

EL REQUISITO DE LA INDEPENDENCIA DEL ABOGADO

[Comentario a la STJUE de 6 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-422/11 P y C-423/11 P, Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej]*

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

EL requisito de independencia del abogado exige que no exista ninguna relación laboral entre este y su cliente. Se vincula indubitadamente al hecho de que el abogado de que se trate no esté vinculado a su cliente mediante una relación laboral. El concepto de independencia del abogado se determina de manera no solo positiva, tomando como referencia la disciplina profesional, sino también de forma negativa, por la inexistencia de una relación laboral. La concepción de la función del abogado en el ordenamiento jurídico de la Unión, que emana de las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros, y en la que se basa el artículo 19 del Estatuto del Tribunal de Justicia, es la de un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de esta, la asistencia legal que el cliente necesita.

Palabras clave: abogados, independencia, relación laboral y cliente.

* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en RTSS (*Legislación y Jurisprudencia*). CEF, núm. 355 o en *Normacef Socio-Laboral* (NSJ044806).

THE REQUIREMENT OF INDEPENDENCE OF A LAWYER

[Comment to the Judgement of the ECJ dated 6 September 2012, in Joined Cases C-422/11 P and C-423/11 P, Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej]*

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

THE requirement of independence of a lawyer implies that there must be no employment relationship between the lawyer and his client. Is unequivocally linked to the fact that the lawyer in question must not be in a relationship of employment with his client. The concept of the independence of lawyers is determined not only positively, that is by reference to professional ethical obligations, but also negatively, that is to say, by the absence of an employment relationship. The conception of the lawyer's role in the legal order of the European Union, which is derived from the legal traditions common to the member States, and on which article 19 of the Statute of the Court of Justice is based, is that of collaborating in the administration of justice and of being required to provide, in full independence and in the overriding interests of that cause, such legal assistance as the client needs.

Keywords: lawyers, independence, employment relationship and client.

* See the full of this case in *RTSS (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 355 o in *Normacef Socio-Laboral* (NSJ044806).

Sumario

- I. Introducción.
- II. El régimen jurídico de la prestación del trabajo y su entronque con el derecho de propiedad.
- III. Ajenidad y prestación del trabajo.
- IV. Determinación y efectos del contrato de trabajo.
 1. Noción.
 2. Ajenidad sí, pero predominio de la «dependencia» para caracterizar la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena.
 3. Las consecuencias de la determinación de las posiciones relativas de empresario/empleador y trabajador.
- V. La dependencia del abogado y la ruptura del modelo laboral decimonónico, todavía vigente, en la prestación del trabajo, por exigencias de la *lex artis*, postulados éticos, y el imperio de la racionalidad. La prestación del trabajo en el tercer milenio.
 1. La «dependencia» del abogado que presta sus servicios como trabajador asalariado y por cuenta ajena (remisión).
 2. La ruptura del modelo laboral decimonónico. La prestación del trabajo en el tercer milenio.
- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Con contundencia afirma la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 6 de septiembre de 2012, recaída en los asuntos acumulados C-422/11 P y C-423/11 P, en trámite de recurso de casación, que «el requisito de independencia del abogado exige que no exista ninguna relación laboral entre este y su cliente»¹. Bien que el alcance de semejante afirmación sea relativo pues la propia sentencia la limita a la actuación en esa jurisdicción, esto es, ante el TJUE. Efectivamente, como precisa el TJUE en la sentencia objeto de comentario:

«Basta con recordar que los presentes recursos de casación no tienen por objeto la organización del ejercicio de la profesión de abogado en el territorio de un Estado miembro, sino la representación de las partes ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, tal como está prevista en el Estatuto del Tribunal de Justicia. La interpretación del concepto de abogado en el contexto del artículo 19 de dicho Estatuto no incide, por lo demás, en la representación de las partes ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, por lo que no puede vulnerar el principio de atribución de competencias ni el principio de subsidiariedad».

Efectivamente, advierte el TJUE en su sentencia que aquella afirmación («el requisito de independencia del abogado exige que no exista ninguna relación laboral entre este y su cliente»), trae causa directa en el artículo 19, párrafo cuarto, del Estatuto del Tribunal de Justicia, estableciendo una nítida separación respecto de los ordenamientos nacionales, lo que no empece a su afirmación de que «la función del abogado en el ordenamiento jurídico de la Unión emana de las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros».

La separación y distinción de la jurisdicción del TJUE, respecto de las jurisdicciones nacionales, la lleva a cabo aquel Tribunal de Justicia con base en diferenciar, para poder actuar en esa jurisdicción, dos requisitos que han de darse conjunta y simultáneamente:

- a) Un «requisito necesario».
- b) Un «requisito suficiente».

El primero de aquellos requisitos o «requisito necesario», lo infiere el TJUE del tenor del precitado artículo 19, párrafo cuarto del Estatuto del Tribunal de Justicia², según el cual «únicamente

¹ Afirmación contenida también en el Auto del TJUE, de 29 de septiembre de 2010, asuntos acumulados C-74/10 P y C-75/10.

² Protocolo núm. 3, «Sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», adoptado en aplicación del artículo 281 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y que se considera anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica.

un abogado que esté facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo podrá representar o asistir a una parte ante el Tribunal de Justicia».

Pero ese requisito si bien es «necesario» no es «bastante» para poder actuar en su jurisdicción, advierte el TJUE, precisando que «no puede interpretarse que (aquel «requisito necesario») sea (...) suficiente, es decir, que todo abogado facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda ejercer automáticamente ante los órganos jurisdiccionales de la Unión».

Según se indica en la sentencia objeto de comentario, al «requisito necesario» ha de adicionarse o añadirse el «requisito suficiente», o de la suficiencia, para poder actuar en la jurisdicción del TJUE, circunstancia que deriva de «una aplicación objetiva» del precitado artículo 19, párrafo cuarto del Estatuto del Tribunal de Justicia, «que es necesariamente independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales», y de que «la representación de partes no privilegiadas ante los órganos jurisdiccionales de la Unión debe ser interpretada, en la medida de lo posible, de manera autónoma, sin referencia al Derecho nacional».

Ese «requisito suficiente», de inexcusable cumplimiento para poder actuar en la jurisdicción del TJUE, es precisamente el de «independencia del abogado», del cual se deriva la exigencia de que «no exista ninguna relación laboral entre este y su cliente»³, porque, precisa la misma sentencia, el «concepto de independencia del abogado se determina de manera no solo positiva, tomando como referencia la disciplina profesional, sino también de forma negativa, por la inexistencia de una relación laboral».

³ La STJUE de 14 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 P, dictada en Gran Sala en trámite de recurso de casación, interpuesto por Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals Ltd., partes recurrentes, apoyadas por Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Irlanda, Reino de los Países Bajos, partes coadyuvantes, y en el que las otras partes en el procedimiento fueron la Comisión Europea, parte demandada en primera instancia, Conseil des barreaux européens, Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, European Company Lawyers Association, American Corporate Counsel Association (ACCA)-European Chapter, e International Bar Association, partes coadyuvantes en primera instancia, y en el que las partes recurrentes solicitaban la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2007, Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals Ltd./Comisión (T-125/03 y T-253/03), en la medida en que aquel Tribunal había desestimado la petición de protección de la confidencialidad de las comunicaciones con el asesor jurídico interno de Akzo, alude a «"abogados independientes", es decir, "no vinculados a su cliente mediante una relación laboral"», y, recogiendo las observaciones efectuadas en las conclusiones 60-70 de las presentadas por la Abogada General, Sra. Juliane KoKott, el 29 de abril de 2010, que «el concepto de independencia del abogado se determina de manera no solo positiva, tomando como referencia las obligaciones derivadas de la disciplina profesional –sino también negativa– haciendo hincapié en la inexistencia de una vinculación mediante una relación laboral. Un abogado interno, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio y, consiguientemente, sometido a la disciplina profesional, no tiene el mismo grado de independencia respecto a su empresario que los abogados de un bufete externo respecto a sus clientes. En esas circunstancias, el abogado interno no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo», y «que, cuando una empresa se dirige a su abogado interno, no trata con un tercero independiente, sino que con una persona que forma parte de su plantilla, sin perjuicio de los eventuales deberes profesionales que resulten de su colegiación»; A esta sentencia se refiere DÍVAR BLANCO, C.: «Fundamentos éticos de la Abogacía», en *Retos de la Abogacía ante la sociedad global*, «Las Lecciones Magistrales», capítulo VII, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012, pág. 164; También en la misma obra colectiva (*Retos de la Abogacía ante la sociedad global*), se refieren al secreto profesional de Abogado GRANDE SANZ, M., «El secreto profesional de los abogados de empresa» (capítulo 2, del título quinto, «El Secreto Profesional del Abogado»), págs. 555 y ss., y VÁZQUEZ COBOS, A., «Derechos y deberes del abogado: en especial el secreto profesional y los límites a la libertad de expresión», (capítulo 52, del título quinto, «El Secreto Profesional del Abogado»), págs. 599 y ss.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO⁴ Y SU ENTRONQUE CON EL DERECHO DE PROPIEDAD

La prestación de trabajo en la antigüedad, hasta donde alcanzan los registros históricos, se llevaba a efecto con base en relaciones de jerarquía, parentesco y vecindad, con una relativa división del trabajo. Las clases guerreras, en ocasiones, al imponer su dominio sobre el resto de la población exigían prestaciones de trabajo, lo que no impidió que se vislumbrasen incipientes formas de «servidumbre» e incluso de «trabajo asalariado». En esa antigüedad la prestación material del trabajo se llevaba a efecto, fundamentalmente, en régimen de esclavitud, ya sea en el campo o en la ciudad antigua, lo que no obstaba al inicio de formas de clientelismo.

Ciertamente son múltiples las circunstancias por las que un individuo podía ser o devenir a la condición de esclavo. La guerra aparecía como la primera y principal causa de esclavitud, en cuanto suponía dominar espacios y someter a otros grupos humanos. El nacimiento se constituía también como otra causa de esclavitud, el hijo del «esclavo» era «esclavo». En el trabajo en régimen de esclavitud, el «dueño del esclavo» hacía suyos los resultados del trabajo del esclavo, aun cuando no lo prestase voluntariamente, sino forzado⁵, circunstancia que aún subsiste, si bien excepcionalmente, en algunas partes del mundo⁶.

El paso del régimen de esclavitud al de servidumbre, en las subsiguientes etapas históricas, supuso la relajación del dominio sobre los seres humanos, a los que se va reconociendo, bien que con muchas limitaciones, restricciones y exclusiones, la condición de personas. Múltiples factores confluyen en la mitigación, reducción y progresiva desaparición del régimen de esclavitud, tanto religiosos (cristianismo), como filosóficos (estoicismo), y estrictamente jurídicos (*ius gentium*).

La liberación y compra por los esclavos de su propia libertad (manumisiones) se extendió, debido fundamentalmente a la implantación progresiva del cristianismo, haciendo de los esclavos hombres libres (plenamente libres, o sometidos a determinadas prestaciones pecuniarias o personales mediante el patro-

⁴ Vid. ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo* (6.ª ed.), Madrid: Civitas, 2002.

⁵ Se trataba de un trabajo forzoso, falto de cualquier viso de voluntariedad por parte del esclavo, que justificaba ARISTÓTELES (*Política*, libro I, «los de más baja índole son esclavos por naturaleza, y ello redundará en su beneficio (...) en verdad, no hay gran diferencia entre la utilización de los esclavos y la de los animales domesticados (...) es pues evidente que algunos hombres son por naturaleza libres y otros esclavos, y que para estos últimos la esclavitud es a la vez conveniente y justa»), y ello a pesar de que ya PLATÓN (en el *Menón*) advirtiera de que el esclavo joven poseía todas las intuiciones necesarias y se mostrase contrario a la esclavitud. La generalización de la prestación del trabajo en régimen de esclavitud no impidió que también se prestase trabajo libre o semilibre por cuenta ajena (jornaleros) en Grecia y Roma. La esclavitud aparecía referida fundamentalmente a la prestación del trabajo por extranjeros («bárbaros»), destacando ARISTÓTELES la superioridad racial de los helenos (por el contra de la igualdad proclamada por PLATÓN). En el desenvolvimiento de la actividad productiva, la prestación del trabajo en régimen de esclavitud ocupaba un lugar fundamental en los sistemas económicos de la Antigüedad, habiéndose destacado su carácter de no coste y su nula incidencia en la formación de los precios; Sobre el trabajo en régimen de esclavitud y sus características económicas, MOULIER-BOUTANG, Y.: *De las esclavitud al trabajo asalariado*, Madrid: Akal, 2006.

⁶ El artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales abominan de cualquier trabajo que no sea en libertad, y el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la existencia de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.

nato), circunstancia compatible con el mantenimiento e incluso aumento de los siervos en todo el Imperio romano. En los siglos II y III se produjo el paso decisivo del régimen de esclavitud al de servidumbre para los pequeños agricultores («siervos de la gleba»). El colonato devino clave en la vida y en la economía (agraria) romana. Se constituía en grandes latifundios, que se explotaban mediante la constitución de parcelas que eran atribuidas a diferentes individuos a los que no pertenecía el dominio, pero que ya no eran esclavos sino siervos adscritos a la tierra («solo la tierra es dueña del colono»).

La «*locatio conductio* romana supuso el prototipo de la organización del trabajo subordinado libre»⁷. El trabajo por cuenta ajena y libre en la época del Impero romano admitía «dos formas diferentes: a) prestándolo a quien lo solicite; b) trabajando con los medios propios pero por cuenta de otro. A estas dos fórmulas fundamentales de empleo se (correspondían), aproximadamente, las dos figuras jurídicas tradicionales, la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*»⁸.

Aquellas instituciones jurídicas eran muy próximas y de difícil distinción, mostrándose como variedades del contrato de arrendamiento, tratándose ya de prestaciones de trabajo libre y voluntario, con importantes diferencias entre quienes prestaban sus servicios a cambio de una «merces» con base en una *locatio conductio operarum (mercenarii)*, del trabajo de los artesanos, que actuaban mediante una *locatio conductio operis*, y de quienes desarrollaban las «artes liberales», que quedaban fuera de las *locatio conductio*⁹.

La desaparición del Impero romano supuso la falta de poder político global y tradicional, con la consiguiente inseguridad personal y patrimonial generalizada, incidiendo negativamente en aquellas prestaciones del trabajo libre y voluntario. Los invasores el Imperio implantaron nuevos y singulares poderes políticos con distinta estructuración social. Todos ellos fueron de escasa duración, produciéndose su desintegración y fragmentación en territorios más pequeños de muy diferente entidad socioeconómica.

El régimen feudal subsiguiente se caracterizó por la asunción de poderes políticos, públicos y económicos, con inmunidad, por el señor territorial, que disponía de la tierra como propietario pleno, propietario eminente, o detentador de derechos reales de disfrute. También impartía justicia («*fief et justice sont tout un*»), ejercía y dirigía la defensa militar, reclutaba hombres para la guerra y recaudaba rentas tributarias.

En el Medioevo se generalizó el trabajo servil o en régimen de servidumbre, no libre o forzo, minimizándose las situaciones de esclavitud, con la excepción, llamada a pervivir largo tiempo, de los «servidores» o «esclavos» domésticos. Se recondujo al régimen de servidumbre a campesinos e incluso pequeños propietarios antaño libres. Régimen servil que operó sin solución de continuidad con el colonato, y que se reprodujo perpetuándose junto con otras formas de protección, muy semejantes, de raigambre germánica, a causa de continuas guerras y otras conmociones.

⁷ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Madrid: Civitas, 1995, pág. 21.

⁸ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *op. cit.*, *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, pág. 43.

⁹ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *op. cit.*, *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, págs. 63-64.

Las adscripciones a la gleba confluyeron con el carácter hereditario de la condición de siervo, apareciendo ambas como las características más destacables de las múltiples y variadas situaciones de servidumbre, siendo corriente en la Península Ibérica el hombre de «behetría» que podía elegir y cambiar de señor, procurándose una excepcional estabilidad por la monarquía visigoda (prefeudalización goda) sin que llegara a implantarse un régimen feudal comparable con el vigente en el resto de Europa. La Reconquista y las repoblaciones conllevaron la aparición de un elevado número de trabajadores libres.

La ciudad medieval no significó continuidad con la ciudad antigua entre las cuales únicamente existía identidad urbanística. La ciudad medieval constituye un fenómeno «revolucionario», emergiendo como centro del tráfico económico y ámbito de producción especializada, que además consumía los excedentes de la producción agraria. La tierra circundante se explotaba básicamente para el sostenimiento de los «ciudadanos» o moradores de la ciudad.

