

M.^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

*Catedrática EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social. Universidad de León*

Extracto:

DADA la inaplicación del Derecho del Trabajo (entendido como conjunto legal y convencional colectivo, inderrogable e indisponible) y de sus tratamientos más favorables en beneficio del trabajador a las relaciones de servicios no laborales y su sometimiento consiguiente a los órdenes jurídicos civil o mercantil, el análisis detenido de todas y cada una de las notas que caracterizan una relación contractual como laboral constituye el objeto de los primeros epígrafes del estudio.

Con todo, la delimitación exacta del ámbito de la legislación laboral y del Derecho del Trabajo no queda confiada de manera exclusiva a la comprobación de tales presupuestos sustantivos, sino que el legislador, por razones de índole política, social o económica puede alterar esa inicial configuración. De hecho, la propia evolución de los sistemas productivos está poniendo de manifiesto la aparición cada vez más frecuente de nuevas categorías de trabajadores (a domicilio, teletrabajadores...) y una gran elasticidad en la determinación de las denominadas «zonas grises», en la medida en que cada vez resulta más frecuente la quiebra de la «dependencia» y el avance de los fenómenos de «parasubordinación».

Se analiza, por último, ante la revalorización de las formas autónomas de trabajo, la posibilidad de articular un sistema de protección del profesional que desde el punto de vista jurídico es autónomo pero es dependiente desde el punto de vista económico (*trade*), permitiéndole utilizar medios de defensa semejantes a los del trabajador subordinado. La formación y readaptación profesionales, la protección frente a discriminaciones y riesgos en el trabajo, el derecho a la percepción de la contraprestación económica por el ejercicio profesional, los derechos colectivos y la protección social, el acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos y a la tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales son, sin duda, aspectos relevantes del trabajo autónomo, cuya regulación parece necesaria y cada vez más cercana, como pone de manifiesto la reciente elaboración de una *propuesta de Estatuto del Trabajador Autónomo*.

Sumario:

- I. La individualización del trabajo relevante para el ordenamiento jurídico-laboral.
 1. La naturaleza contractual de la relación individual de trabajo.
 2. Delimitación conceptual del trabajo asalariado a partir de sus notas características básicas.
 - 2.1. *Intuitu personae*.
 - 2.2. Voluntariedad y libertad.
 - 2.3. Dependencia y subordinación.
 - 2.4. Ajenidad.
 - 2.5. Remuneración.
- II. La quiebra de la «dependencia» y el avance de los fenómenos de «parasubordinación».
- III. El concepto de «trabajador» asalariado a partir de las notas configuradoras del contrato de trabajo.
- IV. La elasticidad de las denominadas «zonas grises» o fronteras.
- V. Tipología de los «nuevos trabajadores».
 1. El trabajador a domicilio.
 2. El teletrabajador.
 3. El sector de la economía social.
- VI. La revalorización de las formas autónomas de trabajo.
- VII. La tutela del trabajo autónomo dependiente.
 1. El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente.
 2. Su distinción respecto de los pseudoautónomos o falsos autónomos.
 3. La necesaria extensión «parcial» de la normativa de tutela del trabajo dependiente a la esfera de ciertos trabajadores autónomos «parasubordinados» o bajo dependencia económica.
 - 3.1. El debate en la Comunidad Europea y a nivel internacional.
 - 3.2. El caso español. El ámbito material de laboralización del trabajo autónomo.
 - 3.3. Propuestas de reforma en el ámbito interno. Iniciativas respecto al Estatuto del Trabajador Autónomo.
 4. Un último paso: la propuesta de Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo, presentado al Gobierno en octubre de 2005.
- VIII. La protección social de los trabajadores autónomos.

I. LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL TRABAJO RELEVANTE PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL

1. La naturaleza contractual de la relación individual de trabajo.

El contrato de trabajo –ya desde sus fases preliminares¹– es una categoría jurídica apropiada para expresar la relación en virtud de la cual tiene lugar el intercambio de trabajo por salario y cuyo fin es la producción de bienes y servicios para el mercado². En cuanto tal, constituye el «eje institucional de todo el Derecho del Trabajo»; aún más, es su «figura central y su razón de ser»³, no en vano la reivindicación de autonomía para este sector del ordenamiento sólo pudo cristalizar una vez ampliados los dominios del contrato de trabajo y reafirmada su independencia frente al arrendamiento de servicios⁴, corri-

¹ Al respecto, por todos, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», *AL*, núm. 42, 1994, págs. 657 y ss.

² El trabajo objeto de la regulación del Derecho Laboral es el prestado a través de un contrato de trabajo», SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «El origen contractual de la relación de trabajo», *CPS*, núm. 48, 1960, págs. 69 y 126; ALONSO OLEA, M.: «En torno al concepto de contrato de trabajo», *ADC*, T. XX, enero-marzo, 1967, págs. 118 y 119. La relación social básica del modo de producción capitalista es, ya en su propia raíz, una relación jurídica contractual: no se trata de una relación social "en bruto" que luego se juridifica», ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», *REDT*, núm. 28, 1986, pág. 496.

³ MONTOYA MELGAR, A.: *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Murcia, 1972, pág. 14 o *Derecho y Trabajo*, Madrid, 1997, pág. 30. Parece claro que una de las líneas básicas que resaltan con mayor nitidez es la preponderancia que dentro de la temática amplia y compleja de la disciplina se otorga a la institución contractual, apareciendo situado el contrato de trabajo «como eje de la parcela jurídica que toma como base el trabajo», GALIANA MORENO, J.M.º: «El contrato de trabajo», en AA.VV.: *La obra científica de Manuel Alonso Olea (En sus XXV años de catedrático de Derecho del Trabajo)*, Murcia, 1983, pág. 52.

⁴ Merced a «una serie de medidas de tipo jurídico-positivo que suponen, en todo caso, superar los moldes tradicionales del Derecho Civil, incapaz de contener en los códigos del siglo XIX todo el conjunto de nuevas medidas», obligando a arbitrar un mecanismo capaz de proporcionar respuesta jurídica adecuada a las nuevas circunstancias económicas, sociales y políticas. ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 9.ª ed., Barcelona, 1985, pág. 42; MONEREO PÉREZ, J.L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 96, 1999, pág. 491; GALIANA MORENO, J.M.º: «Status y contrato en el proceso de configuración de las relaciones de trabajo», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Martínez Bernal*, Murcia, 1980, págs. 222 y ss.; ORTIZ LALLANA, C.: «La supervivencia del Derecho del Trabajo», *AL*, núm. 42, 1999, págs. 811 y ss. o ALMANSA PASTOR, J.M.: «El sistema del Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990, pág. 199. Así pues, «la plasmación jurídica de las relaciones de trabajo surgidas a partir de la Revolución Industrial, y el tránsito de un trabajo no regulado laboralmente a un empleo protegido por la existencia de una relación contractual se realizará durante todo el s. XIX», permitiendo «que se avance en el proceso de humanización del trabajo», ROJO TORRECILLA, E.: «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 18, 1997, pág. 18.

giendo, al tiempo, la «problemática social» que la aplicación del ordenamiento privado «había contribuido a generar»⁵. La tipificación legal del contrato de trabajo mediante el recurso a la «dependencia» cancela de manera definitiva los esquemas contractuales de los negocios arrendaticios y, por lo mismo, marca un punto de inflexión en el proceso de juridificación de las relaciones laborales en España: la página de la legislación obrera o industrial se clausura, abriéndose la nueva del Derecho del Trabajo⁶.

Con el tiempo, el contrato de trabajo se convirtió en el tipo contractual normal o típico en la etapa de «apogeo del proteccionismo laboral»⁷, gozando de una poderosa fuerza atractiva para canalizar las prestaciones retribuidas de servicios y extendiendo su irradiación hacia el grueso de las relaciones de empleo.

La delimitación del contrato de trabajo ha servido como demarcación fronteriza, junto con otros criterios complementarios, de una rama particularmente rica y sensible del ordenamiento jurídico, que despierta fuertes reacciones de «atracción» y de «huida» por parte de amplios sectores de la ciudadanía⁸.

El Estatuto de los Trabajadores (ET), en el momento de fijar su ámbito, acoge legalmente tal noción y las notas definitorias del vínculo establecido (tan necesarias a la vista de la citada raíz contractual, situada en el origen de las grandes dificultades de identificación de la esencia del contrato de trabajo y su delimitación respecto de otras figuras civiles o mercantiles⁹, e incluso administrativas¹⁰, con las cuales pudiera mantener algún punto de convergencia –en sentido abstracto–, obligando a determinar y valorar los indicios propios de su objeto mediato), adoptando un enfoque subjetivista. A diferencia de otros países, el ordenamiento español prefiere alejarse de una «opción conceptual» cerrada y definitiva del contrato de trabajo –y, por ende, de la disciplina laboral–, al considerar más acertado escoger unos rasgos característicos que permitan la integración de cada supuesto fáctico en el tipo jurídico general (art. 1.1 del ET)¹¹. Semejante opción legislativa, con innegable parangón en los primeros artículos de normas anteriores [arts. 1 y 2 de la Ley del Contrato de Trabajo o art. 1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)], no es el resultado caprichoso de una declaración apriorística, sino que trae causa en una atenta observación de las relacio-

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil», *RL*, núm. 21, 1996, pág. 1.

⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Unidad y diversidad en la regulación del contrato de trabajo: apuntes de su evolución histórica», *RL*, núm. 8, 2005, págs. 10-11.

⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: «Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea», *REDT*, núm. 77, 1996, pág. 408.

⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo», *AS*, núm. 14, 2004, pág. 10.

⁹ ALEMANY ZARAGOZA, E.: «Consideraciones sobre el contrato de agencia. Similitudes con los representantes de comercio», *AS*, núm. 6, 1999, págs. 65 y ss.

¹⁰ STS de 18 de febrero de 1999 (*AL*, núm. 22, 1999, págs. 1.937 y ss.), significando la «competencia de la jurisdicción social en supuestos en que la apariencia formal de un contrato administrativo del RD 1645/1985 deja ver de manera clara la realidad subyacente de un contrato de trabajo, en el que el objeto del contrato no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación». En igual sentido, la STS de 9 de octubre de 1997 (Ar. 7195).

¹¹ Atento –sin duda– al dato a partir del cual cabe inferir que el «contrato laboral es un modelo estructural abierto», capaz de exigir fórmulas suficientemente flexibles y conceptos dúctiles para no precluir la operatividad del tipo general y dar un amplio juego a la exégesis interpretativa, RIVERO LAMAS, J.: «Tipificación y estructura del contrato de trabajo», *ADC*, 1970, T. XXV, págs. 23 y ss.

nes jurídicas que a ella deberían quedar sometidas; es más, dado el carácter central que esta norma ocupa en el conjunto del ordenamiento jurídico-laboral, no existe inconveniente para entender que el ámbito de aplicación del ET «es también el de la propia normativa laboral» y, por tanto, coincide con el del entero Derecho del Trabajo ¹².

De la definición otorgada por el artículo 1.1 del ET cabe extraer dos consecuencias esenciales: de un lado, su fuerte «potencialidad integradora» y «expansiva», al incorporar categorías económicas tales como la referencia al poder directivo del titular de la organización empresarial ¹³ y de otro, la doble faceta del contrato de trabajo, pues si el ordenamiento laboral aspira a ser instrumento garante de la posición del trabajador frente al empresario y mecanismo compensador de la desigualdad originaria entre las partes –derivada de la supremacía económica del empresario–, no cabe olvidar cómo, al tiempo, constituye elemento para la perpetuación y legitimación de dicha desigualdad de partida ¹⁴.

La importancia de la función constitutiva asumida por el contrato de trabajo contrasta, empero, con la limitada función normativa o reguladora de la relación de trabajo que el ordenamiento jurídico-laboral le reconoce en la actualidad, debido, esencialmente, a la fuerza atribuida tanto a la heteronomía ¹⁵ (en virtud de la cual la regulación de las condiciones de trabajo viene impuesta por normas –estatales o de origen colectivo– externas a la voluntad de las partes ¹⁶) como a la autonomía, pero no en su vertiente estrictamente individual sino también colectiva, y a la cada vez más común «contratación en masa, por la cual los contratos repiten sus condiciones, siendo mínima la efectiva negociación de los interesados» ¹⁷.

2. Delimitación conceptual del trabajo asalariado a partir de sus notas características básicas.

Los contratos tienen su propia naturaleza, independientemente de la denominación y proyección inadecuada que las partes atribuyan al que suscriban, y tal naturaleza procede deducirla tanto

¹² CAMPS RUIZ, L.M., en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, 1981, págs. 21 y ss.

¹³ DIÉGUEZ CUERVO, G.: «Conceptos económicos en la regulación de las relaciones de trabajo (Una novedad de nuestras reformas laborales)», *REDT*, núm. 86, 1997, pág. 829.

¹⁴ No cabe olvidar que «el contrato de trabajo, en su más radical instancia, no es sino el instrumento de consagración jurídica de tal desigualdad socioeconómica». GARCÍA BECEDAS, G.: *Democracia y relaciones laborales*, Madrid, 1982, págs. 153 y ss.

¹⁵ «La regulación heteronómica del trabajo constituye la verdadera tradición española, y la entrega de la relación laboral a la autonomía de la voluntad no es la regla, sino la excepción de duración escasa y de notoria influencia extranjera», BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo (Límites a la libertad contractual en el Derecho histórico español)*, Madrid (1955), pág. 29. La causa es el tradicional carácter tuitivo de este sector del ordenamiento, LUJÁN ALCARAZ, J.: «Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo», *AS*, núm. 4, 1999, pág. 9.

¹⁶ «La legislación laboral se va enriqueciendo poco a poco, estableciendo limitaciones a la discrecionalidad empresarial en el uso de la fuerza de trabajo y tratando también de configurar la figura del contrato de trabajo en términos tales que no impidan en la práctica la efectividad de dicha normativa limitadora. Desde este punto de vista, se puede decir, como se ha dicho, que todo el Derecho del Trabajo no es, en el fondo, más que la restricción del poder directivo del empresario», DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 78, 1996, pág. 604.

¹⁷ GARCÍA DE HARO y GOYTISOLO, R.: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid, 1963, pág. 95.

de su motivación inicial como de los actos de su sucesivo desarrollo y cumplimiento. Esta primacía de la esencia del pacto sobre la voluntad declarada por los contratantes significa que la naturaleza de un negocio cuyo objeto sea el trabajo no va a depender de la calificación proporcionada por las partes, sino de la derivada del análisis de los derechos y obligaciones que integran el contenido de la relación, tarea esencial a fin de evitar posibles situaciones de fraude orientadas a eludir la concertación de un verdadero contrato de trabajo o, por el contrario, para aparentar su existencia ¹⁸.

La incidencia de los cambios en los modos y la forma de prestación de la actividad laboral han incidido de forma decisiva en la forma de concebir y de definir la propia idea de trabajador. El Derecho ha asistido –prácticamente sin poder reaccionar– a una importante «reestructuración capitalista que ha diseñado de nuevo la geografía de las actividades productivas, junto con la tipología de las formas de empleo de la mano de obra, intervenido la economía y desbaratado el mercado de trabajo, mundializado los mercados de los productos y transformado, por obra de las nuevas tecnologías, incluso las características de los trabajadores más tradicionales» ¹⁹.

Imprescindible será, por tanto, proceder a identificar el sentido de las citadas características ²⁰, pues «saber quién es trabajador según qué trabajo es objeto del contrato, se convierte en uno de los episodios centrales en el reconocimiento de la dimensión real de la aplicación de la normativa laboral» ²¹.

2.1. Intuitu personae.

La relación jurídico-laboral aparece caracterizada por constituir una actividad, es decir, un *facere*, cuyo desempeño conduce a la obtención de una prestación necesaria para la subsistencia, la remuneración. Por esta razón, la realización de un trabajo capaz de proporcionar el sustento necesario corresponde esencial y necesariamente a la persona física, con exclusión del desarrollado por otros seres o fuerzas que operan fuera de la intervención del hombre y de su control y, en todo caso, de las personas jurídicas, lo cual confiere a la prestación laboral el carácter de personalísima e intransferible, sin posibilidad de sustitución novatoria en la persona del trabajador. La elevación del *intuitu personae* a elemento diferenciador del contrato laboral permite así utilizarlo como rasgo e ins-

¹⁸ GALIANA MORENO, J.M.^a: «El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles al prof. Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990, pág. 451.

¹⁹ ROMAGNOLI, U.: «Weimar, ¿y después?», en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, 1992, págs. 18-19.

²⁰ Analizadas detenidamente por LUJÁN ALCARAZ, J.: «Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial», *AS*, núm. 16, 2000, págs. 9 y ss.

²¹ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Valladolid, 1996, pág. 15. «No hay posible definición válida del Derecho del Trabajo si se prescinde de la identificación de la modalidad de trabajo que este sector jurídico tiene por misión ordenar», MONTROYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 91, 1998, pág. 709 o en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, Madrid, 1999, pág. 57.

trumento útil para iniciar una primera operación de deslinde respecto de otros tipos contractuales, como el contrato civil de ejecución de obra en sus dos especies (contrato de arrendamiento y contrato de empresa o contrata), el contrato de transporte o ciertas modalidades del contrato de arrendamiento de servicios.

Así, la singularidad principal del trabajo humano como objeto de transacción o intercambio radica en el hecho de constituir un bien inseparable de la persona del trabajador y, a diferencia de las transacciones sobre cosas o mercancías o sobre bienes de capital, los contratos sobre actividades de trabajo implican o comprometen personalmente (físicamente, incluso) a quienes han de prestarlas. Esta implicación personal en el acto de trabajo da cuenta de la tendencia a imponer límites sustantivos o de contenido a los actos de intercambio que tienen por objeto este recurso o bien económico.

La prestación laboral puede así ser definida como «personalísima e intransferible, sin posibilidad de sustitución novatoria en la persona del trabajador»²², condición humana que evidentemente habrá de dejar su impronta en el desarrollo de la relación laboral. En realidad, este criterio «se fundamenta en la relevancia que despliega la identificación de la persona contratada para prestación de servicios respecto a su asunción del juego de obligaciones y responsabilidades dimanantes de la ejecución del trabajo comprometido, pudiendo entenderse que un significativo número de instituciones laborales encuentra aplicación lógica en función de este presupuesto», a saber: derechos y deberes del trabajador, poder disciplinario, extinción del contrato por jubilación, incapacidad o fallecimiento, etc.²³.

Con el apoyo de otras, esta nota caracterizadora del contrato de trabajo ha permitido a los Tribunales trazar la línea de separación entre el contrato laboral y ciertos contratos civiles²⁴ (como el contrato de ejecución de obra en sus dos modalidades –contrato de arrendamiento de obra y contrato de empresa o contrata–²⁵, negocio en el cual lo directamente comprometido no es una actividad o servicio personal, sino la entrega de un resultado satisfactorio, sea derivado de la actividad propia del contratista –contrato de obra–, sea de la de otros que mantengan una relación con él, laboral o no –contrata–) y delimitar la relación jurídico-laboral frente al contrato mercantil de transporte o, en menor medida, frente a determinados arrendamientos de servicios; permitiendo excluir también la calificación jurídico-laboral de la prestación realizada en virtud de un contrato de mandato, por incompatibilidad del carácter personalísimo con la posibilidad reconocida al mandatario de nombrar un sustituto [art. 1721 del Código Civil (CC)]²⁶.

²² ALEMÁN PAEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Madrid, 1997, pág. 11.

²³ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: «Contrato de trabajo», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I, Madrid, 1990, págs. 18 y 19.

²⁴ STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1998 (AL, núm. 7, 1999, págs. 605 y ss).

²⁵ ALEMÁN PAEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa...*, cit., pág. 11.

²⁶ SSTTS de 19 de mayo de 1987 (Ar. 3733) y 23 de octubre de 1989 (Ar. 7310).

Con todo, este rasgo característico ha sido relativizado en ocasiones y puesto en un segundo plano como vía para la exclusión del juego de la laboralidad cuando del resto de los indicios sea posible deducir claramente las notas de ajenidad y dependencia, según muestra, en ejemplo paradigmático, la exigencia jurisprudencial de que la sustituibilidad debe tener entidad suficiente y no limitarse a escasas ocasiones (en el supuesto de mensajeros ²⁷, repartidores de prensa ²⁸, limpiadoras ²⁹ o empleados de fincas urbanas ³⁰).

2.2. Voluntariedad y libertad.

Una vez admitido el concepto de actividad como nuclear en la disciplina, procede afirmar la libertad de prestarla y, en consecuencia, la ausencia de situaciones compulsorias de tal envergadura que eliminen cualquier opción del trabajador contraria a la ejecución de lo ordenado. La relación que aquí interesa no es la constituida por vínculos forzosos, como fuera concebida en la esclavitud ³¹, sino la estipulada mediante un previo consentimiento sin el cual dicho pacto resultaría inválido. El trabajador pone su energía laboral a disposición de otra persona en virtud de un acto voluntario ³², a él corresponde *de iure* la facultad de iniciar y dar por terminada la prestación.

Actualmente cabe afirmar con toda seguridad el origen contractual de la relación de trabajo, cuya constitución pasa necesariamente por la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario: el contrato de trabajo. La voluntariedad del trabajo como presupuesto sustantivo de la relación laboral individual es, por tanto y al mismo tiempo, característica esencial de cualquier relación jurídica contractual (art. 1.261 CC), a través de la cual ambas partes se comprometen a realizar sus prestaciones respectivas. El contrato existe desde que «una o varias personas consienten en obligarse respecto de otro u otros a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (art. 1.254 CC),

²⁷ SSTs de 26 de febrero de 1986 (Ar. 834).

²⁸ SSTs de 26 de junio de 1986 (Ar. 3741), 6 de julio y 28 de septiembre de 1987 (Ar. 5086 y 6402), de 11 de julio de 1988 (Ar. 5783), 24 y 31 de julio y 19 de noviembre y 22 de diciembre de 1992 (Ar. 5655, 8898, 8823 y 10352).

²⁹ SSTCT de 22 de octubre de 1987 (Ar. 22672), 3 de mayo de 1988 (Ar. 3607), 25 de abril de 1989 (Ar. 756) o STS de 25 enero de 2000 (ILJ 60). En la doctrina, por extenso, GARCÍA TESTAL, E.: «Personal de limpieza y contrato de trabajo», *AS*, núm. 15, 2000, págs. 37 y ss.

³⁰ Como muestra la posibilidad de sustitución reconocida en dicha relación laboral, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Reflexiones sobre el régimen jurídico de los empleados de fincas urbanas», *La Ley*, 1990, T. IV, pág. 937 o VALLE MUÑOZ, F.A.: «El régimen jurídico laboral del empleado de finca urbana», *RTSS (CEF)*, núm. 211, 2000, págs. 95 y ss.

³¹ «Sólo existen, a partir de este momento, ciudadanos libres e iguales que intercambian, en el mercado, bienes mercantilmente iguales. Mientras que en las etapas históricas precedentes, quien trabajaba para otro lo hacía en situación de inferioridad o de subordinación desde el punto de vista jurídico (la esclavitud, las diversas manifestaciones de las relaciones de servidumbre), en la sociedad capitalista la prestación de trabajo por cuenta ajena se realiza, por primera vez, en condiciones de igualdad», aun cuando el tiempo demostró «en el terreno de la reflexión jurídica... la inferioridad del trabajador en el desarrollo de la relación de trabajo», DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», cit., págs. 601 y 603.

³² Sobre la diferencia entre el contrato de trabajo y la servidumbre y la imposibilidad de que ésta sobreviva en un régimen de libertades donde están reconocidos los derechos fundamentales de la persona, TÁRREGA POVEDA, J.: «Trabajador o siervo. (O, definitivamente, sobre la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo)», *AS*, núm. 16, 2004, pág. 45 y ss.

por lo que la voluntariedad ha de estar presente tanto en el momento inicial de la relación contractual, cuanto una vez establecida ésta³³. La ausencia de este *animus obligandi* hace que los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad [apartado d) del art. 3 del ET], constitutivos de figuras próximas a la donación o al intercambio de servicios, queden excluidos de la legislación laboral por faltar en ellas el *animus obligandi*, tanto en quien recibe los servicios como en quien los presta³⁴.

Por igual motivo, las relaciones laborales forzosas, establecidas en virtud de un mandato del poder público, quedan extramuros del ordenamiento laboral al faltar en ellas la nota de voluntariedad, presupuesto sustantivo del trabajo regulado por la disciplina; sin perjuicio, claro está, del reconocimiento legal de efectos hacia el pasado a las relaciones derivadas de un contrato nulo³⁵, habida cuenta de que «los casos en que a pesar de la nulidad del contrato perviven efectos jurídicos no se explican por la existencia de un hecho o un acto no contractuales que originen la relación de trabajo, sino por la especial finalidad de la legislación que los regula»³⁶.

La exigencia de voluntariedad en la prestación de trabajo aparece expresamente recogida en el ordenamiento positivo (art. 1.1 del ET) al definir el trabajo incluido dentro de su ámbito de aplicación como el desarrollado por quienes «voluntariamente presten sus servicios...». La previsión expresa de tal característica hubiera podido ser obviada, sin embargo, una vez reconocido el origen contractual de la relación laboral, esencialmente vinculado a dicho *placet* como presupuesto sustantivo de aquélla, pues sin la concurrencia de un consentimiento previo y libre el pacto no es válido. El consentimiento es «un presupuesto implícito y general a cualquier contrato, ínsito, pues, en su propio origen contractual»³⁷. Tal carácter permite, además, afirmar la exigencia de una voluntariedad de carácter formal y no material; existente, por tanto, aun cuando la decisión de contratar encuentre fundamento último en una situación de apremio económico del trabajador. El juego de la voluntariedad no acaba, sin embargo, en el mero acto de celebración del contrato, proyectando y desplegando sus efectos también durante la vigencia de la relación contractual e, incluso, a la finalización de la misma, de lo cual deriva la lógica inviabilidad de que el trabajador pueda comprometer su prestación laboral con carácter vitalicio³⁸.

³³ GARCÍA NINET, J.I. y MORRO LÓPEZ, J.: «Prestaciones personales obligatorias» en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, 1990, pág. 96.

³⁴ ALONSO OLEA, M.: «Trabajos familiares y amistosos, benévolo y de buena vecindad [art. 1.3.d) y e)]», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 83 y ss.

³⁵ No obstante haber sido empleado el argumento para poner en duda el origen contractual de la relación de trabajo, pues «sería inexplicable la subsistencia de relaciones de trabajo cuando el contrato es inválido, bien desde su inicio o como consecuencia de impugnación posterior», GARCÍA DE HARO, R.: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, cit., pág. 49.

³⁶ MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957, pág. 185.

³⁷ ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, cit., pág. 10. En sentido análogo, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, cit., pág. 16.

³⁸ De ser lícito, destruiría su libertad para resolver el contrato y le sumiría, *de facto*, en una situación de servidumbre. ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed., Madrid, 1987, pág. 145 o LLUIS Y NAVAS, J.: «El suministro de servicios en las legislaciones romano-germánicas de la primera mitad del siglo XIX», *RTL*, núm. 75, 1998, pág. 65.

La exigencia legal de un trabajo libre –en cuanto prestado voluntariamente– conduce, por otra parte, a la exclusión de la relación contractual de trabajo de las «prestaciones personales obligatorias» [art. 1.3 b) del ET], es decir, aquellas cuyo origen no sea contractual, como ocurre con los trabajos «regimentales» o de mantenimiento que llevan a cabo los penados (previstos y regulados en el Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero), las tareas destinadas a satisfacer necesidades comunitarias en favor de municipios o, durante muchos años, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria realizadas por los objetores de conciencia.

Sin perjuicio de la exclusión generalizada de estos trabajos debido a su origen extracontractual, el ordenamiento laboral atiende, sin embargo, a ciertas actividades en las cuales la nota de voluntariedad aparece difuminada en un grado importante o, incluso, está claramente ausente. En concreto, la relación de trabajo de los penados en instituciones penitenciarias [declarada, con alguna ligereza, relación laboral especial por el art. 2.1 c) del ET³⁹], aun cuando retribuida, no reúne las notas propias de la contratación laboral: de un lado, su causa no es propiamente el intercambio de trabajo por salario, sino más bien una finalidad reeducadora y de reinserción social⁴⁰, faltando una motivación estrictamente profesional⁴¹; de otro, falta la libertad contractual en la prestación de servicios, necesaria para hacer surgir un contrato de trabajo, al venir condicionada su naturaleza por la coactividad de la pena que es su ocasión y por las exigencias del medio –establecimiento penitenciario– en el cual aquélla se desenvuelve⁴².

