del ET regula determinadas "relaciones especiales" de trabajo con el fin de "dotar a dichas relaciones de regulaciones distintas, en mayor o menor grado".<sup>7</sup>

Los artículos 4 al 7 ET contienen

disposiciones que inciden directamente o indirectamente sobre el contrato laboral. El artículo 4 enumera un "catálogo de derechos básicos del trabajador"<sup>8</sup>: trabajo libre y libre elección de oficio; libre sindicación; negociación colectiva; adopción de medidas de conflicto colectivo; huelga; reunión; participación en la empresa; ocupación efectiva; promoción y formación profesional en el trabajo; y a no ser discriminados por razón de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideología, religión, lengua o afiliación a un sindicato. Los deberes del trabajador (art. 5 ET) suponen cumplir con las obligaciones del trabajo, buena fe, diligencia, observación de medidas de seguridad e higiene, obediencia, no concurrencia con la actividad empresarial, contribución a la mejora de la productividad, y aquellos deberes derivados de las disposiciones del contrato de trabajo mismo. Los artículos 6 y 7 regulan la capacidad de contratar remitiéndose a las reglas comunes del Código Civil<sup>9</sup>, pero aplicando mayor regulación en el caso de menores de edad admitidos en la fuerza laboral (entre 16 y 18 años). Esta regulación incide tanto sobre el ámbito de la capacidad del menor para contratar como sobre el tipo de trabajo y cantidad de horas laborables permitidas. Los artículos 9, 10 y 14 contienen previsiones sobre la validez y anulación de los contratos, sobre la oponibilidad de derechos individuales en el trabajo en común o contrato de grupo, y sobre regulaciones al período de prueba.

Con la sola lectura de los títulos de los artículos correspondientes a las secciones 2ª, 3ª, 4ª y 5ª del Capítulo II, podemos notar cómo el legislador ha plasmado en la ley las limitaciones materiales a la relación laboral en España, muchas de estas limitaciones derivadas bien de los derechos básicos de los trabajadores o bien de los principios y derechos fundamentales de la Constitución<sup>10</sup>. Los reproducimos a continuación: "No discriminación en las relaciones laborales" (art. 17); "Inviolabilidad de la persona del trabajador" (art. 18); "Seguridad e higiene" (art. 19); "Dirección

y control de la actividad laboral" (art. 20); "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa" (art. 21); "Sistema de clasificación profesional" (art. 22); "Promoción y formación profesional en el trabajo" (art. 23); "Ascensos" (art. 24); "Promoción económica" (art. 25); "Del salario" (art. 26); "Del salario mínimo interprofesional" (art. 27); "Igualdad de remuneración por razón de sexo" (art. 28); "Liquidación y pago" (art. 29); "Imposibilidad de la prestación" (art. 30); "Gratificaciones extraordinarias" (art. 31); "Garantías del salario" (art. 32); "El Fondo de la Garantía Salarial" (art. 33); "Jornada" (art. 34); "Horas extraordinarias" (art. 35); "Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo" (art. 36); "Descanso semanal, fiestas y permisos" (art. 37); y "Vacaciones anuales" (art. 38).

### Libertad Formal en la contratación laboral

Habiendo definido la libertad material en la contratación, la libertad formal resulta fácilmente comprensible. Nos referimos a libertad formal en la contratación laboral como la ausencia de límites de las partes en la determinación de las formas de las actividades de contratación y extinción de la relación laboral. Estas formas no son más que los distintos tipos de contrato laboral en los que las partes podrán plasmar su voluntad.

GALLEGO MORALES indica que "el primer apartado del art. 8 ET acoge para el ordenamiento laboral el principio espíritualista de la libertad de forma" y que "establece que el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra". Sin embargo, añade también que "tras consagrar el apartado anterior a la libertad de forma, el apartado 2 viene a limitar severamente el alcance de aquél, estableciendo la exigencia de formalización escrita para numerosos supuestos concretos"<sup>11</sup>. Los apartados siguientes del artículo en cuestión limitan aún más

<sup>8</sup> *id.*, p. 43.

<sup>9</sup> *id.*, p. 52.

<sup>10</sup> *id.*, p. 120.

<sup>11</sup> Angel J. Gallego Morales en José Luis Monereo Pérez, *et al*, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Comares, 1998, pp. 177-178.

<sup>12</sup> García Ninet, *supra*, p. 634.