No obstante lo que singularizó y dio capital importancia a la ciudad medieval, constituyéndola en un fenómeno singular y relevante, fue el devenir en un ámbito de libertad para sus moradores, y su aislamiento, con más o menos intensidad, del régimen feudal. Según el célebre dicho alemán, «el aire de la ciudad (hacía a los hombres) libres».

Mediante «fueros» y «consulados se instrumentó la independencia y autonomía de la ciudad medieval frente a los poderes feudales. El poder real proclamó y generalizó el autogobierno municipal, preservando las libertades de sus moradores. La residencia en la ciudad (durante un cierto tiempo y, en algunos casos, instantáneamente) conllevaba que el antes siervo fuera libre, lo que provocó un continuo flujo de personas del campo hacia las ciudades.

La «ciudad», sinónimo de civilización¹⁰, constituyó en centro mercantil y de producción industrial, que se contraponía a los modos y sistemas de producción agrícola. En la ciudad medieval se produjeron características manifestaciones de división del trabajo y de asociacionismo profesional y mercantil¹¹. El gremio se organizaba en unidades de producción, de las cuales era titular un «maestro» que reunía la doble condición de instructor, educador, preceptor y empresario, y en las que pres-

¹⁰ En la ciudad medieval los indigentes y los mendigos son socorridos, pero son «también utilizados como fuerza de trabajo, es decir, encerrados: una constante en la política de las ciudades y de los Estados a partir del siglo XVI será el tratar de encerrar a los indigentes en los talleres de las hospederías», indica BAREL, Y.: *La ciudad medieval. Sistema social-Sistema urbano*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1980, págs. 244-245.

¹¹ Precisamente en la aparición del régimen gremial fue determinante la prestación de trabajo por cuenta ajena, en libertad y en la ciudad. En ella se asociaban tanto los comerciantes como los artesanos. Lo que no impedía la existencia de trabajadores no asociados (especialmente en la construcción) así como la existencia de asociaciones no gremiales (oficio «libre» frente al agremiado o «jurado»), y de ciudades cerradas y libres (según se exigiese o no ser miembro del gremio para ejercer el «oficio»). Los gremios de artesanos se constituyeron «por oficios», posteriormente y en oposición (violenta) a las asociaciones de comerciantes reclamaron su participación en el gobierno municipal, y en la defensa de la ciudad, monopolizando al propio tiempo el ejercicio del «oficio», determinando la producción, fijando los precios y garantizando las calidades. Los gremios regularon y disciplinaron, mediante estatutos y ordenanzas, las relaciones de los agremiados entre sí y las condiciones de prestación del trabajo en el «oficio» (el «gremio» es el «oficio organizado»). Los gremios fueron también (y quizás inicialmente) asociaciones religiosas (de culto) y entidades mutualistas, que realizaban actividades benéficas, creando y sosteniendo hospicios y hospitales, obras pías y asistenciales (hermandades y cofradías) a favor de sus miembros pobres, enfermos, inválidos, sus viudas y huérfanos.

taban su trabajo, libre y voluntariamente, oficiales y aprendices, mediante contratos de arrendamiento y aprendizaje, de duración ordinariamente corta, incluso muy corta, diaria, a cambio de un salario en metálico y especie, lo que obstaba a que el «aprendiz», en ocasiones, pagase.

El grado de «maestro» era superior, en el gremio, al de «oficial», y este al de «aprendiz». Los aprendizajes eran necesarios para poder acceder al oficio, requiriendo ordinariamente de un largo periodo de tiempo. Alcanzar el grado de «maestro» inicialmente requería y suponía establecerse independientemente, constituyendo una nueva unidad productiva. Requería el trabajo durante largos periodos como «oficial» y superar, finalmente, un examen riguroso y otros requisitos que con el tiempo se fueron agravando (la «obra maestra», tasas extremadamente onerosas, y la necesidad de incidir en gastos y dispendios incluso fastuosos), llegándose a desnaturalizar el gremio cuando la unidad productiva o empresa se transmitía a la viuda, a los hijos u a otros parientes¹².

La imposición de regulaciones del trabajo por poderes ajenos al gremio (heteronomía normativa) se acentuó con la consolidación de las monarquías (así sucedió con las Ordenanzas de menestrales de Castilla y Aragón). La supresión del trabajo agremiado fue suprimido por el edicto «Turgot», de 6 de febrero de 1776, que «arranca de la necesidad de instaurar la libertad de trabajo, tanto desde la posición del trabajador que no tiene más propiedad que su trabajo (...), como desde la del empleador»¹³. El mercantilismo fue la etapa económica subsiguiente y supuso la ruptura con los postulados, tanto éticos como socioeconómicos, del Medioevo¹⁴. La Ilustración, el Iluminismo, y su consecuencia política, la Revolución francesa¹⁵, ocupan un lugar nuclear en la aparición de la liber-

¹² De la inicial relación cuasifamiliar del «maestro» con los «oficiales» y especialmente con los «aprendices», se pasó, a medida que aumentaba el tamaño de las unidades productivas, a relaciones de trabajo despersonalizadas, limitándose el «maestro» a dirigir y coordinar el trabajo, sin participar, como sucediera inicialmente, activamente en su ejecución. Las grandes pestes que asolaron Europa, diezmando las poblaciones, junto con la desaparición de la autonomía municipal, fueron determinantes en la decadencia del gremio.

¹³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada: Comares, 2011, pág. 16.

¹⁴ La manufactura e industria doméstica, la actitud de los mercaderes contraria a la competencia, que provocaron la intervención del Estado en la regulación monopolista de precios y productos, la imposición de aranceles y limitaciones a determinadas importaciones, y la tendencia a la acumulación de riqueza pecuniaria (oro y plata) caracterizaron a esta época, que es también la de los «mercaderes aventureros», las agrupaciones de mercaderes (Universidad de Mercaderes del Siena de 1664), las primeras sociedades mercantiles (Ordenanza de Roussillon, Ordenanza de Blois, el Còde Michaud, las Ordenanzas de Bilbao, etc.) y de las grandes «compañías» de indias (en 1555 la Compañía Moscovita, en 1600 la Compañía Británica de las Indias Orientales, en 1602 la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, en 1664 la Compañía Francesa de las Indias Orientales, etc.), antecedentes de las posteriores sociedades anónimas, y que permitieron la acumulación de grandes masas de capital mediante las aportaciones de la burguesía incipiente y la aristocracia terrateniente (incluso por expediciones), con riesgos limitados a la pérdida del capital aportado; Indica SÁNCHEZ CALERO, F.: *La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades*, Madrid: RAJL, 2001, pág. 57, que la «calificación de la sociedad anónima como la "gran máquina del siglo XIX", que utilizó la exposición de motivos del Decreto de 1868 (...), se reiteraría y la haría famosa Ripert 80 años después denominándola como "máquina jurídica", tras considerarla como un maravilloso instrumento creado "por el capitalismo moderno para recolectar el ahorro con el fin de la fundación y la explotación de las empresas". Expansión de la sociedad anónima que se ha visto confirmada posteriormente cuando, tras su desarrollo constante, se consolida como titular de la gran empresa, tanto cuando aparece de forma aislada, como cuando de manera más frecuente forma parte de un grupo de sociedades que potencia su presencia como motor de la actividad económica y asume su papel de "operadora" económica protagonista del mercado».

¹⁵ Sobre el periodo nuclear de la Revolución francesa, RAMÍREZ, P.J.: *El primer naufragio*, Madrid: La Esfera de los Libros, 2011.

ta de trabajo. Desde entonces «la idea de la libertad para contratar y para elegir el trabajo cristaliza en un instrumento jurídico, de evidente carácter formal, el contrato»¹⁶.

La «Revolución Industrial» es la expresión que se utilizaba generalmente para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que aconteció en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII¹⁷. Conllevó la aparición del proletariado industrial y urbano que se vinculó directamente a la aparición del *factory system*. La Revolución Industrial¹⁸ determinó que grandes masas de capital, antes utilizadas por los mercaderes, al menos en parte, para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal o que servían para la adquisición de la materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración, comenzaran a invertirse en la creación de grandes establecimientos de producción industrial («fábricas»), y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas de establecimiento de esas fábricas y factorías de grandes masas humanas, personas que, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasos intercambios, poco o prácticamente nada antes habían producido.

Las empresas fabriles o industriales se van a caracterizar por su gran dimensión, comparadas con las unidades de producción anteriores, así como por la introducción de la división del trabajo, debido a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo) que permitieron la escisión y separación del proceso productivo en operaciones diferentes conllevando la especialización del trabajador en cada una de las tareas y momentos que lo componían. Las manufacturas y las factorías se especializan y florecen. La aportación de las ingentes masas de capital necesario se consiguió mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas («formidable invento sin el que no hubiera sido posible el espectacular desarrollo económico del capitalismo»). La creación y destrucción de empleo fueron consecuencias asociadas, desde entonces, a un desarrollo económico espectacular que se funda en la capacidad creativa humana.

La desaparición del «gremio» produjo un vacío asistencial para «los miserables», pero siendo immanente al ideario de la ilustración la libertad de trabajo y el socorro a la indigencia¹⁹, el posterior desarrollo de sistemas de protección social y demás mecanismos de previsión social logró si no anular

¹⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 32.

¹⁷ En la Ceremonia de Apertura de los Juegos Olímpicos de Londres de 2012, se escenificó espléndidamente el reconocimiento a la «Revolución Industrial» y a sus protagonistas.

¹⁸ El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que parecen en un momento singularmente rico en invenciones (Watt, Arkwright, Kay y Hargreaves, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». SMITH, A.: *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, MARX, K.: *El Capital* y con ENGELS F.: *Manifiesto Comunista*, que surgen en aquel proceso, son los economistas más celebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de las ideologías (economicismo), el capitalismo y el socialismo/comunismo; sobre la Revolución Industrial y sus consecuencias GALBRAITH, J.K.: *Historia de la Economía* (5.ª ed.), Barcelona: Ariel, 1991, págs. 71 y ss.; «Ha de considerarse, no obstante, que la extensión del sistema de fábrica fue en Inglaterra (y en toda Europa) lenta y desigual y durante una parte no desdeñable del siglo XIX los obreros cualificados controlaban el proceso de trabajo. Tampoco ha de olvidarse el trabajo a domicilio donde el proceso productivo se desarrollaba bajo el control, del empresario, en la casa del trabajador. El empresario no solo adquiere la materia prima, y provee así a cada trabajador de sus instrumentos, sino que pone en el mercado el resultado del trabajo. La vida del trabajador a domicilio (frecuentemente una trabajadora) resultó tan terrible como la del obrero de las fábricas», dice ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 35.

¹⁹ Sobre el tema ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, págs. 40-45.

al menos mitigar poderosamente los inconvenientes más graves derivados de la destrucción del empleo. No obstante, en aquella época inicial de desarrollo de la Revolución Industrial, la desaparición de las formas tradicionales de trabajo y las migraciones a las ciudades por una parte, y la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico, por otra, van a generar la existencia de cantidades ingentes de trabajadores desocupados o «parados», sin medios de subsistencia, sin protección social (aún no se habían ideado mecanismos de previsión social de protección específica contra el desempleo), abocados a la miseria y la pobreza²⁰.

Las grandes masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y de Escocia acaban sometidas a jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc. y, en fin, a la brevedad de una sufrida existencia. Es la cara negativa del proceso de desarrollo económico extraordinario que se inicia con la Revolución Industrial. Aquellas masas trabajadoras se encuentran, además, en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, y en un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecían de la capacidad de reacción contra semejantes condiciones de trabajo y existencia. Consecuencias sociales que en España se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX, y que produjeron inmediatas reacciones tendentes a la mejora de la situación de la clase obrera²¹.

La valoración positiva del trabajo junto con la declaración de la libertad de industria constituyeron los rasgos más destacables de la ideología liberal, que parte de la proclamación de los principios de libertad e igualdad; «los hombres nacen y viven iguales en derechos», afirma el artículo primero de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» se indica en el preámbulo de la Constitución francesa de 1791. La vigencia del *laissez faire, laissez passer*, como norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social en cuanto limitadora de la libertad de contratación, es rígidamente mantenida durante la etapa inicial de la Revolución Industrial²². «Sin exageración puede sostenerse que el último tercio del siglo XVIII muestra el momento histórico en el que la libertad es el fundamento, la esencia misma, de la prestación del trabajo. Todo trabajo habrá de prestarse mediante el consentimiento. El siguiente paso será concretar en qué tipos contractuales se plasma el consentimiento para realizar trabajos para otro²³.»

²⁰ Una perspectiva general e ilustrativa sobre «las desastrosas condiciones de trabajo y su repercusión en la población obrera», durante la Revolución Industrial, puede verse en GONZÁLEZ SÁNCHEZ: *Seguridad e Higiene en el Trabajo. Formación histórica y fundamentos*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1997, págs. 47-60.

²¹ Así en obra de Sismondi J.-Ch. L., que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, y en la mitigación de los daños infringidos mediante realizaciones filantrópicas como el complejo fabril y residencial de New Lanark fundado por Dale D., siendo también de destacarse el socialismo utópico de Sint-Simon C.H., Fourier Ch., Owen R., el socialismo de transición de Blanc L., Proudhon P., Lassalle F. y Fuerbach L. y el «cartismo» ingles.

²² «Proclamada la libertad de trabajo, y rotos los frenos que la antigua ordenación implicaba, el trabajador tuvo que enfrentarse con el patrono, económicamente mucho más poderoso; el trabajo humano se convirtió en mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda; La competencia industrial indujo a la reducción de costos; y la sed de ganancias no se detuvo en escrúpulos morales: Mujeres y niños fueron objeto de explotación; jornadas agotadoras extenuaron al trabajador, salarios de hambre empobrecieron la raza; pago en especie, dureza de trato, despidos arbitrarios completaron el cuadro. La libertad había dado paso a una nueva tiranía. Se había creído que podía existir verdadera libertad en un pacto concertado entre potencias terriblemente desiguales», afirma PÉREZ SERRANO, N., «Tratado de Derecho Político» (2.ª ed.), Madrid: Civitas, 1984, pág. 646.

²³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 52.

Ese contrato va a ser el de «arrendamientos de trabajo», especialidad en una amalgamada concepción general de arrendamiento de servicios²⁴. No obstante, la vigencia de aquel principio *laissez faire, laissez passer* va progresivamente desapareciendo, dando paso a una intensa actividad legiferante²⁵, administrativa y prestacional de los Estados²⁶. Se imponen limitaciones al imperio de la libre voluntad del capitalista-empresario, hasta ese momento absoluta, en las relaciones jurídicas derivadas de la prestación del trabajo, bajo la regulación, contenida en los Códigos Civiles, referente al arrendamiento de servicios. En España la Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo constituye un hito tanto de la legislación laboral²⁷ como en la previsión social, así como su reglamento aprobado por Real Decreto de 28 de julio del mismo año y la Real Orden de 2 de agosto (sobre los mecanismos preventivos de accidentes de trabajo)²⁸.

La Ley de 21 de noviembre de 1931, del Contrato de Trabajo, ya constituye una regulación sistemática y general de la prestación del trabajo por cuenta ajena, siendo la primera norma básica

²⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 68; precisa que «la regulación del trabajo asalariado quedo inserta en el seno de los arrendamientos del Código Civil de 1804 y de ahí no se moverá hasta casi 100 años después. Las pocas normas sobre el arrendamiento de servicios (y la construcción de conceptos generales sobre obligaciones y contratos) son suficientes para regular el trabajo a partir de un contrato que respete la libertad de trabajo y al que las partes doten del contenido que a su interés convenga. No hay "olvido" por el Código Civil del proletariado emergente. Durante muchos años ni hubo olvido ni existió voluntad de cambio. El arrendamiento de servicios –y el de obra– reunía los caracteres necesarios para sostener que prestar trabajo es una decisión libre cuyo contenido –el contenido de la obligación de trabajar– se pacta. El arrendamiento de servicios fue la fórmula jurídica encontrada para dar soporte a formas terribles de explotación de hombres, mujeres y niños».

²⁵ «Con toda seguridad, estas dispersas medidas de "legislación industrial", que los juristas de la época consideraban indignas de figurar en los Códigos Civiles, hubieran sido absorbidas íntegramente por el Derecho administrativo si la relación contractual de trabajo hubiese continuado dentro de los confines normativos del Código Civil», indica MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Madrid: Civitas, 1997, pág. 31.