De otro lado, constituyen situaciones jurídicas administrativas –y, por tanto, desprovistas de naturaleza contractual– los trabajos temporales de colaboración social que la Administración puede exigir a los trabajadores perceptores de prestaciones de desempleo, perdiendo el trabajador su derecho a la prestación económica que estuviera percibiendo en caso de negativa injustificada a realizarlos⁴³. Habida cuenta de que la Administración puede exigir de todo trabajador desempleado protegido por esta contingencia la realización de trabajos temporales en beneficio de la comunidad, esta modalidad ha sido encuadrada acertadamente dentro de «otras técnicas (no contractuales) de empleo asistenciales»⁴⁴, pues es obvio que la relación de empleo público así constituida no puede ser calificada nunca como contrato de trabajo⁴⁵, al faltar, del lado de quien presta el servicio, el libre consentimiento como fundamento de cualquier relación contractual⁴⁶.

³⁹ Regulada en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio (BOE de 7 de julio).

⁴⁰ Al obedecer su laboralización jurídico-positiva a motivaciones de progresismo social, como un mecanismo para la resocialización del penado. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias», *REDT*, núm. 9, 1982, pág. 566.

⁴¹ Aun cuando efectivamente realice un trabajo productivo, y por tanto laboral, STSJ de Madrid de 25 de enero de 1991 (Ar. 880).

⁴² DE LA VILLA GIL, L.E.: «¿Contrato de trabajo de los penados?», en AA.VV.: *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Madrid, 1965, pág. 351.

⁴³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El trabajo temporal de colaboración social» en AA.VV.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo. Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Córdoba, 1983, págs. 123 y ss.

⁴⁴ CASAS BAAMONDE, M.^a E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España», *RL*, 1989, T. I, págs. 240 y ss.

⁴⁵ SSTSJ de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (Ar. 4811) y 19 de diciembre de 1996 (Ar. 4691), Galicia 14 de mayo de 1993 (Ar. 2499) y 14 de mayo de 1996 (Ar. 2206). Sin perjuicio de poder conseguir «con estos trabajos de colaboración social una eficaz medida de política activa de empleo», CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Los trabajos de colaboración social», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 295.

⁴⁶ Entre otros, OJEDA AVILÉS, A.: «Las nuevas formas de contratación laboral» y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El trabajo temporal de colaboración social», ambos en AA.VV.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, cit., págs. 86 y ss. y 134 y ss.; CARDONA TORRES, J.: *El personal laboral en las Corporaciones Locales*, Barcelona, 1989, págs. 46 y ss. o BARREIRO GONZÁLEZ, G.; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Contratos laborales temporales. Guía legal, jurisprudencial y práctica*, Madrid, 1993, págs. 321 y ss.

2.3. Dependencia y subordinación.

El sometimiento a la voluntad del empresario junto a la facultad de este último para intervenir en todo momento en el desarrollo de la prestación⁴⁷, han sido los rasgos más significativos de la relación laboral⁴⁸, al punto de ser considerados como «elementos señoriales y soberanos» en gran parte de los ordenamientos comparados⁴⁹.

Por subordinación, en Derecho Laboral, hay que entender una especie de poder de quien da trabajo sobre quien lo presta, y que sin quebrantar la libertad de este último, otorga una cierta potestad de mando al primero, equivalente «a la creación de una actitud o situación de obediencia en el trabajador dependiente respecto del empresario del cual éste depende»⁵⁰.

La dependencia alude a un modo de ser de la prestación de trabajo humano, cimentado en la «incorporación» del trabajador a una organización ajena y, como consecuencia, en la mediatización de su trabajo por un tercero, quien actúa desde una posición de supremacía⁵¹ en cuanto titular, tanto de los medios de producción, como del resultado del trabajo. Precisamente en la nota de la subordinación han encontrado algunos autores la especialidad del Derecho del Trabajo⁵², no en vano «dicha noción viene siendo, desde los albores de la legislación social, la piedra de toque fundamental para diagnosticar cuándo se está ante un contrato de trabajo y cuándo, por consiguiente, es aplicable el Derecho del Trabajo»⁵³.

Precisamente para delimitar su ámbito, el Derecho del Trabajo ha tratado de elaborar un concepto unitario de trabajador subordinado o de trabajo dependiente excesivamente abstracto y separado de la realidad sociológica, agregando situaciones extremadamente diversas para delimitar un

⁴⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros», *RL*, núm. 3, 1997, pág. 8.

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, págs. 158-159.

⁴⁹ Sobre las afirmaciones de GIERKE, PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1960, pág. 31.

⁵⁰ ALONSO GARCÍA, M.: *Introducción al Estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958, pág. 71; MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, pág. 72. El factor que incide para apreciar la existencia de dependencia es el mayor o menor control que se ejercita en la actividad de representante. ALEMANY ZARAGOZA, E.: «Consideraciones sobre el contrato de agencia...», cit., pág. 75.

⁵¹ ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A. y SERRANO CARVAJAL, J.: *Lecciones de médicos de empresa*, Madrid, 1967, pág. 22; CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1981, págs. 63 y 117; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», cit., pág. 159 o ALBIOL MONTESINOS, I.: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *CCDT*, núm. 1, 1971, págs. 1 y ss.

⁵² A partir de la misma, la incorporación del requisito al concepto de contrato de trabajo aparece como un fenómeno histórico provocado por el hecho de que la protección inicial de las leyes laborales recayera sobre trabajadores manuales en evidente situación de sometimiento, tanto económico (ante una ley de mercado adversa) como técnico (a consecuencia de una formación profesional que entonces, y en conjunto, exigía una escasa especialización y una casi nula o muy rudimentaria preparación cultural). BAYÓN CHACÓN, G.: «El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pág. 11.

⁵³ MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», cit., pág. 710 o en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 58.

tipo ideal de destinatario de un tratamiento global que además se quiere unitario y uniforme ⁵⁴. Ese criterio ha permitido que se aplique a una persona una compleja regulación, reglamentaria y convencional (la propia del trabajo subordinado), o si se niega a esa persona la calificación de trabajador se le abandone al consiguiente «desierto» normativo de la autonomía contractual ⁵⁵.

Cuando una persona distinta a quien realiza el trabajo ostenta un poder jurídico de disposición sobre el esfuerzo laboral de este último, privado del control sobre el modo de ejecución de su prestación, existe un trabajo dependiente o subordinado, es decir, «la puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo del trabajador para aplicarla en interés de aquél» ⁵⁶.

El desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial de esta nota viene marcado por la superación progresiva de una perspectiva de la dependencia entendida como subordinación rigurosa y estricta, derivada del propio contexto de su nacimiento ⁵⁷. La existencia de la dependencia apareció vinculada a determinados indicios o manifestaciones tradicionales de la misma, frente a la visión actual mucho más flexible, expresada por la doctrina legal como la situación del trabajador comprendido dentro del «círculo organicista, rector y disciplinario» de quien lo emplea. Así pues, suscrito un contrato de trabajo cabe exigir, no sólo la obligación principal del trabajador (la prestación de unos servicios), sino también un trabajo necesariamente subordinado (por cuenta y bajo la dirección del empleador). La deuda del trabajador no acaba, por tanto, en una prestación cualquiera; ésta debe ser realizada a partir de las instrucciones y órdenes del propietario de la unidad productiva; en consecuencia, aun siendo obligación principal del trabajador la de poner a disposición de aquél su fuerza de trabajo, con vistas a que su estructura productiva produzca un rendimiento óptimo, al mismo tiempo resulta de interés para el trabajador garantizar su profesionalidad y el respeto a su declaración de voluntad, fijando con claridad la naturaleza de los servicios a cuya realización pueda ser compelido ⁵⁸.

El trabajo así concebido puede presentar, empero, diversas modalidades, con diversos niveles de intensidad por razón de «la actual existencia de una "pluralidad de mundos productivos" que piden respuestas diferentes» ⁵⁹. Así, la dependencia aparece unas veces como subordinación en su sentido

⁵⁴ Por ejemplo, a los «trabajos de colaboración periodística». Por todos, DURÉNDEZ SÁEZ, I.: «Sobre la dependencia y la ajenidad en el contrato de trabajo de colaboradora periodística. Comentario a la STSJ de Asturias de 14 de abril de 2000», *AS*, núm. 6, 2000, págs. 25 y ss., considerando cómo no es óbice a la existencia de dependencia que el trabajador no esté sujeto a horario o jornada si se da... «la sumisión rigurosa del trabajador al programa empresarial de necesidades», añadiendo que la jornada puede ser cumplida también en el domicilio del trabajador mediante las conexiones informáticas necesarias.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», *RL*, núm. 24, 1999, pág. 5.

⁵⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», cit., pág. 158. La nota de dependencia debe ser predicada respecto del trabajador «cuyo trabajo no aparece continuamente ordenado sino eventualmente interferido» (DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999, pág. 32), pues «la dependencia se traduce en un permanente poder de especificación del objeto del contrato» (VENEZIANI, B.: «Nuove tecnologie e contratto di lavoro», *GDLRI*, núm. 33, 1987, pág. 24).

⁵⁷ Sobre el particular, SANGUINETI RAYMOND, W.: «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales ¿un concepto en crisis?», *TL*, núm. 40, 1996,

⁵⁸ DE SOTO RIOJA, S.: «El contenido de la prestación laboral», *RL*, 1995, T. II, pág. 171.

⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», cit., pág. 711 o en AA.VV.: *Trabajo subordinado y el trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 59.

más estricto, alcanzando a todos los aspectos relativos al modo, lugar y tiempo de la prestación del trabajo ⁶⁰ –nunca, eso sí, «como sumisión absoluta», pues «la restricción de las potestades del empleador de trabajadores» es, precisamente, «lo que le diferencia del señor de esclavos» ⁶¹–; pero puede aparecer también como una mera acomodación de la actividad del trabajador a los objetivos, condicionamientos y programas de una organización productiva ajena a cuyo servicio se contrata ⁶².

El concepto de dependencia no exige hoy día la absoluta presencia de sus formas tradicionales de exteriorización, de tal forma que la ausencia de indicios de dependencia no debe llevar automáticamente a la conclusión de la inexistencia de relación laboral. Esto ocurre, señaladamente, en aquellas relaciones laborales en las que se da un alto grado de autonomía técnica en favor del trabajador, por lo cual parece necesario analizar la incidencia o no de las facultades empresariales «individualizando oportunamente las características singulares de la actividad en cuestión» ⁶³. Desde esta perspectiva, si se tienen en cuenta las especiales circunstancias que rodean la actividad prestada, por ejemplo, por las empresas de trabajo temporal (ETT), habrá que prestar una especial atención al hecho de que la potestad disciplinaria se atribuya a dicha empresa (art. 14.2 LETT), potestad que, según esta línea interpretativa, constituiría una forma de manifestarse la dependencia (y no quedaría desvirtuada aunque el trabajador pase a integrarse dentro del círculo organizativo y rector de la empresa usuaria ⁶⁴), por lo que, a través de esta vía, podría llegarse a la conclusión de que el trabajador siempre está sujeto jerárquicamente a la ETT ⁶⁵.

En cualquier caso, la dependencia en sentido jurídico abstracto no debe ser confundida con sus indicios o signos de exteriorización, lo cual es tanto como decir que puede existir aun cuando falte alguno o algunos de sus indicadores o manifestaciones tradicionales ⁶⁶. Como tales fueron consideradas durante muchos años la asistencia continuada y regular a un lugar de trabajo, la jornada normal en horas y días fijos, la percepción de remuneraciones fijas en contraprestación del trabajador, la existencia de un control del empresario de quien se reciben las órdenes y a quien procede dar

⁶⁰ «Facultad de dirigir y el deber del trabajador de atenderse a la orden dada, orden que afecta al qué, al cómo, al dónde y al cuándo del servicio a prestar», VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros», cit., pág. 8.

⁶¹ ALONSO OLEA, M.: *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, 1974, pág. 75.

⁶² ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN GÓMEZ-PÉREZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa...*, cit., pág. 14. *Insertion u organization test*, GALIANA MORENO, J.M.º: *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Barcelona, 1979, págs. 42 y ss.

⁶³ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: «Contrato de trabajo», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, cit., pág. 21.

⁶⁴ Según MARTINS CATHARINO, J.: «El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», *REDT*, núm. 11, 1982, pág. 342, se produce una «co-subordinación del trabajador», que permanece subordinado a las dos empresas.

⁶⁵ Por otra parte, el hecho de que la orden de puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria la lleve a cabo la ETT podría verse como un indicio de dependencia, ya que el trabajador resulta obligado a cumplir la primera orden empresarial, que en este caso proviene directamente de la ETT y consiste en el mandato de que éste se incorpore al ámbito organizativo de la empresa usuaria. CHACARTEGUI JAVEA, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Valencia, 2000, pág. 109.

⁶⁶ Como hace años significara DE LA VILLA GIL, L.E.: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», *CCDT*, núm. 4, 1972, pág. 9.

cuenta del trabajo efectuado ⁶⁷, la exclusividad al servicio de una sola empresa, la inclusión en plantillas o regímenes de la Seguridad Social, el encuadramiento o inserción del trabajador dentro del esquema jerárquico de la empresa y el sometimiento a las normas disciplinarias correspondientes, etc. En el momento actual, en cambio, la «espiritualización» o flexibilización del presupuesto objeto de análisis determina que la falta de alguno de los indicios citados en la prestación de servicios no la excluya sin más de la calificación jurídica de laboral (tal es el caso, por ejemplo, del contrato de trabajo a domicilio, de los representantes de comercio ⁶⁸ o de los altos cargos directivos ⁶⁹, sin olvidar el pluriempleo o la posibilidad de celebrar contratos laborales a tiempo parcial).

La historia del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la nota de la dependencia es, por tal razón, la propia historia del Derecho del Trabajo, incluida su última fase de flexibilización progresiva: de una perspectiva original, entendida como subordinación rigurosa y estricta a las órdenes emanadas directamente del empresario, se ha pasado a una concepción distorsionada o debilitada de la misma tanto en su exégesis judicial como en su consideración dogmática. Hoy en día, la exteriorización de la actividad productiva, la emergencia de nuevas formas de trabajo y las demandas de flexibilidad de la ordenación del mismo, diluyen sus perfiles identificativos, pues unas veces aparece como subordinación estricta en todos los aspectos y circunstancias de tiempo, lugar y modo de la prestación laboral, mientras que otras parece concebida como mera acomodación o adaptación de la actividad laboral a los objetivos, condicionamientos y programas de la organización productiva en que se inserta.

Lógicamente, el trabajo dependiente, aunque sea un concepto abstracto que trata de comprender tipos y situaciones muy variados, no puede dejar de estar influido por los desarrollos productivos, organizativos y tecnológicos, por la configuración económica y jurídica de la empresa, y por la ejecución de la prestación de trabajo. «Por ello las nuevas formas de empleo y los cambios que se han producido en el trabajo y en las empresas, y que han alterado profundamente el prototi-

⁶⁷ En la doctrina, por todos, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 72 y «Dirección de la actividad laboral», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. V, Madrid, 1985, págs. 100 y ss.; DURÁN LÓPEZ, F.: «Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador», *RPS*, núm. 123, 1979, págs. 5 y ss.; DIÉGUEZ CUERVO, G.: «El poder empresarial: fundamento, contenido y límites», *REDT*, núm. 27, 1986, págs. 325-326; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, 1991, pág. 38 y «Perfiles del poder disciplinario», *TS*, núm. 63, 1996, págs. 10 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, 1992, págs. 57 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Pamplona, 1993, pág. 31; GIL Y GIL, J.L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, 1994, págs. 47 y ss.; DE LA PUEBLA PINILLA, A.M.^a: «Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario», *RL*, núm. 19, 1994, págs. 9 y ss. o SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa», *TS*, núm. 63, 1996, págs. 57 y ss.

⁶⁸ Se considera concurrente la nota de dependencia cuando el representante sigue un plan empresarial previamente trazado o exigente de un determinado comportamiento en cuanto a horas, itinerario, clientes, controles, etc. (STSJ de Valencia de 4 de marzo de 1998 –Ar. 997–), tales como aquellos supuestos en los cuales el representante no cuenta con oficinas propias, ni tiene libertad para fijar tarifas, la necesidad de aceptación por parte de la empresa de las propuestas de pedidos, con rechazo de todos aquellos que no se ajusten a los requisitos exigidos. STSJ Andalucía 6 de marzo de 1998 (Ar. 1798).

⁶⁹ Cuyos elementos «no están tipificados», sino que son los que van surgiendo de las interpretaciones jurisprudenciales. ALEMANY ZARAGOZA, E.: *La relación laboral del Directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*, Pamplona, 1994, págs. 31 y ss.

po social originario de trabajo dependiente, no pueden dejar de influir en la noción jurídica o prototipo normativo del trabajador subordinado, sobre todo en la delimitación judicial del concepto, para la calificación como subordinado o no del trabajo»⁷⁰. Es más, determinados autores proponen sustituir el criterio de subordinación jurídica por el de dependencia económica. Desde esta perspectiva, «la sumisión técnica a las órdenes de otro en la ejecución del trabajo importa menos que el hecho de depender de otro para ganarse el sustento»⁷¹.

Por destacar algún supuesto especialmente significativo, respecto a la diferenciación entre la relación laboral especial de representantes de comercio y el contrato de agencia, la jurisprudencia ha declarado que el elemento clave es el criterio de la dependencia, entendiéndose que existe esa vinculación cuando quien realiza las funciones de mediación no puede organizar ni su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios, debiendo seguir las instrucciones de la empresa. En consecuencia, no ha dudado en afirmar la condición de trabajador independiente del agente que organiza su actividad y su dedicación con arreglo a decisiones propias, relativas no a las condiciones de realización del encargo recibido, sino al desarrollo de la propia actividad. Son éstas, y no aquéllas, las que sirven para identificar el centro en el que radica la titularidad del poder de decisión sobre las condiciones con sujeción a las cuales el trabajo debe desarrollarse. Y por tanto, son las instrucciones recaídas sobre tales extremos las relevantes para la calificación de una concreta relación como laboral o mercantil⁷².

En resumen, la dependencia es un presupuesto sustancial de la relación jurídico-laboral, aun cuando aparezca matizado, atenuado, desprovisto de su alcance⁷³ –normativo y jurisprudencial– primigenio en cuanto *status* de sometimiento personal, técnico y económico del trabajador a la empresa⁷⁴. Es más, las nuevas formas de empleo no plantean tanto el problema de si el Derecho del Trabajo incluye o debe incluir el trabajo dependiente, sino el de si el Derecho del Trabajo debe seguir excluyendo por completo el trabajo independiente o autónomo. Como se ha dicho con razón, y se profundizará más adelante, el problema de la dependencia se ha debido más a lo que no incluye que a lo que incluye⁷⁵.

⁷⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», cit., pág. 6.

⁷¹ Este criterio de dependencia económica habría podido conducir a ampliar el campo de aplicación del Derecho Social a todos aquellos que ocuparan la posición de parte débil en una relación laboral. SUPLOT, A. (Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, 1999, pág. 52.

⁷² En suma, lo específico de la intermediación mercantil es que el representante disponga de un sistema propio de organización empresarial. El artículo 2.2 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia, establece una presunción de dependencia, que excluye la existencia del contrato de agencia cuando el intermediario «no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios».

⁷³ Postulando desdramatizar la drástica alternativa entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, es decir, entre la selva de normas, garantías, vínculos y el desierto» (ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, Madrid, 1997, págs. 172-173), no en vano también los trabajadores, «que sólo por una ficción lingüística se definen todavía atípicos, deben poder tener plena titularidad de derechos individuales indisponibles porque no dejan de ser ciudadanos».

⁷⁴ «El trabajador no se contrata al servicio de nadie, no sirve, sino que produce trabajando», MONEREO PÉREZ, J.L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 96, 1999, pág. 504.

⁷⁵ SUPLOT, A. (Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, cit., págs. 42 y ss.

2.4. Ajenidad.

Aceptado libremente el trabajo, la persona física quedará situada en una posición de dependencia con respecto al sujeto de derecho que va a percibir los frutos de su actividad y, por consiguiente, trabajará por cuenta ajena.

En cuanto al presupuesto sustantivo de la ajenidad, se ha señalado que ésta constituye la esencia misma del contrato de trabajo, puesto que el trabajo que no sea por cuenta ajena no puede ser objeto de aquél ni de las normas que a éste se refieren ⁷⁶. La ajenidad se encuentra en la esencia misma del contrato cuando el trabajador pacta ceder a un tercero (sin necesidad de un acto real de transmisión) los resultados de la propia actividad a cambio de una remuneración. En tal sentido, y por vía negativa, el trabajo por cuenta propia no queda sometido a la legislación laboral cuando quien lo preste se beneficie inmediatamente de los resultados productivos, sin perjuicio de que contacte con otras personas antes, durante o después de su obtención para apropiarse de los resultados conseguidos a través de negocios jurídicos diversos. En concreto, el artículo 3 del ET excluye de su ámbito de aplicación la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma (apartado f); la exclusión viene impuesta por tratarse de un trabajo prestado en régimen de alteridad pero por cuenta propia ⁷⁷. Quede claro, sin embargo, que no todas las actividades de mediación mercantil se ubican extramuros de la legislación laboral ⁷⁸, sino sólo aquellas en las que está ausente la nota de ajenidad. Por contra, incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo están las personas ligadas a la empresa por el contrato laboral de naturaleza especial previsto y normado en el artículo 2 f) del ET, y desarrollado por el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto ⁷⁹.

Con todo, el rasgo decisivo para distinguir el contrato de agencia ⁸⁰ (cuya naturaleza mercantil se proclama en la Exposición de Motivos y en el artículo 3.2 de la Ley 12/1992, de 27 de

⁷⁶ ALONSO OLEA, M.: «Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales» en AA.VV.: *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977, pág. 39.

⁷⁷ CAMPS RUIZ, L.M.: «La exclusión de intermediarios autónomos en operaciones mercantiles», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I, Madrid, 1990, págs. 193 y ss.

⁷⁸ Con carácter general se declara existente la relación mercantil cuando el agente tiene la facultad de organizar su actividad con total independencia y libertad en cuanto al tiempo, modo, forma de realizar su servicio de mediación, con potestad para delegar sus funciones en terceros, nombrar distribuidores o subagentes y cesarlos, aunque deba mantener informada a la otra parte. STSJ de Andalucía de 25 de septiembre de 1995 (Ar. 3409).

⁷⁹ Por todos, CÁMARA BOTÍA, A.: «Los representantes de comercio», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 91 y ss.

⁸⁰ BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «Notas sobre una eventual contracción del ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo operada en las relaciones especiales de los representantes de comercio y de los altos cargos directivos», *DL*, núm. 41, 1993, págs. 107 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Cuestiones de la incidencia laboral en las leyes no laborales», *RL*, núm. 2, 1993, págs. 81 y ss.; LÓPEZ MORA, F. V.: «La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral (A propósito de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia)», *TS*, núm. 28, 1993, págs. 20 y ss.; MONGE RECALDE, J.L.: «La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia y la relación laboral especial del artículo 2. f) del Estatuto de los Trabajadores», *RL*, núm. 7, 1993, págs. 101 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: «Consejeros-Delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad», *AL*, núm. 23, 1993, págs. 101 y ss.; PORFIRIO CARPIO, L.J.: «La extinción del contrato de agencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 210, 1993; BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», *DN*, núm. 30, 1993; VALENZUELA GARACH, F.: «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *DN*, núm. 37, 1993, págs. 425 y ss.; LLOBREGAT HURTADO, M.L.: *El contrato de agencia mercantil*, Barcelona, 1994; MARÍN CORREA, J.M.: «Los mediadores de comercio y el contrato de agencia», *AL*, núm. 77, 1995, págs. 56 y ss.; CÁMARA BOTÍA, A.: «Contrato de trabajo y agencia mercantil ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?», *AL*, núm. 77, 1996, págs. 449 y ss. o ALEMANY ZARAGOZA, E.: «Consideraciones sobre el contrato de agencia...», cit., págs. 65 y ss.

mayo)⁸¹ de la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles, quizá no haya de buscarse en el presupuesto de ajenidad, pues el agente trabaja por cuenta de otro y puede no asumir el riesgo y ventura de las operaciones que realiza, sino en la independencia⁸² que necesariamente ha de reunir en sus actuaciones y en la posibilidad legalmente prevista de que aquél sea una persona jurídica o titular de una organización con personal a él subordinado⁸³.

Trabajar «para otro» no significa lo mismo que trabajar «por cuenta ajena», al constituir la «ajenidad» una especie dentro del género más amplio de «alteridad»; «todo trabajo por cuenta ajena se presta en relación de alteridad, pero la viceversa no es correcta», pues también puede llevarse a cabo una actividad de prestación de servicios por cuenta propia en régimen de alteridad⁸⁴.

La ajenidad supone, en definitiva, que los frutos o resultados del trabajo no pasan a ser atribuidos –ni siquiera en un primer momento– a quien los ejecuta, sino a otra persona, quien los adquiere *ab initio* sin necesidad de acto de transmisión alguno⁸⁵. En el lado opuesto, como contraste, el trabajo por cuenta propia conlleva que el trabajador se apropie o beneficie inmediatamente de los resultados productivos, sin perjuicio de su relación con terceros (para lograr un provecho económico de sus resultados) a través de negocios jurídicos mercantiles (contrato de comisión) o civiles (contrato de ejecución de obra, compraventa...). En este sentido, la ajenidad es una nota o rasgo de la prestación de servicios incomprensible o inexplicable al margen del sistema productivo capitalista⁸⁶.

Con el objeto de facilitar una noción acabada de ajenidad, válida para explicar con exactitud la naturaleza del contrato de trabajo, la doctrina ha venido formulando diversas teorías (ajenidad en

⁸¹ Con la presente Ley se trata de incorporar al Derecho español el contenido de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los Agentes Comerciales Independientes.

⁸² «No es relación laboral especial de representante de comercio, sino de agente mercantil, la de un intermediario independiente en la organización de su actividad y su tiempo, sólo sometido a instrucciones sobre los precios de los productos», STS de 17 de abril de 2000 (*Carta Laboral*, núm. 41, 2000, págs. 56 y ss.).

⁸³ Cfr. el estudio realizado por ORTEGA PRIETO, E.: «La actual calificación jurídica, mercantil o laboral, de los contratos de representación o agencia comercial», *AL*, núm. 44, 1996, págs. 859-880.

⁸⁴ Asimismo, aunque el supuesto es cada vez más extraño –al menos en las economías capitalistas avanzadas–, puede trabajarse por cuenta propia sin entrar nunca en relación de alteridad, ni durante la realización del trabajo ni en un momento posterior (autoconsumo). ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», *REDT*, núm. 28, 1986, pág. 501. Un ejemplo de alteridad sin ajenidad es el proporcionado por el trabajo por cuenta propia sin cesión anticipada de los frutos, DE LA VILLA GIL, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», *RT*, núm. 26, 1969, pág. 113.

⁸⁵ Por todas, STS de 23 de mayo de 1985 (Ar. 2746). No existe transmisión *ex post*, pues la cesión tiene lugar *ex ante*, DE LA VILLA GIL, L.E.: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», *CCDT*, núm. 4, 1972, págs. 2 y ss.

⁸⁶ DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», cit., pág. 602. No en vano, normas jurídicas y contexto económico coexisten en íntima relación, ICHINO, A. e ICHINO, P.: «A chi serve il Diritto del Lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme iuslavoralistiche», *RIDL*, núm. 1, 1994, págs. 459-501. Así, todo Derecho y, en especial, el Laboral, aparece íntimamente ligado al sistema del cual deriva, ROMAGNOLI, U.: «Introduzione», en AA.VV.: *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo Diritto*, Bolonia, 1974, págs. 5 y ss. o TREU, T.: «Relaciones laborales ¿declinar inevitable?», *RL*, 1985, T. I, pág. 155, según el cual «los sistemas de relaciones laborales reflejan, al igual que otras instituciones sociales, la estructura socio-económica en la que se han desarrollado y en cuyo interior sirven o pueden servir, para gobernar las relaciones laborales».

los riesgos ⁸⁷, en la utilidad patrimonial ⁸⁸, en la titularidad de la organización ⁸⁹ o en el mercado ⁹⁰ limitadas a resaltar diversas manifestaciones de la ajenidad del trabajo (en el riesgo, en los frutos, en los medios de producción...), tratando de integrar las restantes por referencia al efecto jurídico considerado como primario o esencial ⁹¹.

