

## Presentación

### ¿Nuevas «fronteras» o nuevas «fugas» del Derecho del Trabajo? Diferenciando lo verdadero de lo falso

1. Uno de los lugares comunes o tópicos jurídico-laborales más frecuentados, ya desde el origen mismo del Derecho del Trabajo, deviniendo clásica, es la cuestión de la delimitación o «deslinde de fronteras» de esta rama jurídica, ante la clara constatación de la extraordinaria movilidad de las mismas y de la convicción de la imposibilidad de fijarlas, de forma segura y estable una vez para siempre. Como nos enseñan los estudios más clásicos en la materia, la intensa innovación jurídico-social que supuso la invención del contrato de trabajo dependiente o subordinado jurídicamente, distanciándose del viejo «arrendamiento (civil) de servicios o de obra», así como de las aún más antiguas «relaciones de servidumbre», constituyó, al mismo tiempo, su mayor «répore», al frenar o restringir sus enormes potencialidades de expansión hacia el conjunto del «trabajo», esto es, la prestación personal de servicios sin adjetivos, en general, y hacia el «trabajo profesional», en particular. Es cierto, como recordara el maestro G. BAYÓN hace más de medio siglo (*Revista de Derecho Privado*, 1961), que formular un concepto es ya, en sí mismo, un modo de «comprender una realidad»; pero no menos verdad es que también supone su simplificación reduccionista, «encerrándola» en una zona de confort que, por ancha que pueda ser, siempre resulta limitada y, por tanto, insuficiente, insatisfactoria.

De ahí, la realidad socio-económica siempre tiende a rebelarse contra el concepto jurídicamente formalizado. Y esta rebeldía ha supuesto, en todo tiempo, ayer y hoy, y seguro que mañana, una continuada tensión entre dos fuerzas opuestas, como es característico, por otro lado, de la norma jurídico-social y su principio inherente de un equilibrio transaccional, siempre difícil e inestable. De un lado, los *procesos de expansión* –vis atractiva– de la norma laboral (presunción de laboralidad), que desbordan su «forma original» –la «espiritualización» célebre de la relación de dependencia, que en una versión más secular no supone sino la desnaturalización del concepto de trabajo dependiente como precio a pagar para seguir siendo comprensivo de una realidad compleja y cambiante (MONTROYA MELGAR)–. De otro, los procesos paralelos «huida del trabajo asalariado» («fuga de la subordinación jurídico-laboral»), al igual que la norma administrativa y la norma tributaria, tanto por los mayores costes derivados de sus garantías de protección, como por la pretendida rigidez de la organización de la actividad que conllevaría (M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, 1992).

2. El legislador socio-laboral ha venido siendo connivente, con diferente intensidad en cada tiempo histórico, con ambas «fuerzas o movimientos tectónicos», sobre los que se viene constru-

yendo, de-construyendo y reconstruyendo el Derecho del Trabajo. Este ve cómo, de una forma constante, se ve sacudido, al modo que la tierra con las placas tectónicas geológicas, por las interacciones de unos con otros a lo largo de sus «fronteras o límites». La consecuencia es la aparición de un continuo número de intensas deformaciones en buena parte, o en incluso en todas, de las «capas» o «estratos» que lo conforman –no solo su ámbito subjetivo, también las formas de empleo específicamente laborales, provocando procesos de diversificación normativa internos (formas de trabajo asalariado «atípico») que también dejan en evidencia fenómenos de «expansión-huida» de la regulación clásica–.