²⁶ En Inglaterra se aprueba en 1802 la Health and Morals of Apprentices Act, relativa a la preservación de la salud y la moralidad de los aprendices en las fábricas que manipulaban algodón y de lana, en 1833 la Althorp Act, mediante la que se crea la Inspección de trabajo, en 1867, la Master and Servant Act, en 1875 la Employers and Workmen Act, en 1878 la Factory and Workshop Act, etc.; en Francia se aprueba el 22 de marzo de 1841 la Ley sobre el trabajo de los niños en las manufacturas, en 1848 se elabora, bajo la influencia de los acontecimientos revolucionarios una ambiciosa legislación protectora (fundada sobre el establecimiento de la libertad de asociación y del derecho al trabajo) que casi no tuvo vigencia, y tras regularse el trabajo de los niños y las mujeres y crearse la Inspección de trabajo en 1874, la Ley de 21 de marzo de 1884 reconoce la libertad de asociación profesional, constituyendo el punto de arranque, generalmente reconocido, de una importante legislación social; en Alemania la legislación social de Bismarck se elabora a partir de 1880, siendo de destacarse la creación del sistema de seguros sociales (en 1883 el seguro de enfermedad, en 1884 el seguro de accidentes, en 1889 el seguro de vejez e invalidez, etc.). Pero, al propio tiempo, se produce la represión del asociacionismo obrero (Ley Chapelier de 1791, y Combinations Acts de 1799 y 1800).

²⁷ DE LA VILLA., L.E.: «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid: CEF, 2006, págs. 103 y ss.

²⁸ Son manifestación de la actividad legiferante e intervencionista del Estado la Ley de 13 de marzo de 1900 que fija las condiciones de trabajo de mujeres y niños, el Real Decreto de 20 de junio de 1902 (condiciones de los contratos de los obreros con los concesionarios de obras públicas). Las Leyes de 3 de marzo de 1904 (descanso dominical), y 12 de julio de 1906 (de modificación de los artículos 1.449 y 1.451 de la LEC, de 1881, y que limita la cuantía de los embargos de jornales y salarios), el Real Decreto de 18 de enero de 1907 (prohibiendo a los patronos y jefes establecer tiendas y cantinas en las explotaciones), la Ley de 19 de mayo de 1908 (Tribunales Industriales), la Ley de 27 de abril de 1909 (que deroga el artículo 556 del CP, de 1870, permitiendo coligaciones y huelgas), la Ley de 12 de agosto de 1912 (de protección de la infancia), la Ley de 21 de diciembre de 1907 (migraciones), las Leyes de 27 de febrero (ley de la silla), 11 de julio de 1912 y 4 de julio de 1918 (sobre jornada en establecimientos mercantiles), los Reales Decretos de 11 de marzo (retiro obrero), 15 de marzo (jornada máxima) y 20 de noviembre de 1919 (seguros sociales).

nacional del Derecho común o general del trabajo por cuenta ajena, regulación a la que suceden la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Libro I aprobado el 26 de enero y Libro II aprobado el 31 de marzo de 1944); la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976; el Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo; y el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo (TRET), norma vigente que ha sido objeto de sucesivas reformas, las más importantes llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, primero, y por la Ley 3/2012, de 6 de julio, inmediatamente después. Sucesión de normas que no impidió la ocasional subsistencia de las anteriores, con valor reglamentario, ante la falta de previsiones normativas en la nueva regulación.

Se afirma que «es grave la confusión entre regulación jurídica específica del hecho social del trabajo y la aparición histórica de una legislación específica, bautizada como legislación obrera, legislación obrera que no se concibe al margen de la sociedad de clases (...). El derecho del trabajo es así un derecho clasista, (...). El derecho del trabajo evoluciona con la realidad social que delimita y es, en tal sentido, una forma social, y en cuanto tal, una entidad histórica. Estudiar el derecho del trabajo fuera del contexto histórico es aceptar de antemano la conclusión errada»²⁹. Ese contexto es el capitalismo más tarde evolucionado al sistema de economía social de mercado³⁰. En ellos la institución de la propiedad ocupa un lugar central y a la que se vinculan los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y relación laboral consiguiente. Por eso, «en el fondo de todo contrato de trabajo en el derecho del trabajo existe, por definición, una dualidad de posiciones: la posición del trabajo y la posición del capital»³¹.

Ciertamente si la regulación jurídica de la prestación del trabajo cuenta «con una historia milenaria que arranca, cuando menos en nuestra cultura, de la *locatio operarum* romana»³², su regulación actual enlaza con la contenida en el Código de Comercio³³ sobre factores, dependientes y mancebos, y con el arrendamiento de servicios del Código Civil. Las regulaciones posteriores de la prestación

²⁹ DE LA VILLA, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid: CEF, 2006, pág. 264.

³⁰ Indica GALBRAITH, J.K.: *La economía del fraude inocente - La verdad de nuestro tiempo*, Barcelona: Crítica, 2004, pág. 14, «cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre resultó satisfactorio pero carecía de significado», y más adelante, sobre el sistema de economía de mercado, en págs. 18-19, dice lo siguiente, «no hay duda alguna sobre qué fue lo que motivó el cambio. El capitalismo surgió en Europa en la época mercantil con la manufactura, compra, venta y transporte de bienes y prestación de servicios. Después aparecieron los industriales, dotados del poder y prestigio otorgados por la propiedad directa o indirecta, y los trabajadores, víctimas de su indudable debilidad negociadora. La opresión fue el resultado de la ausencia de alternativas al trabajo duro y con frecuencia penoso (...). En Europa la palabra "capitalismo" afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores (...). En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas (...). A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general, que se sentían en gran medida afectado por él (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a "sistema de mercado", una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; De hecho una expresión que carecía por completo de historia», afirmando, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado (...) carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente».

³¹ MONTOTOY MELGAR, A.: *op. cit.: Derecho y Trabajo*, pág. 41.

³² ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *ARAJL*, núm. 21, 1989, pág. 399.

³³ Un «Código de tienda y almacén» (...) en el que los dependientes viven en la misma casa que el principal (de ahí que sea causa de despido no solo la falta grave de respeto a este, sino a las personas de su familia o dependencia; art. 303.3.ª), indica ROJO, A.: «El Código Mercantil», *Otrosí*, núm. 12, octubre-diciembre 2012, pág. 18.

del trabajo asalariado por cuenta ajena presuponen y mantienen como presupuesto fáctico a regular la misma hipótesis prestacional de trabajo que la del llevado a cabo en las manufacturas, ya en tiempos del capitalismo comercial³⁴, de tal manera que esas regulaciones no se separan del paradigma histórico capitalista³⁵.

Esto es, se puede seguir manteniendo, dada su regulación jurídico-positiva, que «el contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de la consagración jurídica de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciéndolo a este titular de la utilidad patrimonial y de la disposición del trabajo»³⁶, pero también es cierto que la modera, sirviendo al desarrollo social mediante la «limitación de la subordinación o dependencia del trabajo»³⁷ y el incremento de la responsabilidad del empresario³⁸.

La última manifestación de la prestación del trabajo, tendencialmente liquidadora o superadora del contrato de trabajo y la relación laboral, es la del trabajador autónomo dependiente. «Esta categoría de trabajadores carece de contrato de trabajo. No depende de la legislación laboral, dado que ocupa una «zona gris» entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. Aunque son oficialmente «trabajadores por cuenta propia», estos trabajadores dependen económicamente de un solo empresario o cliente/empleador para la obtención de sus ingresos»³⁹. Se trata de una «curiosa figura (...) a medio camino entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena, aunque más próxima a este que a aquel»⁴⁰.

³⁴ SOTELO, I.: *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, 2010, págs. 342, 346 y 350.

³⁵ «En el Derecho del Trabajo, como en cualquier otra forma social, hay partes que no pueden alterarse sin trastocar sustancialmente su naturaleza, y otras que permiten una mutación cuando las circunstancias lo aconsejan. Hay que considerar partes e instituciones inmodificables todas aquellas que pudieran significar, alteradas que fueran, la ruptura del equilibrio de intereses que el Derecho del Trabajo ha asegurado históricamente», dice DE LA VILLA, L.E.: «Función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid: CEF, 2006, pág. 385.

³⁶ MONTOTOY MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 41.

³⁷ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, «Las raíces del contrato de trabajo», pág. 415.

³⁸ Para una visión económica del trabajo y su problemática teórica y práctica desde el siglo XVII hasta la actualidad, GALLEGU, E.: *Historia breve del mercado de trabajo*, Madrid: Ecobook, 2009.

³⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, *Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente*, punto 3.2.4, pág. 47, que además en su punto 4.1.3, pág. 19, indica lo siguiente: «La observación de los ordenamientos jurídicos nacionales que han admitido la existencia de una nueva categoría jurídica, lleva a realizar una serie de constataciones. En primer lugar, en todos los casos, se trata ciertamente de establecer una categoría nueva, distinta tanto de la del asalariado como de la del trabajador autónomo y, a fortiori, del verdadero empresario. El fin perseguido en estos distintos países no es hacer de los asalariados unos trabajadores autónomos pero económicamente dependientes, sino conferirles un régimen jurídico específico, lo que implica una protección particular, que se justifica por la existencia de dependencia económica. Es por esta razón por lo que, en los distintos casos que se evocan, la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente excluye la existencia de una relación de subordinación jurídica. Esto último resulta, en efecto, un elemento clave de la definición jurídica del asalariado en la gran mayoría de los países de la Unión Europea. Será asalariado el que trabaje bajo la dirección y el control de otra persona, calificada como empleador, situación que es en sí misma detectable por una serie de indicios: el hecho de trabajar para una sola persona durante un periodo determinado; la ausencia de responsabilidad del asalariado por lo que se refiere a los riesgos financieros de la empresa, el trabajo efectuado en beneficio de otra persona, etc. Según este criterio, si bien todo asalariado es económicamente dependiente, en cambio no todo trabajador autónomo económicamente dependiente es necesariamente asalariado».

⁴⁰ MONTOTOY MELGAR, A.: «El trabajo por cuenta ajena y la predicciones marxistas sobre su abolición (apuntes para un estudio)», *ARAJL*, 2011, pág. 276; Sobre el «trabajador autónomo dependiente» MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ

III. AJENIDAD Y PRESTACIÓN DEL TRABAJO

La «autonomía» y la «organización» se predicen de la actividad de empresa. Constituyen notas características de la misma. Por la primera, la «autonomía», se justifica la «imputación jurídica» o atribución legal de los resultados, favorables y adversos, surgidos fácticamente, de hecho, de un conjunto ordenado de personas y bienes materiales e inmateriales, la empresa, a quien es titular de la misma, bajo la presunción de que es él quien lleva a cabo esa actividad que genera los resultados o «frutos», diferenciando al empresario de sus colaboradores, en general, entre ellos los trabajadores.

La «organización» indica que la actividad de empresa es una actividad ordenada u organizada racionalmente, lo que conlleva «economicidad», esto es, existencia de una estructura orgánica «en orden», que procura la despersonalización de la actividad de empresa. La «ajenidad» se opone y es contraria a la «autonomía», siendo elemento característico, para la existencia de la organización, en su doble vertiente de actividad organizada, y que se presupone para el desenvolvimiento de la organización como entidad objetiva. Por ello, si la referencia a la ajenidad en los frutos constituye su sentido «puro y originario»⁴¹, es preciso aludir a otras perspectivas de la «ajenidad»⁴², esto es, a la ajenidad en la disposición sobre el trabajo⁴³, y a la ajenidad en los riesgos⁴⁴.

Los resultados o frutos del trabajo (esfuerzo material, físico y psíquico) de cada persona, en principio y por un criterio general de continuidad de la personalidad, debieran pertenecer a quien realiza el esfuerzo encaminado a su obtención, ingresando en su patrimonio, porque le son «propios». Considerando que «la expresión "fruto" debe ser entendida en el amplio sentido de abarcar toda resultante del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o lo tenga asociado al resultado del trabajo de otros hombres, consista en un bien o consista en un servicio»⁴⁵.

AVILÉS, J.A.: *El Estatuto del Trabajador Autónomo*, Granada: Comares, 2009; El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, *op. cit.* (*Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente*), advierte, en su punto 5.1.3, pág. 49, lo siguiente: «puesto que el trabajo autónomo económicamente dependiente está reconocido, es posible también temer que la relación mercantil entre un cliente y un trabajador autónomo económicamente dependiente se prolongue en el tiempo de forma tal que, en la práctica, el trabajador autónomo económicamente dependiente acabe por ocupar un empleo permanente por cuenta de su cliente. Si bien la relación mercantil puede ser verdaderamente real al principio, su prosecución durante un periodo más o menos largo debe llevar a imaginar condiciones y medios que permitan al trabajador autónomo económicamente dependiente acceder al régimen de asalariado de su antiguo cliente, convertido ahora en su empleador».

⁴¹ ALONSO OLEA, M: *En torno al concepto de contrato de trabajo*, Madrid: ADC (separata), 1986, pág. 118.

⁴² MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 27, que considera, págs. 24-27, la ajenidad en la prestación del trabajo como «trabajar sin disponer ni ordenar el trabajo propio. En realidad, tal versión de la ajenidad no es más que un engañoso caballo de Troya dentro del que viaja la noción de dependencia». La ajenidad en los riesgos «ha sido objeto de dos elaboraciones o acepciones: una acepción más económica que jurídica, según la cual (...) es la ajenidad del trabajador frente a los riesgos de la empresa, y una acepción más depurada desde el punto de vista jurídico, según la cual el trabajador es ajeno a los riesgos de pérdida del salario cuando el trabajo resulte de imposible ejecución. Ninguna de ambas construcciones resulta satisfactoria (...). La ajenidad en los riesgos no es sino una consecuencia económica de la verdadera ajenidad jurídica»; Del mismo autor, *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 2011, págs. 37-39, en donde reproduce sustancialmente aquellas apreciaciones.

⁴³ MONTOYA MELGAR A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, págs. 24-25; Del mismo autor, *op. cit.*, *Derecho del Trabajo*, pág. 39.

⁴⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 25; Del mismo autor, *op. cit.*, *Derecho del Trabajo*, págs. 37-39.

⁴⁵ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, *Introducción al Derecho del Trabajo*, pág. 51.

No obstante, como una sociedad sin intercambio no es concebible, pues no hay socialidad, el desarrollo progresivo de la racionalidad del mercado llevó a determinadas consecuencias. Incluso «en el caso de las sociedades preindustriales, es necesario reconquistar la perspectiva general y global del intercambio relacionado con la transacción de trabajo: junto al trabajo vendido se dará el trabajo prestado, bajo la forma de *corvée*, a los señores y a las comunidades; el trabajo prestado de acuerdo a esquemas de reciprocidad inmediata o diferida, equilibrada o no»⁴⁶.

En las sociedades industriales la atribución de los frutos del trabajo, que caracteriza al trabajo asalariado por cuenta ajena, constituye «una atribución inicial que (opera) sobre los frutos en el momento mismo en que se produzcan. La atribución ocurre, en el trabajo por cuenta ajena, en virtud de una singular relación social entre trabajador y adquirente de los frutos que preexiste a la ejecución del trabajo y que se estructura jurídicamente de modos –varios y diversos– muy peculiares»⁴⁷. El resultado, a la postre, ha sido que las utilidades o frutos del trabajo se pueden atribuir, directa e inmediatamente, a una persona o entidad distinta de la que ejecuta el trabajo. En el mercado actual el rendimiento del trabajo ordinariamente se atribuye a una entidad ideal (persona jurídica).

Esto es, «cuando el resultado del trabajo se concreta en un fruto o producto susceptible de apropiación, la propiedad sobre los mismos es adquirida por el beneficiario del trabajo. Cuando el resultado del trabajo es un servicio inmaterial no apropiable o una aportación del mismo carácter a una organización, la ajenidad se manifiesta en que la ejecución del trabajo se organiza y lleva a cabo de manera que satisfaga las necesidades o conveniencias no del que trabaja, sino de la persona o entidad a favor de la cual se prestan los servicios»⁴⁸. De ahí que «el trabajo por cuenta ajena (sea) prestado normalmente en régimen de dependencia, ya que quien va a adquirir los frutos o resultados del trabajo procurará por uno u otro mecanismo jurídico influir en la ejecución para que sean los apetecidos»⁴⁹.

