

## **EL SUPUESTO DE HECHO DEL ORDENAMIENTO LABORAL Y LA EXTENSION DEL DERECHO DEL TRABAJO.**

**Juan GARCIA BLASCO**

*Catedrático de O.T. y S.S. Universidad Pública de Navarra*

**SUMARIO:** I.-El ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo: Soluciones provisionales para un problema permanente. II.-Sobre algunos rasgos de identificación del supuesto de hecho regulado por el Derecho del Trabajo. 1.-El trabajo productivo. 2.-Los perfiles propios de la ajenidad. 3.-La visión actual de la dependencia y los límites del Derecho del Trabajo. 3.1.Los elementos colectivos de la dependencia. 3.2.Las insuficiencias de la postura jurisprudencial y la delimitación conceptual del Derecho del Trabajo.

## **EL SUPUESTO DE HECHO DEL ORDENAMIENTO LABORAL Y LA EXTENSION DEL DERECHO DEL TRABAJO**

### ***I.- El ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo: Soluciones provisionales para un problema permanente.***

La delimitación del objeto, así como del ámbito subjetivo al que se aplican las reglas de un determinado Ordenamiento Jurídico, son cuestiones fundamentales para determinar la efectividad de sus propias normas. En el caso del Derecho del Trabajo, esta tarea parte ya de un problema clásico, que le acompaña desde su nacimiento<sup>(1)</sup>, por lo que su estudio no supone ninguna novedad. Sin embargo, los perfiles actuales de la disciplina y la posición propia de quien se aproxima a su estudio exigen un replanteamiento de los conceptos básicos sobre los que se asienta, así como una identificación de los problemas que deparan los cambios y las nuevas dimensiones de este sector del Ordenamiento Jurídico.

Se viene discutiendo así -no sólo en nuestro país, sino en la generalidad del Derecho Comparado- sobre los límites del Derecho del Trabajo, en particular si las nociones tradicionales de ajenidad y dependencia sirven para explicar la actual extensión del Derecho del Trabajo y el mismo supuesto de hecho sobre el que se proyecta<sup>(2)</sup>. En la resolución de esta cuestión se adoptan diferentes posturas, pero en los últimos años se plantea la cuestión de si la subordinación mantiene o no la posición relevante que tiene como centro de imputación objetiva sobre el que se proyecta el Derecho del Trabajo. Se ha puesto en tela de juicio como, en muchos casos, este último regula también supuestos en los que no aparece esa nota<sup>(3)</sup>, por lo que se suscitan dudas sobre la conveniencia de seguir manteniendo una noción unitaria de subordinación, que hoy se presenta multiforme y apegada a la propia realidad, así como a las distintas formas del trabajo<sup>(4)</sup>

Estas consideraciones ponen de manifiesto como el trabajo objeto del Derecho del Trabajo se ha diversificado hasta el punto de que puede hablarse de una fragmentación de este sector del Ordenamiento Jurídico<sup>(5)</sup>, que conduce, a su vez, al replanteamiento de sus misma virtualidad, de manera que la situación de dependencia sobre la que nace -que descansa, sobre todo, en la debilidad de quien presta el trabajo- ya no es la misma, apareciendo, por otro lado, ciertos trabajos de carácter autónomo, que se hallan en posición desfavorable en el mercado y que necesitan una regulación protectora como la que depara el Derecho del Trabajo<sup>(6)</sup>. Todo ello hace que el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo se vea sometido a una revisión, con tendencia a su extensión, si bien existe alguna otra fórmula que trate de limitar su propio ámbito de aplicación. En todo caso, lo cierto es que aún cuando es posible registrar estas tendencias expansivas, el Derecho del Trabajo se centra, sobre todo, en el trabajo por cuenta ajena y dependiente, pues el Ordenamiento laboral aún sigue siendo un derecho del trabajador<sup>(7)</sup>, que parte preferentemente de esta figura para proyectar sobre ella todo su entramado normativo. De ahí que ocupe una posición central frente a la del empresario<sup>(8)</sup>, aunque éste sea una de las partes del contrato de trabajo, que es la fuente constitutiva normal de la relación laboral.

## ***II.- Sobre algunos rasgos de identificación del supuesto de hecho regulado por el Derecho del Trabajo.***

### ***1.- El trabajo productivo.***

Cuando se habla de trabajo libre, productivo, remunerado, por cuenta ajena y en régimen de dependencia, se está hablando del trabajo productivo, que proporciona a quien lo presta un medio de vida y de subsistencia, apareciendo, por tanto, un intercambio de prestaciones -trabajo y retribución- entre las partes<sup>(9)</sup>.

El trabajo libre supone, sobre todo, no sólo la prohibición como objeto del Derecho del Trabajo de la prestación forzosa, sino el compromiso personal de quien lo presta. El trabajo humano, el carácter personal de la prestación dejan fuera del derecho del Trabajo aquél realizado por personas jurídicas, y de ahí la

desaparición de la vieja fórmula de la persona jurídica del trabajador que recogía el art. 4 de la LCT<sup>(10)</sup>. El carácter insustituible de la persona del trabajador es un elemento esencial para el Derecho del Trabajo porque aquél compromete su propia personalidad, sin que ello quede en entredicho por la existencia de algunas figuras que admiten su sustitución por falta de asistencia temporal a través de la interinidad.