De todas ellas, la tesis de la ajenidad en los frutos ⁹² goza de aceptación mayoritaria en la doctrina, entendiendo que lo esencial del trabajo por cuenta ajena está en la citada cesión *ab origine* de los frutos del trabajo, esto es, desde el mismo momento de su producción ⁹³. La fuerza del trabajo que se presta es incorporable a un «proceso productivo», y esto quiere decir que no se ceden los derechos sobre una fuerza incorporada (*ex post*), sino que la cesión juega de modo inicial (*ex ante*) ⁹⁴. Desde este punto de vista, el trabajo no constituye un modo para adquirir la propiedad, pues ésta tiene lugar en favor del empresario desde su origen, merced a un previo título contractual concertado para la cesión anticipada de la utilidad del trabajo ⁹⁵. Esta concepción de la ajenidad,

⁸⁷ «Esa irrelevancia del riesgo de la producción para el trabajador, ese no afectarle, directa e inmediatamente, precios, averías, posibilidades de venta ni resultados constituye, a nuestro juicio, el gran elemento diferenciador de las relaciones estrictamente laborales y otras relaciones de trabajo», BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, cit., pág. 15.

⁸⁸ Parte de entender como tal la que el empresario puede obtener como consecuencia de la venta de sus productos (bienes o servicios) en el mercado, una vez admitido que únicamente realiza su verdadero fin –la obtención del beneficio– en tal marco de referencia, esto es, en la fase de la circulación de mercancías (momento evidentemente posterior al de su producción). Esta tesis constituye una versión perfeccionada de la ajenidad en los frutos, surgida con la intención de salvar algunas objeciones planteadas a la misma, esencialmente la imposibilidad de explicar los numerosos supuestos en los cuales los resultados del trabajo no se integran de modo automático y originario en el patrimonio del empresario, al pasar directamente del trabajador a un tercero distinto del empresario (la clientela, por ejemplo). MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo. Concepto y evolución*, Murcia, 1973, págs. 29 y ss. o *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, cit., págs. 12 y ss.

⁸⁹ Convierte en nuclear el concepto de trabajador como sujeto ajeno a la titularidad de la explotación (o de los medios de producción) en que (o con los cuales) actúa. Tal dato determina la ajenidad de los frutos, pues si los resultados generados con la explotación del negocio quedan incorporados automáticamente al patrimonio del empresario, tal ocurre, precisamente, en virtud del título dominical que ostenta. ALBIOL MONTESINOS, I.: «En torno a la polémica ajenidad/dependencia», cit., págs. 1 y ss.

⁹⁰ «El productor directo es jurídicamente ajeno a los consumidores de "sus" –que no son suyos– productos, sean estos bienes o servicios», habida cuenta de que entre él y el mercado aparece siempre interpuesta la figura del empresario –intermediario–. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», cit., pág. 501. Constatando cómo no siempre ocurre así, MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Madrid, 1997, pág. 27. La ajenidad comporta, según esta versión, la ausencia de vínculo jurídico alguno entre el trabajador y el destinatario final del bien o servicio *lato sensu* entendido, bilateralidad sustituida por la necesaria presencia de una estructura tripolar: trabajador-empresario-cliente o consumidor.

⁹¹ DE LA VILLA GIL, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», cit., pág. 113.

⁹² ALONSO OLEA, M.: «Introducción al Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho Privado*, 1974, págs. 23 y ss.

⁹³ Quedando el trabajador como «acreedor de salario», FERNÁNDEZ RUBIO, M.: «Existencia de relación laboral: reportero gráfico y editorial de prensa diaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997)», *TL*, núm. 47, 1998, pág. 92.

⁹⁴ DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la Economía del Trabajo*, Vol. I, Madrid, 1977, pág. 505 o VALDÉS ALONSO, A.: «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Coord.): *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1999, pág. 109.

⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», cit., pág. 510 o en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 233.

reformulada con posterioridad para salvar la quiebra que suponían aquellas actividades del trabajador que no generaban frutos en sentido físico ⁹⁶, amplía el concepto de fruto, entendiéndose por tal «toda resultante del trabajo productivo del hombre, intelectual o material, 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» ⁹⁷.

En cualquier caso, sea tomado el concepto de fruto en sentido amplio (utilidad patrimonial) o restringido, la nota de ajenidad sufre una importante revisión cuando de obras de propiedad intelectual y actividades de creación se trata ⁹⁸. Relaciones normalmente laborales en las que existe transmisión de derechos de propiedad intelectual son, entre otras, las de artistas, profesionales de los medios audiovisuales (realizadores, autores de los guiones y argumentos...), programadores informáticos, reporteros gráficos, captadores de publicidad para las revistas ⁹⁹, etc. Además, si existe una relación laboral que modalice las notas clásicas configuradoras del contrato de trabajo, ésta es la que une al autor asalariado con su empresa ¹⁰⁰. La obra intelectual, que es el resultado de la actividad contratada, carece de valor patrimonial alguno para el empresario si no va acompañada de la cesión de derechos intelectuales por parte del trabajador y esto nunca puede ocurrir con los morales o personales. No es fácilmente aceptable, por tanto, la presencia de la nota de ajenidad en una relación donde el conjunto de facultades que encierra el producto del trabajo, una parte –todas las morales– quedan retenidas en el círculo del trabajador y de las posiblemente cedidas –las económicas– tan sólo serán ejercitadas de determinada manera y en unos términos muy concretos. La ajenidad, en el caso de la propiedad intelectual, se lleva a cabo mediante la cesión en exclusiva de los derechos de explotación, que forman parte de la propiedad pero no agotan su contenido. Se trata, por tanto, de otra «zona gris» del Derecho del Trabajo que obliga a revisar concepciones tradicionales.

Como la dependencia, la ajenidad es un concepto jurídico indeterminado, cuya presencia o ausencia en una relación de servicios ha de ser verificada a partir de una serie de indicadores o datos fácticos. Entre los indicios de la ajenidad, la jurisprudencia ha apreciado, como más importantes, la aportación de los medios o instrumentos de trabajo por la empresa, la garantía de una remuneración fija o la apropiación empresarial del bien o producto elaborado. Ahora bien, cuando de calificar una prestación de servicios se trata, los Tribunales siguen confiando mayoritariamente en la dependencia como criterio diferenciador, al ser sus indicios más nume-

⁹⁶ Sobre esta quiebra de la ajenidad en los frutos señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pág. 151, que «un conjunto muy importante de actividades laborales (piénsese por ejemplo, en el amplio sector de los servicios) no dan lugar, en puridad, a tal producción de frutos, y por tanto, a tal ajenidad». Sólo podría decirse en estos casos que el trabajo se presta para el empleador.

⁹⁷ ALONSO OLEA, M.: *Introducción...*, cit., pág. 51. MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, cit., págs. 22 y ss.

⁹⁸ Al respecto, PÉREZ PÉREZ, M.: «Derechos de autor y relación de trabajo», *RL*, 1989, T. II, págs. 268 y ss. o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Sobre la protección crediticia de salarios y derechos de autor e indemnizaciones por invención», *REDT*, núm. 84, 1997, págs. 527 y ss.

⁹⁹ Al respecto, STSJ de Galicia de 10 de abril de 2000 (Ar. 982).

¹⁰⁰ VÁLDES ALONSO, A.: «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Coord.): *El empleador en el Derecho del Trabajo*, cit., págs. 99 y ss.

rosos y explícitos o fáciles de identificar que los de la ajenidad, otorgando al examen de esta última una importancia secundaria, incluso cuando su presencia tampoco sea clara en la relación debatida ¹⁰¹.

No por obvio es menos necesario reiterar que el objetivo de la delimitación conceptual de la ajenidad y la dependencia no es otro distinto al de individualizar el trabajo relevante para el ordenamiento jurídico-laboral, y, con ello, la propia determinación de los confines de esta rama del Derecho pues, aun cuando el intercambio entre servicios y renta puede aparecer articulado jurídicamente de muy diversas formas, sólo alguna de ellas interesa al Derecho del Trabajo. Dando por descontado que el trabajo dependiente y por cuenta ajena tiene lugar dentro de una relación voluntaria, tales nociones sirven para diferenciar el contrato de trabajo de otros contratos, civiles o mercantiles, caracterizados también por el intercambio de servicios por renta. En esta pretensión delimitadora no parece existir motivo alguno para conceder primacía a ninguno de estos dos rasgos sobre el otro, máxime cuando la Ley tampoco lo hace, concibiendo ambos como elementos necesarios para aislar el contrato de trabajo de los llamados contratos afines. De primar alguna de las dos notas, convirtiéndola en definitiva y definitoria, y a la otra en mera consecuencia, surgirá el riesgo de que el contrato de trabajo atraiga realidades extrañas o desconozca realidades propias ¹⁰².

Se impone, por tanto, la toma en consideración de ambas, tanto en la teoría como en la práctica, pues las fronteras del Derecho del Trabajo son difusas y las posibilidades de conflicto numerosas y variadas, razón por la cual la solución a las «zonas grises» ¹⁰³ pasa por un análisis conjunto, sin relación de subordinación alguna. Como consecuencia inmediata, sólo la concurrencia de ambos requisitos permite definir una relación de servicios como contrato de trabajo, de ahí que se haya negado, finalmente, tal calificativo al transportista autónomo. Los Tribunales fundaron la inexistencia de ajenidad y dependencia a partir de los datos que se configuraban como indicios ciertos de extralaboralidad ¹⁰⁴, a saber: existencia de un medio de transporte que perteneciera al transportista, ya fuera a título de propiedad o en base a otro título atributivo de un derecho de uso y disfrute; asunción por el trabajador de los gastos de explotación del vehículo propio –de donde se entendió que era el transportista quien corría con los riesgos, adversos o favorables, de la explotación en que el negocio de transporte consistiera–; falta de ajenidad a inferir también de la existencia de un ánimo de lucro superior al percibo de un salario o jornal ¹⁰⁵. En fin, la aportación de vehículo propio condujo a negar la existencia en la relación

¹⁰¹ Desde este mismo plano de la ajenidad en los frutos, más complicado resultaría predicar la cualidad de empresario del trabajador con respecto a la ETT, si bien podría hacerse si se admite la teoría de la ajenidad en los frutos desde una perspectiva indirecta o mediata, si se consideran como frutos aquellos beneficios que le genera a la ETT el trabajo prestado por el trabajador cedido a la empresa usuaria y que se materializan a través del pago que realiza esta última a la ETT por el hecho de haberle proporcionado al trabajador para la cobertura de una necesidad temporal y urgente. CHACARTEGUI JAVEA, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, cit., pág. 114.

¹⁰² Desechada la posibilidad de calificar el contrato de trabajo a través de una única nota, sea ésta la ajenidad y la dependencia, ha de reconocerse, sin embargo, que en los trabajos en el sector terciario, en los que el intercambio económico que el contrato de trabajo opera versa sobre el uso de la fuerza de trabajo, la «ajenidad en la disposición del trabajo» sólo puede manifestarse precisamente «bajo el aspecto de la dependencia». MARTÍN VALVERDE, A.: «Lectura y relectura de la «Introducción al Derecho del Trabajo» del profesor Alonso Olea», cit., págs. 421-422.

¹⁰³ BAYÓN CHACÓN, G.: «El ámbito de aplicación de las normas del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pág. 7.

¹⁰⁴ Al respecto, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid, 1998, págs. 42 y ss.

¹⁰⁵ Entre otras, SSTs de 18 de febrero de 1969 (Ar. 631), 25 de febrero de 1974 (Ar. 560-561), 17 de marzo de 1983 (Ar. 1168), 20 de septiembre de 1984 (Ar. 4437), 7 de mayo de 1985 (Ar. 2669) o 27 de enero de 1986 (Ar. 282).

jurídica debatida de la nota de dependencia, en el entendimiento de que quien adquiere un medio de transporte para explotarlo a su costa cuenta con una capacidad de autoorganización, incompatible con la dependencia predicable del contrato de trabajo ¹⁰⁶. A la postre, y como síntesis de argumentación, la conclusión más frecuente era la necesidad de calificar la relación como extralaboral cuando los conductores no se obligaban a un hacer personalísimo permitiendo la sustitución del transportista ¹⁰⁷. En la actualidad el artículo 1.3 g) del ET excluye del ámbito laboral la relación que liga al transportista –persona individual– con el cargador o comercializador al que presta sus servicios, si son de aquél los vehículos y aunque los servicios se presten a uno solo de éstos y aun de forma continuada ¹⁰⁸ (de ahí que se llame precio y no salario, a lo que el transportista recibe del cargador como remuneración de sus servicios). Se trata, en fin, de una decisión normativa para abrogar la abundante jurisprudencia en favor de la laboralidad de la relación y, probablemente, para flexibilizarla ¹⁰⁹.

2.5. Remuneración.

El trabajo objeto del Derecho Laboral ha de ser un trabajo oneroso –por oposición al trabajo benévolo u *operae gratis datae* ¹¹⁰–, cuya premisa fáctica es la compulsión económica que lleva a la mayor parte de la población a trabajar como medio o forma de vida, para procurarse la subsistencia propia y, en su caso, de la familia. Para un cualificado sector doctrinal ¹¹¹, la remuneración no es

¹⁰⁶ STS de 23 de abril de 1983 (Ar. 1864) y STCT de 8 de julio de 1974 (Ar. 3465), entre otras. No obstante, hubo de estimarse que el contrato de transporte no era incompatible con ciertos indicios de dependencia, tales como, por ejemplo, que la empresa contratante impusiera las horas de iniciación y terminación del transporte (STS 22 de octubre de 1983 –Ar. 5136–), los puntos de destino o las personas y materiales a transportar (STS de 17 de marzo de 1983 –Ar. 168–), entendiéndose que todos estos aspectos no eran configuradores de una clara nota de dependencia jurídico-laboral, conceptuándose como circunstancias accesorias y externas a la obligación principal de transporte.

¹⁰⁷ SSTs de 18 de noviembre de 1975 y 23 de abril de 1983 (Ar. 1864), entre otras.

¹⁰⁸ Se trata de una exclusión parcial, pues de la delimitación del supuesto de hecho se desprende que sólo excluye del ámbito laboral al transportista en el que concurren unas circunstancias determinadas, reconociendo implícitamente que la actividad de transporte puede prestarse de forma asalariada y, por ello, no estableciendo una absoluta exclusión por razón de la propia actividad. PRADO LAGUNA, J.L.: «Delimitación de los contratos de trabajo y transporte tras la reforma laboral», en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A., Coord.): *La reforma laboral de 1994*, Cuenca, 1996, pág. 104.

¹⁰⁹ Cabe apreciar una deficiente técnica legislativa, que posiblemente pueda atribuirse a una cierta «mala conciencia» del legislador que actúa con timidez a la hora de pretender alterar, desde su posición y en ejercicio de sus competencias, la norma, para así, a su vez, impedir que en la nueva situación legalmente establecida resultasen posibles los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores. PEDRAJAS MORENO, A.: «Transportistas: alcance de la exclusión de la laboralidad ex artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores», *AL*, núms. 21-22, 1995, pág. 321.

Se ha llegado a afirmar incluso que de acuerdo con el artículo 35.2 de la CE, conforme al cual «la Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores», «debe interpretarse en el sentido de mandar al legislador ordinario para que establezca un ordenamiento jurídico unitario regulador de toda relación conceptuable como laboral. Por ello excluir de ese ordenamiento un determinado tipo de vínculo contractual repugna la unicidad proclamada por la Constitución e introduce un factor de desigualdad de justificación poco razonable». A lo que se añade que la aludida exclusión «de un plumazo niega la condición de trabajador a quien constitutivamente la tiene, como ha refrendado hasta la saciedad el Tribunal Supremo». ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P.: «Reflexiones para la aplicación de la reforma laboral», *RL*, núm. 22, 1994, págs. 90 y 91.

¹¹⁰ MONTOTOY MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, cit., pág. 20. Sobre el trabajo «invisible» o no remunerado, AA.VV.: «El trabajo invisible», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 17, 2000 (monográfico), en especial, HORTA GARCÍA, C.: «Selección bibliográfica sobre Trabajo no remunerado», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 17, 2000, págs. 193 y ss.

¹¹¹ Por todos, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, cit., pág. 56 o GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, cit., pág. 16.

sino la consecuencia o efecto derivado de la ajenidad, al considerar justa la percepción por el trabajador de una contraprestación económica abonada por quien obtiene el beneficio de los frutos de su trabajo, quedando aquélla garantizada en todo caso, pues a aquél no le afecta el riesgo de la actividad de la empresa ni asume la responsabilidad del resultado del trabajo en sí mismo considerado. De hecho la exclusión de la legislación laboral de los trabajos familiares, dentro de los límites de parentesco legalmente establecidos y mediando convivencia, salvo que se demuestre (presunción *iuris tantum*) la consideración de asalariados de quienes los lleven a cabo se justifica por la ausencia de ajenidad y de ánimo remuneratorio: el trabajo se presta en común por los miembros de una familia, participando todos en las ganancias y en las pérdidas.

El trabajador cumple su parte en el contrato con la simple puesta a disposición de su esfuerzo personal al servicio del empresario y devenga el salario con independencia de que la empresa obtenga o no los objetivos pretendidos. Ello no significa, empero, su total desinterés respecto a los beneficios o pérdidas empresariales, máxime cuando la retribución, además de una cantidad fija (salario base), aparece a menudo completada con partidas o complementos salariales cifrados a partir del rendimiento del trabajador ¹¹² o en función de los resultados económicos de la empresa para la cual trabaja (participación en beneficios) y, por otra parte, su propia actividad depende, con carácter general, de la buena marcha de la explotación.

Pero si el trabajo por cuenta ajena es normalmente remunerado, no por tal razón surge de manera automática la correlación necesaria entre ajenidad y remuneración. En rigor, ésta no es una consecuencia indefectible de aquélla, como lo demuestra la posibilidad de trabajar por cuenta o en provecho de otro sin ánimo de lucro o compensación económica por parte de quien ejecuta los servicios (trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad ¹¹³). En definitiva, el presupuesto de la retribución no puede ser derivado de forma automática de aquella nota, debiendo buscar su fundamento en la causa misma del contrato: si es onerosa, y no altruista o gratuita, comportará el nacimiento de obligaciones de contenido patrimonial para ambas partes.

El salario ha aparecido siempre como una consecuencia necesaria de la existencia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta además que a las partes se les niega el poder de calificación de la relación como laboral, pues la adjetivación de la relación contractual no puede quedar al arbitrio de los contratantes, que no son libres para excluir la calificación de laboralidad ¹¹⁴. De este modo, el

¹¹² Por todos, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación del trabajo debida por el trabajador*; Madrid (CEC), 1981; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Salario variable por rendimiento: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales», *AL*, núm. 46, 1986, págs. 2.365 y ss. o DURÉNDEZ SÁEZ, I.: *La regulación del salario en España*, Madrid, 1997, págs. 46-49.

¹¹³ Como fundamento de esta exclusión suele ser citada la falta de *animus laborandi* u *obligandi* en quien presta el servicio [ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit., pág. 383 o DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, cit., pág. 34], o la ausencia de *animus obligandi* tanto en quien presta el servicio como en quien lo recibe [GÁRATE CASTRO, J.: «Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad (Notas jurisprudenciales para un estudio)», *RPS*, núm. 131, 1981, págs. 187-188]. En cualquier caso, la exclusión es puramente declarativa, pues no concurre retribución, presupuesto sustantivo de la relación laboral, BLAT GIMENO, F.: «Trabajos amistosos», en AA.VV. (BORRRAJO DACRUZ, E., Dir.): *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las Leyes Laborales*, T. I, cit., pág. 158].

¹¹⁴ «Los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes», STS de 21 de junio de 1990 (Ar. 5502).

contratante fuerte será libre a la hora de elegir el contrato, de trabajo, civil o mercantil, que prefiera o mejor se ajuste a sus necesidades, pero sin tener competencia para alterar los caracteres de la contratación ¹¹⁵.

El carácter retribuido del trabajo traduce la profesionalidad del trabajador, tornando al salario en elemento central del Derecho del Trabajo (y objeto fundamental de la negociación colectiva). De hecho, la exigencia constitucional de una «remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia» [art. 35.1 de la Constitución Española (CE)] implica que las normas legales y convencionales hayan desarrollado diversos instrumentos concebidos para asegurar la percepción y cuantía del salario y evitar la discriminación ¹¹⁶, ejemplo paradigmático de lo cual es el proporcionado por el salario mínimo ¹¹⁷.

El predominio de lo retributivo sobre los derechos profesionales, la tendencia a monetarizar ciertas respuestas legales y judiciales ¹¹⁸ o el olvido de los derechos relacionados con la formación en el contrato de trabajo avocan a un panorama en el cual la balanza se inclina, en exceso, hacia el extremo de lo económico, en una tendencia a la cual tradicionalmente no han sido ajenos los convenios colectivos ¹¹⁹. Incluso los pronunciamientos judiciales más frecuentes, imbuidos y contagiados por la apreciable flexibilidad legislativa a la hora de admitir prestaciones de trabajo gratuitas, afirman en ocasiones que la «única» diferencia existente entre el trabajo sometido al Derecho Laboral y el excluido de su ámbito es la mera inexistencia de salario, resultando indiferente que la prestación de trabajo lo sea por cuenta ajena y subordinada ¹²⁰.

La existencia de salario o retribución adquiere cada día más poder de calificación de la relación laboral y, en ocasiones, se convierte en un elemento que permite por sí mismo la inaplicación de la norma laboral a prestaciones de trabajo que materialmente lo son de trabajo por cuenta ajena y dependiente.

¹¹⁵ Sobre el amplio margen del legislador ordinario para la delimitación del ámbito de aplicación de las distintas modalidades de prestación de trabajo, pese a la relevancia constitucional del problema, y sobre la libertad de elección que se reconoce al empresario público y privado a la hora de elegir entre el contrato de trabajo y otras figuras contractuales, MARTÍN VALVERDE, A.: «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual», *RMTAS*, núm. 38, 2002, págs. 36 y ss.

¹¹⁶ Al respecto, DURÉNDEZ SÁEZ, I.: «La discriminación de la mujer en materia salarial», *RL*, núm. 24, 1993, págs. 9 y ss.

¹¹⁷ GARCÍA BLASCO, J.: «El supuesto de hecho del ordenamiento laboral y la extensión del Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Proyecto Social*, núm. 3 (En homenaje al profesor Dr. JUAN RIVERO LAMAS), Teruel, 1994, págs. 9-10.

¹¹⁸ Ejemplo claro de la primacía de lo retributivo y de la progresiva monetarización de los derechos laborales viene dado por el plus de toxicidad, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Plus de toxicidade, penosidade e perigo», *RGDS*, núm. 4, 1992, págs. 155 y ss.

¹¹⁹ No obstante tan insatisfactoria realidad, procede ser claros y contundentes al afirmar que el contrato de trabajo ha de ser de todo punto permeable a los derechos y valores constitucionales; nunca podrá actuar como un baluarte ajeno, debiendo colorear intensamente la relación laboral y alcanzar un equilibrio entre ellos y los derechos de carácter patrimonial. MARTÍN VALVERDE, A.: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AA.VV.: *Ideologías jurídicas y relaciones laborales*, Sevilla, 1977, pág. 99, entendiendo que el contrato debería ser reconstruido en torno a la defensa de los bienes personales del trabajador.

¹²⁰ SSTSJ de Asturias de 29 de junio de 2001 (Ar. 1708), Cataluña 6 de octubre de 2003 (Ar. 2004/12) o Andalucía 2 de febrero de 2004 (Ar. 10).

Frente al trabajo remunerado cabe constatar en los últimos tiempos un aumento de las prestaciones de trabajo a título benévolo ¹²¹, en paralelo a la generalización de estructuras sociales en defensa de determinadas ideologías o intereses comunes (empresas de tendencia, partidos políticos, sindicatos, sectas...), para las cuales sus miembros o simpatizantes prestan servicios altruistas, como forma de manifestar su adhesión y corresponsabilidad con los objetivos y tareas del ente. Asimismo, entrarían en tal calificación de trabajos benévolos excluidos las prestaciones del voluntariado social –moderna manifestación de trabajo prestado de forma gratuita ¹²²–, caracterizadas precisamente por la realización de un trabajo social en beneficio de la comunidad en general ¹²³, por un afán altruista ¹²⁴ o solidario, sin naturaleza de ocupación laboral profesional y sin ánimo de lucro alguno ¹²⁵.

Las actividades de voluntariado han conocido un auge y una aceptación social en estos últimos tiempos muy ligadas a la extensión del sector de servicios de utilidad social, encuadradas en organizaciones comúnmente conocidas como no gubernamentales (ONGs) ¹²⁶, si bien en la práctica es cada vez más común la utilización de «voluntarios» en actividades permanentes de la organización a tiempo completo. La normativa legal –estatal y autonómica– vincula el voluntariado a actividades de interés general y establece la imposibilidad de que sustituya al trabajo retribuido; además exige que las prestaciones del voluntario se desarrollen a través de organizaciones públicas o privadas y con arreglo a proyectos concretos, que vienen especificados en la norma, pero dicha exigencia no impide que estas mismas empresas para el desarrollo de idénticas actividades puedan contratar a trabajadores por cuenta ajena. En definitiva, la delimitación entre voluntario y trabajador por cuenta ajena está basada no en elementos objetivos, sino en el puramente subjetivo de la voluntad del trabajador, cuando la ley permite que se realice una prestación de trabajo por cuenta ajena y subordinada pero renunciando anticipadamente a la retribución.

¹²¹ Sobre el particular, por todos, ALONSO OLEA, M.: «Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. Trabajos familiares», *REDT*, núm. 100, 2002, págs. 83 y ss. La doctrina judicial sobre el trabajo benévolo viene haciendo una interpretación libre en lo que se refiere al requisito de la temporalidad; en ocasiones atribuyéndole el valor clásico, STSJ de Canarias de 17 de septiembre de 2002 (Ar. 2961), al afirmar que el trabajo benévolo no permite otra manifestación que la ocasional, si bien es predominante la jurisprudencia que considera irrelevante esta circunstancia para calificar el trabajo como gratuito o para tipificar el contrato de trabajo, considerando indiferente si la colaboración altruista es «excepcional, ocasional, frecuente o continua», STSJ de Asturias de 29 de junio de 2001 (Ar. 1708). En el mismo sentido SSTSJ de Andalucía de 31 de diciembre de 1993 (Ar. 5172) o de País Vasco de 23 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/44411), en un supuesto de actividad ininterrumpida durante trece años.

¹²² LEGUÍDEC, R.: «Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito», *RIT*, Vol. 115, núm. 6, 1996, págs. 701 y ss.

¹²³ Ampliamente al respecto, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «El trabajo en beneficio de la comunidad: perspectivas jurídico-laborales», *REDT*, núm. 121, 2004, págs. 45 y ss.

¹²⁴ Sobre la asimilación o no de esta institución con los trabajos benévolos, STSJ de Aragón de 27 de julio de 2001 (Ar. 3145).

¹²⁵ GARCÍA NINET, J.: «Régimen jurídico del personal voluntario», *RSS*, núm. 18, 1983, págs. 127 y ss.; MURILLO MARINA, J.: «Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral», *RTSS*, núm. 1, 1991, págs. 123 y ss. o RUIZ CASTILLO, M.^a M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado», *Justicia Laboral*, núm. 14, 2003, págs. 30 y ss.

¹²⁶ La Ley 6/1996, de 15 de enero, permite la articulación de una «red de trabajos benévolos», definiendo el voluntariado como la prestación de servicios en el marco de actividades de interés general, en gran parte coincidentes con los denominados «nuevos yacimientos de empleo». Por todos, ALONSO OLEA, M.: «Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad» en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado...*, cit., pág. 18 o CACHÓN, L.: «Creación de empleo y yacimientos de empleo», en AA.VV. (ARAGÓN, J., Coord.): «Reflexiones sobre empleo y tiempo de trabajo», *GS*, núm. 167, 1998, págs. 43-49.

Tal fenómeno expansivo no oculta el riesgo de que a través del voluntariado se lleven a cabo «auténticas formas laborales de inserción»¹²⁷, de forma similar a lo que ocurre con las «becas laborales»¹²⁸, de ahí que algún autor apunte la necesidad de indagar sobre las posibilidades de «un contrato de trabajo gratuito, que permitiera extender la tutela laboral y de Seguridad Social al voluntario, salvo en lo que se refiere a la retribución que, por lo demás, es el fundamento legal único de la exclusión»¹²⁹.

La incorporación como voluntario a una entidad pública o privada de carácter no lucrativo –algún autor habla del «sector privado no lucrativo»¹³⁰– puede fácilmente estar presidida por un deseo de formación o promoción, como consecuencia, precisamente, de que dichas entidades se contemplan como yacimientos de empleo. La funcionalidad de estas figuras deslaboralizadas en el contexto de las medidas de fomento del empleo es la de configurar un estadio previo a una hipotética relación laboral posterior y, simultáneamente, la aceptación de una forma de inserción no contractualizada como incentivo social y económico, «la legalización del trabajo sin derechos como medida de inserción laboral incentivada las más de las veces con ayudas o subvenciones públicas»¹³¹.