El criterio «que separa el trabajo por cuenta propia del trabajo por cuenta ajena; descansa (...) sobre la circunstancia de que los frutos se atribuyan a quien ha ejecutado el trabajo o a persona distinta. En este momento es indiferente, respecto al trabajo por cuenta ajena, que una porción de los frutos vuelva o deje de volver, tras la atribución inicial a otro, de nuevo a quien ha ejecutado el trabajo. Lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la atribución originaria, en que los frutos desde el momento mismo de la producción pertenecen a otra persona nunca al trabajador»⁵⁰.

⁴⁶ GRENDI, E.: *Formas de mercado: El análisis histórico*, Barcelona, 1992, pág. 24-25.

⁴⁷ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, *Introducción al Derecho del Trabajo*, pág. 51.

⁴⁸ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 1997, pág. 40.

⁴⁹ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA J., *op. cit.*: *Derecho del Trabajo*, pág. 43, que añaden: «La misma correlación, aunque sea por razones inversas, se puede apreciar en el trabajo por cuenta propia y trabajo autónomo. Pero el factor de la atribución de los frutos o resultados del trabajo no es lo único que determina a la autonomía o dependencia en la realización del mismo. También influye en ello el carácter individual o colectivo del trabajo, y las exigencias técnicas y deontológicas de ciertas profesiones (...). La quiebra de la correlación entre trabajo por cuenta ajena y trabajo dependiente responde también en ocasiones a las exigencias técnicas y deontológicas de ciertas profesiones, lo que puede determinar bien la atenuación o relajación de la dependencia, o bien la reducción de la misma a las circunstancias del acto de trabajo (pero no a su contenido) o bien su desaparición pura y simple. En este último supuesto nos encontramos ante un trabajo por cuenta ajena realizado en régimen de autonomía».

⁵⁰ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, *Introducción al Derecho del Trabajo*, pág. 50.

Llegados a este punto es preciso reparar en que el trabajo por cuenta ajena constituye la realidad sociológica y económica subyacente de una específica rama del Derecho, el Derecho del Trabajo, que toma como realidad operativa de la realidad social, «frente a la (...) "naturalidad" de la auto-atribución, la atribución inicial y directamente de los frutos a persona distinta de la que ejecuta el trabajo»⁵¹: Circunstancia que no significa que el trabajo por cuenta ajena, en cuanto que «realidad social diferenciada», no sea tomado en consideración también en otras ramas del Derecho, y que no existan puntos de confluencia o compartidos entre esas otras ramas del Derecho y el Derecho del Trabajo cuando se da prestación material de trabajo⁵².

Efectivamente, «el título o fundamento jurídico de la ajenidad ha variado mucho a lo largo del tiempo»⁵³. En otros contratos distintos del de trabajo existe la cesión anticipada de las utilidades derivadas del trabajo, citándose a título de ejemplo por la doctrina el arrendamiento de servicios e incluso el arrendamiento de obra⁵⁴; «la regulación llamémosla vieja o antigua del contrato de trabajo es muy anterior al Código Civil, con una historia milenaria que arranca, cuando menos en nuestra cultura, de la *locatio operarum romana*»⁵⁵.

Ya en el Código Civil «lo que hoy llamamos contrato de trabajo, y en él se llama arrendamiento de servicios, aparece perfectamente individualizado y separado del arrendamiento de cosas y del arrendamiento de obras»⁵⁶. No puede olvidarse que «el Derecho del Trabajo ha tomado a su vez la noción de actividad "por cuenta ajena" de la legislación mercantil que se anticipó al regular prestaciones de servicios que luego habían de regirse por normas laborales; el mismo proceso que ocurrió con relación a los arrendamientos de servicios de "trabajadores asalariados", regulados en los artículos 1.586 y 1.587 del Código Civil. En el Código de Comercio de 1829 se diseña expresamente como "por cuenta ajena" la actuación de factores y mancebos, dictándose reglas precursoras de la ulterior legislación laboral»⁵⁷.

⁵¹ ALONSO OLEA M.: *op. cit.*, *Introducción al Derecho del Trabajo*, pág. 50.

⁵² Me remito a mi trabajo «El Administrador social que trabaja para una sociedad anónima en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios», en *Derecho de Sociedades-Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, capítulo 52, Madrid: McGraw-Hill, 2002, págs. 1.541-1.602.

⁵³ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *op. cit.*, *Derecho del Trabajo*, pág. 41.

⁵⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 27.

⁵⁵ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, «Las raíces del contrato de trabajo», pág. 399.

⁵⁶ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, «Las raíces del contrato de trabajo», pág. 401, con antecedentes en los proyectos de Código Civil de 1821 y 1851. Señalando, págs. 400-401, que «arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan en efecto de una misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en la ejecución de los servicios. Las diferencias básicamente afectan a los riesgos de ejecución, que son del arrendatario adquirente en el contrato de servicios y del arrendador ejecutante en el contrato de obra. Lo que de paso quiere decir que no se deben de buscar aquellas, las diferencias, en los modos de retribuir; los destajos o pagos por unidad de obra ejecutada son de antiguo y de sobra conocidos como modalidades de remuneración propias del contrato de trabajo o de servicios (...) el que ambos contratos –de prestación de servicios y de ejecución de obra– se consideren como especies de arrendamiento (...) obedece a una vieja tradición, que enlaza con los orígenes probables de ambos arrendamientos, especialmente el de servicios, en la transición desde la cesión remunerada por su dueño del esclavo y de su trabajo a otro, a la cesión también a otro de los servicios del liberto y hombre libre de sus propios servicios».

⁵⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *El trabajo por cuenta ajena y la predicciones marxistas sobre su abolición* (apuntes para un estudio), pág. 276, que añade: «de los distintos proyectos de Ley de Contrato de Trabajo que se suceden en el primer cuarto de siglo XX, el de Burgos y Mazo (1919) se centra en el «trabajo retribuido por cuenta ajena» para proceder a su

IV. DETERMINACIÓN Y EFECTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Hay contrato de trabajo «allí donde hay una prestación de servicios que se realiza en forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito organizativo y de dirección (art. 1.1 ET), que se presume existente siempre que se demuestre que se presta servicios a otro a cambio de una remuneración, por cuenta de este y bajo su dependencia (art. 8.1 ET). Contrato de trabajo para cuya existencia no se requiere forma escrita, pero que cualquiera de las partes puede exigir que se documente como tal (art. 8.4 ET)»⁵⁸.

1. Noción

El contrato de trabajo constituye un «negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (*intuitu personae*) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una retribución»⁵⁹. La norma laboral fundamental, el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, se aplica «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», con lo que «si bien no define directamente el contrato de trabajo, nos proporciona las claves para ello»⁶⁰ (art 1.1 TRET).

De esa «elemental definición se extraen sin dificultad los cuatro caracteres identificativos de esta relación contractual: la personalidad y voluntariedad del trabajo prestado, la dependencia, la ajenidad y la remuneración»⁶¹, como la jurisprudencia ha recogido en un amplísimo número de sentencias»⁶², a las que se puede añadir la exigencia de «continuidad»⁶³ en la prestación del trabajo (o no constituir un negocio jurídico de ejecución instantánea), bien que las notas más características del contrato de trabajo sean la ajenidad y la dependencia, «conceptos de un nivel de abstracción bas-

regulación. En el plano de la legislación, a diferencia del Código de Trabajo de 1926, que omite en su definición del contrato de trabajo la alusión al trabajo por cuenta ajena, esta mención aparece sin interrupción desde el artículo 2 de la LCT de 1931 a nuestros días».

⁵⁸ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2011.

⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, págs. 22-23.

⁶⁰ SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009.

⁶¹ Sobre «las cuatro notas de la definición de trabajador: voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad», desarrollando cada una de ellos, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo* (2.ª ed.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, págs. 142-145.

⁶² SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009; Indica la STSJ de Castilla y León (sede en Valladolid), Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2012, que «las características que conforme al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores configuran la relación laboral, esto es, la ajenidad, la dependencia y la retribución (características afirmadas desde hace mucho tiempo por el Tribunal Supremo, por todas, Sentencias de 4 de febrero de 1984 y 21 de enero de 1985)».

⁶³ Indica MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 30, que el trabajo objeto del Derecho del Trabajo «además de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, ha de ser continuado en el tiempo; al Derecho del Trabajo le preocupa, en efecto, la ordenación de las prestaciones duraderas de trabajo, y le son, en consecuencia, indiferentes los servicios, ocasionales o episódicos, de ejecución instantánea, más aptos para ser objeto de regulación civil o mercantil».

tante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación»⁶⁴. Debiendo añadirse que «la voluntariedad ha de presumirse, salvo prueba en contrario, y que la retribución ha de ser entendida en el amplio sentido en que se define el salario en el artículo 26 de ET»⁶⁵.

Aquel precepto legal (art. 1.1 TRET) establece como notas características del contrato de trabajo «las de prestación personal de servicios, ajenidad, retribución y dependencia, considerada esta como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario»⁶⁶, resultando que de las cinco notas que identifican la relación de trabajo, tres –voluntariedad, personalidad y retribución– son comunes a otras relaciones contractuales de distinta naturaleza jurídica, por el contrario, la ajenidad y dependencia son determinantes y consustanciales al contrato de trabajo, aportando un sesgo diferencial respecto a otras realidades productivas, «porque ciertamente la dependencia –entendida como la situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa–, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato»⁶⁷.

⁶⁴ SSTS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre de 2004; 19 de junio y 7 de noviembre de 2007; 12 de febrero y 6 de noviembre de 2008; 11 de mayo, 7 de octubre y 23 de noviembre de 2009 y 20 de julio de 2010; la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2008, destaca la necesidad de acudir a indicios, concretos, para poder identificar aquellas notas, que unas veces son comunes a la generalidad de las actividades, profesiones o trabajos y, sin embargo, en otras ocasiones, son específicos de algunas de ellas, ejemplarizando semejante afirmación, con las siguientes indicaciones: a) Que «los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador y al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de la dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS 20 de septiembre de 1995), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (SSTS 8 de octubre de 1992 y 22 de abril de 1996), y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador»; b) Que «indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o los servicios realizados (STS 31 de marzo de 1997), la adopción por parte del empresario –no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (SSTS 15 de abril de 1990 y 29 de diciembre de 1999), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS 20 de septiembre de 1999), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que marque una cierta proporción con la actividad pactada, sin el riesgo o sin el lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario por el ejercicio libre de profesiones (STS 23 de octubre de 1989)»; indica la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2009, que «en el caso de la dependencia, la Jurisprudencia suele acudir a la idea de "programación" por parte del empresario porque es evidente que existen profesiones que aún enmarcadas en una relación de naturaleza laboral pueden prestarse en régimen de dependencia, pero con cierto grado de autonomía, de manera que la programación a la que aludimos es un indicio, del que resulta la probable naturaleza laboral de la relación», con cita de las SSTS, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1992 y 9 de diciembre de 2004; reitera esta doctrina la STSJ de Madrid de 16 de abril de 2012.

⁶⁵ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2010.

⁶⁶ SSTS, Sala Cuarta, de 6 de junio de 1983, 6 de noviembre y 12 de diciembre de 1990, 29 de enero, 23 de abril y 17 de mayo de 1991, 19 de mayo y 11 de noviembre de 1993, 2 de abril de 1996, 31 de marzo de 1997, 23 de noviembre de 2009, 16 y 29 de julio de 2010; Sobre el concepto de dependencia MOLERO MANGLANO, C. y otros, *Estructura del contrato de trabajo. (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*, Madrid: Dykinson, 1997, págs. 56-57.

⁶⁷ STSJ de Madrid de 16 de abril de 2012; precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2012, que «la existencia de una relación de trabajo exige la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia a las que se refiere el artículo 1.1 del ET, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (STS 16 de febrero de 1990);

De estas dos notas es la dependencia jurídica la que mayor fuerza de identidad otorga a la relación laboral⁶⁸. Pero siendo necesaria la conclusión del contrato de trabajo y constitución de la relación laboral, porque la dependencia adquiere «entidad jurídica cuando se incorpora al contrato de trabajo como nota configuradora»⁶⁹. De tal manera que «cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo, nos encontramos ante un contrato de trabajo sometido a la legislación laboral»⁷⁰. Bien que esas circunstancias no excluyan que se trate de un «contrato perfeccionado por el consentimiento y con base en la libertad de obligarse, y configurado como un contrato sinalagmático o de cambio, esto es, con fundamento oneroso para cada una de las partes»⁷¹.

2. Ajenidad sí, pero predominio de la «dependencia» para caracterizar la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena

Se centra el contrato de trabajo en la «dependencia» y en la «ajenidad»⁷². La relación laboral se nuclea en torno a una determinada conceptualización de la «ajenidad» y una concreta consideración de la «subordinación o dependencia». Específicamente «la subordinación, como concepto jurídico, proyecta sobre el contrato de trabajo una luz que limita los contornos de un tipo concreto de trabajo, el asalariado. Constituye el predicado a partir del que se configura el contrato de trabajo»⁷³.

ya que no es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concorra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS 7 de noviembre de 1985 y 9 de febrero de 1990). Por lo que, para que sea efectiva la presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo, que establece el artículo 8.1. del ET, es preciso que concurren los requisitos antes apuntados (SSTS 5 de marzo de 1990), no bastando la mera realización de una determinada actividad a favor, o por cuenta, de la persona que la retribuye; teniendo en cuenta que la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, habiendo sido estructurada, primero por la jurisprudencia y luego por las propias normas legales, en un sentido flexible y laxo, bastando con que el interesado se encuentre, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (...) (STS 21 de mayo de 1990). La línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación y ni siquiera en la realidad social; y que impera un casuismo en la materia que obliga a atender a las específicas circunstancias concurrentes en cada caso concreto. La nota diferencial, en todo caso, hay que buscarla (...), no en la prestación de un servicio por cuenta de otro ni en la percepción de una remuneración a cambio, rasgos que son también comunes al arrendamiento civil de servicios, sino en el ejercicio de la actividad en situación de dependencia».

⁶⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010.

⁶⁹ Indica ROMÁN, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Grapheus, 1992, pág. 58.

⁷⁰ SSTS, Sala Cuarta, de 19 de junio y 10 de julio de 2007, las cuales se refieren a «la presunción establecida en el segundo inciso del artículo 8.1 del ET, que trae su origen de la antigua Ley de Contrato de Trabajo, en concreto de su artículo 3 (el contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta aunque no exista estipulación escrita o verbal), si bien la configuración del precepto, o mejor, la finalidad que persigue, no queda reflejada con la precisión que lo hacía la antigua Ley».

⁷¹ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, págs. 22-23.

⁷² SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: el derecho de la actividad profesional*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004, págs. 19 y 23-26.

⁷³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 3.

Debiéndose insistir en que el «trabajo por cuenta ajena» en absoluto es característica exclusiva del contrato de trabajo⁷⁴, propiciando que sea «muchas veces borrosa e indecisa la línea de separación entre el contrato de trabajo y aquellos otros de servicio o de obra, de naturaleza estrictamente mercantil o civil»⁷⁵.

Asimismo, las notas «de personalidad y voluntariedad y remuneración» constituyen elementos «comunes y compartidos con otros contratos en los que también se produce un acuerdo sobre la prestación de trabajo o servicios y la retribución de los mismos»⁷⁶. Pero se necesita algo más «no siendo suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo orgánico rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil»⁷⁷.

Con una última precisión, «el trabajo puede ser libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente y, sin embargo, no venir disciplinado por el Derecho del Trabajo. Y es que además de la concurrencia de los presupuestos sustantivos, es necesario contar con otro de orden adjetivo, a saber:

⁷⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 24.

⁷⁵ STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, de 12 de enero de 2010. En el mismo sentido las SSTSJ, Salas de lo Social, del País Vasco de 3 y 21 de diciembre de 2004, 24 de mayo de 2005, 5 de febrero de 2008, 21 de abril, 7 de junio, 14 de julio y 10 de noviembre de 2009 y 2 (dos sentencias) y 23 de febrero de 2010, de Navarra de 5 de junio de 2008 y 16 de febrero, 29 de junio y 4 de diciembre de 2009, de Madrid de 28 de marzo y 16 de mayo de 2007, y de Cantabria de 15 de enero y 16 de septiembre de 2010.

⁷⁶ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009.