De otro lado, esa libertad queda garantizada al trabajador no sólo en el momento de la contratación, sino también en el de la ejecución del contrato, en la realización del trabajo, incluso en el momento de poner fin a la relación laboral<sup>(11)</sup>, como lo acredita el régimen existente del contrato de trabajo bajo los principios de la buena fe<sup>(12)</sup>, sin que las compulsiones jurídicas que pueden existir para la continuidad por parte del trabajador, sobre todo cuando es destinatario de prestaciones económicas públicas<sup>(13)</sup>, constituyan una coerción a la voluntad del trabajador. Libertad, pues, del trabajador, que ha recibido además consagración constitucional (art. 35 CE), garantía esencial para la persona y que no se corresponde con la libertad plena del empresario para contratar, sino, más bien, de seleccionar los trabajadores a su servicio, que es una manifestación de la libertad de empresa del art. 38 CE. Es por ello que la libertad en el trabajo, en la relación laboral, integra el respeto también de los derechos del trabajador como ciudadano, de manera que, como dice el TC, “las manifestaciones de feudalismo industrial consistentes en privar o despojar transitoriamente en el seno de la relación de los derechos que al trabajador corresponden como ciudadano es algo que no viene amparado por el art. 38 CE, ni por la naturaleza de las organizaciones empresariales como mundos separados y estancos de la sociedad”<sup>(14)</sup>.

Es cierto que otros trabajos no contemplados por el Derecho del Trabajo son productivos, pero en el supuesto típico, el aprovechamiento y la ganancia para quien lo presta es una razón que justifica su misma selección<sup>(15)</sup>. De ahí que el trabajo que interesa al Derecho del Trabajo es el asalariado, el retribuido, quedando fuera de su ámbito de aplicación otras figuras a las que se remite el art. 1 de la LET, exigencia que ha desplazado incluso a la del trabajo dependiente y cuyo carácter se refuerza en los arts. 1 y 8 de la LET, pues sin retribución no puede hablarse propiamente de un contrato de trabajo<sup>(16)</sup>, hasta el punto de que su existencia rompe la presunción de extralaboralidad del trabajo familiar (art. 1.3,e de la LET). No obstante, aunque ello es así, la regla permite una matización derivada del propio ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, al extenderse a prestaciones de servicios en los que la causa no es, al menos exclusivamente, la obtención de un salario, como sucede con el trabajo de los penados, de los minusválidos o de inserción laboral, para los que existen otras finalidades como prueba la misma diversificación del Derecho del Trabajo de la que se hablaba anteriormente.

El carácter retribuido del trabajo traduce, sobre todo, la profesionalidad del trabajador, de forma que el salario ocupa un papel central en el Derecho del Tra-

bajo, que ha sido subrayado por la doctrina, y a partir del cual se han desarrollado otros instrumentos creados por las normas legales o convencionales, tendentes a asegurar su percepción y su cuantía, a la vez que constituye el objeto fundamental de la negociación colectiva. Ese papel, pues, no parece discutible, sino para algún autor que insiste más en la noción de profesionalidad del trabajador que en la del carácter retribuido del trabajo<sup>(17)</sup>. Ello lo prueba incluso el reconocimiento constitucional que se hace respecto de una “remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia” (art. 38.1. CE), así como la propia institución del salario mínimo.

Ha sido precisamente ese reforzamiento del carácter retribuido del trabajo el que ha llevado a desplazar el interés del contrato hacia el salario, en la medida que la esencia del primero descansa en el cambio de energías por dinero, admitiendo el carácter patrimonial del mismo contrato de trabajo, como reacción a los excesos personalistas que explica la naturaleza de la relación atendiendo a los factores personales de la figura (los derechos y obligaciones del trabajador). Esta reacción patrimonialista es la que ha llevado a acentuar la protección de su actividad productiva, de manera que otros bienes como los conocimientos, las habilidades, la preparación o la cualificación profesionales son dignos de tutela, lo que se plasma en instrumentos como el deber de ocupación efectiva o la regla sobre movilidad funcional o modificación de condiciones de trabajo. A ello se añade una preocupación por garantizar los intereses económicos del trabajador, que ha llevado a una excesiva “monetización” de los mismos, atemperada más recientemente por la LPL de 1990 en algunas materias como el despido nulo y sus efectos que luego han quedado fuertemente matizados con la reforma laboral incorporada a la Ley 11/94, de 19 de mayo.

De otro lado, la acentuación del carácter patrimonial del contrato resalta la dimensión individual de la relación, de manera que cada contrato de trabajo es una unidad propia, diferenciada en el conjunto de las relaciones jurídicas con el empresario y además cerrada, que puede ser comprendida sin atender a las circunstancias de la unidad productiva en la que se desarrolla, que por su contexto colectivo dejan huellas en la estructura de la relación.<sup>(18)</sup>

En definitiva, el Derecho del Trabajo regula una prestación de servicios, una actividad productiva<sup>(19)</sup>, que no tiene un destinatario específico, sino que es general, con independencia del trabajo particular o del sector en que aquella se realice, de manera que el trabajador compromete su persona con la actividad productiva, se obliga a prestar sus servicios y no tanto a un resultado, aunque este último conforma la determinación, en su caso, del salario, esto es una regla para medir su rendimiento en el cumplimiento de uno de los deberes contractuales.

## *2.- Los perfiles propios de la ajenidad.*

La ajenidad es una nota que ha caracterizado tradicionalmente al trabajo objeto del Derecho del Trabajo, que, de esta manera, regula aquella actividad productiva

desarrollada por cuenta ajena y de forma subordinada tal como lo formula el propio art. 1 de la LET, habiendo sido recepcionado también por la jurisprudencia<sup>(20)</sup>

Pero se trata de una nota discutida en la doctrina, de la que se duda como rasgo definitorio solo del trabajo regulado por el Derecho del Trabajo, rechazándose incluso para su sustitución por otras notas como la inserción en el sistema de producción<sup>(21)</sup>, o admitiéndose, al menos, su contenido incierto, de forma que su delimitación está siempre en crisis<sup>(22)</sup>.