En estos procesos de formación-deformación conviven «*nuevas formaciones jurídico-laborales*» [ej.: creación de una nueva «capa» de empleo público docente universitario laboral, concurrente con el funcionarial, el PDI laboral ([Ley Orgánica 6/2001](#), de Universidades); inclusión como relación laboral especial de los abogados ([RD 1331/2006, de 17 de noviembre](#)), cuando habían venido siendo excluidos por una jurisprudencia tradicional que, sin embargo, también encontró razones para cambiar –[STS de 3 de mayo de 2005, RCU 2606/2004](#)–; el art. 21 de la [Ley 14/2011](#), de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, crea el contrato laboral formativo pre-doctoral, abandonando la previa forma de beca] con «*grandes fallas jurídico-laborales*», esto es, modificaciones legales específicas de las fronteras del Derecho del Trabajo para dejar fuera del ámbito de la norma laboral prestaciones personales de servicios que la jurisprudencia había incluido antes, en una línea de política del derecho favorable a la promoción del trabajo autónomo, por ser más flexible [ej.: leyes de los años 90 que dejaron extramuros del trabajo subordinado a transportistas, agentes de comercio «independientes» y mediadores de seguro ([art. 1.3 g del ET](#); [Ley 12/1992, de 27 de mayo](#), sobre Contrato de Agencia; [Ley 9/1992, de 30 de abril](#), derogada por la [Ley 26/2006, de 17 de julio](#), que mantiene la exclusión de los mediadores de seguro)]. Con harta frecuencia, ambos fenómenos –de expansión/falla o compresión– se dan, en el Derecho del Trabajo, *de forma asociada, difícil, sino imposible, de deslindar*, de modo que las típicas «zonas grises» (prestaciones de trabajo de arduo deslinde entre lo laboral y lo no laboral) devienen a menudo, con la complicidad reguladora, «zonas de evasión-elusión» laboral [ej.: en el ámbito del trabajo autónomo, los célebres «autónomos económicamente dependientes» –TRA(u)DE– y su régimen en los arts. 11 y ss. del [Estatuto del Trabajo Autónomo \(ETAU\)](#); en el trabajo formativo, el Estatuto del Personal Investigador en Formación ([RD 63/2006, de 27 de enero](#)), crea un «modelo 2+2» (2 años beca, 2 contrato), cuando en todo el periodo existe la misma necesidad de práctica profesional].

**3.** La generalización del fenómeno, ya estructural, de la «descentralización productiva», que apuesta por las técnicas de mercado externo (contratos civiles y mercantiles) para ordenar la actividad económica, de consumo, con el de la «complejidad de las estructuras organizativas», que favorecen la colectivización –aun difusa– de los procesos económicos, y el ejercicio de los «poderes de dirección», siquiera estratégica, en escenarios de revoluciones tecnológicas de nuevo cuño, determinarán la reactualización, e intensificación, de estos típicos conflictos de delimitación del campo aplicativo del Derecho del Trabajo. Suele decirse que, actualmente, este conflicto se caracterizaría prevalentemente por la ralentización, si no retroceso sin más, en su objetivo de conquista de las «zonas grises», favoreciendo, al contrario, los procesos de «fuga o huida» del trabajo jurí-

dicamente subordinado, aunque crezcan, paradójicamente, las situaciones de «dependencia económica» y de «vulnerabilidad» de múltiples colectivos –no solo sumatorias de individuos, pues evidencian un genuino «interés colectivo»– de prestadores de servicios (formación, trabajo por cuenta propia, voluntariado, «ayuda o colaboración familiar»). La multiplicación de las medidas de favor hacia el trabajo autónomo y el «emprendimiento», individual y colectivo (incluso societario; STSJ de Galicia, Contencioso-Administrativo, núm. 325/2015, de 21 de mayo) hasta crear una auténtica «burbuja de emprendimiento» (la Ley 31/2015 modifica expansivamente las anteriores, con inclusión del ETAU), la promoción de formas de «trabajo gratuito» por las empresas, utilizando a sus trabajadores, como el «voluntariado corporativo» (art. 21 Ley estatal 45/2015, de Voluntariado; art. 27 Ley gallega 10/2011), o el favor-fervor que muestran los Gobiernos por la inserción profesional de los jóvenes, en un contexto de gran desempleo, bajo formas de *prácticas no laborales* (becas de diferente guisa), no serían sino tres muestras muy ilustrativas de esta política de favor hacia trabajos no asalariados –otra cosa es que mantengan su carácter «dependiente», pero bajo otras formas, reales o ficticias–.

Ciertamente, esa línea de política del derecho favorable a la expansión de formas de trabajo no asalariado, en detrimento del asalariado, convive con una básica preocupación del legislador de mantener determinados estándares de tutela, con lo que reconoce que la misión protectora, aun devaluada respecto de la asalariada, es de inherencia a toda regulación de prestaciones personales de actividad económica. De ahí el constante proceso de reajuste del «Estatuto del Trabajo Autónomo» o la reconducción de las relaciones de trabajo becario hacia la Seguridad Social, amén de la integración de todos en las políticas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Como continuada sería también la preocupación porque tal política de favor no cree mayores facilidades de evasión-defraudación de la norma laboral, incorporando reglas de prevención del abuso, esto es, «de lo falso» –falsos autónomos», «falsos voluntarios», «falsos becarios»...–, a fin de diferenciarlo con más nitidez de lo «verdaderamente nuevo».