Ciertamente, la delimitación del binomio laboralización/deslaboralización encuentra nuevos elementos para la reflexión a la hora de deslindar acciones formativas de carácter extralaboral y contrato de trabajo¹³². La realidad actual ilustra acerca de la progresiva ascensión de figuras que, sin llegar a establecer un vínculo jurídico de tal naturaleza, se caracterizan por la realización de ciertas

¹²⁷ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999, pág. 29, quien señala cómo los órganos judiciales han debido pronunciarse «sobre relaciones de este tipo en las que el voluntario solicita el reconocimiento de una relación laboral», denegando, casi siempre, tal pretensión. Por todas, STCT de 7 de abril de 1989 (Ar. 2834) y SSTSJ Madrid 25 enero y 4 de septiembre de 1990 (Ar. 411 y 2215) o Valencia 23 de septiembre de 1994 (Ar. 3689).

¹²⁸ Existe una variada gama de becas, fundamentalmente clasificables en cuatro grandes áreas. La primera, las becas universitarias, que implican el desarrollo de actividades investigadoras y docentes en el marco de las enseñanzas de titulaciones universitarias, o de colaboración en un departamento; en segundo lugar, las becas para la realización de prácticas profesionales en empresas, como las que son frecuentes en periodismo y en general en todos los medios de comunicación [RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGU, J.: «Las relaciones laborales en los medios de comunicación», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado...*, cit., págs. 270-272], o en algunas empresas públicas; en tercer lugar, las que se conceden para la realización de actividades concretas de las Administraciones Públicas, como las actividades de biblioteca y catalogación, archivística, labores de restauración del patrimonio, etc., y en fin, las becas para la realización de tareas de vigilancia y de asistencia en centros de enseñanza como educadores en residencias escolares. Tipología aportada por AHUMADA VILLALBA, B.: «La beca de formación práctica con prestación de servicios», *RL*, núm. 2, 1999, págs. 72 y ss.

¹²⁹ RUIZ CASTILLO, M.ª M.: «El trabajo no retribuido: una importante tendencia restrictiva del Derecho del Trabajo», *RDS*, núm. 30, 2005, págs. 21-23.

¹³⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La progresiva extensión del "trabajo cívico" y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés», *JL*, núm. 9, 2002, págs. 5 y ss.

¹³¹ BAYLOS GRAU, A.: «La "huida" del Derecho del Trabajo; tendencias y límites de la deslaboralización», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M.ª M., Coords.): *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinario*, Madrid, 2000, pág. 46.

¹³² GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?» en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado...*, cit., págs. 126-128.

actividades en los propios centros de trabajo. Es el caso de las becas ¹³³, el llamado trabajo en régimen de alternancia y las prácticas profesionales, utilizados tanto por empresas, privadas y públicas, como por las Administraciones (en especial las Universidades ¹³⁴), en ocasiones de manera muy intensa afectando a distintos colectivos (en particular a estudiantes de ciertos niveles de Formación Profesional, a los de ciclos universitarios y, por supuesto, a licenciados). Existe, sin embargo, un llamativo desfase entre la importancia que tales figuras están adquiriendo –pues en la actualidad, el ejemplo más flagrante de «exclusión ilegal» del Derecho del Trabajo es, precisamente, el que ofrecen las numerosísimas convocatorias de becas de trabajo ofrecidas a postgraduados universitarios por las Administraciones Públicas» ¹³⁵– y la atención legislativa de la que han sido objeto hasta este momento, haciendo que su conocimiento resulte harto complicado.

En cualquier caso, sólo será posible hablar en puridad de beca y relación formativa o en prácticas de naturaleza extralaboral si en la prestación de servicios correspondiente faltan los conocidos requisitos que tipifican la relación laboral, pues «el régimen de esta clase de relaciones en el período postestatutario se construye sobre la presunción, bien que *iuris tantum*, de que toda prestación de trabajo "en prácticas" o "para la formación" goza de la reputación de contrato de trabajo ¹³⁶. No existe relación «becarial» cuando prevalece el interés de la entidad en la obtención y prestación del servicio haciendo suyos los trabajos del becado, cubriendo así necesidades que de no llevarse a cabo por éste, tendrían que encomendarse a un tercero, o cuando el supuesto becario se limita a realizar los cometidos propios de la esfera de actividad de la entidad ¹³⁷. Asimismo, los estudios que cursa o ha cursado la persona becada deben estar directamente relacionados con la actividad que se proyecta cubrir con la concesión de la beca y con las posibilidades de la entidad convocante de la beca para llevar a cabo la formación del becario ¹³⁸, de modo que debe coincidir la profesionalidad del becario con el objeto de los servicios prestados por el mismo.

La formación, como finalidad de la contratación, no es incompatible con la existencia de un contrato de trabajo, como demuestra la existencia del contrato de trabajo en prácticas o para la for-

¹³³ Sobre las becas y la prestación de servicios por los becarios, *vid.*, GOÑI SEIN, L.: «La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de becas», *RL*, 1986, T. II, págs. 412 y ss.; LUJÁN ALCARZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. (Contribución al estudio del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo)*, Madrid, 1994, págs. 246 y ss.; MORENO GENÉ, J.: «Las becas y los contratos formativos: ¿dos caras de una misma moneda?», en AA. VV. (MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., Coord.): *Política de empleo y protección social*, Barcelona, 1995, págs. 273 y ss.; VILLALBA SALVADOR, B.: «Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales», *AL*, núm. 11, 1998, págs. 195 y ss.; AHUMADA VILLALBA, B.: «La beca de formación práctica con prestación de servicios», *cit.*, págs. 72 y ss.; MORENO GENÉ, J., PARDELL VEA, A. y ROMERO BURILLO, A.M.^º: «Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado», *RDS*, núm. 9, 2000, págs. 185 y ss. o SELMA PEÑALVA, A.: «Los becarios aparentes», *AS*, núm. 14, 2003, págs. 54.

¹³⁴ Frecuentemente demandadas en procesos laborales en los que se pretende el reconocimiento del carácter laboral de las prestaciones realizadas por sus becarios, en sus servicios administrativos, de atención y asesoramiento a los alumnos, de bibliotecas, de fonotecas, de servicios culturales, etc. A título de ejemplo, SSTSJ de País Vasco de 21 junio de 1993 (Ar. 2873); Castilla y León de 14 de marzo de 1996 (Ar. 468) y 11 de febrero de 1997 (Ar. 275); Andalucía de 28 de enero de 1997 (Ar. 241) y 29 de enero de 1999 (Ar. 845); Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1998 (Ar. 4515) o Asturias de 15 de enero de 1999 (Ar. 845).

¹³⁵ LUJÁN ALCARAZ, J.: «A propósito del estatuto del becario de investigación», *AS*, núm. 15, 2005, pág. 11.

¹³⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo...*, *cit.*, pág. 250.

¹³⁷ STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2000 (*AL*, núm. 6, 2001, págs. 514 y ss.).

¹³⁸ STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 1996 (Ar. 3634).

mación. El recurso a la «concausa» que caracteriza la relación del becario, utilizado frecuentemente por la jurisprudencia para justificar la diferencia de tratamiento entre el becario y un trabajador común ¹³⁹, ante la incontestable similitud en lo que a la ajenidad y subordinación de la prestación del becario se refiere, no desvanece el carácter decisivo y constitutivo de una intervención legal que configura en el caso de los becarios una excepción que no se produce en relación con otras modalidades contractuales que aúnan en la causa otras finalidades distintas a la compraventa de trabajo.

La frecuencia con que en la práctica se produce la colisión entre beca y contrato de trabajo ha obligado al Tribunal Supremo a construir una doctrina uniforme y reiterada sobre la posible naturaleza laboral de las becas, partiendo de la previa constatación de que «tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones» y de que el estudio y formación al que se orientan las becas «puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra» ¹⁴⁰. Por ello, destaca el Tribunal Supremo que «el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y formación del becario, y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizado al patrimonio de la persona que la otorga, la cual no adquiere, por tanto, la posición de empleador o empresario jurídico del becario» ¹⁴¹.

Las becas tienen como dato calificativo más relevante que el becario adquiera una formación mediante la realización de una actividad cuyo coste económico lo soporta la entidad otorgante o quien la financie, lo que comporta la inexistencia al becario de una prestación que revirtiendo directamente en utilidad o beneficio de la entidad, predomine sobre su formación ¹⁴².

Ello no impide, sin embargo, que en ocasiones las actividades desarrolladas por los becarios puedan fructificar en la realización de diversas tareas, que no se realizan como contraprestación, sino como aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la misma representa ¹⁴³.

Debe concluirse, en consecuencia, que la contratación laboral prevalece cuando «no cabe en principio apreciar en la actividad becada un interés educativo con relevancia para definir la naturaleza del vínculo, siendo, por el contrario, clara la utilidad que del trabajo obtiene la empresa y, consiguientemente, la finalidad retributiva de ese trabajo que cumplen las cantidades abonadas como beca» ¹⁴⁴. La distinción entre beca y relación laboral se fundamenta en determinar en cada caso con-

¹³⁹ SSTSJ de Asturias de 15 de septiembre de 2000 (Ar. 2775) y 7 de junio de 2002 (Ar. 2282); Madrid 26 de septiembre de 2001 (Ar. 3986) y País Vasco 18 de marzo de 2003 (Ar. 2567).

¹⁴⁰ STS de 13 de junio de 1988 (Ar. 5270).

¹⁴¹ STS de 26 de junio de 1995 (Ar. 5365).

¹⁴² Sobre esta consolidada doctrina STS de 7 de julio de 1998 (ar. 6161), así como la doctrina citada en la misma. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1998 (Ar. 4515) considera como elementos determinantes de la naturaleza de la beca la no sujeción a ritmo concreto de trabajo, ni a la consecución de unos objetivos concretos y determinados en el tiempo.

¹⁴³ Se admite que la beca fructifique en «la realización de una tarea» (STSJ de País Vasco de 21 de junio de 1993 –Ar. 2873–) o STSJ de Galicia de 15 de febrero de 1995 (Ar. 591).

¹⁴⁴ STS de 12 abril de 1989 (Ar. 2967).

creto cuál es el interés o beneficio principal que se satisface con la beca y con la prestación de servicios que como consecuencia de la misma se prestan, si el de los becarios o si, por el contrario, el de la propia entidad convocante de la beca, por lo que la finalidad perseguida se configura como el «único e inseguro elemento diferenciador» entre la beca y el contrato de trabajo ¹⁴⁵.

En el Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación (EBI), se expresa claramente que no son trabajadores por cuenta ajena por la finalidad formativa que tiene la beca. La apuesta del EBI por la extralaboralidad de las relaciones de trabajo de los becarios de investigación a los que el mismo se refiere es tan clara como injustificada. El becario investigador al que se aplica el Estatuto es aquel vinculado a la entidad otorgante de la beca por una relación que no es laboral, sino justamente, la de becario. Para que no haya dudas en este sentido, el artículo 2.3 del EBI avisa de que «este Real Decreto no será de aplicación a las relaciones laborales existentes entre las entidades y centros de investigación que concedan las becas y los trabajadores que presten servicios en ellos».

Dicha norma reglamentaria ha regulado –de una manera precaria que genera más frustración que otra cosa ¹⁴⁶– sólo una modalidad muy concreta de becario: el que desarrolla su actividad formativa en el seno de entidades públicas y entidades privadas sin ánimo de lucro que inscriban sus programas de becas financiados con cargo a fondos públicos ¹⁴⁷, manteniendo de forma expresa dicha diferencia, incluso a efectos de Seguridad Social –es decir, que se mantienen en la práctica las mismas dificultades que tradicionalmente se han planteado en relación con las becas otorgadas por entidades privadas y sus problemas definatorios–.

Contra lo que pretende, el EBI no puede resolver, porque no tiene rango para ello, el problema fundamental de la naturaleza jurídica –laboral o extralaboral– del trabajo del becario de investigación. Por tanto, ésta será o no laboral, según que en la misma predomine o no la finalidad formativa. Y siendo así, habrá que admitir que dicha finalidad parece primar en el caso de los investigadores no doctores, ni con suficiencia investigadora reconocida –precisamente los excluidos del EBI–, pero también deberá aceptarse que no es la formación, sino el desarrollo de proyectos de investigación, innovación y desarrollo el objeto del trabajo que realizan la gran mayoría de doctores becarios e incluso licenciados en disposición del diploma de estudios avanzados. Frente a la solución que les ofrece el EBI, la salida natural para estos investigadores debería ser la incorporación a los centros de investigación mediante vínculos laborales, estatutarios o funcionariales, pero en ningún caso el mantenimiento en la precariedad ¹⁴⁸.

En fin, también la inclusión de los becarios de investigación en Seguridad Social acaba siendo un instrumento para consolidar su tradicional precariedad laboral, pues ni tienen derecho a protección por desempleo, ni sus cotizaciones se corresponden con la entidad de su trabajo y con el

¹⁴⁵ STSJ de Madrid de 1 de febrero de 1990 (Ar. 694).

¹⁴⁶ GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el presunto estatuto del becario de investigación», *TS*, núm. 155, 2003, pág. 9.

¹⁴⁷ Se restringe a aquellos titulados universitarios en posesión del título de Doctor o que tengan reconocida suficiencia investigadora.

¹⁴⁸ LUJÁN ALCARAZ, J.: «A propósito del estatuto del becario de investigación», cit., pág. 13.

importe de sus ingresos, de modo que las prestaciones que en su caso les pueden ser reconocidas (subsidio de incapacidad temporal, subsidio de maternidad, pensiones por incapacidad permanente, etc.) serán las mínimas del sistema.

En la norma estatutaria no están comprendidos además todos los becarios de investigación, sino exclusivamente aquellos titulados universitarios, en posesión del título de Doctor o que tengan reconocida suficiencia investigadora, que sean beneficiarios de una beca concedida en virtud de programas inscritos en el registro de becas de investigación para el desarrollo de actividades de formación y especialización científica o técnica (art. 2.2 del EBI). Fuera quedan, por tanto, el ejército de falsos becarios que no realizan investigación, pero que sí prestan sus servicios a Corporaciones Locales, Universidades, Comunidades Autónomas, Organismos autónomos o empresas y los auténticos becarios de investigación en formación, esto es, los de primer y segundo año que se están iniciando en las tareas de investigación.

II. LA QUIEBRA DE LA «DEPENDENCIA» Y EL AVANCE DE LOS FENÓMENOS DE «PARASUBORDINACIÓN»

La tradicional tendencia expansiva del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo ha sido capaz de aglutinar a un colectivo cada vez más variado y numeroso de trabajadores ¹⁴⁹. Esta *vis atractiva* supone que el ordenamiento jurídico-laboral, considerado desde sus orígenes como legislación obrera tuitiva o protectora de ciertas categorías profesionales –singularmente mujeres y menores–, ha ido ampliando su ámbito para pasar a ser el ordenamiento que regula sin diferencias sustanciales todas las prestaciones de servicios dependientes y por cuenta ajena (salvedad hecha de los funcionarios públicos).

La «terciarización» creciente del sistema productivo (la fábrica como escenario del sistema productivo clásico es sustituida por las «oficinas» y los «despachos», ocupando el sector servicios una posición indiscutida de claro privilegio; el sector financiero –en general– y los bancos, seguros, turismo, comercialización y distribución de productos, publicidad, comunicaciones, consultoría..., en particular, constituyen, sin duda, la parcela más avanzada de la economía ¹⁵⁰), la proliferación de los trabajos denominados «tecnologizados», semi-independientes y/o prestados en régimen de desconcentración productiva, situados en los confines de la ajenidad y la dependencia y proclives a escapar del dominio del Derecho del Trabajo ¹⁵¹ y la aparición de nuevas tecnologías ligadas a fenóme-

¹⁴⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre el concepto del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 26, 1986, pág. 181. En el mismo sentido, se ha señalado que «la constante ampliación del ámbito del Derecho del Trabajo es la lógica consecuencia de la expansión continua del contrato de trabajo». MONTROYA MELGAR, A.: *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Murcia, 1972, pág. 16.

¹⁵⁰ BAYÓN MARINE, F.: «Los recursos humanos y la gestión de calidad en las empresas de servicios», *RL*, núm. 12, 1997, pág. 88.

¹⁵¹ Los cuales fuerzan al jurista a decidir si el modelo de contrato de trabajo legalmente tipificado sirve para aceptar las nuevas relaciones laborales surgidas de la «realidad social subyacente». LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo...*, cit., pág. 5, acogiendo la expresión acuñada por ALONSO OLEA, M.: «Sobre la realidad social subyacente al Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, núm. 3, 1971, págs. 145 y ss.

nos de descentralización empresarial acaban provocando una eclosión de nuevas profesiones y formas de empleo habitualmente calificadas como «atípicas» (por cuanto se apartan del prototipo normativo de trabajo industrial, subordinado y por cuenta ajena, prestado en las dependencias de la empresa, con sujeción a un horario y al control de la jerarquía humana, mediante la cobertura jurídica de una relación de servicios de duración indefinida y en régimen de jornada completa, concertada en exclusiva con un solo empresario –paradigma contractual en torno al cual fue cristalizando su actuación normativa de tutela–) antes inexistentes o –si presentes– desarrolladas de una forma o a una escala que planteaba pocos problemas de calificación jurídica.

La idea de trabajo está cambiando ¹⁵². El criterio principal de indentificación del contrato de trabajo, la «subordinación», evoluciona en dos direcciones. De una parte, hacia una concepción mucho más relajada de las relaciones empleador-empleado, lo cual supone una mayor flexibilidad y responsabilidad del trabajador en la ejecución del trabajo ¹⁵³; de otra, se hace más fuerte por la precarización del trabajo y la existencia de un paro masivo que lleva a los trabajadores a someterse a condiciones de trabajo que rechazarían si encontraran fácilmente otro empleo.

La dificultad existente para mantener un concepto clásico de subordinación en esta nueva modalidad laboral, que atenúa extraordinariamente las diferencias entre trabajo por cuenta ajena y trabajo autónomo ¹⁵⁴ (creando un sin fin de figuras intermedias –«nuevos autónomos» ¹⁵⁵) hace quebrar el modelo normativo durante mucho tiempo útil para diferenciar ambas figuras ¹⁵⁶. Para encontrar el rumbo en este «maremágnum de subordinaciones» ¹⁵⁷ es necesario, por tanto, retomar aquella sabia lección proporcionada por quien lograba mostrar con brillantez cómo la dependencia en sentido abstracto no debe ser confundida con sus indicios o signos de exteriorización ¹⁵⁸, de modo que únicamente la integración en la organización productiva y el riesgo pueden servir para distinguir ambas relaciones, pues los demás datos carecen por sí mismos de valor absoluto y son neutros o no decisivos, en tanto pueden operar en cualquier caso ¹⁵⁹.

¹⁵² SANGUINETI RAYMOND, W.: «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales. ¿Un criterio en crisis?», *TL*, núm. 40, 1996, págs. 53-57.

¹⁵³ IGLESIAS CABERO, M.: «El Derecho del Trabajo para el siglo XXI», *DL*, núm. 53, 1997, págs. 51 y ss.

¹⁵⁴ DE LUCA TAMAJO, R.: «Il tempo nel rapporto di lavoro», *DL RI*, núm. 31, 1986, págs. 462 y ss. o SUPLOT, A.: «Du bon usage des lois en matière d'emploi», *DS*, núm. 3, 1997, págs. 229 y ss.

¹⁵⁵ «Independent contractors» en expresión de JEAMMAUD, A. y LE FRIANT, M.: «Contratto di lavoro, figure intermedie e lavoro autonomo nell'ordinamento francese»; ALTONA, M.: «L'articolazione dei tipi di lavoratore e delle forme di impiego nella Germania Federale»; FINLEY, L.H.: «La tutela dei lavoratori negli Stati Uniti, fra "statues" e "common law"», todos en AA.VV. (PEDRAZZOLI, M., Dir.): *Lavoro subordinato e dintorni (comparazioni e prospettive)*, cit., págs. 239 y ss.

¹⁵⁶ GOÑI SEIN, J.L.: «Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, pág. 83.

¹⁵⁷ VARDARO, G.: «Subordinazione ed evolucionismo», en AA.VV.: *Lavoro subordinato e dintorni (comparazioni e prospettive)*, cit., pág. 107.

¹⁵⁸ Recordando de nuevo a DE LA VILLA GIL, L.E.: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», cit., pág. 9.

¹⁵⁹ GOÑI SEIN, J.L.: «Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo», cit., págs. 83 y ss., autor a quien se sigue en esta exposición.

A este respecto, la integración en el ciclo productivo no debe ser entendida en el sentido clásico de inserción en un ámbito controlado íntegramente por el empresario, sino como simple coordinación que no precisa el sometimiento a un horario o la realización de la actividad en los locales de la empresa, incluyendo –también– aquella realizada de una forma externa, descentralizada o fuera de la organización empresarial cuando el objeto de la prestación del trabajador constituye o forma parte de la actividad productiva de la empresa ¹⁶⁰. Sería descabellado pretender así, hoy en día, que el contrato de trabajo cubriera sólo la prestación de servicios realizados en el lugar indicado por el empresario, si bien es preciso reconocer, sin embargo, que cuando una persona se obliga a prestar sus servicios allí donde le ordene el acreedor de su trabajo surge una fuerte presunción de laboralidad, porque el aquietamiento a esa voluntad extraña evidencia, habitualmente, el sometimiento a un poder organizativo superior y, en último término, porque la prestación del trabajo en el lugar predeterminado permite al empresario el ejercicio efectivo de sus poderes sobre los trabajadores concentrados en el mismo ¹⁶¹.

Son datos irrelevantes, por tanto, que el trabajador desarrolle su trabajo en el domicilio o en locales de su propiedad, utilice instrumentos de trabajo propios o se dedique en exclusiva o no a la empresa contratante; constituye elemento decisivo, por contra, que la actividad del sujeto sea elemento necesario para la consecución del fin empresarial.

En segundo término, si el riesgo de la explotación no recae sobre el trabajador –si no obtiene lucro alguno de las ganancias empresariales ni soporta tampoco las pérdidas– procede afirmar igualmente que el trabajo no es autónomo y sí por cuenta ajena ¹⁶². Por tal razón, «la propiedad del *know-how* se convierte en el gran elemento de contraste, porque si éste pertenece al trabajador será expresión de independencia, mientras que quien opera sobre *know-how* ajeno lo hará mediante su integración en la unidad productiva del titular» ¹⁶³. Es claro así el avance hacia la necesidad de una noción de subordinación socioeconómica, más amplia y menos pasiva, esencialmente fundada sobre la indiferencia respecto al resultado y sobre la sujeción general al control de otro, valorando el tipo de retribución y la continuidad en la actividad; los parámetros habituales no pierden validez (control, vigilancia, existencia de órdenes, retribución garantizada, forma de remuneración, etc.) pero, ciertamente, «la utilización de las nuevas tecnologías permite la ideación de criterios nuevos o la reelaboración de los ya conocidos» ¹⁶⁴.

¹⁶⁰ El hecho de que el trabajador no se encuentre físicamente en el centro de trabajo o establecimiento empresarial no significa su ubicación fuera del círculo organizativo y disciplinario del empresario. MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*, Madrid, 1985, pág. 224.

¹⁶¹ En este sentido utiliza la jurisprudencia la existencia de lugar predeterminado de trabajo como indicio positivo de laboralidad. SSTs de 6 de diciembre de 1968 (Ar. 5608) o 29 de mayo de 1990 (Ar. 4517).

¹⁶² «Esa irrelevancia del riesgo de la producción para el trabajador, ése no afectarle, directa o inmediatamente, precios, averías, posibilidades de venta ni resultados constituye, a nuestro juicio, el gran elemento diferenciador de las relaciones estrictamente laborales y otras relaciones de trabajo». BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Vol. 1, 12.ª ed. (revisada y puesta al día por VALDÉS DAL-RE, F.), Madrid, 1978-1979, págs. 14-15.

¹⁶³ Y, por consiguiente, «llegado el momento de dilucidar la naturaleza jurídica ante un caso concreto deberán aunarse los criterios comunes usados en la calificación de cualquier relación de trabajo litigiosa, con los criterios específicos conectados con el elemento informático, siendo entonces de gran relevancia el dato de la propiedad del *know-how*». LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada...*, cit., págs. 605-606.

¹⁶⁴ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada...*, cit., pág. 605. CARINCI, M.T.: «Autonomia e subordinazione nel rapporto di lavoro del consulente tecnico, dell'ossevatore ippico, dell'installatore di programmi informatici, del trasportatore e del facchino», *RIDL*, 1994, T. II, págs. 28 y ss.

En el contexto social y económico descrito urge proceder a una regulación diferenciada de las modalidades atípicas, capaz de atender a sus especiales características, pero sin traducción necesaria en una merma irrazonable del nivel de protección de quienes son sus titulares en comparación con el recibido por los trabajadores vinculados a una relación laboral «típica». Como ha precisado la doctrina, el Derecho del Trabajo no debe reaccionar, ante la proliferación de todos estos fenómenos, tratando de forzar la integración de todas las manifestaciones del trabajo productivo en un mismo molde conceptual, pues ello contradiría su esencial configuración como ordenamiento dinámico y flexible; antes al contrario, tomando conciencia de la creciente segmentación del mercado de trabajo, debe proveer a su mejor tutela mediante la pertinente diversificación de estatutos normativos, si bien «la adaptación a las nuevas exigencias tampoco puede significar plegarse absolutamente a ellas, de manera que se retorne a situaciones ya periclitadas en las que la lógica del beneficio empresarial constituía la única ley de disciplina de las relaciones laborales»¹⁶⁵. Tales formas de trabajo atípico deben ser "laboralizadas" sin perjuicio de atender a su especificidad mediante el establecimiento de regímenes jurídicos diferenciados, pero evitando una diversificación innecesaria de las tutelas del trabajo por cuenta ajena.

En su conjunto, este resurgimiento del contrato de arrendamiento de servicios en supuestos de descentralización productiva y contratación externa de servicios¹⁶⁶ provoca un incremento cuantitativo y cualitativo del trabajo autónomo que resta espacios a la contratación laboral y a la acción propia de su ordenamiento típico, acentuando la segmentación del mal llamado «mercado» de trabajo¹⁶⁷, mostrando a las claras cómo «el divorcio vincular entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil está hoy en vías de revisión»¹⁶⁸. Sin embargo, tal afirmación debe matizarse en el sentido de que el trabajo autónomo no es siempre una mera «huida del Derecho del Trabajo», sino un elemento fisiológico del sistema productivo, que ve proliferar en torno a la empresa post-fordista nuevas profesiones liberales, caracterizadas por un elevado nivel intelectual y especializado, a las que se adapta mejor el esquema de trabajo autónomo o liberal, incluso cuando están destinadas a desarrollarse prevalentemente dentro de la empresa o se integran de algún modo en el programa organizativo empresarial¹⁶⁹.

En la línea anterior de contracción del campo de juego del trabajo asalariado cabe situar la relación, en cuanto a su intensidad protectora, de la presunción de laboralidad *ex* artículo 8.1 del ET¹⁷⁰. Existe consenso doctrinal respecto a que tal precepto, cuyas vinculaciones con el artículo 1.1 del ET hacen que su funcionamiento requiera la prueba de la integridad de los elementos del contrato de tra-

¹⁶⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 21, 1987, págs. 27 y ss.

¹⁶⁶ Sobre este tema, el excelente estudio de MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno al arrendamiento de servicios», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 209 y ss.

¹⁶⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Diversificación *versus* uniformidad en el Derecho español del Trabajo», *REDT*, núm. 63, pág. 73.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil», *RL*, 1996, T. II, págs. 2 y 3.

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 7/8, 2000, pág. 4.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 796 o RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid, 1995, pág. 61.

bajo, no contiene presunción de laboralidad alguna. Después del Estatuto, la regla se relaciona sólo con la libertad de forma: impide que ésta cause perjuicios a quien es trabajador –y puede demostrarlo– por el hecho de no disponer de un documento escrito sobre el particular. Esta transformación es extraordinariamente importante por cuanto debería suponer el fin de la orientación expansiva del sistema de indicios y, con ello, reducirse la propia tendencia expansiva del Derecho del Trabajo pues ya no existe presunción alguna de que cualquier prestación de servicios es laboral ¹⁷¹.