⁷⁷ SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 2002, 29 de abril de 2010, 7 de febrero y 15 de marzo de 2012, añadiendo estas últimas, que la mera realización de una determinada actividad a favor o por cuenta de otra persona que la retribuye no implica, sin más, la existencia de un contrato de trabajo; el artículo 8 del ET establece, en tales casos, la presunción de laboralidad, pero, para que la misma opere, se requiere que la prestación de servicios se realice concurriendo las notas que identifican la relación laboral (SSTS 6 de noviembre de 1989, 15 de marzo de 1990 y 10 de abril de 1990, y de 3 de abril de 1992 y 26 de enero de 1994); como indican las SSTSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 2010, y de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2010 y 29 de diciembre de 2011, «de la exégesis normativa (art. 1.1 ET), se deducen las siguientes notas características del contrato de trabajo: A) El objeto del mismo consiste en la prestación voluntaria de servicios retribuidos. La voluntariedad es indispensable, puesto que se trata de un contrato (arts. 1.254, 1.258 y 1.261 del Código Civil). La deuda contractual del trabajador es una deuda de actividad (prestar sus servicios) y no de resultado, y además se trata de un quehacer personal, lo que ha llevado a decir que este contrato se celebra *intuitu personae*, de manera que no puede tener el trabajador la facultad de designar libremente un sustituto sin necesidad de aprobación del empleador sin que se desnaturalice el carácter laboral de la relación, salvo que tal facultad carezca de entidad suficiente en la ejecución práctica del contrato. La retribución, que constituye el objeto de la obligación primordial del empresario, viene entendida en el amplio sentido del artículo 26.1 del ET ("la totalidad de las percepciones económicas, en dinero o en especie"). Tal obligación deriva inmediatamente de la prestación de los servicios y es independiente de los beneficios que esta reporte al empresario; B) Es esencial al contrato la ajenidad ("por cuenta ajena"), es decir, que los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario por el hecho del contrato y este asuma la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan solo al empresario, existiendo para el trabajador una ajenidad de los riesgos. C) Los servicios, para que sean laborales, han de ser prestados «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona» que los retribuye, bastando con que el trabajador se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario del empresario, sin que para ello sea preciso que esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea (...). En definitiva, se trata de que el trabajo se realice "bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue", como reafirma el artículo 20.1 del ET. En esto consiste la clásica nota de dependencia o subordinación».

que el derecho positivo de que se trate incluya el trabajo o, al menos, no le excluya, entendiéndose entonces la inclusión tácitamente. La regla general es la siguiente: todo trabajo libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente es "laboral" si no está excluido por el ordenamiento jurídico»⁷⁸.

La dependencia y la ajenidad son notas características de la relación de trabajo⁷⁹, que sirven para delimitarlo tanto positiva como negativamente⁸⁰. La ajenidad, «implícita en la nota de alteridad»⁸¹, se concibe como «la transferencia de los frutos obtenidos al empresario quien asume la obligación de pagar el salario con independencia de los resultados positivos o negativos de la actividad empresarial pues el trabajador presenta igualmente una ajenidad en los riesgos»⁸². Esto es, «el carácter laboral del vínculo requiere junto a una prestación de servicios a cambio de una contraprestación salarial, la ajenidad, esto es, que los beneficios que reportan tales servicios vayan a parar a una esfera económica diferente y separada de la del trabajador, a la del empresario»⁸³, siendo consecuente la distinción «entre "ajenidad en la disposición sobre el trabajo", "ajenidad en los riesgos" y "ajenidad en los frutos del trabajo"»⁸⁴.

La cuestión de la cesión, *ab initio*⁸⁵, originaria y por anticipado de los resultados del trabajo por el trabajador al empresario⁸⁶, de tal modo que nunca se integran en su patrimonio sino que tal y como

⁷⁸ DE LA VILLA, L.E.: «El trabajador a domicilio», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid: CEF, 2006, pág. 623; «El elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el contrato civil o mercantil de prestación de servicios para una empresa radica en que el trabajo se preste dentro o fuera del ámbito de organización y dirección del empresario (STS, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1992), si en el contrato de arrendamiento de servicios lo característico es la prestación de estos últimos mediante la contrapartida de un precio o remuneración pactada, en el contrato de trabajo se produce también ese intercambio de prestación de servicios por pago de un precio pero, a través de las notas específicas de ajenidad y dependencia que son, precisamente, las que permiten su encuadramiento en el ámbito de la legislación laboral (STS, Sala Cuarta, de 7 de noviembre de 2007). En ambos supuestos las partes convienen la realización de unos servicios que constituyen el objeto del contrato a cambio de un precio cierto (...). En el contrato de trabajo, el trabajador utiliza los medios que son propios de la empresa, que ejerce también facultades de control sobre su ejecución, requisito de dependencia (que) se acredita fácilmente cuando el trabajador tiene un puesto en la empresa (...). En los contratos civiles y mercantiles, el personal contratado realiza el servicio con sus propios medios, organizándolo autónomamente, sin que el empresario disponga de facultades de control y dirección del mismo», precisa la STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2010.

⁷⁹ En este sentido MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 2011, págs. 30-41.

⁸⁰ Ejemplarmente se lleva a cabo una delimitación negativa en la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2009, que se refiere a la actividad «como concejal y como parlamentario», la cual «evidentemente» no es «laboral respecto del partido», al carecer de «cualquier característica propia del contrato de trabajo». Destacando que si bien es cierto que los partidos políticos pueden tener, y tienen trabajadores a su servicio que, «con independencia de su afinidad ideológica con el partido, se hallan sometidos a su régimen organizativo a cambio de una retribución por las tareas que realizan personalmente», sin embargo, precisa, cuando un afiliado a un partido desarrolla una actividad estrictamente política, y por ello devenga cantidades mensuales de la institución en la que desarrolle y actúe en un puesto de elección política (p. ej. concejal o parlamentario), la cual entrega esas cantidades al partido, el que a su vez paga a su afiliado representante político (concejal o parlamentario) una cantidad, pero inferior (lucrándose con la diferencia) porque así lo tenían pactado afiliado-partido, en absoluto estamos ante una relación laboral».

⁸¹ DE LA VILLA, L.E.: *op. cit.*, *El trabajador a domicilio*, pág. 616.

⁸² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008.

⁸³ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2010.

⁸⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 24.

⁸⁵ SSTS, Sala de lo Social, de Navarra, de 14 de abril y 1 de diciembre de 2008, y STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2008.

⁸⁶ SSTS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 1990, 29 de enero de 1991 y 16 de marzo de 1992.

se van produciendo se incorporan al patrimonio del empresario, ha sido cuestionada porque, al menos en relación con las prestaciones de servicios, el resultado del trabajo beneficia de modo inmediato a otro sujeto, sea consumidor intermedio o final. Circunstancia que pretende resolverse, con la traslación de la ajenidad a la utilidad patrimonial del trabajo, de modo que, se dice, «lo que en rigor traslada el trabajador al empresario no son frutos o productos sino, más exactamente, utilidades susceptibles de valoración económica»⁸⁷.

Esto es, «el concepto de "trabajo por cuenta ajena", que se encuentra en la base del Derecho del Trabajo, hace referencia al destino de la utilidad patrimonial del trabajador asalariado; a saber, tal utilidad no se integra en el patrimonio del propio trabajador sino en el del empresario, que luego devuelve parte de esa utilidad al trabajador en forma de salario y otras prestaciones sociales. La ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo no significa exactamente que el empresario o empleador haga suyos los frutos naturales del trabajo, pues aunque esto sea lo habitual hay casos en que tales frutos aprovechan directamente a un tercero distinto del empresario»⁸⁸.

Pero esa ajenidad, no obstante la amplitud con que puede y debe ser concebida, en sí misma y por sí sola, no es ni puede ser el elemento último, definitivo, definitorio y delimitador del contrato de trabajo, respecto de aquellos otros contratos en los que se actúa un interés de otro (ajeno). Por ello se ha trasladado la característica distintiva de la prestación del trabajo asalariado y por cuenta ajena a la «dependencia», al quedar el trabajador incluido en el ámbito de «organización y dirección» de otro sujeto, el empresario. «Dependencia» no debe considerarse natural derivación de la ajenidad⁸⁹, por más que pueda afirmarse que guarden «entre sí una estrecha relación»⁹⁰.

La «dependencia», que es pues el «presupuesto del trabajo que disciplina el Derecho del Trabajo»⁹¹, determina «básicamente que el que trabaja bajo este régimen no tiene capacidad para organizar su trabajo, prestándolo bajo las órdenes del empleador, residiendo esta circunstancia en la posición de subordinación del trabajador al empresario que tiene el poder de dirección del trabajo, esto es, de determinar su contenido, su cualidad y el resultado pretendido»⁹².

⁸⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, págs. 27-28; «Lo esencial de la ajenidad es que el trabajador se desentienda –por la cesión inicial de los frutos de su trabajo– del resultado favorable o adverso; bien entendido que la traslación del riesgo que se opera es simplemente en su aspecto económico, y nunca en su aspecto laboral, pues todo trabajador afronta el riesgo que deriva de su propio trabajo», indica DE LA VILLA, L.E.: *op. cit.*, *El trabajador a domicilio*, pág. 616.

⁸⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *El trabajo por cuenta ajena y la predicciones marxistas sobre su abolición (apuntes para un estudio)*, pág. 275, donde precisa, de seguido, lo siguiente: «Así ocurre en los servicios prestados a una clientela o con aquellos suministrados a consecuencia de un contrato de puesta a disposición entre una Empresa de Trabajo Temporal y una empresa usuaria. Mientras que el cliente o la empresa usuaria hacen suyos los frutos naturales del trabajo, el empresario recibe la utilidad patrimonial o beneficio económico derivados de ese trabajo».

⁸⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *El trabajo por cuenta ajena y la predicciones marxistas sobre su abolición (apuntes para un estudio)*, pág. 275, alude a la «ajenidad y su normal derivación, la dependencia».

⁹⁰ SSTS, Sala Cuarta, de 19 de julio de 2001, 29 de septiembre de 2003, 9 de diciembre de 2004, 11 de marzo y 3 de mayo de 2005; indica GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit.*, *Manual de Derecho del Trabajo*, pág. 144, que «al igual que concurre con otras notas, y particularmente con la dependencia, la ajenidad se deduce por la práctica judicial de la concurrencia y acreditación de determinados indicios o hechos indiciarios, si bien hay que insistir en que realiza un examen global y conjunto de los datos concurrentes y acreditados en la prestación de servicios en cada caso controvertida, examinando no aisladamente los datos de los que deducir la ajenidad, sino conjuntamente con los que permiten inferir la dependencia».

⁹¹ DE LA VILLA, L.E.: *op. cit.*, *El trabajador a domicilio*, pág. 617.

⁹² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009.

La dependencia es, por consiguiente, requisito definidor del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, siempre que sea concebida como un matizado «sometimiento del trabajador a los poderes del empresario». No obstante, su conceptualización ha sufrido una importante evolución, que ha desembocado en su «espiritualización o flexibilización (...) a través de la consideración de esta no ya como la necesaria sujeción a las órdenes técnicas, y menos aún como subordinación económica del trabajador, sino como el aspecto pasivo de los poderes de mando del empresario»⁹³.

La «dependencia» o «subordinación» coloca al trabajador en una situación de inferioridad relativa⁹⁴. Pero hay límites. El respeto a los derechos fundamentales del trabajador restringe el poder de dirección, otrora omnímodo, empresarial⁹⁵, porque, como ya se indicó, «la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano», ni la libertad de empresa (art. 38 CE) «legítima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas»⁹⁶. La conclusión de aquel contrato tampoco determina que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador pueda «traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador»⁹⁷.

Singular relevancia tiene la potenciación en el ámbito laboral de la «garantía de indemnidad»⁹⁸, que se ha convertido en uno de los llamados «derechos laborales inespecíficos»⁹⁹, pues aun cuando es

⁹³ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho del Trabajo*, pág. 41, donde precisa que semejante «espiritualización» o «flexibilización» de la nota se ha producido «una vez superados por insuficientes las teorías que atribuían a la dependencia puro significado económico (el trabajador está subordinado económicamente al empresario) o técnico (el trabajador depende en la ejecución de su trabajo de las instrucciones técnicas empresariales)»; sobre la «flexibilización» de la nota de la dependencia STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2011.

⁹⁴ Como indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2007, «la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo».

⁹⁵ ROMÁN, M.D.: *op. cit.*, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, págs. 301-318.

⁹⁶ SSTC 196/2004, de 15 de noviembre y 15/2007 de 21 de mayo.

⁹⁷ SSTC 41/2006, de 23 de febrero, 342/2006, de 11 de noviembre y 125/2007, de 21 de mayo.

⁹⁸ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 12 de junio de 2008; «En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993, 54/1995). En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del artículo 5.º e) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes», indica la STSJ de Canarias, Sede Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2008.

⁹⁹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 12 de junio de 2008; «En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos», SSTC 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero, 197/1998, de 13 de octubre,

un derecho fundamental de carácter general, no propiamente laboral, sin embargo es en este terreno donde adquiere una particular trascendencia por la situación de subordinación o dependencia del trabajador con respecto al empresario.

El trabajo propio de la economía industrial «se prestará desde la libertad, pero en la organización de las fábricas. Que, a la postre, un contrato, y luego el contrato de trabajo, constituyan el soporte de la relación de trabajo asalariado es producto de una evolución que incorpora a la idea de contrato la de subordinación lo que, probablemente, arranca de la necesidad de organizar el trabajo en la fábrica buscando sistemas de control y disciplina de obreros a partir tanto de los viejos moldes (domésticos, regulación estricta de los gremios) como de las nuevas experiencias»¹⁰⁰. Bien entendido que, a la hora actual, «el carácter laboral del vínculo no queda desmentido por la amplitud del grado de autonomía de que disponga el trabajador para ejecutar su prestación»¹⁰¹. Consecuentemente, la dependencia se ubica en el núcleo de las tendencias tanto reductoras como expansivas de los límites subjetivos del contrato de trabajo¹⁰².

Como la dependencia, se dice¹⁰³, «caracteriza esencialmente al contrato de trabajo», el trabajador se encuentra sujeto a la esfera organizativa-rectora y disciplinaria del empresario¹⁰⁴, y a su ausencia se atribuyen «consecuencias eliminadoras de la laboralidad»¹⁰⁵. Por ello, cualquier otra circunstancia, incluso la «responder del buen fin, no es dato de exclusión para esa valoración de la relación entre las partes, para excluirla o incardinarla en el contrato de trabajo. Existe pues la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la Ley lo establece atendiendo al criterio de la dependencia»¹⁰⁶.

Ciertamente «la noción de la dependencia supone básicamente que el que trabaja bajo este régimen no tiene capacidad para organizar su trabajo, prestándolo bajo las órdenes del empleador, residiendo esta circunstancia en la posición de subordinación del trabajador al empresario que tiene el poder de dirección del trabajo, esto es, de determinar su contenido, su cualidad y el resultado preten-

140/1999, de 22 de julio, 101/2000, de 10 de abril, 196/2000, de 24 de julio, 199/2000, de 24 de julio, 198/2001, de 4 de octubre, 5/2004, de 19 de abril, 87/2004 de 10 de mayo, 5/2003, de 20 de enero, 38/2005, de 28 de febrero, 144/2005, de 6 de junio, 171/2005, de 20 de junio, 16/2006, de 19 de enero, 44/2006, de 13 de febrero, 65/2006, de 27 de febrero, 120/2006, de 24 de abril, 138/2006, de 8 de mayo; SSTS, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2005 y 17 de enero de 2008.

¹⁰⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 3.

¹⁰¹ SSTS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 1983 y 20 de septiembre de 1984; SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009.

¹⁰² MONTROYA MELGAR, A.: «Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del Trabajo», *ARAJL*, núm. 36, 2006, págs. 65 y ss., que precisa, pág. 88: «desde luego, y como balance general, en esa combinación de tendencias reductoras y expansivas, estas últimas predominan, confirmando con ello la función protectora que caracteriza al Derecho del Trabajo desde sus orígenes. Por añadidura, la reducciones producidas, todas ellas, a favor del Derecho mercantil (administradores con cargo de alta dirección, agentes mercantiles, transportistas con vehículo propio) no dejan de presentar difíciles problemas de delimitación y frontera de este sector del Derecho y el del Trabajo»; también SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *op. cit.*, *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la actividad profesional*, especialmente págs. 17-18.

¹⁰³ Sin rigor suficiente, extremo en que me remito a las consideraciones que efectúo en mi trabajo «La nota de dependencia no es exclusiva de la relación laboral. (Comentario a la STS de 16-11-2000, Sala de lo Civil, rec. núm. 3392/1995)», publicado en esta *Revista*, núm. 215, febrero 2001, págs. 143-145.

¹⁰⁴ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2008.

¹⁰⁵ SSTSJ de Madrid, Salas de lo Social, de 16 de mayo de 2007 y de Cantabria de 15 de enero de 2010.