La ajenidad, sobre la que ha girado una intensa polémica doctrinal, que ha distinguido entre ajenidad en los frutos<sup>(23)</sup>, en los riesgos<sup>(24)</sup> o en el mercado<sup>(25)</sup>, plantea, sobre todo, un problema conceptual, de manera que ninguna de las tres menciones serviría para caracterizar adecuadamente el contrato de trabajo<sup>(26)</sup>, habida cuenta además la actitud de la doctrina española en la elaboración de esta noción por el carácter excluyente de cada teoría respecto de las demás, incluyendo en ese “demás” la definición de un criterio distinto como es la dependencia. No obstante, la ajenidad es una nota esencial en la propia configuración de la relación de trabajo, que ha sido reforzada por la jurisprudencia<sup>(27)</sup>, la cual ha hecho uso tanto de una, como de otra explicación, por lo que ninguna de ellas puede ser rechazada, al reflejar una parcela de una verdad compleja como es el contrato de trabajo. En todo caso, la ajenidad en los riesgos es el elemento que puede determinar la inclusión o exclusión de algunas actividades, personas o tipos de trabajo (los que intervienen en operaciones mercantiles<sup>(28)</sup> y la ajenidad en los frutos, entendiéndolo por estos toda clase de bienes, servicios, beneficios o utilidades económicas susceptibles de evaluación económica, aunque a veces no sean separables del trabajo<sup>(29)</sup>), sigue siendo una característica del contrato, que se confirma por la propia ajenidad en el mercado, la cual da una nueva (aunque con viejas raíces) dimensión a este criterio, pues el trabajo realizado por el trabajador para el empresario presupone la puesta en relación entre el trabajador y los consumidores de los productos derivados de su actividad. El empresario realiza así la función de intermediación, que es connatural a la economía capitalista, hasta el punto de que es la actividad de intercambio del empresario, y no tanto la desarrollada por el trabajador, la que verdaderamente define la existencia de un contrato de trabajo. De ahí que cuando este esquema triangular trabajador-empresario-consumidor falla en alguna de sus partes, debe rechazarse la existencia de un contrato de trabajo, para entrar en terrenos del trabajo autónomo.

Con todo, quizás haya que imputarle a este sector doctrinal no haber podido desvirtuar la relevancia de la ajenidad en los frutos y en los riesgos (que la hay incluso en el servicio doméstico) y que, en ciertos supuestos, no sirve como elemento para caracterizar el contrato de trabajo, pues pese a existir ajenidad en el mercado, no hay relación laboral según la jurisprudencia<sup>(30)</sup>, y sin que esa imputación de la ajenidad en los frutos o en los riesgos quede desvirtuada por la existencia de supuestos en los que el salario depende de los beneficios, o el trabajador

puede quedar afectado por los riesgos de la actividad productiva, como el supuesto de la fuerza mayor, que se muestran, más que nada, como excepciones a la regla general.

Ello no es obstáculo, sin embargo, para reconocer que la ajenidad presenta, en los momentos actuales, algunos perfiles propios, pues existen prestaciones laborales en las que no se busca el producto, sino, como se dijo antes, la inserción o reinserción profesional del trabajador, sin que ello suponga una pérdida de significación jurídica, que es evidente, sino más bien la dificultad, ya apuntada, de su concepción unitaria. Puede decirse incluso que la ajenidad, a diferencia de la dependencia, no ha recibido, como se verá, un acoso tan fuerte por parte de la doctrina, probablemente porque el ataque a la configuración del contrato de trabajo se ha hecho fuera de nuestras fronteras, en sistemas en los que la noción de dependencia es fundamental para calificar la relación. Hay así una fuerte inmutabilidad de la ajenidad, que permite detectar su presencia sin cambios materiales desde la LET hasta la normas de principio de siglo, en la que se aprecia como esta nota más que definir el tipo contractual o describir el objeto del contrato, explica la causa del mismo, reflejando, sobre todo, un efecto del contrato de trabajo, que lo distingue de otros que cubren la prestación de servicios en régimen de “alteridad” pero no de “ajenidad”<sup>(31)</sup>.

### *3.- La visión actual de la dependencia y los límites del Derecho del Trabajo*

#### *3.1.- Los elementos colectivos de la dependencia.*

La dependencia, que aparece tardíamente en la regulación, no siempre ha figurado entre las notas caracterizadoras del contrato de trabajo, siendo, en ocasiones, el elemento manejado para caracterizar al trabajo asalariado<sup>(32)</sup>, lo que hace que incluso hoy se discuta si aquella debe seguir considerada como un atributo identificador del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, debate que se viene dando especialmente en los países de nuestro entorno y en España, aunque la discusión aquí es más antigua<sup>(33)</sup>.

La doctrina, en general, salvo algún autor<sup>(34)</sup>, ha criticado la consideración de la dependencia como nota caracterizadora del contrato de trabajo, al entender que es una consecuencia de la ajenidad o del carácter retribuido de la prestación, poniendo en duda la existencia de dependencia técnica, pues la económica existe también en trabajos no regulados por el Derecho del Trabajo<sup>(35)</sup>.

Sin embargo, si se acude a la formulación legal del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y a la Jurisprudencia, la dependencia no puede descartarse como nota caracterizadora del contrato de trabajo, aunque su configuración actual haya pasado de una subordinación estricta y rígida al empleador a la “inserción en el círculo organicista y rector del empresario”<sup>(36)</sup>. Lo que sucede es que la dependencia es un concepto impreciso y, por ello, flexible, gradual o elástico<sup>(37)</sup>, fuertemente afectado por la misma evolución del Derecho del Trabajo, que ha tenido que compatibilizarse con la diferente graduación que existe según los tipos