Se está modalizando la presunción de existencia de contrato de trabajo y con ello con respecto a todas aquellas actividades en las cuales la prestación de servicios no sólo no ha sido articulada bajo el régimen laboral y formalizada a través de un contrato de trabajo, sino que se ha amparado en un régimen jurídico disinto expresa y específicamente; en un régimen jurídico «real y existente, válido y lícito, y que sólo se diferenciaría del contrato de trabajo por razón de la intensidad menor con que concurren las características de ajenidad y dependencia» ¹⁷². Y tal puede ser el caso de los profesionales liberales, de los agentes comerciales mercantiles y de todas aquellas actividades profesionales que exigen una titulación o capacitación específica para ser realizadas, pudiendo llevarse a cabo sin estar bajo el régimen laboral y que por ello tienen pleno sentido fuera de este ordenamiento.

III. EL CONCEPTO DE «TRABAJADOR» ASALARIADO A PARTIR DE LAS NOTAS CONFIGURADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Cumplida la labor de analizar las notas o rasgos configuradores del trabajo objeto de la disciplina por referencia a la relación individual de trabajo, bastará recordar en este momento que el trabajador, en virtud del contrato celebrado, se obliga a trabajar personalmente con sometimiento a la esfera organicista, rectora y disciplinaria del titular de la organización productiva por cuya cuenta realiza una específica labor –dependencia–, renunciando anticipadamente, es decir, antes de su obtención, a la titularidad sobre los resultados de su trabajo, que se incorporan automáticamente al patrimonio empresarial –ajenidad–; como consecuencia de esta atribución originaria de la utilidad patrimonial del trabajo a persona distinta del propio trabajador, el resultado, favorable o adverso, de la actividad empresarial recae sobre el titular de la misma, sin que el trabajador se vea afectado por aquél, con lo que éste tiene garantizado en cualquier caso el percibo de una compensación económica –retribución– por su prestación laboral dependiente, al no existir participación suya en el riesgo económico. Esta regla no quiebra por el hecho de que el trabajador pierda su derecho al salario cuando la interrupción del proceso productivo proceda de una imposibilidad sobrevenida no imputable al empresario –suspensión por fuerza mayor ¹⁷³–, pues, además de que en este caso no existe previa actividad laboral que deba ser remunerada y es imposible la presta-

¹⁷¹ GOERLICH PESET, J.M.º: «Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo», en ORDUÑA MORENO, Dir.: *Contratación y consumo*, Valencia, 1998, pág. 237.

¹⁷² MERCADER UGUINA, J.R.: *Derecho del Trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, 2002, pág. 91.

¹⁷³ Amplio análisis en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1993.

ción *ad futurum*, de imponerse legalmente la obligación remuneratoria quedaría desvirtuado el principio de sinalagmaticidad o reciprocidad de las prestaciones que constituyen el objeto de la contratación laboral.

Esta noción legal indirecta del trabajador se completa por vía negativa mediante un repertorio de exclusiones legales, declarativas y constitutivas (art. 1.3 del ET) ¹⁷⁴, y por vía positiva mediante la inclusión expresa de una serie de relaciones laborales de carácter especial, al objeto de evitar dudas sobre su ubicación en el ámbito del Derecho del Trabajo, reguladas por una normativa específica (art. 2 del ET) ¹⁷⁵. Cobra así especial relieve la delimitación conceptual de la figura del trabajador que hace más de veinte años se pergeñara, a partir del doble juego de una serie de presupuestos sustantivos y adjetivos, remitiendo los primeros a las notas configuradoras del contrato de trabajo (remuneración, libertad, ajenidad y dependencia) y los segundos a las inclusiones o exclusiones expresas que cada ordenamiento establece.

Tales premisas llevan a concluir que trabajador es «la persona que realiza una actividad libre, retribuida, dependiente y por cuenta ajena, la cual, además, no haya sido objeto de exclusión legal expresa, y también la persona que, aun a falta de aquellos presupuestos configuradores, haya sido incluida por ley en el ordenamiento laboral» ¹⁷⁶. Obviamente, la consecuencia de tal calificación es la inaplicación del Derecho del Trabajo (entendido como conjunto legal y convencional colectivo, inderogable e indisponible) y de sus tratamientos más favorables en beneficio del trabajador a las relaciones de servicios no laborales y su sometimiento consiguiente a los órdenes jurídicos civil o mercantil, pues la calificación de la relación contractual como laboral marca las fronteras de la aplicación del ordenamiento laboral.

En este contexto, el ámbito subjetivo de aplicación del ET, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador, no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración. Por el contrario, las normas que delimitan este ámbito de modo negativo –la exclusión de la relación laboral– «dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que, por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social» ¹⁷⁷. Estas afirmaciones del Tribunal Constitucional –al hilo de la exclusión de los transportistas– tienen una gran importancia, no sólo porque suponen el establecimiento de un límite a la acción legislativa en la determinación negativa del ámbito de aplicación del Derecho Laboral, sino porque indican que debe haber una coincidencia entre las notas de ajenidad y dependencia en el plano jurídico y la existencia social y económica de la condi-

¹⁷⁴ El artículo 1.3 del ET completa la definición genérica y abstracta de contrato de trabajo y de trabajador con la enumeración de una serie de actividades que quedan excluidas del campo de aplicación de la legislación laboral. De tales exclusiones, todas son declarativas, a excepción de las referidas a los funcionarios públicos y a los transportistas que son constitutivas. DE LA VILLA GIL, L.E.: «Apuntes sobre el concepto de trabajador...», cit., págs. 50-51. Durante muchos años, constitutivas fueron también las exclusiones afectantes a las actividades profesionales de altos cargos y servidores domésticos, finalmente laboralizadas como relaciones especiales (art. 2 del ET).

¹⁷⁵ Un estudio reciente con exhaustiva recopilación bibliográfica en CARDENAL CARRO, M.: «A los quince años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I)», AS, núm. 9, 2000, págs. 9 y ss.

¹⁷⁶ DE LA VILLA GIL, L.E.: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», cit., pág. 2.

¹⁷⁷ STCo 227/1998, de 26 de noviembre.

ción de trabajador, es decir, que en cualquier caso tiene que existir una correlación entre la «condición social» del trabajador, su situación de subordinación económica y social y la «transposición jurídica» de esta condición en un sistema de reglas de tutela del contratante débil en el marco del ordenamiento laboral ¹⁷⁸.

La pérdida de la hegemonía social y jurídica del trabajador típico, a cuya protección se dirigió históricamente el nacimiento de la disciplina en el siglo XIX, y la aparición de «otros» trabajadores (atípicos, precarios...) y de desempleados produce efectos inmediatos sobre los ordenamientos laborales que, por lo demás, se reflejan a la perfección en la doctrina laboral más reciente ¹⁷⁹, postulando que el verdadero Derecho del Trabajo (y no sólo del subordinado y por cuenta ajena comprometido en virtud de un contrato de trabajo) ha de ser, ante todo, un instrumento de satisfacción de exigencias democráticas (mediante el reconocimiento de una serie de derechos) y de cohesión social (mediante la extensión de esos derechos al trabajo, más allá del empleo y su formalización a través de un contrato de trabajo, que evidentemente, ha de seguir contando con sus propios derechos o garantías). Con ello se pretende «no superar el empleo» y las formas típicas de trabajo, menos aún a costa de sus derechos, sino manteniendo el empleo y un modelo europeo de «empleo con derechos», extender una serie de derechos a otras formas de trabajo: trabajos personales remunerados calificados de «independientes» o «autónomos» para un Derecho del Trabajo replegado en la subordinación, pero económicamente dependientes; formas no mercantiles como el trabajo voluntario o la propia formación ¹⁸⁰.

Bajo tales premisas, no puede extrañar que el grupo de expertos creado por la Dirección General V de la Comisión Europea haya preconizado la adopción de una definición comunitaria del concepto de trabajador asalariado ¹⁸¹ (sin perjuicio del principio de subsidiariedad) y el mantenimiento del poder de recualificación del contrato de trabajo por parte del Juez (abriendo el concepto de subordinación a nuevos conceptos como el de «dependencia económica» o «integración en la empresa de otro»).

De todas formas, ha de convenirse que no existe un concepto único o exclusivo de trabajador al que puedan remitirse en bloque todas las normas del Derecho del Trabajo, pues la noción estricta de trabajador como sujeto de un contrato de trabajo delimita, efectivamente, el ámbito de

¹⁷⁸ BAYLOS GRAU, A.: «La "huida" del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M.ª M.): *El Derecho del Trabajo ante el cambio de siglo...*, cit., págs. 48-49.

¹⁷⁹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M.ª M.): *El Derecho del Trabajo ante el cambio de siglo...*, cit., pág. 194.

¹⁸⁰ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Las transformaciones del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 204.

¹⁸¹ Pues «debemos coincidir en el hecho de la concepción del trabajador fuera del marco estrictamente contractual de trabajo, y como sujeto de otro tipo de relaciones, también jurídicas, calificables como laborales, y que se ubican —esencial pero no únicamente— en el ámbito denominado Derecho colectivo. Con ello parece superarse la configuración del sujeto básico y esencial de nuestra disciplina fundamentada a través de la realidad social "trabajo/libre/remunerado/dependiente/por cuenta ajena" para acudir a otro tipo de criterios o "macrocriterios" que resaltan ante todo la finalidad tuitiva/protectora de nuestra legislación, lo que permite la incorporación de las denominadas zonas grises al marco de aquella normativa». DEL VALLE VILLAR, J.M.: «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho Español del Trabajo», *RT*, núm. 89, 1988, pág. 96.

aplicación de la legislación laboral individual; pero lo que es válido para el Derecho individual del trabajo no lo es, en cambio, para otros subsectores normativos de la disciplina, cuyo ámbito subjetivo de aplicación comprende a otros sujetos, que siendo trabajadores en sentido amplio no son titulares de una relación jurídica de prestación de servicios que merezca ser calificada como laboral.

En fin, en esta nueva era se produce una clara mutación en la morfología del concepto clásico de trabajador. La terciarización y el postindustrialismo conforman una relación salarial en la que la prestación de servicios en régimen de alteridad se adorna de nuevos perfiles. Autonomía, coordinación y participación son los rasgos diferenciadores de este momento frente a las clásicas nociones de dependencia, subordinación y conflicto ¹⁸².

IV. LA ELASTICIDAD DE LAS DENOMINADAS «ZONAS GRISES» O FRONTERIZAS

La propia flexibilidad operativa que ofrece la recepción de los rasgos tipificadores antes citados ha suscitado numerosos problemas teóricos y prácticos sobre la verdadera significación de cada uno de ellos. La excesiva trascendencia de la calificación autónoma o subordinada del trabajo, en cuanto significa exclusión o inclusión en la disciplina jurídica del trabajo, e incluso en la protección social, ha dificultado considerablemente esa calificación sobre todo en las llamadas zonas «grises».

La respuesta tradicional ha tendido a tratar de expandir la calificación de trabajo dependiente a nuevas formas de empleo que por definición habrían de entenderse como no subordinadas ¹⁸³. La creciente tendencia expansiva experimentada por la rama social ¹⁸⁴ hace que la identificación de aquel elemento central en la determinación del tipo legal termine siendo una tarea recurrente e inconclusa ¹⁸⁵. La continua progresión de su ámbito subjetivo ¹⁸⁶ queda vinculada a la

¹⁸² MERCADER UGUINA, J.R.: *Derecho del Trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, cit., pág. 78.

¹⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», cit., pág. 7.

¹⁸⁴ Algo predicable, por lo demás, ya desde los propios comienzos del Derecho del Trabajo. Su propia evolución muestra «cómo muchas categorías de personas, aportadoras de trabajo, han sido afectadas por las normas laborales, pese a estar en un principio al margen de ellas». DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la economía del Trabajo*, T. I, Madrid, 1978, pág. 744.

¹⁸⁵ RYERA VAYREDA, C.: «El contrato de trabajo en las llamadas zonas grises», *TS*, núms. 35 y 37, 1994, págs. 87 y 107, respectivamente o ALEMÁN PÁEZ, F.: *Derecho del Trabajo y relaciones laborales en España*, Santa Fe de Bogotá, 1996, capítulo I.

¹⁸⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre el concepto del Derecho del Trabajo», cit., pág. 181. «Ciertamente el Derecho del Trabajo ejerce una fuerza de atracción en cuanto a la extensión del ámbito subjetivo (esto es, en cuanto al concepto de trabajador profesional que pierde "sus adjetivos" de trabajador por cuenta ajena) desvelando su vocación de Derecho de la actividad profesional, con lo que cada vez más el concepto de trabajador perdería en el plano de la política del Derecho su contenido de clase (de la clase formada por los trabajadores asalariados) y se diluye en el más amplio –indiferenciado e interclasista– de trabajador profesional», MONEREO PÉREZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996, pág. 79.

propia del contrato de trabajo como necesidad de extender la protección otorgada por las normas laborales a sujetos cuya situación socioeconómica es similar a la del trabajador dependiente ¹⁸⁷.

La *vis atractiva* del Derecho del Trabajo ha permitido a este sector del ordenamiento atraer hacia sí relaciones fronterizas, engrosando su campo de aplicación a costa de la laboralización de las tantas veces mentadas «zonas grises» ¹⁸⁸ —«prestaciones de trabajo cuya naturaleza resulta especialmente difícil de calificar como laboral o extralaboral» ¹⁸⁹—, en evolución paralela a la conformación del Derecho del Trabajo como sector autónomo. Sólo la acción conjunta de la norma y de la jurisprudencia ¹⁹⁰ ha contribuido a clarificar muchas de estas «zonas grises» del Derecho del Trabajo, ubicadas en los confines del trabajo subordinado y el autónomo. Sin ningún género de dudas, la admisión de determinadas relaciones de carácter especial (servidores domésticos y los altos cargos de las empresas, significativamente) ha dado pie a un nuevo planteamiento de un problema ya antiguo, haciendo que la vieja cuestión de las áreas de penumbra del Derecho del Trabajo se plantee, al día de hoy, en unos términos radicalmente nuevos a como se había suscitado en el pasado.

Así, en la actualidad, en la delimitación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo aparecen nuevos puntos de fricción por la proliferación de una serie de supuestos y tipos de trabajo que, o bien no existían con anterioridad, o bien tenían una marginalidad manifiesta. Procede averiguar, en consecuencia, si la superación o clarificación de esa frontera ha marcado definitivamente la culminación de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo ¹⁹¹, pues en la actualidad cabe apreciar numerosos fenómenos «deslaboralizadores» o de «huida del Derecho del Trabajo» (hacia el Derecho Civil o Mercantil, hacia el Derecho Administrativo ¹⁹² y hacia formas no asalariadas o de trabajo altruista) que

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», cit., págs. 162 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», *RL*, núm. 23, 1997, pág. 1 o DE LA VILLA GIL, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», cit., págs. 101 y ss. y *RT*, núms. 41-42, 1973, págs. 371 y ss..

¹⁸⁸ OJEDA AVILÉS, A.: «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajador», *RL*, núm. 3, 1988, pág. 12.

¹⁸⁹ STCo 227/1998, de 26 de noviembre.

¹⁹⁰ Muy interesante al respecto el trabajo de SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «La delimitación del concepto de contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina» en AA.VV. (RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., Coords.): *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Prof. Dr. E. Borrajo Dacruz*, Valencia, 1999, págs. 101 y ss.

¹⁹¹ De este modo, el tipo contractual regulado en el Estatuto de los Trabajadores no es el contrato laboral, sino uno de los sistemas de contratación laboral, todavía el más importante, desde luego, pero no el único: los tipos de contrato de trabajo que escapan a la Ley del Estatuto de los Trabajadores no suelen reunirse o reconducirse a su círculo mágico. La brecha abierta en el sistema del Estatuto de los Trabajadores es profunda y tiende además a ensancharse hacia lo que se puede llamar no sólo el Derecho flexible del Trabajo sino aún más expresivamente el Derecho «disperso» del Trabajo. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, 1988, págs. 157-159.

¹⁹² Sobre la base de la configuración de una relación estatutaria o cuasi estatutaria pública, como sucede emblemáticamente con los profesores de religión en centros de enseñanza pública (TOSCANI JIMÉNEZ, D.: «La problemática judicial y la nueva regulación legal de los profesores de Religión», *RDS*, núm. 5, 1999, págs. 189 y ss.), con el personal de las Cámaras de Comercio (laboralizados por el Tribunal Supremo, *vid.* SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «La delimitación del concepto...», cit., págs. 146-147), o, en otros supuestos, mediante la delimitación de un área de prestación de servicios claramente deslaboralizada, regida por un contrato sometida al Derecho Administrativo, como es el caso de los profesores contratados de universidad (GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles socios, contratos administrativos*, Granada, 1999, págs. 151-154) o los contratos administrativos de prestación de servicios para la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia. BAYLOS GRAU, A.: «La "huida" del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 44.

vienen a significar la «utilización preferente de figuras contractuales no laborales para definir determinadas prestaciones de servicio, y correlativamente el éxodo hacia formas jurídicas típicamente civiles o mercantiles, en supuestos de descentralización productiva y contratación externa de servicios profesionales, que se amplía también a la prestación de determinados trabajos atípicos»¹⁹³. Además, esta evasión se representa de un modo voluntario, tanto en el sentido de la existencia de una voluntad consciente de evitar la aplicación del Derecho del Trabajo como en la forma en que se realiza esta exclusión normativa, principalmente a través del libre acuerdo de voluntades, pues es la autonomía de las partes la que fija el tipo de relación no laboral, y es la intención y la voluntad de los contratantes quienes regulan directamente el contenido del servicio prestado¹⁹⁴ y las condiciones de todo tipo que lo rigen.

En definitiva, lo que el fenómeno de la huida quiere decir es que se ha producido una inversión de la tendencia expansiva de las «fronteras» del trabajo regulado por el Derecho del Trabajo, interpretando aquellas nociones ofrecidas por la ley de manera restrictiva, no flexible y, en consecuencia, expulsando (o no dejando entrar) de la normativa laboral a una parte no desdeñable de prestaciones de servicios en régimen de autonomía cada vez más comunes¹⁹⁵.

La aparición de nuevas zonas de conflicto o «fronteras movedizas de la condición de asalariado»¹⁹⁶ (como consecuencia del denominado proceso de «terciarización» del sistema productivo, la globalidad e internacionalización a todos los niveles, la situación de crisis económica y las consecuencias de un desarrollo tecnológico capaz de actuar como «mano invisible» de un cambio sustancial y la reciente aparición de «nuevos yacimientos de empleo»¹⁹⁷ y otras formas de prestación de trabajo –denominadas «atípicas»¹⁹⁸– alejadas del paradigma de trabajo asalariado subordinado, contratado a jornada completa, por tiempo indefinido y para un único empresario, desplazado parcialmente por los nuevos modelos, antes inexistentes o de importancia marginal¹⁹⁹) obliga al orde-

¹⁹³ BAYLOS GRAU, A.: «La "huida" del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 35.

¹⁹⁴ Por extenso, GOERLICH PESET, J.M.^a: «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores», *AL*, núm. 3, 2001, págs. 40 y ss.

¹⁹⁵ BAYLOS GRAU, A.: «La "huida" del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 38.

¹⁹⁶ SUPLOT, A.: «Introducción a las reflexiones sobre el trabajo», *RIT*, Vol. 115, núm. 6, 1996, pág. 662. «Las siempre inciertas y móviles fronteras del Derecho del Trabajo», CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», cit., pág. 1.

¹⁹⁷ PÉREZ DEL RÍO, T.: «Los "servicios de proximidad": ¿un nuevo yacimiento de empleo?», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 296 y ss.

¹⁹⁸ ALONSO OLEA, M.: «Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del Derecho del Trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico», en AA.VV. (DAVALOS, J., Coord.): *Cuestiones laborales en homenaje al maestro Mozart Victor Russomano*, México, 1988, págs. 121 y ss.; CÓRDOVA, E.: «Las relaciones de trabajo atípicas», *RL*, 1986, T. I, págs. 252 y ss. y «Del empleo total al trabajo atípico: ¿hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?», *RIT*, Vol. 105, núm. 4, 1986, págs. 431 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo atípico en la jurisprudencia más reciente: notas más destacadas», *RL*, 1989, T. I, págs. 417 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La huida del Derecho del Trabajo», cit., pág. 5 o MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*, Madrid, 1995, págs. 17 y ss.

¹⁹⁹ Así pues, aun cuando algunas de las fórmulas existen desde hace tiempo (contratos temporales o contrato a domicilio), «lo que tienen de nuevo es su multiplicación y variedad y el desarrollo sin precedentes que estas formas de trabajo están experimentando, su manera particular de incardinarse en el proceso productivo y su caracterización general como formas intermedias entre la ocupación estable a tiempo completo y el desempleo total, así como su precarización e inestabilidad», GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 21, 1987, pág. 27.

namiento a buscar nuevas respuestas y a una nueva tarea para afirmar (o no) su carácter laboral, pues aun cuando «desde una perspectiva general se sabe con exactitud cuándo hay o no verdadero contrato de trabajo, la realidad de los comportamientos socioeconómicos obliga a reflexionar constantemente acerca de si hay o no laboralidad *in casu*»²⁰⁰.

Ciertamente, este movimiento de huida no es en modo alguno «unívoco», pues la desregulación y el libre acuerdo que la originan son en muchas ocasiones contestadas y frente a esta tendencia «de salida» de la regulación laboral hay aún importantes manifestaciones «de entrada» en la fortaleza protectora del Derecho del Trabajo²⁰¹.

La crisis económica y la aparición de nuevas tecnologías ligadas a fenómenos de descentralización empresarial están provocando una eclosión de nuevas profesiones y formas de empleo que se han dado en calificar como «atípicas» (mensajeros²⁰², distribuidores, trabajadores informáticos, etc.) que con anterioridad o no existían o, existiendo, se desarrollaban de una forma o a una escala que planteaba pocos problemas de calificación jurídica²⁰³. Estas nuevas profesiones encuentran vía de expresión jurídica tanto mediante relaciones típicamente laborales como, supuesto cada vez más frecuente, mediante contratos civiles o mercantiles de transporte y suministro (o de figuras como la franquicia²⁰⁴), auténticos o lícitos unos, desvirtuados en su genuina configuración y celebrados en fraude de ley para excluir la calificación de laboralidad, otros.

Existen también pronunciamientos, contruidos sobre actividades profesionales en ocasiones «no tan grises», pertenecientes al sector servicios (corresponsales y colaboradores de prensa, radio y televisión²⁰⁵, asesores jurídicos, encuestadores²⁰⁶, corresponsales bancarios²⁰⁷, guías turísticos²⁰⁸,

200 SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Estatuto profesional de los corresponsales no banqueros», *DJ*, núm. 2, 1992, pág. 1.

201 Lo que aparece es una tensión entre la deslaboralización como proceso de exclusión del sistema de tutelas jurídico-laborales y su sustitución por otro complejo de reglas, y su contrario, la tendencia a obtener los estándares de protección que proporciona el ordenamiento laboral. BAYLOS GRAU, A.: «La "huida" del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 36.

202 El bloque jurisprudencial más interesante en este sentido lo constituyen las sentencias (*Vid.*, la recopilación de referencias jurisprudenciales realizada por ZORZANO TOVILLAS, J.: «La figura del transportista autónomo», *RL*, 1994, T. II, págs. 1.489-1.490) que han delimitado los rasgos caracterizadores del contrato de trabajo respecto del contrato de transporte, causa por lo demás de una encendida polémica doctrinal. Pioneros al respecto, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Sobre la laboralidad de los mensajeros», *La Ley*, 29 diciembre de 1986; PEDRAJAS MORENO, A. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la jurisprudencia?», *DL*, núm. 19, 1986, págs. 97 y ss.; RIVERO LAMAS, J. y GARCÍA BLASCO, J.: «Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo (la STS de 26 de febrero de 1986 sobre mensajeros)», *RL*, núm. 13, 1987, págs. 21 y ss.; LUIÁN ALCARAZ, J.: «Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?», Madrid, 1990; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte» (I, II y III), *RL*, núms. 20, 21 y 22, 1992, págs. 1 y ss. o CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, Pamplona, 1996, págs. 41-53.

203 HYMAN, R.: «Plus ça change? La teoría de la producción y la producción de la teoría», en AA.VV.: *¿Adiós a la flexibilidad?*, trad. A. POLLERT, Madrid, 1991, pág. 380.

204 Por todos, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Aspectos jurídico-laborales de las franquicias», *REDT*, núm. 97, 1999, págs. 670-671.

205 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGU, F.J.: «Las relaciones laborales en los medios de comunicación», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 236.

206 CHACARTEGUI JAVEA, C.: *¿Los encuestadores son trabajadores?*, Madrid, 1996.

207 SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Estatuto profesional de los corresponsales no banqueros», cit., págs. 1 y ss.

208 LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., págs. 57-59.

observadores de un club de fútbol ²⁰⁹), que presentan una reticencia extraordinaria a declarar la laboralidad del negocio jurídico constituido, apreciando en su lugar una contratación civil de arrendamiento de obra o de servicios. Por ello, en ocasiones, el modo a través del cual se ha operado la laboralización de ciertos grupos de trabajadores en nuevos servicios ha sido a través del ejercicio de derechos sindicales y la presión por una regulación colectiva de su situación laboral, como en el caso de los mensajeros, los encuestadores o los trabajadores de ayuda a domicilio.

En su conjunto, este resurgimiento del contrato de arrendamiento de servicios ²¹⁰ comporta un incremento cuantitativo y cualitativo del trabajo autónomo –de «huida del trabajo subordinado» ²¹¹–, alentándose la paradoja de que los sectores de la población trabajadora más necesitados de protección son, precisamente, aquellos a los que menos se les presta ²¹².

Con todo, la delimitación exacta del ámbito de la legislación laboral y del Derecho del Trabajo no puede quedar confiada de manera exclusiva a la comprobación de los «presupuestos sustantivos» mencionados y escuetamente analizados, pues el legislador puede, por razones de índole política, social o económica, alterar esa inicial configuración, incluyendo o excluyendo constitutivamente de su ámbito determinadas prestaciones de servicios ²¹³; en este sentido, existen actividades desarrolladas voluntariamente a cambio de un precio en las habituales condiciones de ajenidad y dependencia, pero que la ley declara extramuros al Derecho del Trabajo (funcionarios públicos, por ejemplo ²¹⁴); y, a la inversa, cabe que una relación o prestación de servicios en la cual esté ausente alguna o varias de las notas identificativas venga, pese a ello, sometida *ministerio legis* –y en todo o en parte– a las reglas propias de esta disciplina (inclusiones parciales de ciertos trabajadores autónomos, por ejemplo).

²⁰⁹ STSJ de Murcia de 29 de noviembre de 2004 –RTSS (CEF), núm. 265, 2005, págs. 184 y ss.–.

²¹⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno al arrendamiento de servicios», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, cit., págs. 207 y ss.

²¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La huida del Derecho del Trabajo», cit., pág. 7. Desde un planteamiento altamente crítico sobre la noción de subordinación, SUPLOT, A.: *Critique du droit du travail*, París, 1994, págs. 110 y ss.; BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, págs. 63 y ss. o GAETA, L.: *Lavoro a distanza e subordinazione*, Nápoles, 1993, págs. 155 y ss.

²¹² DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», cit., pág. 608.

²¹³ DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la Economía del Trabajo*, vol. I, cit., pág. 497, quienes se refieren a estas inclusiones o exclusiones expresas como «presupuestos adjetivos» de la relación de trabajo y del propio ordenamiento laboral.

²¹⁴ Aunque no cabe desconocer que, «si en lo esencial, el funcionario es un trabajador más, un trabajador que traslada originariamente los frutos de su actividad a la Administración por cuya cuenta trabaja y de la que depende, la técnica jurídica no puede ignorar la especialidad sociológica que la figura del funcionario tiene». MONTOYA MELGAR, A.: «El ámbito personal del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pág. 92.

La Constitución deja abierta de forma deliberadamente amplia la opción por el modelo de función pública, y de relaciones jurídicas dentro de la misma, que decida el legislador en uso de sus potestades, si acaso con el único límite de que las relaciones de servicio caso de laboralizarse en su totalidad deberían tener algunas diferencias y peculiaridades con respecto a la regulación laboral ordinaria prevista en el ET; dicho de otra forma, lo único que parece claro es que el marco jurídico vigente no permite la aplicación pura y dura del Derecho del Trabajo al ámbito de los empleados públicos, «pues las Administraciones públicas no tienen el estatuto de la empresa privada y no pueden ordenar su política de personal con la misma libertad que un empresario privado, ni tampoco pueden regularse por la autonomía de la voluntad o por la negociación colectiva aspectos de la relación de empleo público que están condicionados al respeto de otros bienes jurídicamente protegibles. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, 2.^a ed., Madrid, 1997, pág. 62.