¹⁰⁶ SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid de 16 de mayo de 2007 y de Cataluña de 5 de febrero de 2010.

«... elementos cuyo control no corresponde al trabajador»¹⁰⁷. Pero no basta con que «exista una simple dependencia "pasiva" sino (que es precisa) una "incorporación" al círculo organizativo y rector del empleador (público o privado), tal que quien presta servicios lo hace desempeñando un papel activo en la actividad de ese empleador, (...) que (...) despliega facultades ordenadoras del trabajo no ya en cuanto a un resultado, que también, sino en cuanto a la prestación en sí misma de ese trabajo»¹⁰⁸.

De tal manera que la prestación del trabajador constituye una obligación personal («personalísima»¹⁰⁹) de actividad, que se lleva a cabo bajo la dirección del empresario, que dispone el contenido concreto de la prestación del trabajo de cada trabajador, bien que sus límites y posibles modificaciones puedan resultar especificados y concretados contractualmente y lo estén, en sus aspectos fundamentales, legalmente, en una medida compatible con el logro del interés del empresario en conseguir la mejor realización de la prestación contratada.

Por ello, en el artículo 1.1 del ET «parece latir un concepto jurídico indeterminado y dinámico de dependencia, flexible, cambiante, conscientemente ambiguo, susceptible de dar acogida a las nuevas modalidades de trabajo dependiente que surgen al compás de la propia evolución del contexto social y económico, permitiendo su reelaboración constante, adecuando la aplicación de la norma a los cambios de la sociedad»¹¹⁰.

¹⁰⁷ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2012; «Aparece actualmente superada la idea de que el poder de dirección pueda concebirse como una potestad, entendiéndose por esta las facultades atribuidas al sujeto para la satisfacción de intereses que no son específicamente suyos (...), parece bastante evidente que el poder de dirección no posee ninguna naturaleza autónoma y diferenciada de la que le da el propio contrato de trabajo y los derechos y posiciones que el empleador asume en virtud de él. El poder de dirección no adquiere carta de autonomía ni siquiera configurado dentro del derecho subjetivo de crédito, del que no puede independizarse», indica ROMÁN, M.D.: *op. cit.*, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, pág. 115.

¹⁰⁸ SSTS, Sala Cuarta, de 14 de mayo de 1990, 27 de noviembre de 2007 y 22 de julio de 2008.

¹⁰⁹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2012.

¹¹⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010, que precisa que la redacción del artículo 1.1 del ET de 1980 ya se apartó «de la LCT 1931, LCT 1944 y LRL 1976, las cuales no concretaron el concepto de dependencia»; paradigmática al respecto es la referencia a los trabajos de mediación, respecto de los cuales afirma la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2009, que si el empresario «no se inmiscuye en el modo de organizar la labor mediadora, estaremos ante un contrato de agencia, como modalidad de arrendamiento de servicios no laborales; si se entromete en organizar su trabajo, no habrá ya contrato de agencia por faltar la independencia precisa al efecto, sino contrato de trabajo»; el trasvase de relaciones contractuales entre el ámbito del Derecho del Trabajo y el ámbito del Derecho mercantil es continuo, respondiendo a sinergias contrapuestas, y consecuente con el sino de los tiempos. Reduciéndose en ocasiones el ámbito personal del primero porque no es «aplicable a todos los supuestos en que existe una prestación de servicios por salario, dentro de determinado marco, una presunción de laboralidad», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009. Ampliándose en otros casos aquel ámbito, así se ha extendido la laboralidad a prestaciones de servicios tradicionalmente excluidas como «actividad de alterne», SSTS de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 14 de mayo 1985, 21 de octubre de 1987, 4 de febrero de 1988, 11 de diciembre de 2001 y 24 de mayo de 2011, y cuya doctrina resume la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 1 de diciembre de 2008 (que reitera las de 15 de octubre de 2003, 28 de mayo de 2004, 13 y 29 de diciembre de 2004, 30 de junio de 2005 y 14 de abril de 2008, del mismo Tribunal y Sala), según la cual, «la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones (...) laborales que protegen a los trabajadores y disciplina los presupuestos mercantiles de toda actividad económica» (doctrina en la que insisten las SSTS, Salas de lo Social, de Andalucía, Sede en Sevilla, de 24 de marzo de 2011, de Castilla-La Mancha de 17 de enero de 2011 y de Aragón de 28 de marzo de 2012), en el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 15 de mayo de 2010 (reiterada en las de 24 de marzo y 17 de noviembre de 2011), según la cual «residentes las trabajadoras en el propio club prestaban servicios como camareras de alterne con sujeción a un horario o jornada laboral

La titularidad *ab initio*¹¹¹ del resultado de la prestación del trabajo y consiguiente atribución por el trabajador de las utilidades del trabajo con su recepción por el empresario «quedaría incompleta si no se acompañara de la atribución paralela del poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario destine»¹¹². La razón de semejante atribución de poder sobre determinadas personas físicas, los trabajadores, es meramente funcional y encuentra su razón de ser en la institución misma de la empresa¹¹³, suponiendo la subordinación «técnica» la «dependencia personal o jerárquica»¹¹⁴.

El empresario requiere de la asistencia de multitud de personas, físicas o jurídicas, para poder llevar a cabo su actividad de empresa, pero naturalmente en ningún caso, salvo respecto de los «tra-

y percibiendo una retribución consistente en una participación en el precio de las consumiciones efectuadas por los clientes, es decir, prestaban servicios en los términos dichos en el ámbito de organización y dirección del empleador que se lucraba con dichos servicios y los retribuía con una participación en los beneficios obtenidos (art. 1.1 y 8.1 del ET)»; obedece aquella tendencia expansiva al hecho de que «el Derecho del Trabajo tiende a convertirse en un Derecho de la actividad profesional, que regule todas las prestaciones de servicios por cuenta ajena, se lleven a cabo de forma independiente o autónoma», dice SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *op. cit.*, (*Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad profesional*), pág. 29; Consecuentemente «los elementos diferenciales que se articulan en torno a la distinción entre relación laboral de carácter especial (representantes de comercio) y el contrato de agencia se concretan, con mayor o menor intensidad, en la nota de la independencia que caracteriza la prestación de servicios del agente, frente a la dependencia propia del trabajo ejecutado por el representante de comercio», indica la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2009; independencia que caracteriza tanto al contrato de arrendamiento de servicios civil como al de agencia mercantil frente al contrato de trabajo, precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2010; «La diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laboral radica en que, en este segundo caso, el contratante asume dar el servicio, mientras que en el primero solo asume dar su trabajo», afirma la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

¹¹¹ «Es esencial al contrato la ajenidad ("por cuenta ajena"), es decir, que los frutos del trabajo se transfieran *ab initio* al empresario por el hecho del contrato y este asume la obligación de pagar un salario con independencia de la obtención de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan solo al empresario, existiendo para el trabajador una ajenidad en los riesgos» indican las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 1 de diciembre de 2008.

¹¹² MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 28; «Los servicios, para que sean laborales, han de ser prestados dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona que los retribuye, bastando con que el trabajador se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario del empresario, sin que para ello sea preciso que esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea», indican las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 1 de diciembre de 2008.

¹¹³ En ese sentido se pronuncia, con ciertas reservas, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 3; en relación con el concepto de «empresa» en el Derecho laboral, ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, *Introducción al Derecho del Trabajo*, alude, págs. 524-526, a «una asociación de dominación» o «estructura autoritaria»; también *vid.* ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo* (26.ª ed.), Madrid: Civitas, 2009, págs. 282-286; asimismo *vid.* MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 2009, págs. 222-223; según la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 1998, la «empresa, en cuanto que realidad socio-económica es objeto de las diferentes ramas del derecho, cada una de las cuales atiende a aspectos diferentes "sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad"; sobre la delimitación general y un concepto amplio de empresa, así como sobre el cambio de paradigma empresarial, OLCENSE SANTOJA, A.: *El capitalismo humanista*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, especialmente págs. 30-36; acerca del concepto de empresa en el Derecho mercantil, *vid.* GIRÓN TENA, J.: «Apuntes de Derecho mercantil», t. I, *La Empresa*, Madrid 1983-1984, págs. 48-49 y 57-59; GONDRA, J.M.: *Derecho Mercantil*, v. I, Madrid: Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, vol. I, 1992, págs. 126-142; SUÁREZ-LLANOS, L.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid: Civitas, 1998, págs. 138-148; ESPINA, D.: *La empresa en el Derecho Mercantil*, Barcelona: Ateler, 2006; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I, Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, págs. 99-110.

¹¹⁴ ROMÁN, M.D.: *op. cit.*, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, pág. 59.

bajadores», se le atribuyen poderes en relación con el comportamiento de quienes prestan esa colaboración. La paradoja pretende resolverse, sin éxito, en que los «colaboradores» son «externos»¹¹⁵ a la organización-empresa, sin embargo los «trabajadores» resulta que «son empresa», y la empresa es una organización que demanda la existencia de poderes de ordenación, que se atribuyen, *ex lege*, al empresario.

Pero por qué al empresario, por qué no se residencian esos poderes en los trabajadores, en otro órgano o instancia de la empresa, por qué no se revisa en este punto la teoría de la empresa, pues porque se mantienen en línea con los postulados de la Revolución Industrial y no se desvinculan de los derechos de propiedad¹¹⁶, confundiendo la vigencia de esos derechos de propiedad, en cuanto elementos fundamentales, definidores de la libertad y del mercado, y constitutivos de los sistemas

¹¹⁵ Vid. MENÉNDEZ, A.: «Auxiliares del empresario», en *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, págs. 195 y ss.

¹¹⁶ La idea misma de la propiedad ha sufrido una notable evolución: «la implantación del Estado social supuso encauzar el derecho de propiedad por nuevos derroteros que alteraron su estructura, objeto, titularidad y contenido, hasta el punto de fundar una nueva libertad, en la que (...) el elemento "social" relegaba los componentes "individualistas" del derecho de propiedad», indica FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «El derecho de propiedad en la historia constitucional española», en *Propiedad e Historia del Derecho*, Madrid, 2005, pág. 99; sobre la propiedad ATTALI, J.: *Historia de la propiedad*, Barcelona 1989, y PIPES, R.: *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid, 2002; las «nuevas ideologías que sucedieron al liberalismo tendieron, por tanto, a diversificar la titularidad del derecho de propiedad. Más que una titularidad abstracta del individuo existirían titularidades concretas de colectivos, grupos y personas jurídicas», precisa FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *op cit.*, *El derecho de propiedad en la historia constitucional española*, pág. 99; todo lo cual llevó además a la «descomposición» de la noción, otrora unitaria, del derecho de propiedad en una pluralidad de diferentes derechos con regímenes jurídicos diferentes en atención a su función social. En el plano constitucional, las «liberales del siglo XIX y la (...) republicana de 1931 marcaron los puntos de inflexión de su idea de propiedad: las primeras lo concibieron como un derecho absoluto (...), la segunda relativizó ese derecho hasta convertirlo en una garantía institucional, necesitada de desarrollo normativo y limitada en extremo», destaca FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *op cit.*, *El derecho de propiedad en la historia constitucional española*, pág. 114; la Constitución de 1978 no acoge ni una ni otra de aquellas concepciones situándose una vía que más que intermedia puede considerarse novedosa y singular, especialmente respecto de la «propiedad empresarial» en relación con la cual reconoce concretos derechos a los trabajadores. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre de 2005, efectúa una reflexión general sobre el sentido de la propiedad a la altura de los tiempos actuales y, específicamente, del alcance de las facultades del empresario y de los derechos de los trabajadores sobre los medios de producción, indicando que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no solo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». De ahí, continúa afirmando la meritada resolución de la justicia constitucional, «que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae», entre ellos los que componen las «empresas» desde el punto de vista jurídico-objetivo, conformándose el estatuto de la «propiedad empresarial», en relación con la cual, indica aquella sentencia, que «el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de la economía liberal se ha reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole (...) la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos», estableciendo el derecho de utilización por los trabajadores de una determinada propiedad empresarial creada con un fin productivo (teléfono, *e-mail*, etc.). Un paso especialmente relevante y singular en la relativización de la «propiedad con propietario» y la participación de los trabajadores en la propiedad empresarial ha sido la denominada «implicación» de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (SE).

democráticos actuales (sistemas de economía capitalista)¹¹⁷, devenidos o reconducidos a sistemas de economía social de mercado, con su vigencia en las relaciones prestacionales de trabajo.

Por todo ello se afirma que «lo característico del contrato de trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina»¹¹⁸, pero no podía pretenderse que la eliminase pues supondría la desaparición del modelo de relaciones industriales emergentes desde la Revolución Industrial. Afirmación y filosofía social que ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional cuando afirma que «desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la "lealtad absoluta" del trabajador»¹¹⁹.

3. Las consecuencias de la determinación de las posiciones relativas de empresario/empleador y trabajador

El enraizamiento del contrato de trabajo en la *locatio conductio* romana supuso exclusión de la compraventa (del trabajador/esclavo) y llamada al arrendamiento (del hombre libre/liberto). Esto es, «el origen de las relaciones laborales está en la cesión de los esclavos por su dueño. Precisamente por esto, por comenzar consistiendo en la cesión temporal a un tercero de una cosa propiedad –el esclavo–, es por lo que es posible explicar por qué tanto el Derecho romano como las legislaciones modernas configuraron el contrato de trabajo como un arrendamiento y no como una compraventa»¹²⁰.

En el Derecho romano las locaciones, tanto la *locatio conductio operarum* como la *locatio conductio operis*, tenían como contenido «siempre el trabajo subordinado, siendo la compraventa la forma jurídica de dar salida al trabajo autónomo e independiente»¹²¹, emergiendo de la mano de la *locatio conductio operarum* el *mercenarius*, que puede concebirse en sentido amplio o estricto, pare-

¹¹⁷ SOTELO, I.: *op. cit.*, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, pág. 117. En la misma página, en nota 2 del capítulo I («El Estado: Soberanía, libertad, Derecho»), incluida en la sección o epígrafe 5 («Estado de derecho y Estado democrático»), da un concepto de capitalismo, cuya primera parte es sintética y la segunda analítica: al tenor de la primera parte «por capitalismo se entiende un sistema de producción en el que actúan dos sectores sociales, los propietarios de los medios de producción, que dirigen el proceso productivo, y los que venden la fuerza de trabajo a cambio de un salario. Dos sectores que el mercado vincula en un proceso productivo que ya no tiene como objetivo cubrir las necesidades de subsistencia, siempre limitadas, sino obtener un beneficio que, en cuanto tal, no conoce límites (principio de la acumulación indefinida)»; indica MARTÍNEZ-SICLUNA y SEPÚLVEDA, C.: «Proudhon y las instituciones revolucionarias del 89», *ARAJL*, núm. 20, 1989, pág. 330 y 331, que, en opinión de Proudhon, que en este punto se jactaba de haberse adelantado a Marx, «el análisis socio-económico nos ha mostrado que el acaparamiento de los beneficios por parte del propietario capitalista constituye el hecho fundamental de la sociedad económica y provoca un antagonismo entre capital y trabajo»; sobre Proudhon y su posición sobre la propiedad, cuya existencia consideraba inevitable pero de la que abominaba, GALBRAITH: *op. cit.*, *Historia de la Economía*, págs. 112-114.

¹¹⁸ ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *ARAJL*, núm. 21, 1989, pág. 415.

¹¹⁹ STC 192/2003, de 17 de octubre.

¹²⁰ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *op. cit.*, «La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo», pág. 40; Sobre el arraigo del contrato de trabajo en las locaciones romanas ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, págs. 75-93.

¹²¹ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *op. cit.*, «La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo», pág. 47.

ciendo que con tal expresión se está haciendo alusión solo a aquel que desempeñaba un oficio o una actividad a cambio de un precio. En todo caso con tal expresión se está haciendo alusión a una persona libre¹²².

En el Código Civil «arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan de la misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en su ejecución en la de servicios»¹²³. Pero existe una diferencia sustancial entre ambas locaciones, explicativas de por qué solo una de ellas es antecedente del contrato de trabajo, y no se debe buscar la diferencia en el modo de retribuir sino en cómo se distribuyen los riesgos asociados a la prestación del trabajo mismo¹²⁴. Consecuencia de todo ello es:

- a) Que, «en el Código Civil, pese a la apariencias, lo que hoy llamamos contrato de trabajo¹²⁵, y en él se llama arrendamiento de servicios, aparece perfectamente individualizado y separado del arrendamiento de cosas; y del arrendamiento de obras, o del contrato de obra por ajuste o precio alzado»¹²⁶.
- b) Que «la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho «al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente»¹²⁷.