de trabajo asalariado (clase de trabajo, de actividad, lugar de prestación, capacidad de iniciativa del trabajador) o de la modalidad a la que se ajusta el trabajo (el contrato a domicilio, el de los artistas, deportistas profesionales, alta dirección, etc.). A la postre, el concepto de dependencia se ha hipertrofiado al ser sensible, entre otras, a las mutaciones experimentadas en la estructura del contrato de trabajo, convirtiéndose, por tanto, en una noción imprecisa, como lo demuestra la incorporación al Derecho del Trabajo de alguno de los supuestos mencionados. La esencia del trabajo subordinado descansa así en el carácter plural de la prestación laboral pactada en el contrato y a la que se compromete el trabajador, que puede ser más rígida o flexible en atención a las circunstancias de cada caso y a los elementos objetivos que acompañan al trabajador, como son sus conocimientos, susceptibles de reducir sensiblemente la función ordenadora del empresario y centrarse más en los objetivos a alcanzar que en la descripción de la forma en que ha de prestarse el trabajo pactado. Es por ello que la dependencia no sólo es un rasgo que describe el contrato de trabajo, sino que subraya la actitud propia del trabajador, el cual sólo colabora en la medida en que se proyecta sobre él la decisión empresarial para lograr los objetivos propuestos, de manera que “el trabajador pone a disposición del empleador su propia persona”<sup>(38)</sup>. Ahora bien, no cabe duda de que su presencia es necesaria para que un trabajo pueda ser regulado por este sector del Ordenamiento Jurídico, con independencia de que existan trabajos claramente dependientes que, por decisión de legislador, quedan fuera de su ámbito de aplicación, como los empleados públicos. La dependencia, en suma, ha tenido que adaptarse a las propias manifestaciones de la actividad en el sistema productivo, aunque la utilización que de ella ha hecho la Jurisprudencia para integrar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo no se muestra, a mi juicio, como la más adecuada.

Lo que está en crisis no es el concepto de dependencia, sino una determinada visión de esta última, lo que ha dado lugar incluso a profundos ataques doctrinales de carácter pragmático, al entender que la función que se le ha atribuido aparece influenciada en exceso por un arrastre histórico, que le impide ver los cambios de la realidad. Se aduce así que aquella se ha configurado en un contexto de trabajo industrial, en las fábricas, que se ajusta mejor a los rasgos delimitadores de la dependencia, de forma que cuando quiebra ese modelo por la fragmentación del mercado de trabajo, y se amplía la noción de trabajador al incluir nuevas figuras, tanto por vía legal, como por la jurisprudencial (en especial la de alto cargo), los rasgos de la dependencia comienzan a quebrar en su concepto originario. Así han operado los Tribunales, al delimitar la dependencia a través de los “indicios”, en una labor presuntiva (deductiva) de determinados hechos (existencia o no de jornada, afiliación a la Seguridad Social, forma de retribución, seguridad de los encargos, posesión de un despacho, salario contratado, etc)<sup>(39)</sup>. Una definición flexibilizadora, a la postre, que ya se inició hace tiempo por el Tribunal Supremo<sup>(40)</sup>, cuando advirtió que ni la exclusividad, ni la preferencia, ni la previa jornada laboral eran requisitos del contrato de trabajo, al no afectar a la dependencia laboral, lo que ha pasado a formar parte de la propia legislación (art. 1 de la LET).

Aún así, se aprecian hoy no sólo tendencias flexibilizadoras de la dependencia, sino también cambios materiales en su configuración, al pasar de una dependencia de carácter “individual” a otra de dimensión “colectiva”, que descansa más que en el trabajador, en la organización productiva a la que éste pertenece y en la que se integra, por lo que el centro de referencia para la dependencia parece desplazarse del contrato de trabajo, en su estructura interna, a la estructura colectiva de la unidad productiva, remarcándose la propia actuación del trabajador, al ser la organización productiva un elemento dinámico<sup>(41)</sup>, de forma que los “indicios” pierdan el valor y la significación que ahora les otorga la Jurisprudencia por estar desprovistos por sí mismos del valor trascendental para calificar la relación como laboral si no contribuyen a reforzar la unión trabajador-organización. De ahí que este cambio de la noción de dependencia haya sido visto con recelo por GIUGNI<sup>(42)</sup>, que cree apreciar en ella manifestaciones corporativas típicas de la época fascista. En todo caso, lo cierto es que seguir hablando de dependencia desde un prisma tan individual como se hace hasta ahora resulta poco acomodado a la realidad actual, en la que el contexto en que tiene lugar la prestación es una circunstancia básica y decisiva para caracterizar aquélla. Y no faltan así ejemplos en tal sentido, que tratan de acomodar la relación individual a la colectiva, y donde las manifestaciones más típicas de esta relación (aprobación de determinadas decisiones por los representantes de los trabajadores que sustituyen a la autonomía individual, la misma negociación colectiva, etc) se dejan notar también en la regulación legal (la LET).

A la postre, la relación ajenidad-dependencia se sitúa ahora en unos términos excesivamente individualistas, patrimonialistas de la relación de trabajo, otorgando un papel secundario al contexto colectivo de la relación que, en su dimensión asociativa u organizativa, ha sido poco definido en nuestra doctrina. En ese contexto colectivo, la relación individual de trabajo no es la que explica con preferencia la articulación de las reglas de poder en el seno de la empresa en cuanto organización. Antes al contrario, los instrumentos colectivos asumen hoy un papel muy relevante frente a los defectos observados en el mismo plano individual. A mi juicio, las relaciones de poder y de organización en la empresa son moduladas por la autonomía colectiva de forma tal que la dimensión individual es un cauce muy estricto para hacer circular por él las manifestaciones típicas de la propia posición empresarial y, por tanto, de las notas caracterizadoras del supuesto de hecho regulado por el Derecho del Trabajo.

### *3.2.- Las insuficiencias de la postura jurisprudencial y la delimitación conceptual del Derecho del Trabajo.*

La problemática que plantea el acotamiento de los límites del Derecho del Trabajo y, sobre todo, los derivados de su ampliación por medio de la incorporación a su ámbito de aplicación de una serie de figuras, necesita todavía hoy una revisión profunda que repose sobre la misma técnica utilizada con esa finalidad.