<sup>13</sup> Este cuadro sólo es ilustrativo de la multiplicidad de formas que puede adoptar la codificación actual. No sólo caben modificaciones a esta enumeración de formas, sino que se han efectuado o se está en vías de ello. Véase por ejemplo la innovación del "contrato de inserción" en las reformas laborales de 2001 en García Ninet, *supra*, p. 360. Cuadro preparado según *Modalidades de Contratos Laborales* de Editorial Aranzadi, Actualización Octubre 1999.

la relación laboral, imponiendo ciertos deberes al empresario en la contratación, incluyendo la normativa que determina que "cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral".

Los artículos 11 al 13 regulan la base de la tipología contractual laboral. La Ley establece tres grandes grupos de contratos: (1.) los contratos formativos; (2.) los contratos a tiempo parcial y de relevo; y (3.) los contratos de trabajo a domicilio. El cuadro infrascripto refleja la gran cantidad de contratos que se pueden derivar de estos artículos del ET y la gran cantidad de normas complementarias testimonian el carácter abierto de la regulación fomal del contrato en España.

#### **Extinción del Contrato Individual**

Si seguimos la teoría de los presupuestos subjetivos del contrato laboral de VICENTE PALACIO y el concepto de libertad de contratación aquí expuesto, nos restaría añadir que la limitación a la libertad de contratación también se da

en aquellos artículos del ET reguladores de los mecanismos de extinción del contrato individual de trabajo, segunda manifestación de la "voluntariedad" en el acto de concertación-interrupción del mantenimiento de la relación laboral-. Según BARBANCHO TOVILLAS "la extinción del contrato de trabajo se regula en los artículos 49 al 57 ET, aunque hay otros preceptos del ET que tienen una incidencia directa en esta materia (...): art. 14 (extinción del contrato durante el período de prueba); art. 33 (responsabilidad de la FOGASA); art. 40.1 (extinción del contrato por voluntad del trabajador cuando no le interese el traslado); art. 41.3 (extinción del contrato por voluntad del trabajador cuando determinadas modificaciones sustanciales de sus condiciones de trabajo le causen perjuicio); art. 58 (faltas y sanciones de los trabajadores); art. 59.3 (caducidad de la acción de despido o resolución del contrato en general); art. 60.2 (prescripción de las infracciones y faltas de los trabajadores); art. 64 (competencias de los representantes de los trabajadores); art. 68 (garantías de los representantes unitarios de los trabajadores-delegados de personal y miembros de los comités de empresa-); y art. 85 (contenido de los convenios colectivos)".<sup>12</sup>