Como se sabe, el colectivo formado por los funcionarios públicos y resto de personal de la Administración Pública, cuya prestación de servicios, dependiente y por cuenta ajena, se regula por normas administrativas o estatutarias ²¹⁵, se configura como exclusión constitutiva del ordenamiento laboral [art. 1.3 a) del ET]. Ahora bien, pese a tal exclusión, en los últimos años se ha detectado una clara tendencia hacia la convergencia de ambos modelos de regulación, constatada sobre todo en el plano colectivo ²¹⁶, aunque también, y de un modo cada vez más incisivo, en el plano individual ²¹⁷.

Tal aproximación de estatutos jurídicos ha discurrido por dos cauces fundamentales: de un lado, mediante la exportación de instituciones típicas del Derecho del Trabajo a la esfera funcional ²¹⁸, que

²¹⁵ Por todos, GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, 1996; HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: *Régimen jurídico del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, 1997; CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *El personal estatutario de la Seguridad Social en la Doctrina de Unificación (1991-1998)*, Pamplona, 1999; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Madrid, 1999 o GOERLICH PESET, J.M.º: «El personal estatutario de las instituciones sanitarias», Ponencia temática III del XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000.

²¹⁶ El reconocimiento genérico del derecho de libre sindicación de los funcionarios públicos sin limitación alguna no obsta para que se maticen las peculiaridades del ejercicio de la libertad propias de los funcionarios, fundamentalmente en materia de representación de personal y de negociación colectiva de condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas. La influencia de la normativa laboral privada es evidente en la regulación de estos mecanismos de representación (Cfr., entre otros, CASAS BAAMONDE, M.E.: «La representación unitaria en la Función Pública», *RL*, núm. 11, 1986, págs. 1-10; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La participación del personal en el empleo público», *RL*, núm. 19, 1987, págs. 1-6; DEL REY GUANTER, S.: *Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1988; ROQUETA BUI, R.: «El ámbito de actuación de los comités de empresa y delegados de personal en las Administraciones Públicas», *TS*, núm. 29, 1993, págs. 12-22; GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, págs. 177-269; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, págs. 72-193) y negociación colectiva en la Administración Pública, bien que todavía se contemplan numerosas especialidades que marcan una línea fronteriza difícilmente superable con el régimen común del ET. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1996, págs. 75-83; MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Granada, 1999 o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Análisis de los derechos colectivos en el empleo público», Ponencia temática II del XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000 y comunicaciones presentadas a la misma).

²¹⁷ Manifestado en el acceso de los ciudadanos a los cargos y empleos públicos en condiciones de igualdad, mérito y capacidad; regulación de permanencia en el empleo público; ascenso, promoción interna o pérdida de la condición de empleado público; la regulación de las incompatibilidades, sistema de determinación colectiva de las condiciones de trabajo, etc., si bien la diferencia tradicional entre ambos colectivos viene dada por el modo de acceso al empleo (contrato en un caso, nombramiento y toma de posesión en otro), una mayor limitación a la autonomía individual y colectiva para la regulación de las condiciones de trabajo del personal funcional; la reserva de ley para la regulación de la relación de empleo público y las diferencias existentes respecto a la estabilidad en el empleo o, más correctamente dicho, respecto al régimen jurídico de esta cuestión para cada colectivo. ROJO TORRECILLA, E.: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», Ponencia temática I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, págs. 6,7 y 8. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, M.º J.: *El estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los trabajadores*, Granada, 1997.

²¹⁸ A poco que se analice el contenido de los cuerpos normativos reguladores (Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y más recientemente por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, reformada por Ley 23/1988, de 28 de julio, y por Ley 22/1993, de 29 de diciembre, estando pendiente de aprobación un texto unitario que contenga el «Estatuto» del funcionario –o empleado público– a que alude el art. 103.3 de la CE), sobre todo la Ley 30/1984, cabe apreciar categorías y elementos de configuración muy similares a la de institutos propiamente laborales: valoración de puestos de trabajo, régimen de excedencias, permisos, vacaciones, etc., «de manera que aunque persiste la sujeción al Derecho Administrativo las técnicas e instituciones son cada vez más semejantes». SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre el concepto de Derecho del Trabajo», cit., pág. 190.

las recibe y modaliza en su ámbito específico ²¹⁹, desencadenándose un proceso de ósmosis o acercamiento entre normas e institutos laborales y funcionariales ²²⁰; y, de otro, mediante la sujeción a una misma legislación laboral tanto de quienes intervienen en el proceso productivo con un contrato de trabajo como de quienes ocupan una posición funcionarial ²²¹ (tal ocurre con los derechos colectivos de libertad sindical, los derechos en materia de seguridad y salud en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y laboral, además de poder afirmar que los derechos fundamentales son aplicables sin necesidad de desarrollo tanto para el personal laboral como para el funcionarial, en cuanto que son derechos de la persona ²²²).

En cuanto al segundo de los aspectos mencionados, la disposición final 1.^a del ET declara excluido del campo de aplicación del Derecho Laboral el trabajo por cuenta propia, «excepto en aquellos aspectos en que por precepto legal se disponga expresamente». Pese a que el ET habla únicamente de trabajo realizado «por cuenta propia», que tiene su opuesto en el trabajo «por cuenta ajena» incluido en el ordenamiento laboral, es convencionalmente admitido que aquella expresión legal comprende tanto la actividad de quienes asumen directamente los riesgos y resultados de su trabajo (por cuenta propia), como de los trabajadores autónomos o independientes que trabajan en régimen de autoorganización (no bajo dependencia ajena) ²²³, sin desconocer, de otro lado, que, cada vez más, la frontera entre trabajo por cuenta ajena y trabajo autónomo va a seguir siendo en el futuro inmediato una frontera litigiosa ²²⁴, en gran medida por las actuales tendencias a la proliferación de formas de empleo marginal o en condiciones atípicas, trabajadores semiautónomos, etc.

²¹⁹ Por extenso, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios*, Santiago de Compostela, 2003.

²²⁰ SALA FRANCO, T.: *La libertad sindical y los funcionarios públicos*, Sevilla, 1972 y, del mismo autor, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, Madrid, 1989; DEL REY GUANTER, S.: *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, Madrid, 1986; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 484-485; GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1996, págs. 117-271; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, cit., págs. 67-73 o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable», *RTSS (CEF)*, núm. 170, 1997, págs. 3 y ss.

²²¹ El término laboralización es un término plurívoco, pues con él se designan tres realidades, aunque íntimamente relacionadas, en esencia diferentes, así: 1) Laboralización del empleo público, designando el incremento del número de servidores públicos sometidos al Derecho del Trabajo en sus relaciones con la Administración, así como la presencia de trabajadores en régimen laboral común allí donde antes venían prestando sus servicios los funcionarios públicos y, más exactamente, la asignación al personal laboral de funciones públicas antes reservadas a los funcionarios, como consecuencia de haberse sometido a las relaciones de empleo en dichos sectores, de forma sobrevenida, al Derecho del Trabajo. 2) Laboralización del sector estatutario del empleo público, significando la penetración de instituciones y principios jurídico-laborales en el ámbito del Derecho Administrativo funcionarial, que ha tenido su manifestación más intensa últimamente en el espacio relativo a las relaciones colectivas de trabajo. 3) Y laboralización como cambio del régimen jurídico que regulará la relación entre la Administración o sus entes instrumentales y los funcionarios públicos que prestaban servicios en las parcelas objetivamente laboralizadas. IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCÍA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, págs. 19-24.

²²² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Trabajo, función pública y Constitución», *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, 1989, págs. 20 y 22.

²²³ GARCÍA RUBIO, M.A.: «Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente en la experiencia francesa», *RL*, núm. 18, 1996, págs. 26-42.

²²⁴ Constituye un factor importante a tal efecto la crisis del sistema taylorista o fordista de organización del trabajo (CORIAT, B.: *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, trad. FIGUERA PÉREZ, J.M., Madrid, 1982, págs. 121 y ss.) y su sustitución por fórmulas más flexibles que repercuten en la propia relación de trabajo. Se pasa a un sistema en el cual se concede más autonomía al trabajador a cambio de superior responsabilidad y una organización independiente del propio trabajo. Pierde, por tanto, importancia el ejercicio del poder de dirección al existir medios más sofisticados y efectivos para asegurarse el resultado laboral, lo que ha provocado una debilitación de la frontera entre trabajo por cuenta ajena y trabajo autónomo al desaparecer, o al menos difuminarse, los rasgos de ajena y dependencia como tradicionales indicadores para la identificación del contrato de trabajo. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, cit., págs. 83-84.

Quizá la forma en que el ET aborda la posible extensión de los instrumentos laborales a trabajos autónomos –técnicamente correcta en cuanto trata de extender un régimen jurídico sin anular la naturaleza de la relación que sigue siendo lo que es– ha evitado que, en España, haya alcanzado especial acidez la crítica de la dependencia en comparación con lo que ha sucedido en Italia, paradigma típico que, con fundamento en datos legales, ha intentado elaborar técnicas alternativas a las tradicionales en materia de subordinación que, en algunos casos, son verdaderamente originales ²²⁵ y que, a veces, arrojan luz sobre la función de la subordinación en el juego de la relación de trabajo ²²⁶. Tal ha ocurrido, en efecto, además de con la normativa sobre seguridad y salud (art. 3.1 de la LPRL), con los socios de cooperativas de trabajo asociado y con los aparceros de trabajo, para los cuales la legislación de cooperativas y de arrendamientos rústicos prevén, respectivamente, la aplicación de ciertas normas típicas del Derecho del Trabajo bajo ciertas condiciones. Además, en el plano colectivo, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) reconoce el derecho de afiliación sindical limitadamente a los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio.

Por lo demás, la deslaboralización *ope legis* se ha producido con la Ley 9/1992, de 30 de abril, respecto de los agentes de seguros ²²⁷; la Ley 12/1992, de 27 de mayo, referida al contrato de agencia mercantil (aun cuando el agente no corra con el riesgo y ventura de la operación ²²⁸); la Ley 11/1994, de 19 de mayo, sobre los transportistas con vehículo propio a partir de cierto tonelaje que requiera autorización administrativa (salvada su constitucionalidad por la STCo 227/1998, de 26 de noviembre y otras muchas posteriores) o, en fin, la Ley 27/1999, de 16 de julio, no sólo por la definición de la relación de los socios trabajadores con la cooperativa como «societaria», sino también por la nueva figura de los socios temporales que permiten eludir la causalidad en la contratación temporal ²²⁹.

En definitiva, la calificación de la naturaleza de los contratos de prestaciones de servicios, a partir de su contenido real y de la presencia indiciaria de sus elementos fácticos ofrece una notable complejidad, pues esas notas pueden ser comunes a las relaciones de trabajo asalariado o dependiente y a las relaciones de trabajo autónomo ²³⁰. Envuelto el contrato de trabajo en una profunda «crisis flexibilizadora o disgregadora» ²³¹, «el Derecho del Trabajo ha dejado de ser un

²²⁵ Desde que hiciera acto de presencia, la «parasubordinación» ha venido manteniendo la atención de la doctrina laboralista italiana, atención esta propiciada en bastantes ocasiones por las distintas iniciativas legislativas adoptadas en el país vecino. Un análisis profundo y crítico de la última de las reformas normativas del trabajo parasubordinado relativa al «trabajo a proyecto», en PERULLI, A.: «El trabajo a proyecto entre problema y sistema», *DL*, núm. 71, 2004, págs. 9 y ss.

²²⁶ GARCÍA BLASCO, J.: «El supuesto de hecho del ordenamiento laboral y la extensión del Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Proyecto Social*, núm. 3, En homenaje al profesor Dr. Juan Rivero Lamas, Teruel, 1994, pág. 18.

²²⁷ Aunque con ciertas matizaciones de la jurisprudencia, LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., págs. 44-46.

²²⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo» en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado...*, cit., págs. 157-165.

²²⁹ SANTIAGO REDONDO, K.: «Algunos viejos debates sobre el trabajo asociado tras una primera lectura laboral de la nueva Ley de Cooperativas», págs. 39-40 y PRIETO JUÁREZ, J.A.: «Las operaciones con terceros en la nueva configuración normativa de las sociedades cooperativas. Especial referencia a las cooperativas de trabajo asociado», págs. 96-97, ambos en AA.VV. (PRIETO JUÁREZ, J.A., Coord.): *Sociedades cooperativas: régimen jurídico y gestión económica*, Madrid, 1999.

²³⁰ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Las transformaciones del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 192.

²³¹ SANGUINETI RAYMOND, W.: «El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994», *RTSS (CEF)*, núm. 165, 1996, pág. 55 o GALIANA MORENO, J.M.ª: «Crisis del contrato de trabajo», *RDS*, núm. 2, 1998, págs. 63-64.

ordenamiento compacto e imperativo para convertirse en un sistema jurídico internamente fracturado y rebajado y desigual en el cumplimiento de su cometido tutelar. Su tradicional función mediadora de intereses antagónicos ha variado, en el curso de la crisis económica y del modelo de empresa y de trabajador industrial, hacia una atención más desvelada o nítida de las necesidades empresariales y de la economía de mercado, progresivamente terciarizada y diferentemente concentrada»²³².

Destruída la idea del Derecho del Trabajo como ordenamiento aglutinador, bajo su manto homogéneo, de cualesquiera modalidades de prestación de servicios por cuenta ajena y de forma subordinada²³³, la propia realidad ha impuesto la proliferación, junto al «trabajador» en su sentido más estricto, de otras formas de empleo ciertamente precarias, en ocasiones sometidas al Derecho del Trabajo pero, cada vez más a menudo (incluso de forma fraudulenta y «al socaire de prácticas defraudatorias de las normas imperativas»²³⁴), articuladas bajo formas civiles o mercantiles y, por tanto, desprovistas de las garantías previstas para el contrato de trabajo²³⁵. Cada vez más, aparecen síntomas claros que apuntan a una recuperación lícita –fuera de estrategias contractuales simuladoras– de las que se han calificado de «vías alternativas al contrato de trabajo»²³⁶ como un mecanismo de flexibilización del Derecho del Trabajo ante las dificultades, de todo tipo, que ofrece la tarea de revisión del carácter tuitivo o compensador imperativo propio de este sector del ordenamiento jurídico y también como fórmulas de búsqueda de tipos contractuales distintos al de trabajo asalariado para la satisfacción de los intereses de los contratantes. La solución pasa no sólo por la juridificación, sino por el reconocimiento de la diversidad y la pluralidad de estatutos, mediante el oportuno reconocimiento de regímenes jurídicos diferenciados, en tanto no se trata «de negar la realidad actual de una diversificación de las formas y modos de la prestación de trabajo en el marco de mercados de trabajo segmentados, sino de establecer mecanismos de regulación que garanticen un tratamiento no discriminatorio de los trabajadores en función de sus modos de inserción en el mercado laboral»²³⁷. En definitiva, la laboralidad no impide la diversificación de regímenes jurídicos en el interior del ordenamiento laboral.

²³² CASAS BAAMONDE, M.^a E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Diversidad y precariedad...», cit., págs. 240 y ss. Frente a las crecientes exigencias empresariales de flexibilización, el ordenamiento laboral debe idear nuevos mecanismos de protección, ZOLI, C.: «Subordinazione e poteri dell'impreditore tra organizzazione», *Lavoro e Diritto*, núm. 2, 1997, pág. 255.

²³³ Dada «la progresiva fragmentación en el mercado laboral del estatuto del trabajador profesional», RIVERO LAMAS, J.: «El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada», *TL*, núm. 44, 1997, pág. 17 o CRUZ VILLALÓN, J.: «El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 173 y ss.

²³⁴ ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa...*, cit., pág. XIX.

²³⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación temporal y nuevas formas de empleo», *RL*, 1989, T. I, págs. 49 y ss.

²³⁶ DESDENTADO BONETE, A. en (CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.): *Reforma y crisis del proceso social*, cit., pág. 43.

²³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Política de flexibilidad laboral y segmentación del mercado de trabajo en España: una aproximación crítica», en AA.VV. (DELGADO, S. y VÉLEZ, A.J., Coords.): *El futuro del sindicalismo*, Granada, 1996, pág. 222.

V. TIPOLOGÍA DE LOS «NUEVOS TRABAJADORES»

1. El trabajador a domicilio.

El trabajo a domicilio, tradicional fórmula descentralizada de organizar la producción ²³⁸, caracterizada por transferir al exterior no sólo el proceso productivo sino gran parte del propio riesgo empresarial, se ha convertido también en un elemento estructural del sistema económico ²³⁹. Lo que originariamente fue una actividad ocasional que permitía completar los ingresos de la economía familiar, ha devenido una forma de producir en expansión no sólo en el sector secundario, sino que crece en las industrias donde históricamente siempre ha arraigado (textil, piel, ...), se implanta en otras de más moderna tecnología y comienza a difundirse en el sector terciario y en el de fabricación de tecnología punta ²⁴⁰.

Desde el punto de vista legal, el trabajo lo es a domicilio cuando, además de ser un trabajo libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente, se desarrolla en lugar libremente elegido por el propio trabajador y fuera de la vigilancia «directa» del empresario ²⁴¹, pues si la prestación fuera objeto de un control empresarial continuo o directo en virtud del cual poder verificar el cumplimiento de un horario (exigiendo un diálogo interactivo), el trabajo sería subordinado ²⁴². Trabajador a domicilio sería pues alguien a quien el empresario contrata con vistas a la consecución de un resultado productivo concreto en coordinación con los objetivos generales de la empresa, diciéndole qué tiene que hacer y cómo y cuándo; lo único que no le dice es *dónde*, pues la libre elección del lugar de trabajo constituye la nota fundamental en la configuración del trabajo a domicilio. El control sobre el cumplimiento de todas esas órdenes lo llevará a cabo el empresario, no mediante la vigilancia directa, sino en el momento de recoger el resultado y comprobar su correcta ejecución.

En otro orden de cosas, existe cierta controversia en torno a la concreción de la jornada laboral y el horario, pues si bien el contrato de trabajo a domicilio no se encuentra explícitamente exclu-

²³⁸ En tanto que emergió en la transición del feudalismo al capitalismo, parecía predestinado a desaparecer ante la pujanza del proceso de concentración industrial típico del modo de producción capitalista o, a lo sumo, a sobrevivir como arcaica categoría residual. Sin embargo, la predicción no se ha cumplido y, en realidad, es constante su reproducción a través de morfologías adaptadas a las cambiantes circunstancias. BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización productiva», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, 2000, pág. 51.

²³⁹ Vid. DE CRISTOFARO.: *Il lavoro a domicilio*, Padua, 1978, págs. 107-109; MARIUCCI.: *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milán, 1979, págs. 21-22 o SANCHÍS.: *El treball a domicili*, Valencia, 1986, pág. 9.

²⁴⁰ LIPSIG-MUMME: «La renaissance du travail à domicile dans les économies développées», *Sociologie du travail*, núm. 3, 1983, págs. 313-319.

²⁴¹ Por extenso, DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA NINET, J.I.: «Contrato de trabajo a domicilio», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. III, Madrid, 1985, págs. 315 y ss.

²⁴² Por contra, cuando apareciera limitado a unas directrices iniciales y al control final del producto, el trabajo lo sería a domicilio; no en vano es esencial al concepto legal de trabajo a domicilio «una morfología diversa de la vigilancia empresarial, concentrada en diversos momentos de la prestación, concretamente, antes y después de la realización del trabajo debido», PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 44.

do del ámbito de aplicación material del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo, a diferencia de lo que sucedía con la normativa anterior, parece que sigue resultando controvertido pronunciarse sobre si pueden establecerse límites efectivos a la jornada de dichos trabajadores. En general, la doctrina encuentra incompatible el trabajo a domicilio con una limitación temporal de la jornada de trabajo, «pues la libertad de que goza en la ejecución del trabajo quien actúa a domicilio debe reflejarse fundamentalmente en la elección de las horas –comienzo y término– que se dediquen a la realización de la tarea correspondiente»²⁴³.

El problema entronca con el hecho de que la concreción de la jornada no figura entre el contenido mínimo del contrato exigido por el artículo 13 del ET, pero es que, aunque así fuera, tampoco quedaría completamente resuelto el tema, ya que la forma escrita no tiene carácter *ad solemnitatem*, por lo que su incumplimiento tan sólo implicará la aplicación de la presunción de su carácter indefinido²⁴⁴. Igualmente, la doctrina judicial viene estableciendo que no impide la existencia de contrato a domicilio el hecho de que el mismo no se formalice por escrito con visado de la Oficina de Empleo; ni tampoco el que el empresario haya incumplido la obligación de poner a disposición del trabajador el documento de control de la actividad; ni, finalmente, tampoco constituye un obstáculo la falta de control de la jornada, pues ello es característico de este contrato, dada la dificultad que su vigilancia entraña²⁴⁵.

Técnicamente, el recurso al trabajo a domicilio es posible siempre que concurren una serie de variables: a) la empresa utilice intensivamente trabajo en, al menos, una parte del ciclo; b) los componentes, las materias primas, el producto acabado o la tecnología, por su ligereza, sean transportables, y c) el proceso productivo no requiera una estrecha interdependencia espacial o temporal entre trabajo interno y externo²⁴⁶.

Y permite obtener múltiples ventajas: de un lado, supone una maximización de beneficios, al propiciar un incremento de ganancias más que proporcional al de costes o una minoración de éstos más que proporcional al de aquéllas; de otro permite una estructuración más elástica de la empresa, capaz de adecuar la producción a las oscilaciones de la demanda con menores costes internos²⁴⁷.

Sin embargo, no cabe desconocer sus múltiples inconvenientes:

1.º La presencia de ciertos factores institucionales, como el excedente de oferta de trabajo disponible o la profunda desigualdad en la distribución de la renta y de la riqueza, favorece

²⁴³ DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA NINET, J.I.: «Contrato de trabajo a domicilio», cit., pág. 487.

²⁴⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Telemática, teleworking, telecommuting», en AA.VV.: *El empleador en el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 81.

²⁴⁵ SSTSJ de Cataluña de 9 de noviembre de 1992 (Ar. 5500) y Andalucía de 5 de septiembre de 1995 (Ar. 3397).

²⁴⁶ BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 51.

²⁴⁷ LIPSIG-MUMME: «La renaissance du travail à domicili...», cit., págs. 319-322.

la fragmentación de la mano de obra. Los trabajadores a domicilio constituyen una reserva de empleo precario, que mina el trabajo a tiempo completo, compite con el empleo interno y debilita el poder contractual del sindicato ²⁴⁸.

2.º La ambigüedad de la ley y, en su caso, la pasividad frente al incumplimiento normativo, hacen recaer sobre el trabajador riesgos y costes habitualmente asumidos por el empresario. Sólo se retribuye el trabajo materialmente realizado, pero no se indemnizan los gastos de local, maquinaria, herramientas o materiales necesarios para su ejecución; los períodos en los que no media una ocupación efectiva; el tiempo invertido en la recepción o entrega del encargo e, incluso, ciertas labores suplementarias ²⁴⁹.

3.º Por último, aunque las empresas, cualquiera que sea su dimensión o el grado de independencia en el mercado, se sirven del trabajo a domicilio, «no suelen establecer, como antaño, una relación directa con el trabajador externo sino que entre éste y la verdadera empresa comitente se intercala una serie de contratistas, subcontratistas o intermediarios en una cadena de sucesivas descentralizaciones, cuyo último eslabón es precisamente el trabajo a domicilio» ²⁵⁰.

Precisamente por ello, organismos internacionales de reconocido prestigio han advertido ya sobre la necesidad de una nueva definición del trabajo a domicilio que aproxime las posiciones jurídicas de los trabajadores a domicilio a las de los trabajadores que realizan su prestación en la empresa en materias tales como el derecho a la organización y negociación colectiva, protección contra la discriminación en el empleo y ocupación, protección de la salud y seguridad, remuneración, protección social o acceso a la formación ²⁵¹.

2. El teletrabajador.

Junto al trabajo domiciliario industrial o de servicios, en el que habitualmente se utilizan rudimentarias técnicas ya consolidadas, está aflorando un trabajo a distancia caracterizado por el uso de las nuevas tecnologías de la información.

La literatura económica y sociológica de los años noventa ha conseguido explicar de manera suficiente los cambios profundos en el sistema de producción que han tenido lugar como consecuencia de la incorporación sistemática a los procesos productivos de las nuevas tecnologías de la información ²⁵², ocupando un lugar destacado entre ellos la transición de la producción industrial en

²⁴⁸ BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 52.

²⁴⁹ FREY: *Lavoro a domicilio e decentramento dell'attività produttiva*, Milán, 1975, págs. 11-25 y 144-174.

²⁵⁰ BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 53; MIGUÉLEZ LOBO: «Economía sumergida y transformaciones sociolaborales (En torno a una investigación realizada en el textil de Catalunya)», *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 117, 1982, págs. 447-449.

²⁵¹ ILO: *Report V (1) Home work. Fifth item on the agenda (Internacional Labour Conference 82nd Session 1995)*, Ginebra, 1994.

²⁵² Al respecto, GARCÍA DEL BARRIO, P. y CARDENAL CARRO, M.: «El éxito de las empresas de trabajo temporal. Una revisión de la literatura económica», *DL*, núm. 61, 2000, págs. 39 y ss.

serie a la «especialización flexible» de la economía de servicios ²⁵³. Esas nuevas tecnologías van a facilitar el desarrollo de nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo ²⁵⁴, que por su versatilidad resulta especialmente idóneo para instalarse en redes empresariales al servicio de uno o varios empresarios ²⁵⁵.

El teletrabajo ha abandonado su fase embrionaria y, con las salvedades que se quieran, constituye una realidad socioeconómica importante, cuantitativa y cualitativamente. Tal actividad no siempre se desenvuelve en un lugar libremente elegido por el trabajador, sino en centros próximos a su residencia donde convergen otros trabajadores adscritos, incluso, a empresas diversas. La falta de exclusividad suele aparecer asociada además a trabajadores autónomos, independientes, quienes ofrecen sus servicios a un número variable de clientes en actividades tales como el diseño, asesoría, auditoría y contabilidad, escritura y edición, etc.

La generosa amplitud de sus notas características obliga a una definición amplia de teletrabajo como la proporcionada por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en 1990, entendiéndose por tal el «trabajo efectuado en un lugar separado de la oficina central o centro de produc-

²⁵³ PIRE, M. y SABEL, G.: *La segunda ruptura industrial*, Madrid, 1990; REICH, R.: *El trabajo de las naciones*, Madrid, 1993; CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*, Madrid, 1997-1998 o GIARINI, O. y LIEDTKE, P.M.: *El dilema del empleo*, Madrid, 1999.

²⁵⁴ Entre las abundantísimas aportaciones al respecto en la doctrina comparada, BRAUN, G.: «Le télétravail», *DS*, núms. 7-8, 1981, págs. 569 y ss.; GAETA, L.: «Prime osservazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro», *Lavoro* 80, 1986, T. I, págs. 3 y ss. y «Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana», *DL*, núm. 49, 1996, págs. 35 y ss.; CEPOLLARO, G.: «Il turno in vestaglia. La prospettiva del telelavoro tra mito, problemi e realtà», *Sociologia del Lavoro*, núm. 28, 1986, págs. 156 y ss. y «Presupposti e definizioni», en AA.VV.: *Il telelavoro (Teorie e applicazioni)*, Milán, 1996, págs. 44 a 47; GALABRO, S.: «Teletrabajo: una oportunidad organizativa», *AEDIPE*, junio, 1991, págs. 35 y ss.; GRAY, M.; HODSON, M. y GORDON, G.: *El teletrabajo*, Madrid, 1995; STTIGHOFFER, D.: *L'entreprise virtuelle ou les nouveaux modes de travail*, París, 1993, págs. 3 y 4. HUWS, U., et alii: *Telework. Towards the elusive office*, Chichester, 1990, págs. 14 a 34; GAETA, L.: «Intervento», en AA.VV.: *Telelavoro, teletutela (Una nuova frontiera per l'iniziativa sindacale)*, Roma, 1996, págs. 62 y ss. AA.VV.: «Teleworking in Europe: part one», *European Industrial Relations Review*, núm. 268, 1996, págs. 18 y ss.; HODSON, N., et alii (Eds.): *Teleworking explained*, Chichester, 1993. PIZZI, P.: «Telelavoro, prime esperienze applicative nella contrattazione collettiva italiana», *IDL*, núm. 2, 1996, págs. 169 y ss.; EUROPEAN COMMISSION: «Homeworking on the European Union», *Social Europe*, Suplemento 2/1992. BONARETTI, L.: *Il lavoro subordinato a domicilio*, Milán, 1993, págs. 32 y ss.; CHRISTENSEN, K.E.: «Home-based clerical work. No simple truth, no single reality», en AA.VV. (BORIS, E. y DANIELS, C.R., Eds.): *Historical and contemporary perspectives on paid labour at home*, Chicago, 1989, págs. 183-197; AEDIPE: *Flexibilidad en el trabajo. Estrategias y prácticas en Europa*, Barcelona, 1995, págs. 143 y ss.; NICOLEAU, C. y LABEAUME, P.: «Le télétravailleur, est-il un travailleur comme un autre?», *PA*, núm. 15, 1996, págs. 11 y ss.; OLSON, M.: «Organisational barriers to telework», en AA.VV. (STEINLE, W. y KORTE, W., Eds.): *Telework: Present situation and further development of a new form of work*, Amsterdam, 1988; DI MARTINO, V. y WIRTH, L.: «Teletrabajo: un nuevo modo de vida y de trabajo», *RIT*, núm. 4, vol. 109, 1990, págs. 469 y ss.; GOLDMAN, M. y RICHTER, G.: *Telehomework by women*, Bruselas (Fast/Telework Study Programme, Occasional Papers, núm. 120), 1986; ICHINO, P.: «Telelavoro e normativa: quali prospettive di adeguamento», en AA.VV.: *Telelavoro: i miti e le prospettive concrete per l'Italia*, Milán, 1989, págs. 104 y ss.; ROMA, G.: «Il telelavoro: aspetti giuridici e sindacali», en AA.VV.: *Il telelavoro. Lavoreremo tutti a casa*, Bari, 1986, págs. 280 y ss.; RAY, J.E.: «Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur», *DS*, núm. 2, 1996, págs. 121 y ss. y «De Germinal a Internet: une nécessaire évolution du crière du contrat de travail», *DS*, núms. 7-8, 1995, págs. 634 y ss.; EUROPEAN COMMISSION: *Partnership for a new organization of work. Green Paper* [Boletín de la Unión Europea. Suplemento 4/1997, elaborado sobre la base de COM (97) 128 final], Luxemburgo, 1997, pág. 21.