Ya en 1977, algún autor mencionaba el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo como uno de los temas cardinales del Derecho del Trabajo<sup>(43)</sup>, advirtiendo sobre la ampliación en el futuro, en la medida en que la transformación de profesiones tradicionales y de otras recientes supone que adquieran la condición de trabajadores nuevos grupos de la población activa. La jurisprudencia española, en efecto, con ocasión de la interpretación del art. 1 de la LET, ha ampliado considerablemente el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, trasladando de lleno sus instituciones a supuestos muy variados y también heterogéneos, acudiendo, sobre todo, a la técnica de los indicios. Los pronunciamientos jurisprudenciales múltiples habidos hasta el momento tienden, en general, a una ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo, obligados por el necesario ajuste a la nueva situación del mercado, en el que el sector terciario se ha ampliado vertiginosamente en los últimos tiempos, si bien se advierte la ausencia de criterios jurídicos verdaderamente uniformes<sup>(44)</sup>, por lo que, como se ha dicho, más parece que es la presión social de los colectivos o elementos extrajudiciales las que se constituyen como factores determinantes de la inclusión<sup>(45)</sup>.

El recurso utilizado por la Jurisprudencia para ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, además de actuar sobre otros elementos definitorios del contrato de trabajo descansa, sobre todo, en la dependencia, que se modula en atención a las circunstancias fácticas de cada supuesto enjuiciado. No se trata aquí de analizar, por mi parte, el alcance y la significación que hoy se otorga a esta nota caracterizadora de la relación de trabajo, a la que ya me he referido anteriormente y sobre la que existen importantes aportaciones doctrinales situadas en la subordinación como las de PEDRAZZOLLI<sup>(46)</sup>; GHEZZI-ROMAGNOLI<sup>(47)</sup>; CARINCI-LUCA-TOSSI-TREU<sup>(48)</sup>; MENGONI<sup>(49)</sup>; ICHINO<sup>(50)</sup>; BALLESTRERO<sup>(51)</sup>; CARINCI<sup>(52)</sup>; VENEZIANI<sup>(53)</sup>; GHERA<sup>(54)</sup>; NOGLER<sup>(55)</sup> y PESSI<sup>(56)</sup>, brillantemente sintetizadas y criticadas por D'ANTONA<sup>(57)</sup>. En todas ellas se observa una preocupación especial por encajar el concepto de subordinación en una noción satisfactoria, que pasa por la aclaración conceptual en relación con los sujetos y los caracteres fundamentales del Derecho del Trabajo, como sector autónomo del Ordenamiento, frente a las transformaciones radicales sufridas por los fenómenos sociológicos, económicos y sociales que forman su objeto, así como por sus estructuras normativas. Destaca, en especial, la reciente y lúcida construcción del propio D'ANTONA, al construir una diferenciación funcional de los tipos normativos (la tipificación del contrato como tipo material, impuesto y exclusivo) y de los procedimientos administrativos para la selección del tipo, así como de las remisiones legales a los convenios colectivos para cumplir con dicha función, en íntima conexión con los denominados en España contratos especiales o modalidades especiales de contratación<sup>(58)</sup>.

Interesa destacar, sobre todo, como del análisis integrado de la Jurisprudencia española sobre su labor de ampliación subjetiva del Derecho del Trabajo se infie-

re, a mi juicio, una tendencia que, aunque innovadora, carece de una aplicación uniforme, resultando, en muchos casos, muy discutible. Los Tribunales Españoles no piensan, con tal operación, al menos conscientemente, en lo que MENGONI describe como la pérdida del centro por parte del Derecho del Trabajo, que no se puede volver a encontrar, operando una especie de sustitución de su contenido. Y es que el modelo normativo de máxima tutela no es un prototipo, sino un tipo legal, carente de una actitud polarizante con relación a los otros y a las distintas tipologías de relación jurídica<sup>(59)</sup>, de modo que, en el sistema de tipos contractuales conformado por la norma civil, el momento final de los procesos de calificación no puede ser sino un juicio subsuntivo (método dogmático), mientras que el razonamiento tipológico -como método de calificación jurídica- es una versión del razonamiento por analogía: y la analogía es una inducción que no quiere confiar su nombre<sup>(60)</sup>.

Como ha puesto de manifiesto RIVERO LAMAS, no parece legítimo comprometer la delimitación conceptual del Derecho del Trabajo y su construcción dogmática por una finalidad que justifica la aparición de la disciplina, pero que la supera, y a cuyo servicio no se puede poner de modo incondicional, sin desplazar el eje sobre el cual giran sus instituciones típicas, tanto sustantivas como instrumentales. Esa protección social del trabajo en todas sus manifestaciones merece todo el apoyo social y jurídico; pero no se puede instrumentar a costa de desdibujar el concepto de trabajador por cuenta ajena y dependiente al cual se refiere su protección como supuesto típico, social y jurídicamente el régimen regulador del Derecho del Trabajo. La vieja intervención normativa en favor del contratante más débil -que justifica la intervención legal en el ámbito de la relación laboral sin desaparecer plenamente- se ha sustituido por una actuación jurisprudencial (a veces, también por una peculiar intervención normativa) en favor de capas sociales débiles, y para esta labor compensatoria el Derecho del Trabajo es un instrumento particularmente útil por haber sido ésta una función asumida desde los comienzos de la disciplina. Y en esto reside uno de los factores originales que reparan esa intervención legal actual -conscientemente dirigida a estas capas débiles de la población- de las primitivas intervenciones de las normas laborales, que creando una obligación común para toda la población ocupada, no pretendía juzgar la existencia de una disciplina aún inexistente. Ahora bien, ello no puede confundirse con la técnica utilizada para la calificación de la relación jurídica objeto de análisis, pues lo censurable, en efecto, de este procedimiento de extensión del Derecho del Trabajo es que se debate entre el “todo” o la “nada”: si el legislador o el juez considera que hay trabajador se aplicará en bloque la normativa laboral, en otro caso, permanecerá como una protección insuficiente, aunque las condiciones de prestación de trabajo sean similares o inferiores a las de los trabajadores individuales en dicho bloque.