## Relación de los distintos tipos de contrato laboral en España y la legislación aplicable<sup>13</sup>

1. Contratos de Trabajo para Fomento del Empleo		
Duración Indefinida	Contrato ordinario	Ley 63/97 de 26 de diciembre §15, dis. adic. 1ª Ley 64/97 de 26 de diciembre §16 Orden 27 de mayo 1999 §30
	Contrato de conversión en indefinido de contratos temporales	Ley 63/97 de 26 de diciembre §15, dis. adic. 1ª Ley 64/97 de 26 de diciembre §16 Orden 27 de mayo 1999 §30
	Contrato de trabajo indefinido de trabajadores minusválidos	Ley 63/97 de 26 de diciembre §15, dis. adic. 1ª Ley 64/97 de 26 de diciembre §16 Orden 27 de mayo 1999 §30
Duración Determinada	Contrato de trabajo temporal de fomento de empleo sin reducción de cuotas	Real Decreto 1989/1984 de 17 de octubre §3 Real Decreto 1194/1985 de 17 de julio §5 Ley 42/94 de 30 de diciembre §10
	Contrato de trabajo temporal de fomento de empleo con reducción de cuotas	Real Decreto 1989/1984 de 17 de octubre §3 Real Decreto 1194/1985 de 17 de julio §5 Ley 42/94 de 30 de diciembre §10
	Contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo	Real Decreto 1989/1984 de 17 de octubre §3 Real Decreto 1194/1985 de 17 de julio §5 Ley 42/94 de 30 de diciembre §10
	Contrato de trabajo temporal de fomento de empleo de minusválidos	Real Decreto 1989/1984 de 17 de octubre §3 Real Decreto 1194/1985 de 17 de julio §5 Ley 42/94 de 30 de diciembre §10
	Contrato de trabajo temporal de fomento de empleo por anticipación de edad de jubilación	Real Decreto 1989/1984 de 17 de octubre §3 Real Decreto 1194/1985 de 17 de julio §5 Ley 42/94 de 30 de diciembre §10
2. Contratos Temporales de Carácter Estructural		
Obra o servicio determinado	Contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicios determinados, eventual o interinidad.	Real Decreto 2564/1994 §9 Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo §12, arts. 8, 15 y 49.
Eventuales	Contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicios determinados, eventual o interinidad.	Real Decreto 2564/1994 §9 Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo §12, arts. 8, 15 y 49.
Interinidad	Contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicios determinados, eventual o interinidad.	Real Decreto 2564/1994 §9 Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo §12, arts. 8, 15 y 49. Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre §21
Lanzamiento de nueva actividad	Contrato de trabajo por lanzamiento de nueva actividad	Real Decreto 2564/1994 §9 Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo §12, arts. 8, 15 y 49.
3. Contratos Formativos		
Formación y aprendizaje	Contrato de trabajo de formación	Real Decreto 2317/93 de 29 de diciembre §6 Orden 19 septiembre 1994 §8 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo §12 Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo §17 Orden 14 de julio 1998 §19
	Prácticas	Contrato de trabajo en prácticas
4. Contratos a Tiempo Parcial y Análogos		
Tiempo Parcial Común	Contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido	Real Decreto 2317/93 de 29 de diciembre §6 Real Decreto Legislativo 1/95 §12 Ley 63/97 de 26 de diciembre §15 Real Decreto 489/1998 de 27 de marzo §18 Real Decreto Ley 15/98 de 27 de noviembre §23
	Contrato de trabajo a tiempo parcial de duración determinada	Real Decreto 2317/93 de 29 de diciembre §6 Real Decreto Legislativo 1/95 §12 Ley 63/97 de 26 de diciembre §15 Real Decreto 489/1998 de 27 de marzo §18 Real Decreto Ley 15/98 de 27 de noviembre §23
	Contrato de trabajo a tiempo parcial Ley 63/97	Real Decreto 2317/93 de 29 de diciembre §6 Real Decreto Legislativo 1/95 §12 Ley 63/97 de 26 de diciembre §15 Real Decreto 489/1998 de 27 de marzo §18
Fijo discontinuo	Contrato de trabajo para la realización de trabajos fijos discontinuos	Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo §12 art. 12 Ley 63/97 de 26 de diciembre §15 Real Decreto-Ley 15/98 de 27 de noviembre §23
Relevo	Contrato de trabajo de relevo	Real Decreto 1991/84, de 31 de octubre §5 Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo §12, art. 12 Ley 63/97 de 26 de diciembre §15 Real Decreto-Ley 15/1998 de 27 de noviembre §23

<sup>14</sup> Alvin Goldman, *Labor and Employment Law in the United States*. Kluwer Law International, 1996, §103.

<sup>15</sup> *ibid.*

<sup>16</sup> Michael Evans Gold, *An Introduction to Labor Law*, Rev. Ed. Cornell University Press, 1998, p.1.

<sup>17</sup> Tomlins and King, *Labor Law in America*. Johns Hopkins University Press, 1992, p.71-73. Resulta interesante la referencia que hace el autor en las páginas siguientes al caso *Miami Railroad Co. v. Stevens* 20 Ohio R. 416, 433: *The clearest expression of legal asymmetry may be found in the presumption that a contract to deliver labor for money also delivers the employee's assent that for as long as the relationship continues the employer shall control the disposition of the labor to be delivered. The existence of this presumption is brought out nicely at mid-century in the words of Judge William B. Caldwell of the Supreme Court of Ohio in The Little Miami Railroad Company v John Stevens: "when a man employs another to do work for him, each incur in their obligations. The person hired is bound to perform labor according to the agreement, and the employer is bound to pay; besides that, neither party has parted with any of his rights. The employer has no more control over the person he has employed, outside of the service to be rendered, than he has over the person of any other individual".* (Negritillas añadidas por el autor).

<sup>18</sup> William Forbath en Tomlins & King, *supra*, p.210-223.

## LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

La concepción generalizada del derecho contractual en el Derecho laboral norteamericano está muy ligada a la libertad de las partes. GOLDMAN señala que la "característica dominante de la intervención gubernamental" en las relaciones laborales del sector privado *is to officially recognize the status relationships and regulate and facilitate much of the procedure by which the parties themselves resolve their interest differences and administer their resulting agreements*.<sup>14</sup>

Todo parecería indicar que la libertad de contratación en los Estados Unidos es absoluta, mas nada más lejos de la realidad. El mismo GOLDMAN reconoce que "esta relativa política liberal" [la libertad de contratación] no es óbice para la participación activa del gobierno en las relaciones del trabajo.<sup>15</sup> Incluso el término Derecho laboral (*Labor Law*) se ha desdoblado en la jurisdicción norteamericana en lo que se podría denominar Derecho laboral *per se* (*Labor Law*) y Derecho de empleo (*Employment Law*), por causa de la proliferación de legislación social y el reconocimiento y protección de los derechos civiles en el siglo XX. EVAN GOLD define Derecho laboral como el conjunto de normas directamente aplicable a los sindicatos y empresarios y Derecho de empleo como el conjunto de normas reguladoras de aspectos de índole social como el salario mínimo de los trabajadores, seguridad e higiene en el empleo, desempleo, planes de jubilación y discriminación por raza o género.<sup>16</sup> Las causas históricas de este desdoblamiento nos obligan a hacer un brevísimo recuento.

Escribe TOMLINS que durante la primera mitad del siglo XIX la noción del trabajo como "producción" dirigida a la "creación, individual o colectiva, de artefactos útiles para el bienestar general de la sociedad" era interpretada por los

trabajadores más bien como "explotación" o "acumulación de capital y aseguramiento de ganancias a expensas de su trabajo". Comienzan a producirse cambios en las relaciones laborales, precisamente, con el cuestionamiento de la "liberalidad" en la contratación y el reconocimiento de la habitual desigualdad entre las partes contratantes, *employee* y *employer*, trabajador y empresario. Esta desigualdad, protegida en ciertos casos incluso penalmente, había sido desarrollada y legitimada por el ordenamiento y por la doctrina como una "extrapolación de la relación preindustrial amo-sirviente".<sup>17</sup>

La época dorada en Estados Unidos conocida como *The Gilded Age*, correspondiente a las últimas dos décadas del siglo XIX, abre una nueva etapa en el desarrollo del movimiento laboral norteamericano. Asociaciones laborales como *The Knights of Labor* o la *American Federation of Labor* comienzan a reconocer y explotar el poder político de la unión de los trabajadores a través de la participación activa en los comicios electorales, huelgas y manifestaciones. Aunque la legitimidad jurídica de estas uniones no se concretizó hasta pasadas varias décadas, surgió en Estados Unidos una "revolución constitucional" que ha desembocado en las normas e instituciones actuales del derecho laboral federal y estatal y la regulación de la relación *employee-employer*. El famoso *New Deal* de la administración Roosevelt comenzaba a flexibilizar las concepciones clásicas del *laissez-faire*. Así lo deja ver FORBATH:<sup>18</sup>

*The New Deal worked a fundamental transformation in the American Political economy. Laissez-faire, under which a government could do much to promote but little to administer economic activity, gave way to an integrated, mixed capitalism in which regulation and contract, public and private activity blended together thoroughly.*

## El régimen jurídico norteamericano

Antes de proseguir debemos realizar dos advertencias. Primero, que aunque sólo una minoría de los trabajadores en EEUU trabajan en unidades de empleo en las que se haya gestado un convenio colectivo —contrario al caso español—, en dichos casos el convenio contendrá la mayor parte de los acuerdos a los que empleado y empleador deberán atenerse. Poco tendrá que decir en estos casos el contrato individual. Incluso, en muchas de estas situaciones el contrato de empleo sólo contiene cláusulas referentes a dónde trabajará el nuevo empleado y su posición en la empresa.<sup>19</sup> Segundo, es imposible encontrar una regulación laboral estatal exclusiva (nos referimos con el término “estatal” al Gobierno Federal como paralelo al Estado español y no a los estados federados) en un sistema de reparto de competencias tan complejo como el estadounidense en el que los “contratos de empleo son normalmente gobernados por las leyes del lugar donde la mayor parte del trabajo será desempeñado” aunque “algunos aspectos del acuerdo laboral pueden ser gobernados por la ley federal, teóricamente uniforme en todos los estados”<sup>20</sup>. Expondremos a continuación una síntesis de algunos aspectos del derecho aplicable en la generalidad del territorio norteamericano, con el fin de demostrar el grado de regulación de la relación contractual. Un estudio completo del derecho aplicable requeriría no sólo mayor amplitud en el campo de la regulación federal y de la jurisprudencia aplicable, sino el análisis de la legislación y jurisprudencia de cada uno de los territorios y estados federados de la Unión, que no creemos conveniente realizar aquí.