De semejante precedente y posibilidades de aquella preconfiguración de la regulación contractual del trabajo asalariado se deriva que el trabajador haya de ser una persona (física), pero que el empresario pueda serlo una entidad, personificada o no (organización). El trabajador no puede reconducirse a los servicios que presta, su prestación es «personalísima»¹²⁸, de ahí que no pueda «confundirse» con otros trabajadores, sustituirse por otras personas, ni «fragmentarse». Ni él ni la posición que ocupa en el contrato de trabajo son fungibles, sustituibles o «fragmentables». Por el contrario, en el empresario no se da ese arraigo personal, característico del trabajador; en ningún caso, ni siquiera cuando se trata de una persona física, por ello la posición empresarial puede ser objeto de «sucesión».

¹²² GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *op. cit.*, «La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo», pág. 49.

¹²³ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, «Las raíces del contrato de trabajo», pág. 400.

¹²⁴ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, «Las raíces del contrato de trabajo», pág. 400.

¹²⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, «Derecho y Trabajo», págs. 30-31.

¹²⁶ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, «Las raíces del contrato de trabajo», pág. 401.

¹²⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008, que precisa como en «el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada».

¹²⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2012; bien que la STS, Sala Cuarta, de 20 de junio de 2010, advierta en la prestación de servicios de limpieza para una comunidad de propietarios de que tenía carácter laboral «a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el carácter personal de la prestación aparezcan disimulados por (...) la sustitución esporádica en la prestación de los servicios por familiares».

sión» (sucesión de empresa)¹²⁹ de «fusión», «escisión», «fragmentación»¹³⁰ y agrupación¹³¹, produciéndose fenómenos sustitutivos o novatorios y apareciendo o conformándose en la relación jurídico-laboral existente nuevos empresarios.

El empresario y el trabajador son las partes, las únicas partes, del contrato de trabajo¹³². La importancia relativa de los elementos subjetivos en la determinación misma de la existencia del contrato de trabajo se evidencia cuando se advierte que «empresario» es sinónimo de «empleador», y no se desmiente por la afirmación, generalmente aceptada, de que el concepto nuclear en el Derecho del Trabajo es el de trabajador y que el de empresario es traslativo y derivado de aquel, careciendo, en ese ámbito normativo concreto, de sustantividad propia¹³³.

¹²⁹ Me remito a mis trabajos «La Sucesión de empresas, publicado en esta *Revista* num. 119, febrero 1993, págs. 97-112; «Sucesión de empresa. Traspasos entre empresas (Sociedades) pertenecientes a un mismo grupo. (Comentario a la STJCE de 2 de diciembre de 1999, Asunto C-234/98)», publicado en esta *Revista*, núm. 207, junio 2000, págs. 55-61; «La «transmisión de empresas» (sucesión de empresa) en la nueva normativa comunitaria (Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio de 1998). En especial el concepto de «empresario», la noción de «trabajador» y el alcance de su antigüedad a efectos indemnizatorios y salariales. (Comentario a la STJCE de 14-9-2000, Asunto C-343/98)», publicado en esta *Revista*, núm. 213, diciembre 2000, págs. 57-64; «Sobre el cedente y el cesionario en la "transmisión/sucesión" de empresa». (Comentario a las SSTJUE, Sala Tercera, de 29 de julio de 2010, asunto C-151/09, y de 21 de octubre de 2010, asunto C-241/09)», publicado en esta *Revista*, núm. 151, marzo 2011, págs. 71-104.

¹³⁰ Sobre los conceptos de trabajador y empresario en la legislación de accidentes de trabajo DE LA VILLA, L.E.: *op. cit.*, *La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español*, págs. 110-123, que advierte de que no obstante «la influencia del concepto de contrato de trabajo derivado de la LAT es limitada en la legislación laboral posterior que arranca de 1931»; sobre el fenómeno de la «fragmentación» empresarial me remito a mi trabajo «La «fragmentación de la posición empresarial» en la relación de trabajo. (Comentario a las SSTC, pleno, 75/2010, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 3567-2006, y 76/2020, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 2568-2006)», publicado en esta *Revista*, núm. 337, abril 2011, págs. 131-174; alude la STC 75/2010, de 19 de octubre, a la «fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con este la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe estos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil», doctrina que reitera la STC 76/2010 de 19 de octubre.

¹³¹ Me remito a mis trabajos «Unidad empresarial (Empresarios-grupos de sociedades): Consecuencias sustantivas (solidaridad y levantamiento del velo) y procesales (Cosa juzgada). (Comentario a la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23-1-2001, rec. núm. 24243/2000)», publicado en esta *Revista* núm. 219, junio 2001, págs. 104-107; «Grupos empresariales: Delimitación y responsabilidad. (Comentario a las SSTJ de Galicia, Sala de lo Social, de 14 y 21 de mayo de 2004, recs. núms. 5957/2001 y 1786/2004, respectivamente), publicado en esta *Revista*, núm. 262, enero 2005, págs. 171-202. Baste con la cita de la SAN, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2012, según la cual «el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario unitario, "de acuerdo con el criterio de atenuamiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial" (...), porque así lo impone "la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas" (...). "El grupo de empresas cuando existe (...), opera frente a los trabajadores como empresario real y único" (...), "porque estamos en realidad ante un solo y único empleador que es el conjunto de sociedades que lo integran" (...). Con independencia de las consecuencias que esta afirmación pueda tener en cuanto a la imputación de obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, (...) estamos ante un empresario en los términos del artículo 1.2 del ET (...). Porque «no es dable soslayar lo dispuesto en el artículo 1.2 del ET, que contiene una definición amplia del empresario, considerando como tal todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios que reúnan las notas del artículo 1.1 del ET, lo que permite afrontar determinados supuestos de empresario complejo, atendiendo a la realidad de la organización laboral"»; en este punto me remito a mi trabajo «Despidos colectivos en grupos de empresas (Empresarios-Grupos de empresas)», publicado en esta *Revista*, núm. 325, abril 2010, págs. 83-198.

¹³² Insiste en la virtualidad expansiva del Derecho del Trabajo MONTROYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 32, del mismo autor, *op. cit.*, «Tendencia actuales sobre el ámbito personal de Derecho del Trabajo», págs. 63 y ss., especialmente págs. 88-89; en sentido sutilmente diferente SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *op. cit.*, *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la actividad profesional*, págs. 39-48.

¹³³ DE LA VILLA, L.E.: *op. cit.*, *En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo*, pág. 271.

Según nuestro ordenamiento jurídico positivo, hay contrato de trabajo «allí donde haya una prestación de servicios realizada en forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito»¹³⁴. Su objeto consiste en la prestación de servicios retribuidos, en libertad. La consensualidad que lo caracteriza presupone voluntariedad, concurrencia de oferta y aceptación libres (arts. 1.254, 1.258 y 1.262 CC).

El trabajador, mediante aquel negocio jurídico, consiente en trabajar «para otro», asumiendo una deuda de actividad, que no de resultado, deviniendo obligado a un quehacer personal, lo que lleva a caracterizar al contrato de trabajo como celebrado *intuitu personae*, por ello el trabajador no puede, motu proprio, sustituirse sin necesidad de contar con el asentimiento del empresario, salvo supuestos esporádicos y marginales. Por ello «debe considerarse "trabajador" cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. (...) La característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución»¹³⁵.

La obligación primordial del empresario es la retribución salarial (comprensiva de «la totalidad de las prestaciones económicas, en dinero o en especie» pactadas), que deriva directa e inmediatamente de la prestación de los servicios, siendo independiente de los beneficios que la prestación de servicios por el trabajador reporte al empresario, quedando así marcada la sinalgmaticidad del contrato de trabajo¹³⁶, por más que tiendan a magnificarse otras prestaciones asignadas al empresario, «formativas» y como «deudor de seguridad». Consecuentemente la condición de empresario, a efectos laborales, «se atribuye a quien recibe unos servicios de esta naturaleza o a las empresas de trabajo temporal legalmente constituidas que contratan a personas para realizar servicios a empresas usuarias»¹³⁷.

El enraizamiento del contrato de trabajo en la *locatio conductio*¹³⁸ (*operarum*) obliga a diferenciar entre este y el contrato de arrendamiento de servicios, afirmándose la inexistencia del contrato de trabajo cuando el empresario se limita a concertar la prestación del servicio, «no inmiscuyéndose en el modo en que va a hacerlo quien se obliga a prestarlo»¹³⁹. Por ello, se dice, que es el empresario y no el trabajador, el que pone los medios precisos para el desempeño y realización del trabajo, «siendo también él quien se encarga de dirigir y controlar la labor de las personas que materialmente acomete»

¹³⁴ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

¹³⁵ SSTJUE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Collins, de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Trojani, de 17 de marzo de 2005, asunto C-109/04, Kranemann, de 17 de junio de 2008, asunto C-94/07, Andrea Raccanelli, de 11 de septiembre de 2008, asunto C-228/07, Petersen, de 4 de febrero de 2009, asunto C-14/09, Hava Genc, y 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, Athanasios Vatsouras y otros.

¹³⁶ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2005.

¹³⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

¹³⁸ Sobre la exclusión de la ejecución de obra del Derecho del Trabajo SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *op. cit.*, *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la actividad profesional*, págs. 29-39.

¹³⁹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

ten la labor, así como quien asume el riesgo si fallan los medios de que se ha dispuesto para realizar la obligación asumida»¹⁴⁰.

Esto es, «la diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laboral radica en que, en este segundo caso, el contratante asume dar el servicio, mientras que en el primero solo asume dar su trabajo. Por eso, es aquel (y no este) quien ha de encargarse de organizarlo y de poner los medios personales y materiales para cumplir con la obligación convenida, asumiendo el riesgo de que estos fallen, sin que pueda inmiscuirse en esos terrenos el arrendador, ya que al hacerlo, está aportando el elemento que transforma el arrendamiento de servicios no laboral en un contrato de trabajo»¹⁴¹.

V. LA DEPENDENCIA DEL ABOGADO Y LA RUPTURA DEL MODELO LABORAL DECIMONÓNICO, TODAVÍA VIGENTE, EN LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO, POR EXIGENCIAS DE LA *LEX ARTIS*, POSTULADOS ÉTICOS, Y EL IMPERIO DE LA RACIONALIDAD. LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO EN EL TERCER MILENIO

Ciertamente, «la propia noción de "dependencia" es difusa y genera frecuentes controversias jurídicas, sobre todo en ciertos casos cuyas particulares circunstancias difuminan el sentido clásico de esa dependencia»¹⁴².

1. La «dependencia» del abogado que presta sus servicios como trabajador asalariado y por cuenta ajena (remisión)

El abogado¹⁴³ que presta sus servicios como trabajador asalariado por cuenta ajena es un trabajador sometido a los avatares propios de la característica dependencia laboral, cuando su relación

¹⁴⁰ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

¹⁴¹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008; indica la STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2012, lo siguiente: «Debe destacarse con carácter previo, al igual que se efectuaba en la STS, Sala cuarta, de 8 de octubre de 1992), que el trabajo de valoración de daños de los peritos tasadores de seguros puede realizarse tanto en régimen laboral (contrato de trabajo) como en régimen de ejercicio libre de la profesión (arrendamiento de servicios) o, desde la perspectiva de las compañías aseguradoras, la tasación pericial de daños puede llevarse a cabo con recursos personales propios, o mediante encargo a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. La elección entre una y otra posibilidad corresponde, como es obvio, a las compañías y a los peritos tasadores (en uso de la libertad de empresa y de la libertad profesional, respectivamente), los cuales, de común acuerdo, pueden dar a la relación de servicios la configuración que tengan por conveniente. La línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó «integración en el círculo rector y disciplinario del empresario», concepto que en la legislación vigente se formula como «servicios... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica» (art. 1.1 ET), y que la doctrina científica denomina nota o criterio de «dependencia». Si los servicios del perito tasador de seguros se prestan en régimen de dependencia nos encontraremos, al margen del *nomen iuris* elegido por las partes, ante un contrato de trabajo; si se realiza en régimen de autonomía, fuera del círculo rector o ámbito de dirección de la compañía aseguradora, nos encontraremos, al margen también de la calificación asignada por los contratantes, ante un contrato de arrendamiento de servicios».

¹⁴² STSJ de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2011.

¹⁴³ Una historia completa sobre la Abogacía puede verse en MARTÍ MINGARRO, L.: *El Abogado en la historia: Un defensor de la razón y de la civilización*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2011.

de trabajo es ordinaria o común, y matizadamente cuando aquella relación es especial¹⁴⁴. Por más que «esta característica, como las restantes, (haya) ido históricamente evolucionando y, en algunos casos, flexibilizándose»¹⁴⁵, en ninguno de aquellos supuestos el abogado deja de ser un trabajador asalariado por cuenta ajena.

No se elimina la «dependencia», por la imperatividad de un determinado código deontológico, sino que simplemente se «flexibiliza». Concurrentes las notas determinantes de la laboralidad de la relación jurídica, la obligación del abogado de cumplir con las obligaciones deontológicas establecidas en el Estatuto General de la Abogacía, cuya importancia en absoluto deben minorarse¹⁴⁶, «flexibiliza» la característica «dependencia», pero no la elimina¹⁴⁷, sin que ese abogado pueda considerarse un «trabajador autónomo dependiente», sujeto a tan singular modalidad de arrendamiento de servicios¹⁴⁸.

La sentencia objeto de comentario se limita a contemplar la hipótesis del abogado que concluye mediante un contrato de trabajo una relación laboral ordinaria o común, por ello procede limitarse a semejante supuesto. Ello supone que le son aplicables las consideraciones que se han venido efectuando a lo largo del presente trabajo. Baste, como recordatorio del estado de las relaciones laborales en la actualidad, la siguiente apreciación¹⁴⁹:

«Sabido es (...) que en la relación laboral el trabajador ocupa una posición de subordinación, natural e inevitable para la actividad productiva, que puede conllevar un cierto riesgo para sus derechos e intereses. Por ello esta rama del Derecho (del Trabajo) pretende, entre otras cosas, proteger al trabajador por cuenta ajena o asalariado de los riesgos de la subordinación, tutelando la posición del contratante débil, tratando de compensar la desigualdad entre las partes que caracteriza al contrato de trabajo. Garantizar la efectividad real del Derecho del Trabajo exige asegurar que la situación de subordinación y dependencia del trabajador no se traduzca en un clima adverso a cualquier planteamiento de reclamación laboral. Si la empresa es socialmente una clara situación de poder, si la relación de trabajo expresa, en definitiva, el sometimiento de un hombre a otro (o en términos del art. 1 ET, la inserción en el círculo organizativo, rector y disciplinario del empresario), obligado a realizar una

¹⁴⁴ Vid. STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 8 de abril de 2011; la controversia es antigua habiéndose sostenido diferentes posiciones, vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, USC, 1988; MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Madrid: Tecnos, 1990; Ya admitían la laboralidad común de la relación del «asesor jurídico de un empresario», ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, pág. 61.

¹⁴⁵ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2012.

¹⁴⁶ Baste con la cita de la STS, Sala Segunda, de 17 de septiembre de 2012.

¹⁴⁷ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «El Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 13, 1997.

¹⁴⁸ «La nota de laboralidad que normalmente preside la relación del abogado de empresa (...) y que la somete al ámbito de organización y dirección del empresario o empleador puede suponer que, en ocasiones, el abogado de empresa se enfrente a situaciones de conflicto entre su criterio profesional y el mandato de actuación del empresario», afirman RAMOS GONZÁLEZ, G. y DEL VALLE URZAIZ, J.: «Abogado de empresa: Éxito profesional derivado de su capacidad relacional», en *Retos de la Abogacía ante la sociedad global*, título preliminar («El Abogado de Empresa»), capítulo 4, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012, pág. 1.318.

¹⁴⁹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2007.

determinada conducta, esta supremacía fáctica y jurídica no puede extenderse hasta el punto de ser un obstáculo a la efectividad de los derechos que el ordenamiento reconoce a los trabajadores.»