²⁵⁵ Por extenso, THIBAUT ARANDA, J.: *Teletrabajo*, Madrid, 2000 y SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Pamplona, 2001.

ción que implica una nueva tecnología, permite la separación y facilita la comunicación»²⁵⁶, es decir, «una forma flexible de organización consistente en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral, [que] engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial... implicando el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa»²⁵⁷.

Han sido diversos los factores «técnico-organizativos» favorecedores de la irrupción de esta nueva forma de descentralización (idónea para tareas administrativas meramente ejecutivas, ciertas actividades de comercialización y aplicaciones de *software*²⁵⁸) que permite a las empresas obtener importantes ventajas²⁵⁹:

- 1.º Ahorro sustancial de costes empresariales, pues al sustituir el transporte de personas por la transmisión de datos, elimina el masivo y cotidiano movimiento pendular entre el centro y la periferia de los grandes núcleos urbanos con el consiguiente ahorro energético²⁶⁰ y de compensaciones por desplazamientos. Paralelamente, desaparece el elevado coste del inmueble en que debería ubicarse el centro de trabajo.
- 2.º Incrementa la productividad, eficacia y rendimiento de los trabajadores para las empresas, al no llegar al trabajo exhaustos de los viajes a larga distancia o bajo los efectos de una conducción estresante propia de las grandes áreas metropolitanas²⁶¹. Las interrupciones en la prestación son menores; mayor –en principio– la tranquilidad y mejor aprovechado el tiempo, al no entretenerse con «chismes de oficina».
- 3.º Posibilita una flexibilización del tiempo de trabajo en términos más eficaces que las políticas empresariales de horario flexible. Dicha flexibilidad convierte al teletrabajo en la solución óptima para aquellos trabajadores a quienes sus obligaciones familiares, disminuciones físicas o largos desplazamientos impedirían poder acceder a un trabajo a tiempo completo en las oficinas de la empresa. El teletrabajo se convierte así «en un instrumento de inserción social» para mujeres que pueden compatibilizar la atención a la familia con el trabajo, para incapacitados que pueden trabajar desde su domicilio o para residentes en áreas poco desarrolladas que no tienen que desplazarse hasta las grandes urbes para conseguir un empleo.

²⁵⁶ EUROPEAN COMMISSION: «Homeworking on the European Union», cit., pág. 58.

²⁵⁷ GRAY, M.; HODSON, M. y GORDON, G.: *El teletrabajo*, cit., pág. 63.

²⁵⁸ La utilización del trabajo automatizado a distancia crea nuevos productos y servicios a disposición de la sociedad aprovechando el auxilio que al *software* pueden prestar el facsímil, videotexto o videoconferencias, entre los cuales cabe aludir a la telecompra, teleformación, teledistribución o telebanca.

²⁵⁹ BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 54 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas...*, cit., págs. 66 y ss., con amplia referencia bibliográfica.

²⁶⁰ Mejora sustancial del nivel de vida de la comunidad cuando, en una sociedad preocupada por la contaminación ambiental, la creación de telecentros en áreas suburbanas, *telecottages* en zonas rurales o puestos de trabajo a domicilio consiguen evitar la circulación diaria de un número significativo de vehículos y contribuir a purificar el medio ambiente al tiempo que mejoran el tráfico. MORA, F. y SACCO, P.: «Prospettive per i lavoratori», en AA.VV.: *Il telelavoro (Teorie e applicazioni)*, cit., págs. 182-183; EUROPEAN COMMISSION: «Homeworking in the European Union», cit., pág. 59.

²⁶¹ AA.VV.: «Teleworking in Europe...», cit., pág. 17.

- 4.º Disminuye el nivel de absentismo (siendo realmente escasa la presencia de «discapacitados»²⁶², dado que «los empleados están más seguros en sus hogares»²⁶³) y su índice de siniestralidad parece ser más bajo que en otros sectores²⁶⁴.
- 5.º Disminuye la conflictividad laboral.
- 6.º Pese a la ausencia de vínculos espacio-temporales, potencia una precisa coordinación del proceso de trabajo y un exacto control del rendimiento del trabajador. La existencia de un diálogo interactivo permite el ejercicio de una forma nueva de poder de dirección y control a un punto tal de llevar a considerar que en el teletrabajo el derecho a la intimidad se transforma en el derecho del trabajador a controlar el uso que se viene haciendo de los datos relativos a su persona. Se trata de una «subordinación virtual» o «telesubordinación» de difícil contraste con la «subordinación jurídica permanente» en sentido clásico²⁶⁵.
- 7.º Por último, la creación de telecentros y *telecottages* favorece la descentralización de las grandes organizaciones al tiempo que la revitalización de áreas deprimidas, creando una infraestructura imprescindible para que, siguiéndola, se instalen nuevas empresas en estas zonas dedicadas casi exclusivamente a la agricultura o turismo, se beneficien las empresas locales de sus servicios –contribuyendo a la regeneración de empresas, casi siempre poco intensivas en capital– y, en definitiva, alcancen a ser cauce para la generación directa o indirecta de empleo²⁶⁶.

Sin embargo, la dispersión de la fuerza de trabajo presenta serios inconvenientes²⁶⁷:

- 1.º Formaliza jurídicamente la relación a través de nexos más precarios, incluso ni siquiera de índole laboral, facilitando prácticas que desconocen abiertamente las medidas de seguridad y salud (habida cuenta de que los costes derivados de la provisión, instalación y mantenimiento de los equipos informáticos de teletrabajo son muy altos es probable que las equipaciones –sobre todo en el teletrabajo a domicilio– no cumplan los requisitos espaciales y ergonómicos exigidos por la ley) e ignora las normas y los derechos individuales del trabajador (que pueden resultar profundamente afectados en materias tales como el horario, tiempos de descanso, vacaciones, promoción profesional, participación...). En cualquier

²⁶² DI MARTINO, V. y WIRTH, L.: «Teletrabajo: un nuevo modo de vida y de trabajo», cit., pág. 469; BRAUN, G.: «Le télétravail», cit., pág. 572.

²⁶³ KUGUELMASS, J.: *Telecommuting. A manager's Guide to Flexible Work Arrangements*, Nueva York, 1995, pág. 61.

²⁶⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Telemática, teleworking, telecommuting», en AA.VV.: *El empleador en el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 82.

²⁶⁵ En términos generales, aumenta la «zona de opacidad» del trabajador ordinario y relaja su disponibilidad, aun cuando en determinadas formas extremas (trabajos *on line*, conexión a través de teléfonos portátiles, ...) admita fórmulas intensísimas de control que ni siquiera se aventuraban bajo la subordinación tradicional. RAY, J.E.: «Le droit du travail à l'épreuve...», cit., pág. 122.

²⁶⁶ AA.VV.: «Teleworking in Europe...», cit., pág. 17.

²⁶⁷ Siguiendo la exposición contenida en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «*El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas...*», cit., págs. 66 y ss.

caso, tanto los estudiosos de esta nueva forma de organización, como los códigos de conducta o guías de actuación elaborados desde diferentes instancias insisten en la necesidad de contar con el consentimiento de las dos partes de la relación laboral para convertir en teletrabajador a un sujeto que ya presta servicios en los locales de la empresa, y en la misma línea apunta la negociación colectiva, puesto que la mayoría de los acuerdos y convenios colectivos que abordan el teletrabajo intentan garantizar que la puesta en práctica de esta peculiar opción organizativa cuente con la aprobación tanto del trabajador como del empresario ²⁶⁸.

- 2.º Dificulta la negociación colectiva, pues la naturaleza ordinaria de la teleprestación laboral comporta generalmente la inclusión de los teletrabajadores en el convenio colectivo aplicable a la empresa de referencia, sea cual sea el modelo de articulación del teletrabajo –a domicilio, en centros compartidos o en centros satélites– y, en general, la representación y sindicalización de los afectados ²⁶⁹.
- 3.º Incrementa la economía sumergida con trabajadores que proporcionan una respuesta rápida a las demandas empresariales, permitiendo una fácil adaptación a las fluctuaciones del mercado de bienes y servicios. Pocas formas de trabajo presentan mayor flexibilidad entendida como disponibilidad, pues –al menos entre los teletrabajadores menos cualificados– la duración del contrato aparece estrictamente vinculada a las necesidades de la empresa, constituyendo una respuesta rápida y de bajo coste.
- 4.º Por igual razón suele ser mínima la preocupación por una adecuada política de formación (previando la necesidad de concienciar a los propios trabajadores sobre la necesidad –más que utilidad– de la formación, exigiendo cursos específicamente dirigidos a ellos, capaces de desarrollar la capacidad de los menos cualificados), sin consideración alguna a que sus conocimientos técnicos actuales pronto quedarán desfasados precisamente por la evolución de esa técnica que en la actualidad les proporciona trabajo.
- 5.º Pérdida de integración cultural, deterioro del tejido social y carencia de formas de participación, fomentando el individualismo a partir de una «atomización» de la empresa capaz de afectar a la cultura sindical tradicional y de alejar a un número importante de trabajadores del diálogo social.
- 6.º De todos modos, quizás la mayor preocupación por la precarización de tales trabajadores puede provenir por su exclusión nominativa del ámbito jurídico-laboral a través del pretendido carácter autónomo del teletrabajador ²⁷⁰. No hay que desconocer la problemática que en la práctica puede plantear la correcta delimitación de este contrato frente a otras situaciones en las que la persona que realiza tal actividad no es propiamente un trabajador

²⁶⁸ Particularmente destacable es el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002 por CES, UNICE-EUAPME y CEEP y el Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003, suscrito por las organizaciones sindicales y patronales más representativas de ámbito estatal. Sobre el particular, MELLA MÉNDEZ, L.: «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo», *RL*, núm. 1, 2003, págs. 21 y ss.

²⁶⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R.E.: «Teletrabajo y derecho colectivo del trabajo. Algunas reflexiones», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, 2000, págs. 1.012 y ss.

²⁷⁰ GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*, Madrid, 1998, págs. 66 y ss.

asalariado sino un autónomo, que trabaja directamente para el mercado, ofreciendo el resultado de su trabajo a uno o varios empresarios pero sin integrarse en el ámbito de organización de éstos, es decir, una vez más sin la concurrencia de la nota de la dependencia ²⁷¹. La calificación de una u otra clase de trabajador (autónomo o a domicilio) sólo puede realizarse, en definitiva, a través de indicios (la autoorganización y la independencia más o menos plena del trabajador; la libertad o no para aceptar encargos; la aportación o no por el trabajador de los medios de producción –materias primas, maquinaria, herramientas, etc.–, si dedica, o no, normalmente su actividad a una sola empresa, dependiendo de ella en cuanto a la clase y forma del trabajo a realizar; si se trata, o no, de un intermediario que no realiza el trabajo por sí mismo, sino que se sirve de otros a los que dirige; si cede, o no, anticipadamente, el fruto de su prestación percibiendo una retribución por ello y desentendiéndose del resultado económico favorable o adverso) no siempre definitivos ²⁷².

La acentuada singularidad de estos nuevos trabajadores a distancia ha llevado a que un importante sector de la doctrina haya planteado abiertamente la cuestión relativa a si el molde normativo –legal y convencional– general es válido para los teletrabajadores o si, por contra, éstos necesitan un «estatuto» especial ²⁷³ a partir del cual atender convenientemente una realidad laboral –realizada en ocasiones fuera del marco geográfico estatal ²⁷⁴– en la cual alcanzan sus extremos las implicaciones laborales de la tecnificación y automatización del trabajo.

Preceptos como el artículo 13 del ET (pensado para fórmulas precapitalistas de producción en sectores tales como el calzado, la confección u otros «artesanales») no responden a los problemas suscitados por el teletrabajo a domicilio resultando palmario hoy día el divorcio existente entre la realidad «teletlaboral» y una ordenación normativa surgida cuando el trabajo a distancia tenía una importancia marginal. Habida cuenta de las particularidades que suscita la práctica del teletrabajo, estamos ante una realidad carente, en la gran mayoría de los supuestos, de una tutela específica ²⁷⁵, por lo cual es necesario y urgente elaborar una regulación *ad hoc* que permita a las empresas extraer todas las virtualidades de esta nueva forma de trabajar, pero que también proteja a los trabajadores de los nuevos riesgos que comporta ²⁷⁶. A ello sin duda contribuye la posibilidad de negociar

²⁷¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo...*, cit., pág. 111.

²⁷² La existencia de altas en la licencia fiscal y en el régimen especial de autónomos, así como la emisión de facturas, no desvirtuaría la prestación de una relación laboral subyacente, si concurren los requisitos de prestar el trabajador, voluntariamente, sus servicios, retribuidos, por cuenta ajena, dentro del ámbito y dirección de otra persona. FERRER, M.A.: *El contrato de trabajo a domicilio*, Bilbao, 1992, págs. 26-27.

²⁷³ RAY, J.E.: «Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur», cit., págs. 121 y ss.

²⁷⁴ ROMERO BURILLO, A.M.ª: «La regulación laboral y de Seguridad Social del teletrabajo transfronterizo», *RTSS (CEF)*, núm. 205, 2000, págs. 91 y ss.

²⁷⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Teletrabajo», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, cit., pág. 801.

²⁷⁶ Una regulación que consagre la flexibilidad horaria que al teletrabajo es inherente pero ponga límites a la disponibilidad horaria y garantice al trabajador la separación entre vida laboral y privada; permita el control informático de la prestación laboral, pero a la vez proteja la privacidad y la libertad informática del trabajador; tutele al trabajador de los específicos riesgos que para su salud supone el trabajo informático, regule el ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores, pero que también prevea la necesaria adaptación de las obligaciones del trabajador a la singularidad del teletrabajo. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre la globalización y el futuro del Derecho del Trabajo», *DL*, núm. 60, 1999, pág. 30.

colectivamente las condiciones de trabajo de estos operadores ²⁷⁷, las cuales presentan peculiaridades tan importantes que difícilmente pueden ser atendidas de forma satisfactoria en los moldes de las cláusulas generales actualmente vigentes en los convenios colectivos o en unos «pobres» –si existentes– contratos de trabajo, pues si bien es cierto que el teletrabajador «queda automática y colectivamente cubierto por los convenios aplicables a la empresa», no lo es menos que en su diseño actual éstos son insuficientes y requieren, bien convenios suplementarios que ajusten aquéllos a las peculiaridades del teletrabajo, bien convenios de franja en los cuales queden directamente regulados sus derechos ²⁷⁸. Con la negociación colectiva se alejarán, además, los riesgos que supone una regulación uniforme de las condiciones de trabajo, permitiendo descender a los problemas particulares que generan las prestaciones fuera de la empresa y en ocasiones sometidas a un control mucho más inquisitivo que el de algunos trabajadores internos ²⁷⁹.

El resultado de tal realidad no es otro sino un gran protagonismo de la autonomía individual, el cual, por mucho que se empeñe, no puede ocultar la soberanía o preponderancia –en muchos casos, casi absoluta– de la voluntad empresarial, lo cual puede resultar especialmente grave al estar en juego no sólo el detalle de las condiciones de la prestación laboral de los teletrabajadores por cuenta ajena, sino, incluso, la definición misma del tipo de contrato, esto es, el carácter laboral o no del vínculo jurídico a establecer entre las partes ²⁸⁰.

Debe tenerse en cuenta, además, cómo la posibilidad de inserción del teletrabajo como una de las variantes del trabajo a domicilio no comporta que toda contratación por una empresa de la realización de trabajo informático en el domicilio del profesional deba tener el carácter de subordinada sometida de este modo a la legislación laboral ²⁸¹. Habrá que acudir nuevamente a la identificación de un conjunto de datos indiciarios que permitan descubrir la presencia o no de los rasgos propios de la ajenidad y dependencia en el contrato de trabajo; y desde luego, las formas cada vez más descentralizadas de la producción y evanescencia de los rasgos típicos del empresario, en concreto del empresario autónomo, hace resurgir los problemas de delimitación clásicos de esta materia ²⁸². Además, la constatación de estas notas definitorias del contrato de trabajo en el caso del teletrabajo exigirá, en ocasiones, una recomposición del sistema indiciario tradicionalmente utilizado al efecto, pues la subordinación en el caso del teletrabajador es, sobre todo, la telesubordinación, lo que obliga a dirigir la atención fundamentalmente a indicios normalmente desconsiderados o infravalorados: el control informático de la prestación laboral, la dependencia tecnológica, la subordinación informática, la inserción en la organización empresarial, etc. ²⁸³.

²⁷⁷ BARTHELEMY, J.: «Une convention collective de travailleurs indépendants?. Réflexions à propos des accords du 16 avril 1996 fixant le statut des agents généraux d'assurance», *DS*, núm. 1, 1997, págs. 40 y ss.

²⁷⁸ La solución de convenios nacionales parece mucho menos probable y satisfactoria, como lo demuestra el fallido intento francés de un convenio para las «telesecretarías». RAY, J.E.: «Le droit du travail...», cit., pág. 357.

²⁷⁹ GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*, cit., pág. 103.

²⁸⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Teletrabajo», cit., pág. 802.

²⁸¹ Sobre los dos grandes cauces a través de los cuales la prestación de servicios de los trabajadores contratados puede organizarse, de manera total o parcial, en régimen de teletrabajo (el cauce consensual y la vía unilateral o impuesta por el empresario), SOLÀ I MONELLS, X.: «La introducción del teletrabajo en la empresa: régimen jurídico», *DL*, núm. 72, 2004, págs. 91 y ss..

²⁸² CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 51.

²⁸³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBALUT ARANDA, J.: «El teletrabajo y la Seguridad Social», en AA.VV.: *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, Madrid, 2003, pág. 51.

En definitiva, teletrabajar no es sólo trabajar a distancia y utilizando las telecomunicaciones y/o la informática, sino servirse de estos elementos para trabajar de un modo diferente, lo cual supone una nueva organización del trabajo necesitada de un tratamiento jurídico *ad hoc*. Y si el tratamiento normativo que desde el «Derecho del Trabajo» *tout court* ha merecido el teletrabajo ha sido escasísimo, la situación se agudiza en el ámbito del «Derecho de la Seguridad Social», donde ni siquiera la doctrina pasa de vanas generalidades²⁸⁴. Tanto los teletrabajadores subordinados, a domicilio o comunes, como los teletrabajadores autónomos entran de lleno en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y su encuadramiento concreto en el Régimen General de la Seguridad Social o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) dependerá de si en el supuesto concreto de que se trate concurren o no las notas de ajenidad y dependencia –de subordinación– que en el artículo 1.1 del ET califican el contrato de trabajo (art. 97 de la Ley General de la Seguridad Social).

3. El sector de la economía social.

La economía social, sin renunciar a la rentabilidad y al beneficio, ha estado siempre concebida desde una visión solidaria y responsable con la sociedad a la que sirve. La idea de desarrollar una actividad económica generadora de empleo y de riqueza para la sociedad, desde unos principios de democracia participativa, propiedad colectiva, responsabilidad en la gestión y solidaridad distributiva, ha sido en muchos casos una firme alternativa a la empresa tradicional capitalista cuya inspiración respondía casi en exclusiva a la búsqueda del beneficio para el inversor y accionista²⁸⁵.

En este contexto, la legislación de cooperativas constituye un ejemplo claro de regulación extralaboral que ha adoptado esquemas y principios reguladores típicos del Derecho del Trabajo. Así, para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (y, por extensión, los socios trabajadores de Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra y los socios de trabajo de las demás sociedades cooperativas), la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, ha dispuesto en sus artículos 80 y siguientes un régimen construido a base de normas claramente inspiradas en preceptos de la legislación laboral en distintos ámbitos institucionales (capacidad contractual, trabajo de extranjeros, prevención de riesgos laborales, período de prueba, tiempo de trabajo, suspensión de la relación y excedencias, etc.).

Las cooperativas de trabajo asociado (aquellas cuyos socios prestan su esfuerzo productivo trabajando en común en el seno de la empresa de la que son cotitulares) gozan de un fuerte apoyo constitucional (arts. 35.1, 38 y 129.2)²⁸⁶, consistente en el compromiso de los poderes públicos de fomentar la actividad cooperativizada²⁸⁷, y aparecen caracterizadas legalmente por corresponder su propiedad

²⁸⁴ Propuestas interesantes sobre el particular en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBALUT ARANDA, J.: «El teletrabajo y la Seguridad Social», en AA.VV.: *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, cit., págs. 47 y ss.

²⁸⁵ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia, 2004, pág. 298.

²⁸⁶ Reiterado por el Tribunal Constitucional en SSTCo 77/1985, de 27 de junio y 155 y 204/1993, de 26 de mayo y 17 de junio.

²⁸⁷ PAZ CANALEJO, N.: «La Constitución y las cooperativas», *DA*, núm. 186, 1980, págs. 73 y ss.

a los socios-trabajadores, no sólo actuales sino también potenciales. Esta nueva forma de organización ofrece a quienes así trabajan la propiedad sobre los medios de producción utilizados en una empresa de forma plenamente autogestionada y duradera, si bien con una acusada función comunitaria o social, dado que las facultades dispositivas quedan fuertemente limitadas en el caso de liquidación.

La asociación organizada de personas físicas constituida en persona jurídica cooperativa a fin de intervenir en el mercado de bienes y servicios recibe, de un lado, una prestación de servicios de sujetos ajenos al ente cooperativo –actúa entonces como empresario laboral²⁸⁸–, pero, por otro, constituye un peculiar lugar de encuentro de prestaciones de trabajo y de capital de sus asociados y obliga a dilucidar cuál sea la naturaleza jurídica de las prestaciones de trabajo de los socios cooperativos²⁸⁹, pues la prestación de los servicios es –en las cooperativas de trabajo asociado– el elemento desencadenante último de la realidad societaria y, por consiguiente, una obligación propia del contrato de sociedad en el cual toma forma la relación socio-sociedad²⁹⁰.

La regulación contenida en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, permite concluir, en principio, que el socio trabajador no es –con toda probabilidad– trabajador en sentido jurídico-laboral, por faltar las notas de ajenidad y dependencia. Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado no ofrecen de modo directo al mercado el resultado de su propio trabajo, como hacen en sentido estricto los trabajadores autónomos, sino ciertamente a través de la empresa cooperativa para la que realizan su trabajo. La vinculación de los socios trabajadores con la cooperativa (su participación en la actividad cooperativizada) no es, pues, de carácter laboral, sin que por ello tengan la condición de trabajadores asalariados de la misma, configurándose contrariamente como una «relación societaria y autogestionada»²⁹¹. De este modo, los socios trabajadores realizan para

²⁸⁸ La actuación de la cooperativa como empresario alcanza, sobre todo, a aspectos económico-organizativos referidos a la previsión de un mercado que adquiera la producción, a la necesidad de disponer de materias primas y otros instrumentos necesarios para la producción, a la adquisición de equipos e instalaciones, a la disponibilidad de capital para iniciar la puesta en marcha del negocio, a la existencia de un excedente o ganancia que le permita continuar o de una gerencia que posibilite efectivamente la producción y las ventas, ...; aspectos todos ellos que exceden claramente del ámbito de las relaciones laborales. ORTIZ LALLANA, M.º C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Barcelona, 1989, pág. 25.

²⁸⁹ VICENT CHULIÁ, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, págs. 55 y ss.; LLUIS y NAVAS, J.: *Derecho de Cooperativas*, T. I y II; Barcelona, 1972; VERGEZ SÁNCHEZ, M.: *El Derecho de las Cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973, pág. 16; SANZ JARQUE, J.J.: *Cooperación. Teoría y práctica de las sociedades cooperativas*, Valencia, 1974, pág. 53; GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades*, Vol. I, Madrid, 1976, pág. 96; SERRANO Y SOLDEVILLA, A.D.: *La cooperativa como sociedad abierta*, Sevilla, 1982, pág. 21; BALLESTERO, E.: *Teoría económica de la cooperativa*, Madrid, 1983, pág. 145; BARRERA CEREZA, J.J.: *Gestión empresarial de la cooperativa de trabajo asociado*, Madrid, 1990, págs. 249 y ss.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.: *Empresa cooperativa y economía social*, Barcelona, 1992, págs. 211 y ss. o CASTAÑO y GONZÁLEZ, J.J.: *Constitución y funcionamiento de las cooperativas*, Barcelona, 1996, págs. 49 y ss. Por su parte, los criterios jurisprudenciales en orden a la naturaleza de la relación que vincula al socio-trabajador con las cooperativas de trabajo asociado son ejemplar exponente de «vacilación, imprecisión, ambigüedad y contradicción». VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: algunos aspectos de su regulación jurídica en la normativa estatal y autonómica», en AA.VV.: *Primeros encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*, Vitoria, 1986, pág. 67. En efecto, diferentes tendencias se manifiestan, entre otras, en las SSTs de 5 de febrero de 1986 (Ar. 709), 6 de mayo y 24 de octubre de 1988 (Ar. 3571 y 8143) o 24 de enero de 1990 (Ar. 210).

²⁹⁰ SANTIAGO REDONDO, K.: «La Ley Foral 12/1996, de Cooperativas de Navarra, desde un enfoque laboral», *RL*, núm. 6, 1997, pág. 37.

²⁹¹ Artículo 80.1 y 5 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y en idéntico sentido las Leyes homónimas de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

sí mismos la actividad productiva cooperativizada, en la medida en que ésta se desarrolla en la cooperativa de trabajo asociado a través de la «organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros» (art. 80.1 de la Ley de Cooperativas). En cualquier caso, el hecho de que la relación de los socios trabajadores con la cooperativa de trabajo asociado no sea técnicamente un contrato de trabajo no significa, sin embargo, que la legislación no haya impregnado con sus soluciones normativas (de modo directo o supletorio) buena parte del régimen jurídico de aquélla ²⁹².

La garantía del salario mínimo interprofesional, el derecho a percibir anticipos laborales y el régimen pseudo-laboral dispuesto por el legislador cooperativo para estos socios trabajadores obedece, no obstante, a que su posición en la cooperativa es social y económicamente equiparable a la de un trabajador por cuenta ajena. Por otra parte, el no socio que presta sus servicios a la cooperativa es un trabajador dependiente por cuenta ajena, sujeto, por tanto, a un contrato de trabajo que le liga a la cooperativa y que queda regido por el ET ²⁹³.

La enorme complejidad y la propia rigidez del Derecho Cooperativo actual (fundamentalmente en cuanto hace a la legislación estatal, pues la normativa autonómica muestra un mayor grado de flexibilidad) ha contribuido a impulsar el nacimiento de nuevas alternativas en este campo, lo que ha convertido a las «sociedades laborales», en los últimos tiempos, en un instrumento clave de organización empresarial ²⁹⁴, tradicionalmente vinculadas a operaciones de reflotamiento empresarial en las situaciones de crisis económica ²⁹⁵.