4. Pero ni la realidad socio-económica, extremadamente intrincada y cambiante, casi sin límites a la capacidad inventiva de quienes buscan maximizar beneficios –de diverso tipo–, ni las normas, cada vez más imprecisas, volubles y deficientes técnicamente, reducen la dificultad de esta labor, ni para el legislador, ni para el resto del sistema de fuentes, en especial para los intérpretes –judiciales, sobre todo–, así como para la negociación colectiva, que también tiene mucho que decir en esta tarea de deslinde entre «lo verdadero» –nuevo, a flexibilizar, sin que se ignore la protección– y «lo falso» –viejo, a garantizar y resistir–. De esta forma, la constante –e irresoluble– tensión entre las usuales «zonas de trabajo fraudulento», tradicionalmente esfera abonada a las prohibiciones y sanciones, de todo tipo, y las «zonas de regulación (más) flexible» lejos de desvanecerse se intensifica, oscureciéndose cada vez más. La presión intensa, aunque sea bajo fórmulas aparentemente suaves («*soft law*»), de las autoridades responsables de gobernanza económica –comunitaria y mundial– a los Estados para que, en este contexto de crisis económica y galopante desempleo, sobre todo de jóvenes y maduros, potencien formas alternativas al empleo asalariado para dinamizar la economía –libertad de iniciativa– y reducir el paro, contribuirá aún más a ensombrecer las tradicionales reglas de deslinde.

Sin poder detenernos, bastará para ilustrarlo con recordar que la figura del «TRA(u)DE» responde a esa voluntad comunitaria de potenciar este tipo de «regímenes intermedios» entre «lo laboral» y «lo autónomo». Y, por darle un toque comparado a esta cuestión, que se produce en todos los países de la Unión Europea, aunque las acciones legislativas adopten soluciones diversas, pero equivalentes en su finalidad última –(1) mayor flexibilidad reguladora del trabajo, para favorecer la creación de empleo, pero sin dejar de preocuparse tanto por (2) la prevención del abuso como de (3) establecer unos estándares mínimos de tutela, ante la constatación de un desequilibrio contractual, diferente, o no, al típico de la relación laboral, pero, en todo caso, relevante–, una observación análoga podría hacerse respecto de Italia, Francia e incluso Portugal. Las vicisitudes del «trabajo para-subordinado» en Italia, y sus secuelas de «trabajo continuado colaborativo coordinado» («co.co.co.») y «trabajo a proyecto», reflejo de la preocupación legal por evitar los procesos de nuevos abusos derivados de las regulaciones innovadoras anteriores, han llevado a una suerte de retorno a los orígenes, si bien la situación dista de aclarar, más bien se ha complicado tras el Decreto Legislativo 81/2015. Francia ha legalizado definitivamente una figura otrora prohibida por ser, como las relaciones triangulares, fuente de prácticas fraudulentas, como es el «*portage salarial*». Este consiste en una técnica de organización del empleo que permite a un profesional autónomo, por la vía de una empresa intermedia, realizar prestaciones de trabajo a clientes que él mismo selecciona, pero ahora convertido –es la magia de la Ley– en trabajador asalariado (Ordenanza 380/2015).

5. El legislador es el protagonista principal de esta tensión entre tendencias expansivas y de fuga o huida en las zonas de frontera –zonas grises–, sin duda. Pero no es el único. Como se conoce bien, están llamadas a tener un protagonismo significativo la «jurisprudencia» y la «doctrina judicial de suplicación», ante las dificultades extraordinarias de unificación de doctrina por ser uno de los campos más abonados para «el método del caso concreto», y por tanto para la primacía de la decisión de «justicia singular». Lo arraigado de esta materia hace que exista hoy una «consolidada doctrina jurisprudencial» respecto de los rasgos que definen el contrato de trabajo en el [artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores](#) (un buen resumen en la [STS de 23 noviembre de 2009, RCU 170/2009](#)). Pero, si nos elevamos por encima de ese dato formal, vemos cómo se siguen dictando decenas de sentencias en unificación de doctrina que casan doctrinas de suplicación que no se atienen a aquella –[STS de 20 de enero de 2015, RCU 587/2014](#), que casa y anula la [STSJ de Galicia, de 12 de noviembre de 2013, rec. núm. 2498/2013](#)–. Ciertamente, se dictan más autos de inadmisión que sentencias, de un signo u otro, en la medida en que la célebre «jurisprudencia de indicios» aquí dominante desde décadas hace que el centro de valoración se ponga en las circunstancias concretas del caso, de manera que no es fácil que se identifique una identidad suficiente para ello. Sin embargo, en unos casos y en otros, cabe apreciar que no solo hay circunstancias diferenciales, sino que los jueces tienen valoraciones muy diferentes de la política del derecho que ha de seguirse al respecto, por lo que la extraordinaria laxitud de los criterios específicos –dependencia y ajenidad–, permite que se puedan consolidar decisiones contrarias en una suplicación y en otra, sin que la unificación de doctrina pueda –y muy a menudo quiera– operar.