2. La ruptura del modelo laboral decimonónico. La prestación del trabajo en el tercer milenio

El régimen jurídico de las prestaciones de servicios está llamado a unificarse. Se trata de la superación del contrato de trabajo, pero no de una involución al «arrendamiento de trabajo» (arrendamiento de servicios). Tampoco se trata de postular el abandono de la categoría del «contrato», auténtico baluarte de la «libertad» y epicentro de la dogmática jurídica actual, ni del «mercado», sino de desvincular el contrato de la «propiedad con propietario», que desde la Revolución francesa permanecen inextricablemente unidos. «Las dos son indivisibles y ambas formarán parte del nuevo Derecho civil: libertad y propiedad, propiedad y contrato, serán ideas que ya no han de separarse. Cada propietario cambia el producto de su trabajo, aunque este no sea otro que su propio esfuerzo¹⁵⁰.» El «contractualismo» proporciona un conjunto de ideas y técnicas estimables para superar esa situación¹⁵¹.

Son exigencias derivadas del discurso racional, del conocimiento científico y sus aplicaciones técnicas (*lex artis*), y de la vigencia y extensión de nuevos postulados éticos (reflejados en códigos deontológicos), las que imponen y llaman al cambio de los modelos decimonónicos de prestación del trabajo aún imperantes. No es ajena a esa imposición la evolución experimentada del principio de igualdad, especialmente en su vertiente lógica en la que se formula como identidad mejor que como equivalencia, pero también en su vertiente ideológica/política, desapareciendo limitaciones y restricciones *ad personam* y argumentos *ad hominem*.

Representativo de semejantes límites del principio de igualdad es el conocido pasaje orwelliano: «Por primera vez Benjamin consintió en romper la costumbre y leyó lo que estaba escrito en el muro. Allí no había nada excepto un mandamiento. Este decía: Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros»¹⁵². No adecuan la prestación del trabajo a la racionalidad exigible y valores éticos imperantes en el tercer milenio, la autotutela y autorregulación procuradas por el contrato de trabajo, porque a él es esencial la «situación de subordinación»¹⁵³.

Si históricamente parece indubitado que el contrato de trabajo fue instrumento de libertad pero también de desigualdad¹⁵⁴, incorporando «a la idea de contrato la de subordinación»¹⁵⁵, por más que

¹⁵⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 31.

¹⁵¹ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *op. cit.*, *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, págs. 81, 82 y 83, sigue a Álvaro d'Ors, quien «propugna una revisión de la empresa que se base en un orden laboral no conflictivo y que debería apoyarse en un nuevo orden jurídico. Tal nuevo orden debe pasar por una superación de la actual configuración de la empresa (...) el trabajador sigue siendo objeto de arrendamiento, pues produce unos "frutos" (...). En primer lugar, en inversionista debe considerarse como un mero prestamista, no como socio (...) la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad (...). Tales proposiciones (...) vienen a propugnar el abandono del «arrendamiento» de los servicios de trabajador a favor de la constitución de un contrato de sociedad, dentro de la nueva concepción de la empresa».

¹⁵² ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, Londres, 1946, Barcelona: Ediciones Destino, 2006, pág. 150.

¹⁵³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 134.

¹⁵⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *op. cit.*, *Derecho y Trabajo*, pág. 41.

¹⁵⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *op. cit.*, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pág. 3.

haya sido útil instrumento limitador del un poder empresarial irrestricto, sigue en la actualidad escondiendo desigualdad jurídica, por ser inmanente a su estructura. En cierto sentido, el contrato de trabajo magnifica, a la hora actual, una reprochable desigualdad al pretenderse e invocarse, equívocamente, como la única solución posible, en puridad de técnica jurídica, para ordenar la prestación del trabajo por cuenta ajena en un sistema de economía social de mercado, consolidando consecuentemente la jerarquía social y el estatus¹⁵⁶. Ha repararse en que el contrato de trabajo «da apariencia de igualdad jurídica a la relación cuando la realidad que subyace a ella es la desigualdad, (y) esta fluirá constantemente y siempre que le sea posible al interior de la relación laboral»¹⁵⁷.

La ruptura del modelo decimonónico supone naturalmente la «descolocación», valga la expresión, del trabajador, que de «esclavo feliz», sin responsabilidad alguna en la marcha de la empresa pero cobrando un «salario» y percibiendo o disfrutando de otras ventajas «sociales», pasará a «depender de» y «responder por» la marcha de la empresa. Utilizando los mimbres que ahora presta el «estado del conocimiento jurídico», el trabajador pasará a participar en la empresa asumiendo todos los riesgos y responsabilidades inherentes a su novedosa posición jurídica o condición de partícipe. Desaparecerán las «benéficas» consecuencias derivadas para él de la «ajenidad». Sus retribuciones y responsabilidades aparecerán inextricablemente unidas a la marcha de la actividad de empresa, en tanto se mantenga vinculado o asociado a la misma. El trabajador asumirá todos los riesgos, hasta ahora propios del empleador o empresario, y tendrá una responsabilidad irrestricta derivada de la actividad empresarial, distinta y comparativamente más exigente o agravada que la de aquel que solo ponga capital (cuya responsabilidad se limitará a la aportación comprometida). Todo ello a reserva de los derechos y deberes inmanentes a nuevas estructuras jurídicas que puedan «inventarse».

Aquella prospectiva se confirma en la medida en que el modelo canónico de relación laboral ya se ha visto alterado, en puntos o extremos concretos de algunas relaciones laborales especiales, en alguna medida orientados en la tendencia antes señalada, sin que por ello haya padecido ni el sistema democrático ni el sistema de economía de mercado. Es oportuno traer a colación algunos de esos supuestos en cuanto que inciden en la problemática planteada por el TJUE en la sentencia que es objeto de comentario.

Así, en la relación laboral especial de personal de alta dirección (Real Decreto Legislativo 1382/1985, de 1 de agosto) se produce confusión material entre relación laboral y relación societaria. Efectivamente, «la noción de alta dirección exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la misma, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, poderes que han de referirse a los

¹⁵⁶ APPIAH, K.A.: *Experimentos de ética*, Buenos Aires-Madrid: Katz Editores, 2010, pág. 176, indica «por muy descabellada que suene esta idea, gran parte de la retórica igualitaria habla el lenguaje de la jerarquía (...). Aunque suene paradójico (...), el universalismo moral, lisa y llanamente, habla el lenguaje del estatus. La insistencia con que Kant urge a "tratar a la humanidad, ya sea en nuestra propia persona o en la de otro siempre como un fin y no como un medio" su insistencia en el "valor incondicional e incomparable" de todas las personas, reclama para toda la humanidad el respeto que un monarca habría considerado un deber para con él».

¹⁵⁷ ROMÁN, M.D.: *op. cit.*, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, pág. 58, que precisa en la misma página lo siguiente: «Cierto es que la desigualdad entre las partes en un contrato no es un monopolio del trabajo y que no puede afirmarse sin más que la subordinación y los correlativos poderes empresariales sean un vínculo anómalo respecto a otros por las implicaciones personales que supone».

objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia, para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, debiendo actuar el alto directivo con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia solo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad»¹⁵⁸.

La identificación del alto directivo laboral con los titulares de órganos sociales ha sido reiteradamente establecida por la jurisprudencia, según la cual «hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que estos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la Ley»¹⁵⁹. Aquellos órganos societarios tienen «precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia».

Pero resulta que tales competencias también están atribuidas legalmente al personal de alta dirección, que es el que fácticamente, de hecho, las desarrolla como ejemplo de «normalidad empresarial», al extremo de que si así no fuera dejará de ser considerado personal de alta dirección, siendo su sometimiento a los posibles «criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad», más o menos abstractos o concretos, equiparables a las limitaciones que los administradores ejecutivos pueden tener derivadas de acuerdos del propio consejo de administración, sus diferentes y especializados comités, o incluso de la propia junta o asamblea general¹⁶⁰.

¹⁵⁸ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 201, que además precisa que para la existencia de una relación laboral de personal de alta dirección: 1.º Han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en «el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas» (STS 6 de marzo de 1990) con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (STS 18 de marzo de 1991); 2.º Los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas «además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos (SSTS 30 de enero y 12 de septiembre de 1990)»; 3.º El alto directivo ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia solo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que han de excluirse quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora (SSTS 13 de marzo y 12 de septiembre de 1990). Lo que caracteriza, por lo tanto, a la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial (STS 10 de febrero de 1984), así como que solo son personal de alta dirección las personas integradas en la organización empresarial, actuando en ella con propia responsabilidad y facultades que pertenecen a su titularidad jurídica, en relación con los objetivos de aquella, sin otro límite que el que supone la adaptación de sus decisiones a las directrices de los órganos supremos, individuales o colectivos, de la misma, habiéndose convertido tal tipificación jurisprudencial en norma positiva por Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (STS de 12 de septiembre de 1986), a lo que se ha de añadir que lo que define la alta dirección son las funciones realmente desarrolladas y su grado de autonomía dentro del ámbito organizativo de la empresa (STS 15 de julio de 1986), debiendo estarse a las reales actividades prestadas (STS 23 de diciembre de 1985), a las facultades desempeñadas en cada caso concreto.

¹⁵⁹ STS, Sala Cuarta, de 22 de diciembre de 1994, con ocasión de la interpretación del artículo 1.3 c) del ET.

¹⁶⁰ *Id.* artículos 160 i), 161, 209, 455 y 528 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y disposición adicional décimoctava de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Por ello insiste aquella jurisprudencia en que «cuando se compatibilizan funciones de Consejero Delegado y alto cargo» se produce una hipótesis singular. De tal manera que «en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral»¹⁶¹.

En fin, que partir de la comparación de la regulación jurídicopositiva considera la jurisprudencia que no hay diferencia sustantiva entre una relación societaria y otra de personal laboral de alta dirección, habida cuenta de que «entre estos preceptos se aprecia la existencia de un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades consideradas en los mismos, pues la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza (...). Por otra parte, hay que tener en cuenta que al órgano de administración de la sociedad le corresponden funciones de administración en sentido estricto (internas) y de representación (externas) comprendiendo las primeras, en principio y a reserva de previsiones estatutarias (...), la gestión de los intereses sociales y la dirección de la actividad de la sociedad, sin que nuestra legislación recoja, con carácter general, la separación existente en otros ordenamientos entre dirección y gestión»¹⁶². Por ello la doctrina legal pertinente resuelve la cuestión en sentido puramente formal¹⁶³. Semejante confusión también «se produce cuando un trabajador, unido a la empresa por una relación especial de alta dirección, pasa a desempeñar un cargo societario, como miembro del Consejo de Administración»¹⁶⁴.

También se altera el modelo canónico de relación laboral mediante el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Se trata de relaciones laborales que se establecen entre los abogados y los despachos de abogados cuya principal peculiaridad es, según explicita su norma reguladora, el ámbito en que se desarrolla la relación laboral, los despachos

¹⁶¹ Baste con la cita de las SSTs, Sala Cuarta, de las Sentencias de 21 de enero, 13 de mayo y 3 de junio y 18 de junio de 1991, 27 de enero de 1992, y 11 de marzo de 1994. Doctrina reiterada y recogida en una profusa jurisprudencia menor, siendo suficiente con la cita de la STSJ de Madrid de 16 de abril de 2012.

¹⁶² STS, Sala Cuarta, de 21 de enero de 1991.

¹⁶³ En términos de la STS, Sala Cuarta, de 21 de enero de 1991, «cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquel consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral». Doctrina reiterada y recogida en una amplia jurisprudencia menor, siendo suficiente con la cita de la STSJ de Madrid de 16 de abril de 2012. Doctrina reiterada y recogida en una profusa jurisprudencia menor, siendo bastante con la cita de la STSJ de Madrid de 16 de abril de 2012; *vid. ALONSO UREBA, A.: «Administrador de hecho y grupo de sociedades», Otrosí, octubre-diciembre, 2012, págs. 22-28.*

¹⁶⁴ STS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre de 2009.

de abogados, en el que aparece una relación triangular, titular del despacho, cliente y abogado que, sin duda, condiciona el desarrollo de la relación laboral entre los abogados y los despachos. Relación que si bien se separa de aquellas relaciones laborales a las que hace referencia la sentencia objeto de comentario, no es inoportuna traerla a colación.

Son notas específicas de aquella regulación «el reconocimiento a los abogados de un mayor grado de autonomía, independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección de su trabajo. La limitación de las facultades de dirección y control del trabajo de los titulares de los despachos en su condición de empleadores de los abogados» y las «mayores exigencias a los abogados en la ejecución de su actividad laboral en cuanto al cumplimiento de los deberes específicos de diligencia y confidencialidad y de los plazos que se establecen en las normas procesales».

Añadiendo la norma reguladora de esa relación laboral especial la exigibilidad del «sometimiento estricto de los abogados, cualquiera que sea la forma en que ejerzan la profesión, a las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía, a las normas colegiales, y al consiguiente régimen disciplinario colegial. En definitiva, a los abogados se les reconocen derechos y se les imponen obligaciones en normas o por poderes no estrictamente laborales, que deben ejercitar o cumplir al mismo tiempo que los derechos y deberes laborales, y cuyos incumplimientos están sometidos a sanción por parte de poderes asimismo ajenos a los del empleador. Además, en el ejercicio de su profesión la función de los abogados trasciende o va más allá de los intereses concretos de los clientes y de los despachos, en la medida en que son un instrumento básico para garantizar sus derechos, pero también para hacer efectiva la tutela judicial en la medida en que participan en la función pública de la administración de justicia»¹⁶⁵.

De tal manera, dice la norma misma reguladora, que esas peculiaridades «que son inherentes al ejercicio de la profesión de abogado, proyectadas en el ámbito de los despachos de abogados en los que el cliente difiere de la persona del empleador, son las que hacen inviable la total o completa aplicación de la regulación laboral común contenida en el Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral que se establece entre los abogados y los despachos». Efectivamente, en esa relación laboral especial «el poder de dirección que las normas laborales reconocen a los titulares de los despachos, en su condición de empleadores, en la medida en que las facultades inherentes al mismo aparecen (...) condicionadas o limitadas (...) se trata de un argumento que no figura en la Ley que lo ampara, precisamente por su extravagante origen»¹⁶⁶.

Son ejemplo, aquellas relaciones laborales, de que la «ajenidad» y la «dependencia», tal y como tradicionalmente han sido configuradas, no constituyen un elemento preciso e imprescindible para la prestación del trabajo, sino más bien un anacronismo. Especialmente, y en lo que respecta a la «dependencia», resulta que la evolución científica y técnica, la incidencia en la prestación del trabajo de normas que atienden a intereses generales y la aplicación de estándares éticos y morales propios de democracias deliberativas¹⁶⁷ conllevan a su exclusión. Así parece que va a ser la prestación del trabajo en el tercer milenio.

¹⁶⁵ Manifiesta esa peculiar posición del abogado la STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2012.

¹⁶⁶ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 2008.

¹⁶⁷ Sobre la democracia deliberativa, GREPPI, A.: *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid: Editorial Trotta, 2006.

VI. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario suscita antagónicas y contrapuestas valoraciones. Por una parte, es merecedora de un severo reproche en la medida en que su afirmación nuclear, «el requisito de independencia del abogado exige que no exista ninguna relación laboral entre este y su cliente», no se fundamenta suficientemente. Una afirmación de semejante magnitud, por su trascendencia y virtualidad expansiva, merece una motivación o argumentación irrefutable. Por otra parte, la sentencia que se comenta, no obstante su laconismo, ha de ser positivamente valorada, en la medida en que es una ventana abierta al futuro, y pone de manifiesto que el actual modelo de contrato de trabajo y relación laboral subsecuente se corresponde con otra época histórica, y es insostenible, adoleciendo además de una irracionalidad agravada que pesa, en general, sobre el Derecho («Es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro», *dixit*, cuestionablemente y en afirmación pretendidamente apodíctica, el Tribunal Constitucional¹⁶⁸).

¹⁶⁸ STC 164/2002, de 17 de septiembre, que reitera en SSTC 186/2002, de 14 de octubre, 224/2003, de 15 de diciembre, 29/2005, de 14 de febrero y 247/2006, de 24 de julio. También se manifiesta el Tribunal Constitucional sobre la limitada dimensión lógica del Derecho en su estado actual y del razonamiento judicial en las SSTC 147/1999, de 4 de agosto, 25/2000, de 31 de enero, 87/2000, de 27 de marzo, 82/2001, de 26 de marzo, 221/2001, de 31 de octubre, 55/2003, de 24 de marzo, 213/2003, de 1 de diciembre, 163/2004, de 4 de octubre, 154/2006, de 22 de mayo, 163/2006, de 22 de mayo, 181/2006, de 19 de julio, 243/2006, de 24 de julio, 248/2006, de 24 de julio, 41/2007, de 26 de febrero, 42/2007, de 26 de febrero, 59/2008, de 14 de mayo, y 128/2010, de 29 de noviembre.