El límite infranqueable para la inclusión de ciertos tipos de trabajadores en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo es, como ya se dijo, el de la ajeni-

dad más que el de la dependencia, al ser éste un dato organizativo de apreciación versátil tanto por la ley, como por los jueces<sup>(62)</sup>, sin que se pueda utilizar como único selector de la aplicación del aparato de las garantías una noción de dependencia que descansa únicamente en el cómo de la prestación en un ámbito de trabajo típico, que exigiría una diferenciación y graduación de la tutela según el tipo o el nivel de subordinación. Con todo, la definición que recoge el art. 1 de la LET supone que la dependencia rebasa definitivamente el ámbito locativo de la empresa, la unidad productiva con organización específica, que limita así el ámbito de organización y dirección del empresario, por lo que el tipo legal común del contrato de trabajo al cual resulta aplicable en su plenitud el régimen laboral es el que ha de ser prestado en el seno de una organización laboral, en un centro de trabajo o una unidad productiva. No se pone en duda que las nuevas tecnologías y concepciones del tiempo en la relación laboral han transformado el propio concepto de dependencia, sobre todo en el cómo de la prestación, por lo que existen posiciones como las de VENIZIANI<sup>(63)</sup>, que no dudan que la subordinación puede seguir funcionando en ese nuevo contexto como criterio de distinción y como prueba de la existencia de un contrato de trabajo subordinado sobre el cual reflejar las normas de tutela. Sin embargo, lo que parece es que existe una tendencia no hacia la evolución misma de la dependencia como respuesta a la propiedad de los medios de producción y de los resultados productivos, sino más bien como reflejo de sus modalidades expresivas, de manera que resulta menor “sujeción” y mayor “cooperación”<sup>(64)</sup>.

Por ello, ¿hasta qué punto es lícito al intérprete hacer hipótesis sobre unas nociones más o menos móviles de dependencia y, sobre todo, de modular el quantum de garantía de tutela según las características del caso, aplicando de lleno el Derecho del Trabajo?

Si la respuesta hubiera de darla MENGONI, sería claramente negativa, pues al intérprete no se le consentiría mucho más que volver a leer el tipo legal, puesto que cada manipulación distinta de los datos normativos quedaría expuesta fatalmente al riesgo de excederse hacia una jurisprudencia arbitraria<sup>(65)</sup>.

En este sentido, el art. 8.1. de la LET limita las funciones aplicativas e interpretativas del juez, al reiterar las notas que figuran en su art. 1. Esto supone que la asalarización posible de formas de trabajo autónomo, a las que la jurisprudencia ha incluido en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo (mensajeros, pequeños transportistas, diseñadores fuera de los locales de la empresa, etc)<sup>(66)</sup>, no procede que tenga lugar, en los momentos actuales, por la vía de la calificación jurídica y sobre la base de aplicar un concepto lato de dependencia en el que se atiende a una serie de connotaciones no precisamente jurídicas y externas a la determinación de aquélla en los arts. 1 y 8 de la LET, como puede ser el tener en cuenta la existencia de unos instrumentos sobre la ejecución del trabajo, junto al hecho de que éste se integre en el ciclo productivo de una empresa sobre la cual el trabajador no tiene ningún poder jurídico. Como sostiene RIVERO LAMAS, si

el trabajo se ha prestado en régimen de autoorganización, fuera de la empresa, predominando el carácter personal de la prestación, existirá una prestación por cuenta ajena si ese trabajo da lugar a un continuado deber de prestación y el trabajador no asume un riesgo de explotación, pudiendo, en tal caso, ser objeto de regulación como contrato de trabajo especial. Si no existe ajenidad, por faltar lo que imprime un contenido particular a este contrato, es imposible que se pretenda configurar un contrato de trabajo a partir de ciertas fórmulas degradadas de dependencia.

Y este razonamiento parece estar presente en la nueva redacción incorporada al apartado g) del art. 1,b) de la LET por la Disposición Final Séptima de la Ley 11/94, de 19 de mayo, de forma que queda excluida del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo “La actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”.

Es por ello que lo dispuesto en la Disposición final 1ª de la LET vendría a remediar los defectos en que se incurre, permitiendo la aplicación por la ley a formas de trabajo autónomo de normas que integran parte del Derecho del Trabajo, como ya se propuso en otro momento<sup>(67)</sup>. Este precepto, que no ha recibido hasta ahora el desarrollo que merece, tiene una fuerza expansiva propia que, sin tratar de desnaturalizar la relación -que es autónoma y lo sigue siendo- pretende ampliar el ámbito de una técnica protectora acuñada en nuestra disciplina. Quizás la forma en que la LET aborda la posible extensión de los instrumentos laborales a trabajos autónomos -técnicamente correcta en cuanto trata de extender un régimen jurídico sin anular la naturaleza de la relación que sigue siendo lo que es- ha evitado que, en nuestro país, haya alcanzado especial acidez la crítica de la dependencia en comparación con lo que, como se acaba de decir, ha sucedido en Italia, paradigma típico que, con fundamento en datos legales, ha intentado elaborar técnicas alternativas a las tradicionales en materia de subordinación que, en algunos casos, son verdaderamente originales y que, a veces, arrojan luz sobre la función de la subordinación en el juego de la relación de trabajo.

Todo ello plantearía un interrogante de transcendencia dogmática y de difícil respuesta como es dónde se deben situar, en la actualidad, los límites del Derecho del Trabajo y, en particular, si puede acoger en su seno estas manifestaciones de extensión del régimen laboral fuera de las fronteras naturales que impone la configuración legal del supuesto normativo típico del trabajador dependiente, en torno al cual se vertebran las técnicas de tutela y protección de esa forma de prestación de trabajo.