Buena prueba de ello es la interesantísima [STS de 25 de marzo de 2013, RCU 1564/2012](#), que cuenta con un voto particular todavía más sugerente. El caso es muy llamativo porque dos cónyuges recibieron respuestas opuestas por parte de la misma sala de suplicación, la gallega, pese a tener situaciones análogas –ambos conformaron una sociedad para prestar servicios al organismo público para el que venían trabajando antes como asalariados, instado por aquel–. Pero decía que más interesante es el voto particular, formulado por uno de los investigadores más prestigiosos en esta materia de deslinde de fronteras. Para él en la sentencia de contraste –[STSJ de Galicia, de fecha 24 de febrero de 2011, rec. núm. 5482/2007](#)–, las tareas contratadas por la demandante pueden ser objeto de un contrato de ejecución de obra desempeñado por un trabajador autónomo, que es lo que a fin de cuentas ha apreciado la sala de suplicación. Pero, al tiempo, la recurrida –[STSJ de Galicia, en fecha 16 de marzo de 2012, rec. núm. 2780/2008](#)– al calificar de laboral los servicios prestados por el marido también sería correcta, porque incluyen funciones típicamente laborales.

Todavía más conflictiva, por alcanzar la cima en laxitud y flexibilización de las notas de laboralidad, en especial de la dependencia laboral, fue la STS, [Sala 4.ª, de 19 de febrero de 2014, RCU 3205/2012](#), relativa a un conocido tertuliano de la Cadena Ser, cuya prestación de servicios estimó laboral. La sentencia cuenta con diversos votos particulares que dan idea del conflicto constante que genera esta materia, solo aparentemente «consolidada», pero más en la forma que en la realidad, ante la extraordinaria libertad valorativa con que cuentan los jueces. Al respecto, bien sabido es que no hay un concepto comunitario de trabajador único y, por lo tanto, se abre a una extraordinaria diversidad, máxime cuando es jurisprudencia comunitaria la que defiende un concepto especialmente laxo de trabajador subordinado (SSTJUE de [14 de octubre de 2010, asunto C-428/09](#), [26 de marzo de 2015, asunto C-316/13](#) y [9 de julio de 2015, C-229/14](#)) por lo tanto, también el reflejo de «trabajador autónomo», ahora incluso del «falso autónomo» ([STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13](#)).

Pero no solo en la fundamental, en el plano cuantitativo y cualitativo, «zona gris» entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado se suscitan los problemas. En la tensión entre trabajo –para la formación u ordinario– y formación para el trabajo (beca de prácticas) las dificultades se multiplican. De especial interés resulta, al respecto, la recientísima [STSJ de Galicia, Sala Social, 1982/2016, de 31 de marzo](#), que conoce un asunto en cuyo trasfondo se oculta, aunque no entre la suplicación en el mismo, un «uso masivo» de las becas para la conformación de un servicio de la universidad, produciéndose también «masivamente» su cese, si bien se rechaza la consideración como despido colectivo «encubierto» que se pedía.

Como especialmente compleja, y conflictiva, es la cuestión de otra «zona gris» creada, a fin de salir de una profunda aporía o contradicción creada en el sistema jurídico vigente, por la jurisprudencia al inventar la diferenciación entre «servicios de alterne» y «servicios sexuales» (prostitución). En este terreno, como también evidenciara la [STJCE de 20 de noviembre de 2001](#), que asumía la prostitución como prestación de servicios remunerada y autónoma, domina la mayor de las hipocresías, que la SJS n.º 10 de Barcelona, con fecha de 18 de febrero de 2015, Auto 835/13, quiso resolver por su cuenta y riesgo atribuyéndole carácter laboral.

Precisamente, en este escenario de intensificación de la complejidad y la inestabilidad, nos ha parecido especialmente oportuno dedicar un monográfico a analizar con detalle cuál es el actual estado de situación de la jurisprudencia y la doctrina judicial respecto de los tópicos más relevantes en esta materia de (difícil) deslinde entre las «zonas grises» y las «zonas de huida» del Derecho del Trabajo. En él se hallará una magnífica síntesis de cómo se ha producido la evolución en este tiempo de las principales tensiones.

Cristóbal Molina Navarrete  
Director