La capacidad está regulada en el ámbito federal, especialmente en lo concerniente al empleo de menores de edad. En la mayoría de los estados, la regla general es que el menor contratante siempre tiene reservada la potestad rescisoria del contrato laboral, no pudiendo hacerlo igualmente el empresario. En

algunos estados, sin embargo, se equipara la parte empleadora a la empleada. Se regula también la capacidad para contratar las normas generales sobre incapacidad por deficiencia mental, locura y demás. Se limita también los tipos de trabajo a los que se puede exponer a un menor, como por ejemplo la conducción de vehículos pesados, manejo de explosivos, empaque de carnes, demolición de estructuras y manejo de sierras eléctricas y herramientas similares. Las leyes federales y estatales regulan también las horas del día y la cantidad de horas que un menor puede trabajar.<sup>21</sup>

Una relación de trabajo, independientemente de la existencia de voluntad de las partes en su contratación, puede ser anulada o nula *ab initio* por tratarse de casos particularmente prohibidos por la ley. Son ejemplos la esclavitud, el empleo para realizar actividades ilegales, el empleo de legos en la realización de trabajos que requieran licencia o colegiación, la realización de contratos de formación que violen disposiciones sobre salario mínimo o minoridad, la concertación de contratos fraudulentos y los llamados *yellow dog agreements*. Estos últimos son contratos que contienen cláusulas de extinción que permiten el despido del empleado si se adhiere a un sindicato de trabajadores.<sup>22</sup>

El despido es otra de las áreas sustancialmente reglamentadas en Estados Unidos. Por ejemplo, un contrato de duración indefinida no puede ser rescindido por el empresario unilateralmente e incluso las más liberales jurisdicciones estatales exigen que para que se sostenga el despido, el empresario debe haber obrado de buena fe y otorgado suficiente tiempo al empleado para conseguir un nuevo trabajo antes de ser despedido. Se exigen también determinados grados de buena fe y *fair dealing* en todos los aspectos de la relación contractual al igual que se protege al empleado en casos de despido con perjuicio a derechos fundamentales o determinaciones de política pública. El *Whistle Blower Protection*

<sup>19</sup> Goldman, *supra*, §§ 58 y 59.

<sup>20</sup> *Id.*, § 132.

<sup>21</sup> *Id.*, §§ 134-136.

<sup>22</sup> *Id.*, § 137.

<sup>23</sup> *id.*, §§ 152-158, 161, 173-176.

<sup>24</sup> *id.*, §§ 206 *et seq.*

<sup>25</sup> *id.*, § 306.

<sup>26</sup> *id.*, §§ 324, 326, 329, 343, 344 y 347.

*Act*, por ejemplo, es la concreción—en el nivel de empleo público—de la doctrina del *whistle blower protection*. Esta doctrina se refiere a la ilegalidad en el despido de un empleado, público o privado, exclusivamente por el hecho de haber denunciado algún acto incorrecto de un superior. De la misma manera se limita la potestad del empresario de extinguir el contrato de trabajo en caso de enfermedad o incapacidad temporal de un empleado.<sup>23</sup>

Existen otros tantos ámbitos en los que se reconocen derechos al empleado con preeminencia sobre el acuerdo laboral como lo son la salud e higiene en el área de trabajo; creación de planes de pensión; responsabilidad vicaria del empresario por los actos de sus empleados mientras realizan funciones propias del empleo; protección de la intimidad y dignidad del empleado; regulaciones de salario mínimo, horas extraordinarias y forma y frecuencia del pago de salarios; reembolso de gastos incurridos en el empleo; bonos; propinas; y vacaciones pagadas.<sup>24</sup>

Discutimos por último, como limitaciones del ordenamiento al libre acuerdo entre las partes, un puñado de regulaciones que componen el *Equal Employment Opportunity*. Según GOLDMAN, *the concept of equal employment opportunity is an essential ingredient of the American Dream. Like most dream elements, the concept is but a suggestion of reality. In the abstract, the concept of equal employment opportunity requires that all employment be awarded either: (a.) on the objective assessment of performance ability or potential; or (b.) on the basis of age or seniority; or (c.) randomly. For most Americans, the concept of equal employment opportunity is defined in terms of possibility (a.).*<sup>25</sup>

El Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 regula y prohíbe en determinadas casos la discriminación en la contratación por raza, religión, nacionalidad o género. El *Equal Pay Act* de 1963, fue

punta de lanza en la lucha de los derechos de la mujer y hoy prohíbe el discrimen por género en la determinación del sueldo laboral. El *Americans with Disabilities Act* de 1990 y el *Vocational Rehabilitation Act* de 1973 protegen al empleado discapacitado y prohíben su discriminación en el empleo, siempre que la tarea objeto del contrato de trabajo esté dentro del ámbito razonable de sus capacidades. El *Age Discrimination in Employment Act* de 1967 prohíbe la discriminación basada en la edad contra personas mayores de 40 años, salvo en aquéllos casos en los que los empleados deban tener una edad determinada para el buen funcionamiento de la empresa. El *Vietnam Era Readjustment Assistance Act* de 1974 protege a reservistas del ejército contra el discrimen en el empleo por sus obligadas ausencias causadas por el cumplimiento de sus deberes militares.<sup>26</sup>

#### Anotaciones finales

Para puntualizar nuestra impresión sobre la libertad contractual citamos a un defensor del *freedom of contract* norteamericano. El mismo que escribe *In the end, rumors of free contract demise appear to have been somewhat exaggerated* (claro está, para luego defender su tesis de que la libertad contractual existe aún, pero atemperada a la actualidad), escribió:

*Like any ideology, freedom of contract has a complex and unstable relationship with the social order it purports to explain. Nowhere is this relationship more problematic than in the area of labor relations, where economic and technological change constantly disrupt settled arrangements between employers and workers (...). Freedom of contract and labor regulation confront each other head-on, however, when extra-legal force lose their grip on production: at that point lawyers and judges intervene to*

*stabilize things according to legal principle*<sup>27</sup>

Un rápido vistazo a la historia nos ha demostrado como esta "intervención" jurídica a la que se refiere McEvoy ha provocado, en la mayoría de las ocasiones, la flexibilización de las extremas políticas liberales de principios del siglo XX y fechas anteriores.

Hemos visto como una jurisdicción y la otra, España en su Ley de Estatuto de Trabajadores y demás fuentes del Derecho laboral y EEUU en su multiplicidad de leyes y decisiones federales y estatales, regulan *materialmente* y contundentemente la libertad contractual en la esfera laboral. ¿En que consiste entonces la diferencia fundamental entre las jurisdicciones española y estadounidense? En sus limitaciones a la libertad formal.

La aseveración anterior no debe tomarse a la ligera. Pues, si tenemos una jurisdicción que en términos generales no regula las formas de contratación (EEUU) y tenemos otra que sí las regula (España) pero que es capaz de ampliar su lista de "formas permitidas" para asegurar una continua sincronización entre la ley y la realidad fáctica de la relación laboral; tendremos que los efectos prácticos sobre la libertad formal en uno y otro caso serán los mismos. El Derecho laboral, como regulador de la libertad formal de la contratación, o se

abstiene del todo en esta pretensión, o bien crea tipos y modalidades que no son más que correspondencias con la realidad.

Es obvio que la realidad fáctica siempre irá al frente de la realidad jurídica, por lo que dejamos abierta la pregunta de si vale la pena mantener un catálogo de los contratos posibles, actualizándolo periódicamente y así logrando un mayor control legislativo sobre la contratación laboral (en su carácter formal); o si debemos simplemente ceder ante la libertad de contratación (atemperada a los tiempos, como sostendría McEvoy), adoptando un sistema similar al de los EEUU. De igual manera formulamos las siguientes preguntas: ¿Hasta qué punto puede un sistema *numerus apertus* de regulación de las formas del contrato laboral restringir la libertad de contratación?; ¿Puede considerarse este sistema de regulación como una herramienta efectiva para el empresario y el trabajador en la concertación de contratos que respondan mejor a sus respectivos intereses?; Y, ¿cuánta libertad de selección entre las diversas formas de contrato puede ofrecerle al empresario —especialmente a aquél de mediana o pequeña empresa— un sistema que, en aras de la llamada libertad contractual, no provea un espacio donde se describan los distintos tipos de contrato a los que éste pueda adscribirse o simplemente en el que pueda enterarse de los distintos tipos de contrato a su disposición?

<sup>27</sup> Arthur F. McEvoy, "Freedom of Contract, Labor and the Administrative State" in Harry N. Scheiber *et al* *The State and Freedom of Contract*. Stanford University Press, 1998, pp. 219-235.