La respuesta, como apunta RIVERO LAMAS<sup>(68)</sup>, entraña compromiso y “no es difícil dictaminar en el plano de las líneas de tendencia y con apoyo en la obser-

vación del fenómeno expansivo del régimen laboral del trabajo autónomo y parasubordinado a la relación de empleo público y a algunas formas civiles y mercantiles de prestación de servicios (transporte, mandato ...etc). Pero es muy complejo explicar como estas expresiones en régimen laboral están, al mismo tiempo, dentro y fuera del Derecho del Trabajo, por cuanto se aplican normas laborales, sustantivas y procesales, y está prevista, en todo caso, la función protectora del trabajo y de los trabajadores, que justifica la existencia de un sector diferenciado en el seno del ordenamiento jurídico". Como dice GHERA<sup>(69)</sup>, no son las dependencias, sino los trabajadores dependientes -diferentes según los casos, en función de las características objetivas y subjetivas de la relación- las que explican el origen de la diversificación de la tutela y, por tanto, de los estatutos especiales del trabajador. La existencia, en el campo del trabajo subordinado y parasubordinado, de una pluralidad de instrumentos protectores diferenciados reenvía de hecho a una categoría fáctica de subprotección social, pero no afecta al vínculo de la subordinación. La dicotomía sufre así, como indica RODRIGUEZ PIÑERO, "una profunda crisis, que no está centrada ahora tanto en la búsqueda de criterios delimitativos más claros y rigurosos, sino, más bien, en la excesiva radicalidad de efectos que se derivan de la calificación como subordinada o autónoma de una forma de empleo, de lo que se deriva la aplicación completa o la desaparición total de la normativa laboral"<sup>(70)</sup>. Por eso la tipicidad del supuesto fáctico del trabajo por cuenta ajena y dependiente, identificado por la continuidad de la prestación y de la colaboración del trabajador, calificada a nivel formal para delimitar la figura unitaria del contrato de trabajo, no impide, en absoluto, la construcción de un sistema enlazado en normas protectoras del Derecho del Trabajo diferenciadas además en función de los diversos niveles de su protección social y de las necesidades específicas del tráfico jurídico y el respeto a modalidades de trabajo autónomo de quienes conscientemente además han elegido esa fórmula. Se garantizaría además el mandato político-constitucional tendente a instrumentar una protección del trabajo en todas sus manifestaciones, conformando una legislación social sobre cuyas controversias conoce una Jurisdicción particular, sin que quede tampoco desdibujado el prototipo normativo del contrato de trabajo porque se extienda el régimen laboral a otras formas de protección del trabajo humano mediante fórmulas jurídicas de aquél, englobando así construcciones jurídicas muy heterogéneas aunque convergentes, pues no designa una categoría científica y técnica, sino precisamente política y pragmática, orientada por un propósito de protección social<sup>(71)</sup>, que puede erigirse en una línea de avance y clarificación técnico-jurídica para la resolución más acorde de los muchos problemas que se plantean.

La tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, por tanto, no sólo ha consistido en el reconocimiento del carácter laboral de algunos supuestos que no lo eran hasta entonces, incorporándolos de lleno a este sector del Ordenamiento jurídico, sino que presenta también otra singularidad al erigirse en ejemplo de técnica protectora del trabajo de personas que, aún no siendo trabajadores en sentido estricto-

to, se encuentran en una situación de subordinación más social que jurídica, lo que aconseja su tutela corrigiendo la noción típica de dependencia. Ahora bien, una operación así incurre en una contradicción, pues la condición de contratante más débil cubre un área más amplia que la económico-social del Derecho del Trabajo, por lo que, al haber privilegiado el carácter formal (la subordinación) frente al material (el desequilibrio de fuerzas), se han generado, como dice GIUGNI, “distorsiones del sistema, dado que ha hipertrofiado relaciones que se desenvolvían en relativo equilibrio y, a la vez, ha dejado fuera relaciones sociales de intensa explotación<sup>(72)</sup>. Tendencia expansiva, por último, que se ha dejado notar en todos los contenidos que integran el propio ordenamiento laboral: en el plano colectivo, al reconocer instrumentos de acción colectiva a grupos que están fuera del Derecho del Trabajo, como los funcionarios; o en el de la Seguridad Social, al incluir a los autónomos.

#### NOTAS

(1) Véanse, entre otros, los estudios de ALONSO OLEA, M.: *Alienación. Historia de una palabra*. Madrid, 1974; *De la servidumbre al contrato de trabajo*. Madrid, 1987.

(2) Para un debate actual sobre estas cuestiones en la doctrina italiana, véase (Il Lavoro e i Lavori”, en *Lavoro e Diritto*, especialmente los números del año 1988

(3) DANTONA, M.: “Il Lavoro ...”, en *Lavoro e Diritto*, n° 3, 1988, pág. 412; GHERA, E.: “La subordinazione fra tradizione en nuove prospete”, en *DLRI*, n° 40, 1988, pág. 621 y ss.

(4) LUCA TAMAJO, R.: “Il Lavoro...”, pág. 416.

(5) LUCA TAMAJO, R.: “Il Lavoro...”, pág. 416. Una visión general de los sistemas comparados en “Le tendenze del Diritto del Lavoro nell’occidente”, en *Lavoro e Diritto*, n° 1, 1987, pág. 97 y ss.

(6) HERNANDEZ, S.: “El Diritto del Lavoro verso gli anni’90”, en *Il Diritto del Lavoro*. Enero-Febrero, 1984, pág. 4 y ss.

(7) MONTOYA, A.: “El ámbito personal del Derecho del trabajo”, en *RPS*, n° 71, pág. 88.

(8) Sobre el significado y alcance del concepto trabajador véanse, entre otros, DE LA VILLA, L.E.: “Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español”, en *CCDT*, n° 4, 1972; DEL VALLE, J.M.: “Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español.”, en *Revista de Trabajo* n° 89, 1988, pág. 73 y ss. Insiste en la figura del empresario ALARCON, M.R.: “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, en *REDT*, n° 28, 1986, pág. 537 y ss.

(9) ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*..., pág. 27.

(10) Véase ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9ª edición; DE LA VILLA, L.E.: “Apuntes...”, pág. 2.

(11) VALDES-PEDRAJAS: “Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la jurisprudencia?”, en *D.L.*, n° 19, pág. 104.

(12) MONTOYA, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Sevilla, 1967.

(13) GONZALEZ ORTEGA, S.: “Los contratos de colaboración social”, *Relaciones colectivas y reorganización del sistema productivo*. Córdoba 1983.

(14) STC 88/85, de 19 de julio.

(15) MONTOYA, A.: *Sobre la esencia*..., pág.4.

(16) STS, de 2 de febrero de 1988.

(17) MONTALVO, J.: *Fundamentos* ..., pág. 192 y ss.

(18) CESSARI, A.: “Concezione causale del controllo dei poteri dell’imprenditore”, en *Dal garantismo al controllo*. Milano, 1982, pág. 110 y ss.

(19) ALONSO OLEA, M.: *Introducción*..., pág. 80

- (20) Véase GARCIA BLASCO-RIVERO LAMAS: "Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo", en *Relaciones Laborales*, nº 13 1987, pág. 507 y ss.
- (21) CABRERA, J.: "Ambito de aplicación personal del Derecho del Trabajo", en *RPS*, nº 71, pág.
- (22) DE LA VILLA, L.E.: "En torno...", pág. 52.
- (23) DE LA VILLA, L.E.: "En torno...", pág. 113
- (24) BAYON, G.: "El ámbito de aplicación de las normas del Derecho del Trabajo", en *RPS*, nº 53, 1966, pág. 5 y ss.
- (25) ALARCON, M.R.: "La ajenidad...", pág. 495 y ss., que contiene, a su vez, un exhaustivo balance de las posiciones doctrinales anteriores.
- (26) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "La dependencia y la extensión del Derecho del Trabajo", en *RPS*, nº 71, pág. 150 y ss.
- (27) SSTs, de 2 y 15 de febrero y 12 de septiembre de 1988, entre otras.
- (28) Con detalle en LOPERA, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*. Madrid 1990.
- (29) ALONSO OLEA, M.: "En torno al concepto...", pág. 119; MONTOYA, A.: *Sobre la esencia...*, pág. 8 y 13.
- (30) Es el caso del colaborador de prensa resuelto en la STS de 21 de septiembre de 1987.
- (31) Sobre la diferencia alteridad/ajenidad y sus efectos véase DE LA VILLA, L.E.: "En torno...", pág. 113 y ss.; ALARCON, M.R.: "La ajenidad...", pág. 499 y ss.
- (32) GHERA, E.: "Il lavoro...", pág. 571.
- (33) Véase BAYON, G.: "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho Privado*, 1961, pág. 451 y ss.
- (34) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "La dependencia...", pág. 147 y ss.
- (35) ALONSO OLEA, M.: "En torno...", pág. 128.
- (36) STS de 2 de febrero de 1988; STCT de 5 de febrero de 1985 entre otras.
- (37) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "La dependencia...", pág. 157 y ss.
- (38) SANTONI, M.: *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*. Napoli, 1979, pág. 5.
- (39) Una referencia a estas operaciones jurisprudenciales de la calificación de la relación. CARINCI-LUCATOSI-TREU: *Il rapporto di lavoro subordinato*. Torino, 1985, pág. 22 y ss.
- (40) STS de 11 de enero de 1967.
- (41) CESSARI, A.: "Concezione...", pág. 110.
- (42) "Il Diritto...", pág. 57.
- (43) RIVERO, J.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Zaragoza, 1977, pág. 175.
- (44) Véase GARCIA BLASCO-RIVERO LAMAS: "Transporte de cosas...", pág. 21 y ss.
- (45) SALA FRANCO, T.: *Derecho del Trabajo...*, pág. 125.
- (46) *Democrazia Sociale e subordinazione. Poteri e specie factica nel sistema giuridico del lavoro*. Milano, 1985
- (47) *Il rapporto di lavoro*. Bologna, 1984.
- (48) *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*. Torino, 1985
- (49) "La questione della subordinazione in due trattazioni recenti" en *RIDL*, 1986, pág. 5
- (50) *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*. Milano, 1984.
- (51) "Il lavoro parasubordinato", en *Lavoro e diritto*, 1987 pág. 41 y ss.
- (52) "Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale", en *DLRI*, 1985, pág. 203 y ss.
- (53) "Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato", en *DLRI*, 1987, pág. 1 y ss.
- (54) "La subordinazione fra tradizione e nuove proposte", *DLRI*, nº 40, 1988, pág. 621 y ss.
- (55) "Método tipológico e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato" en *RIDL*, nº 2, 1990, pág. 182 y ss.

- (56) *Contributo allo studio della fattispecie de lavoro subordinato*. Milano. 1989.
- (57) “I mutamenti del Diritto del lavoro ed il problema della subordinazione”, en *Rivista critica del Diritto privato*, nº 1, 1988, pág. 195 y ss.
- (58) “Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici”, en *DLRI*, nº 47, 1990 pág. 529 y ss.
- (59) “La questione...”, pág. 6.
- (60) MENGONI, L.: *Diritto e valori*. Bologna. 1986, pág. 25.
- (62) RIVERO LAMAS, J.: *Op. cit.*, pág. XIII.
- (63) “Nuove tecnologie...”, pág. 6.
- (64) CARINCI, C.: “Rivoluzione...”, pág. 211.
- (65) “La questione...”, pág. 10.
- (66) Véase OJEDA, A.: “Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, 1988-I, pág. 148 y ss., quien distingue entre las categorías “in”, “between” (relaciones laborales especiales) y “out” (nuevas actividades).
- (67) GARCIA BLASCO-RIVERO LAMAS: “Transporte de cosas...”, pág. 46, solución que brinda una mayor seguridad jurídica que una interpretación jurisdiccional forzada, a partir de la cual se pueden defender los perfiles del contrato de trabajo.
- (68) *Op. cit.*, pág. XV.
- (69) “La subordinazione...”, pág. 638.
- (70) “Contratación temporal y nuevas formas de empleo”, en *Relaciones Laborales*, 1989-I, pág. 52.
- (71) RIVERO LAMAS, J.: *Op. cit.* pág. XV.
- (72) “Il Diritto del Lavoro...”, pág. 59.