Por su parte, la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (cuya promulgación no responde a ninguna necesidad urgente, sino que son motivaciones vinculadas a la adaptación y ajuste de la ahora derogada Ley 15/1986, de Sociedades Anónimas Laborales, a las últimas reformas en materia societaria las que, en última instancia, justifican su adopción), marca una significativa ruptura en la tradicional vinculación «genética» de este tipo de sociedades a las situaciones de crisis empresarial, reforzando su vertiente de verdadera sociedad capitalista y dotándolas inevitablemente de un más amplio ámbito de actuación en cuanto a sus funciones y fines ²⁹⁶. De un lado intenta armonizar este tipo de sociedades con el resto de las especies societarias, recortando aquellos aspectos que tradicionalmente les habían venido separando y, en este marco, dilatando su inicial espacio

²⁹² La aplicación de la legislación laboral es requerida por la disciplina de la relación societaria, con remisión expresa a la misma o dejando sentir su influencia de modo variable. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación...», cit., pág. 56.

²⁹³ MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre el socio-trabajador de las cooperativas de trabajo asociado», en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, págs. 141 y ss.; ALONSO SOTO, F.: «Las relaciones laborales en las cooperativas en España», *REDT*, núm. 20, 1984, págs. 532 y ss. o PENDAS DÍAZ, B., et al.: *Manual de Derecho cooperativo*, Madrid, 1987, págs. 294 y ss.

²⁹⁴ Un análisis exhaustivo de las diferencias fundamentales entre cooperativas y sociedades laborales en MERCADER UGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, P.: «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial (a propósito de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades)», *AL*, núm. 12, 1997, págs. 47-48.

²⁹⁵ Entre otros, SALABERTE, R.: *Las Sociedades Laborales en el marco del desarrollo económico y social español*, Madrid, 1987, págs. 67-125; LÓPEZ MORA, F.V.: «Las Sociedades Anónimas Laborales», *Rev. Treb.*, núm. 5, 1987, págs. 9-10 o PÉREZ Y PÉREZ, M.: «Las nuevas Sociedades Anónimas Laborales, entre el fomento del empleo y el "salvamento" de empresas en dificultad (II)», *AL*, 1988, T. I, págs. 226-228.

²⁹⁶ MERCADER UGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, J.R.: «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial...», cit., pág. 49.

de actuación al permitir que aquéllas revistan no sólo la forma de «anónimas» sino también la de «responsabilidad limitada». Con ello el legislador no hace sino adecuar el marco jurídico de dicha institución para dar cabida a la proliferación de sociedades de responsabilidad limitada a partir de la promulgación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo ²⁹⁷. Como señala la propia Exposición de Motivos «el menor importe de la cifra de capital, los menores gastos de constitución, el número ilimitado de socios y los tintes personalistas que se conjugan con su condición de sociedad de capital son algunas de las características de la sociedad limitada que la hacen más apta como fórmula jurídica de organización económica para los trabajadores y como vehículo de participación en la empresa». En segundo término, pretende superar alguna de las más significativas deficiencias técnicas detectadas en el funcionamiento de su antecesora, así como aclarar determinados puntos controvertidos.

La utilización de las cooperativas de trabajo asociado y de las sociedades laborales sirve también, en último término, para formalizar medidas de reempleo, ya sea en el marco de los expedientes administrativos de regulación de empleo (como medidas de acompañamiento para facilitar su acuerdo o autorización administrativa) o al margen de aquéllos ²⁹⁸, sin olvidar que representa un sector en creciente expansión en el ámbito del empleo local –por su mayor compromiso con el entorno local y el desarrollo sostenible–, servicios sociales, educación y atención a hogares y ancianos, en el sector comercial y de vivienda ²⁹⁹.

VI. LA REVALORIZACIÓN DE LAS FORMAS AUTÓNOMAS DE TRABAJO

La exclusión radical del trabajo autónomo del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo se ha querido explicar a partir de la posición marginal o desplazada (no central o representativa) que la institución ha ocupado dentro del funcionamiento del sistema industrial de producción de bienes y servicios y, en consecuencia, de la estructura de su conflicto social paradigmático. Sin embargo la terciarización de la economía, la descentralización productiva y el auge de las modernas tecnologías de la información y la comunicación han favorecido el nacimiento de un nuevo tipo de trabajador, caracterizado por tener una cualificación profesional muy elevada y una capacidad de innovación muy importante, que presta sus servicios, generalmente muy especializados y en el sector terciario, de forma continuada para uno o varios empresarios, poseyendo un elevado nivel de autoorganización pero contrastando esa notable autonomía técnico-funcional con su efectiva sujeción económica respecto de la empresa o empresas beneficiarias de su trabajo ³⁰⁰.

²⁹⁷ Esta norma permite mayores márgenes de flexibilidad en el funcionamiento de este tipo de sociedades que en las sociedades anónimas. CARRATALA TERUEL, J.L. y MEDIAVILLA CRUZ, M.L.: «Nueva ordenación de las Sociedades Laborales. Algunos aspectos puntuales de la Ley 4/1997», *TS*, núm. 76, 1997, pág. 87.

²⁹⁸ RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo», cit., pág. 38.

²⁹⁹ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, cit., pág. 299.

³⁰⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes...», cit., págs. 10-11. Sobre el tema, por extenso, DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia», *RL*, núm. 7-8, 2000, págs. 65 y ss.; VALDÉS ALONSO, A.: «El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación», *RMTAS*, núm. 26, 2000, págs. 13 y ss. o REYNA FERNÁNDEZ, S.: «Estatuto del Trabajo Autónomo y promoción del autoempleo», *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*, núm. 3, 2005, págs. 6-7.

La externalización o desplazamiento a entidades empresariales autónomas de fases del ciclo productivo que se desarrollaban por la propia empresa ha ido ganando terreno en el tejido empresarial ³⁰¹ y uno de los efectos adicionales que están produciendo los nuevos sistemas de descentralización productiva es el significativo incremento del uso del trabajo autónomo por parte de las empresas ³⁰² para satisfacer unas necesidades productivas o de servicios que hasta el presente se realizaban, de ordinario, a través de fórmulas de trabajo dependiente y por cuenta ajena ³⁰³.

De un lado, la empresa o el empresario autónomo ve progresivamente difuminados sus rasgos definitorios hasta el punto de que comienza a situarse en un terreno próximo a la subordinación jurídica propia de la relación laboral (por cuanto en él concurren ciertos elementos que lo acercan claramente al trabajo dependiente ³⁰⁴) y, al tiempo, ciertos profesionales, hasta el presente incardinados en el ámbito del trabajo asalariado, proceden a adquirir ciertas dosis de autoorganización de su prestación de servicios, hasta el punto de que comienzan a carecer de ciertos datos externos típicos del trabajo subordinado ³⁰⁵. El incremento de autonomía y la pérdida de subordinación en el trabajo subordinado y viceversa, la pérdida de autonomía y el incremento de la dependencia en el trabajo autónomo, constituyen los polos extremos que marcan el desarrollo de variadas formas de prestación del trabajo en mundos productivos y en mercados nuevos y complejos, que responden a lógicas organizativas distintas ³⁰⁶.

De otro lado, al margen de la legislación y utilizando la libertad de pactos que brindan el derecho a la contratación civil y mercantil ³⁰⁷, las empresas han facilitado a sus trabajadores asalariados el constituirse en trabajadores independientes –tanto en las actividades de transporte como indus-

³⁰¹ Estos trabajadores representan casi el 20 por 100 de la población activa española. Los empresarios individuales sin sociedad participan en más del 18 por 100 del PIB Nacional, porcentaje muy superior en determinados sectores como el Comercio, la Construcción, el Transporte o la Hostelería. Los autónomos más los microempresarios con menos de cuatro trabajadores a su cargo suman el 88 por 100 del total de la estructura empresarial española y, además, su número continúa en aumento, siendo su presencia cada vez mayor entre las nuevas profesiones y, en concreto, las mujeres y los jóvenes, quienes refuerzan este colectivo. REYNA FERNÁNDEZ, S.: «Ante una nueva etapa», *DL*, núm. 70, 2004, pág. 7.

³⁰² Una extensa referencia bibliográfica al respecto en MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Selección bibliográfica (española) sobre trabajo autónomo», *RL*, núm. 7/8, 2000, págs. 245 y ss.

³⁰³ En la actualidad existe una estabilización del trabajo autónomo respecto del volumen de empleo total, VALDÉS ALONSO, A.: «El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación», cit., pág. 20.

³⁰⁴ Por una parte, se suele tratar de prestaciones de servicios efectuadas de manera personal y directa por el sujeto vinculado contractualmente; al tiempo que suele ser la actividad básica de este sujeto y, por consiguiente, de la que obtiene su medio fundamental de subsistencia. De otra parte, concurre de forma aislada alguno de los elementos que suelen tomarse como sintomáticos de la presencia de una prestación laboral –sometimiento a instrucciones, control del trabajo realizado, sistema predeterminado de cuantificación de la contraprestación económica– pero con ausencia absoluta de otros. Todo ello da un resultado final «de dependencia económica, que no jurídica, del contratante que desarrolla el servicio y, sobre todo, de marcado desequilibrio en cuanto a la fuerza contractual de las partes de la relación jurídica». CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 53.

³⁰⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa», cit., pág. 48.

³⁰⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», cit., pág. 1.

³⁰⁷ Por todos, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, Santiago de Compostela, 1988, págs. 13 y ss.

triales ³⁰⁸– adquiriendo el compromiso de colaborar en su funcionamiento como empresa-cliente, o contribuyendo en su creación aportando medios y recursos ³⁰⁹. «Estos nuevos trabajos emergen al mundo del Derecho tanto mediante la celebración de contratos laborales como especies negociales civiles o mercantiles, lícitas o auténticas unas, desvirtuadas otras de su genuina configuración y formalizadas en fraude de ley para excluir la calificación de laboralidad» ³¹⁰. Será la autonomía de las partes la encargada de determinar el tipo de relación mediante la subsunción del servicio comprometido en alguna de las categorías contractuales propias del trabajo autónomo ³¹¹; con lo cual, la relación obligatoria resultante queda inmunizada frente a la protección proveniente de aplicar las reglas del Derecho del Trabajo ³¹².

El propio legislador está potenciando el trabajo autónomo a través de una doble vía. Una tradicional, consistente en una serie de medidas incentivadoras del trabajo autónomo ya sea de forma directa –tal es el caso de las ayudas para el desarrollo del trabajo autónomo por parte de los minusválidos ³¹³ o la capitalización de la prestación por desempleo– o indirectamente mediante bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social cuando un trabajador autónomo que no tiene trabajadores a su servicio proceda a dicha contratación; y otra innovadora, concretada en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad –BOE de 20 de abril–. A ello cabe añadir

³⁰⁸ Tal es el caso de las empresas de distribución y reparto que invitan a sus conductores asalariados a comprar un camión y pasar a trabajar como autónomos para las mismas empresas; los empresarios de la construcción que despiden a sus trabajadores e inmediatamente a continuación firman con el antiguo empresario un contrato de arrendamiento de servicios como empresarios independientes. ZACHERT, U.: «Las formas de empleo: problemas y tendencias actuales en la República Federal Alemana», *RL*, núm. 7-8, 1989, pág. 45.

³⁰⁹ Se trata de las «falsas autónomas», que se constituyen en cooperativas laborales o en comunidades de bienes, creando ficticiamente un entorno probatorio que sirva para tratar de acreditar la supuesta realización de trabajos por cuenta propia, VALDÉS ALONSO, A.: «El trabajo autónomo en España...», cit., pág. 30. En definitiva, no una prestación de servicios en régimen de autonomía, sino una fraudulenta elusión del contrato de trabajo, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, E.: «La configuración anómala del contrato de trabajo: simulación, interposición, trabajo negro», en AA.VV.: *Aspectos de la contratación laboral*, Madrid, 1992, pág. 146 y ss.

³¹⁰ En otras palabras, «este incremento de las zonas de claroscuro no es ya sólo producto, como en etapas precedentes, de meras situaciones de simulación por parte de los contratantes para eludir o afirmar la aplicación de la legislación laboral, sino del incremento real de relaciones profesionales entre personas que se sitúan en zonas grises de difícil solución en la interpretación directa de la norma jurídica». CRUZ VILLALÓN, J.: «El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado», cit., pág. 177.

³¹¹ En España, el análisis pormenorizado de la enjundia, tan singular, que presenta el trabajador «parasubordinado» –jurídicamente autónomo pero económicamente dependiente de un empresario principal a cuyo servicio se pone mediante un contrato de ejecución de obra o de arrendamiento de servicios, contratante débil en todo caso–, ha corrido a cargo de RUIZ CASTILLO, M.M.º: «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico, el trabajo parasubordinado», *RL*, 1991, T. I, págs. 135 y ss. En Francia, LYON-CAEN, G.: *Le Droit du Travail non salarié*, París, 1990, págs. 42 y ss. En la doctrina italiana, entre otros, MENGONI, L.: «La questione della subordinazione in due trattazioni recenti», *RIDL*, 1986, T. I, págs. 5 y ss.; BALLESTERO, M.V.: «L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato», en AA.VV.: *Lavoro e Diritto*, 1987, págs. 41 y ss. o PEDRAZZOLI, M.: «Trabajo subordinado y nuevas formas de trabajo en Italia», *RL*, 1989, T. I, págs. 203 y ss.

³¹² BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., pág. 69.

³¹³ *Vid.*, especialmente, ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, págs. 7 y ss. y MORÓN PRIETO, R.: «Las modificaciones en el régimen jurídico de fomento del empleo: entre la adaptación y la improvisación», *RL*, núm. 21, 1999, págs. 51 y ss.

la influencia decisiva que en nuestro país ha de tener el hecho de que una de las directrices de la Cumbre de Luxemburgo sobre el Empleo ³¹⁴ consista precisamente en el «fomento del trabajo autónomo para lo cual (los Estados Miembros) estudiarán los obstáculos existentes con miras a reducirlos, en particular en lo que respecta a los regímenes fiscales y de Seguridad Social ³¹⁵, el empleo por cuenta propia y a la creación de pequeñas empresas» ³¹⁶.

De esta forma, aunque no existan en el Derecho español una figuras contractuales equivalentes al contrato de *parrainage* o al contrato de *essaimage* del Derecho francés, en el tráfico negocial se han construido por la autonomía privada estas figuras contractuales, tanto para hacer frente a las situaciones de crisis de las empresas como para descentralizar la actividad productiva y reducir los gastos fijos de personal de las empresas ³¹⁷.

Los múltiples tipos contractuales de trabajo autónomo, individual o colectivo (formalizados en principio a través de contrataciones civiles bien conocidas como son arrendamientos de servicios, de ejecuciones de obra, contratos de suministro, de transportes, mandatos, etc.) constituyen, pues, una vía de expulsión al exterior de actividades productivas que evita la protección laboral establecida para los trabajadores a domicilio o inmersos en procesos de subcontratación dando lugar a una proliferación de trabajos terciarizados, semi-independientes o realizados en régimen de desconcentración productiva ³¹⁸; nuevas «zonas grises», situadas en los confines de la ajenidad y la dependencia proclives a escapar del dominio del Derecho del Trabajo ³¹⁹.

VII. LA TUTELA DEL TRABAJO AUTÓNOMO DEPENDIENTE

El trabajador autónomo representa un colectivo laboral mal tratado desde el punto de vista de su atención social y de su proyección empresarial, que siempre ha estado en los aledaños de la empresa tradicional. Es una figura híbrida que ha sobrevivido sin la protección del marco jurídico del Dere-

³¹⁴ Respecto a la citada Cumbre y sus consecuencias desde la perspectiva de la política social comunitaria, GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: «Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Amsterdam y la Cumbre de Luxemburgo (Un análisis de la nueva Política Social Comunitaria en la Europa de la moneda única)», *RL*, 1998, T. I, págs. 66 y ss.

³¹⁵ Por extenso, BLASCO LAHOZ, J.F.: *El régimen especial de trabajadores autónomos*, Valencia, 1995; «Pluriactividad y trabajadores autónomos», *AL*, núm. 46, 1995, págs. 783 y ss. o «Campo de aplicación del Régimen especial de seguridad social de trabajadores por cuenta propia o autónomos en relación con los colegiados profesionales», *AL*, núm. 47, 1996, págs. 925 y ss.

³¹⁶ Procediéndose en la práctica a incentivar la inserción en el mercado de trabajo de las personas desempleadas ayudándoles a establecerse como trabajadores autónomos, así como apoyando la viabilidad de los negocios que emprendan y la creación de pequeñas empresas. Al respecto, ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Autoempleo y fomento del espíritu empresarial en la Unión Europea», *RL*, núm. 7/8, 2000, págs. 19 y ss.

³¹⁷ RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo», *DL*, núm. 56, 1998, pág. 38.

³¹⁸ Un estudio completo y detallado en LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 515.

³¹⁹ ALONSO OLEA, A.: «Sobre la realidad social subyacente al Derecho del Trabajo», cit., págs. 145 y ss.

cho del Trabajo, con algunas ayudas fiscales y sociales, casi siempre insuficientes. Sin embargo, en los últimos años, en el conjunto de la Unión Europea, la tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria se ha dirigido a evitar que la autonomía de que disfrutaban algunas modalidades de realización de servicios o de obras por cuenta de comitentes con supremacía económica permita su exclusión del ámbito del contrato de trabajo y de la protección social de este régimen de contratación. La técnica utilizada ha sido la de una especie de «*haz de indicios*» cuya convergencia parcial podría determinar su inclusión en el manto protector del Derecho del Trabajo ³²⁰.

1. El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente.

La complejidad y multiplicidad de situaciones que ofrece el trabajo independiente lo sitúan, desde hace años, en el epicentro de la tensión entre la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y la corriente de «huida» del mismo, resultando muchas veces difícil dibujar los contornos de un colectivo heterogéneo que el ordenamiento laboral no delimita sino por exclusión.

En el contexto actual de diversificación de las formas de trabajo, al lado de las más clásicas figuras de los artesanos, autónomos de la agricultura, empresarios de Pymes, socios cooperativistas, etc., son cada vez más frecuentes otras formas de prestación que pueden reunir elementos propios del trabajo independiente y del trabajo subordinado, y que apuntan a la necesidad de contar con una ordenación más ajustada del trabajo autónomo que atienda a la diversa y compleja gama de situaciones que lo conforman.

Una de estas formas de prestación, de relevancia creciente, la constituye el llamado «trabajo económicamente dependiente», que se concierta de manera formalmente autónoma, pero en el que la prestación de servicios se lleva a cabo para un único cliente. Con ello, en la práctica, se produce una situación de dependencia económica del autónomo aunque no concurren otros elementos que configuren una relación de subordinación» ³²¹. Este tipo de empleo ha suscitado en buen número de países europeos debates e iniciativas acerca de posibles adaptaciones normativas para atender a las necesidades que plantea, desde el momento en que tales trabajadores, generalmente, no se benefician de la protección dispensada a los asalariados por las normas legales y los convenios colectivos, incluidos aspectos como la seguridad y salud laboral, el tiempo de trabajo o la formación profesional ³²².

El trabajador autónomo dependiente es, en efecto, un trabajador autónomo, y como tal presta sus servicios o realiza sus actividad profesional sin subordinación jurídica a un empresario, esto es, trabaja sin someterse a las órdenes e instrucciones de un empleador. Su relación de alteridad con uno o varios clientes cae en la órbita del Derecho Civil o Mercantil, pero se distingue del trabajador por cuenta propia *strictu sensu* porque, si bien los trabajadores autónomos dependientes poseen una

³²⁰ JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo*, cit., págs. 287-288.

³²¹ CES: «El trabajo autónomo en España», *Observatorio de Relaciones Industriales*, núm. 76, 2004, pág. 2.

³²² Sobre este tema, *vid.* el estudio comparado realizado por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, *Economically dependent workers: employment law and industrial relations* (<http://www.euro-found.eu.int/2002/05/study>).

elevada dosis de autoorganización en el desarrollo de su actividad, trabajan regularmente para una o, en todo caso, muy pocas empresas, que son las que aportan la mayor parte de sus ingresos. Como consecuencia de esa dependencia económica respecto de uno o varios empresarios, pero siempre en un número muy limitado, su poder de negociación y decisión en la relación que entabla con la empresa o empresas para las que habitualmente trabaja se encuentra muy limitado, ya que a éstas corresponde la hegemonía económica.

El *trade* cuenta con los medios materiales o de cualquier otro tipo, necesarios para prestar su actividad profesional; ejecuta una actividad propia concreta y específica; organiza, dirige y controla efectivamente, de forma independiente, el desarrollo de su propia actividad y asume las eventuales responsabilidades y los riesgos derivados de su actividad profesional o económica.

Sin embargo, es posible exigir la concurrencia de dos notas adicionales, que son las que singularizan la figura. La primera afecta a las relaciones profesionales entre el *trade* y su cliente, relaciones estas que han de ser de tracto continuo ³²³, coordinadas, en mayor o menor grado, y de desarrollo exclusivo o prevalente para un solo cliente. La segunda viene a excepcionar la regla general sobre la compatibilidad entre las condiciones de trabajador autónomo y empleador, pues en el *trade* no puede concurrir esta segunda condición; o, lo que es igual, el *trade* no puede tener trabajadores por cuenta ajena a su servicio ³²⁴.

En la medida en que la autoorganización de su trabajo queda mediatizada por la propia de la empresa para la que prestan servicios, la situación de esta figura de trabajador autónomo mantiene ciertas concomitancias con la del trabajador subordinado, por ello requiere una tutela algo más intensa por parte de la legislación estatal, tanto en su vertiente individual como en lo que se refiere a su tutela colectiva.

2. Su distinción respecto de los pseudoautónomos o falsos autónomos.

No hay que confundir el trabajo autónomo dependiente con otras situaciones laborales como son los «falsos autónomos», que desarrollan su actividad bajo los parámetros típicos del trabajo subordinado (dependencia, ajenidad, remuneración periódica), si bien, formalmente, conciertan contratos civiles o mercantiles y se encuentran sometidos a las obligaciones fiscales y de Seguridad Social propias del trabajo autónomo. Son relaciones bilaterales en las que, sobre el papel, parece primar la autonomía de las partes en cuanto al contenido y desarrollo de la prestación, pero en realidad el trabajador se halla en una situación de absoluta subordinación tanto técnica como organizativa y económica respecto de la empresa para la que presta sus servicios. En ocasiones, y con objeto de cubrir, en apariencia, el régimen de autonomía, estos trabajadores recurren a operaciones de inge-

³²³ Lo cual califica la obligación del *trade* como una «obligación de hacer», en lugar de como una obligación de resultado. Sobre la caracterización de tal tipo de obligaciones, excelente el estudio de TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada, 2005, págs. 28 y ss.

³²⁴ Informe LETA de octubre de 2005, págs. 95-96.

nería jurídica, como es la constitución de sociedades laborales o comunidades de bienes, creando así ficticiamente un entorno probatorio que sirva para acreditar la supuesta realización de trabajos por cuenta propia ³²⁵. Para el empresario, esta huida fraudulenta del Derecho del Trabajo le reporta considerables beneficios que se traducen en reducción de costes, tanto en orden a las obligaciones de naturaleza laboral como, sobre todo, a las obligaciones de Seguridad Social (impago de cotizaciones, subsidios de incapacidad temporal, complementos de prestaciones de Seguridad Social, indemnizaciones en caso de accidente de trabajo...). Pero repárese en que estamos ante comportamientos ilícitos, y que este colectivo de pseudo-autónomos no constituye en sí una manera o modalidad de prestación de servicios en régimen de autonomía, sino una fraudulenta elusión del contrato de trabajo que debe resolverse haciendo prevalecer el negocio disimulado sobre el simulado ³²⁶.

El problema no es, pues, de insuficiencia de regulación, ya que, en principio, las normas laborales y de Seguridad Social les protegen y les son de entera aplicación. El problema es de naturaleza puramente fáctica: la realización de negocios simulados en fraude de ley donde se lleva a cabo un acuerdo simulatorio con la finalidad de crear, con engaño, una apariencia falsa, a partir de la cual pueden lograrse finalidades no admitidas por el ordenamiento jurídico.

3. La necesaria extensión «parcial» de la normativa de tutela del trabajo dependiente a la esfera de ciertos trabajadores autónomos «parasubordinados» o bajo dependencia económica.

Aunque es cierto que el trabajo asalariado continúa siendo la forma predominante de trabajar en las organizaciones productivas de la sociedad informática, también lo es que el número de autónomos ha crecido considerablemente (más de tres millones de afiliados en los regímenes especiales de autónomos, agrario, del mar y empleados de hogar), y que muchos de ellos prestan sus servicios en condiciones similares a como lo hacen los trabajadores asalariados, con lo que la dicotomía tradicional entre trabajo subordinado protegido y trabajo autónomo desprotegido resulta insuficiente para comprender una realidad laboral mucho más compleja y diversificada donde las demandas de protección ya no proceden de un único colectivo, aunque éste siga siendo mayoritario en el sistema productivo ³²⁷.

La importancia de esta realidad socioeconómica que representa el trabajo autónomo no se ve acompañada de un marco legal que regule de manera integral y sistemática los aspectos más sobresalientes de la prestación de servicios, las condiciones de trabajo o la protección de la seguridad y salud, entre otros, de los autónomos.

El Derecho del Trabajo ha dejado fuera de la cobertura de sus garantías y recursos a personas que viven e incluso malviven de su trabajo, si bien jurídicamente no se encuentran en una situación

³²⁵ Facturas de compra de materiales y de maquinaria, prestación para una pluralidad de empresarios, etc. VALDÉS ALONSO, A.: «Tipología del trabajo autónomo», *DL*, núm. 70, 2004, pág. 21.

³²⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes...», cit., pág. 13.

³²⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes...», cit., pág. 11.

de dependencia o sujeción jurídica. De ahí que en fechas recientes se acentúe la crítica al Derecho del Trabajo por ser sólo un Derecho protector de los trabajadores instalados (los llamados *insiders*), dejando fuera de su competencia a los desempleados y a los trabajadores en situación irregular o precaria, como en buena parte son muchos trabajadores autónomos (*outsiders* o relegados) ³²⁸.

Ciertamente, la calificación de un determinado sujeto como trabajador en sentido técnico-jurídico va a determinar la aplicación del conjunto normativo del Derecho del Trabajo en su totalidad, suscitándose a raíz de ello una situación caracterizada por una absoluta diferenciación de los niveles de protección, en la que frente al paraíso protector del Derecho del Trabajo se alza la inseguridad absoluta del trabajo autónomo. Es preciso establecer, en consecuencia, un «espacio habitable» ³²⁹ para este último, un suelo de derechos mínimos que proteja a los trabajadores autónomos cuya situación social y económica sea homologable a la de los trabajadores por cuenta ajena, extendiéndose la aplicación de ciertas normas laborales compatibles con las peculiaridades del tipo de trabajo que desempeñan ³³⁰.

Se hace así evidente la necesidad de regular la prestación de este colectivo, por dos razones: una de elemental justicia y adecuada ordenación laboral, dado que este colectivo, debido a su dependencia económica, se encuentra en una posición de inferioridad contractual que les lleva en muchos casos a tener que aceptar las condiciones que les impone la empresa o empresas para las que trabajan, de ahí que se propugne la aprobación de un estatuto que les reconozca unos derechos y estándares de protección mínimos, susceptibles de ser mejorados en vía convencional colectiva o en el propio contrato; por otro lado, el reconocimiento a los autónomos dependientes de unos derechos mínimos contribuirá a reducir las situaciones de fraude y simulación de trabajo autónomo, al no resultar tan atractivo para los receptores de sus servicios el recurso a fórmulas contractuales que facilitan la huida del Derecho del Trabajo ³³¹.

3.1. El debate en la Comunidad Europea y a nivel internacional.

El debate sobre la regulación de trabajo autónomo, y más concretamente, del trabajo autónomo dependiente se halla de plena actualidad en toda Europa, tanto a nivel de cada Estado como a nivel de los órganos representativos de la Unión Europea, destacando la existencia de dos Informes

³²⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», cit., págs. 3-4.

³²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Economía sumergida y empleo irregular», *RL*, 1985, T. I, pág. 1006.

³³⁰ Una política laboral que no quiera limitarse a la adopción de soluciones parciales o de puro compromiso respecto de tales personas tendrá que partir, seguramente, de un nuevo concepto de la disciplina, cuyas normas, perdida su fuerza dialéctica, no se dirijan a resolver posiciones esencialmente antagónicas o de supremacía y correlativa subordinación sino, más bien, a regular «todo aquel trabajo personal de cuyos frutos económicos vive, fundamentalmente, el trabajador profesional», independientemente de si lo hace en virtud de un contrato de trabajo o en régimen de autoorganización y en utilidad patrimonial propia. ALMANSA PASTOR, J.: «El sistema del Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 206. Lo anterior recuerda la vieja idea de un Derecho del Trabajo asimilado a un Derecho de la actividad profesional, o un Derecho del Trabajo genérico, no del específico trabajo subordinado o dependiente. BAYÓN CHACÓN, G.: «El contrato de intercambio de servicios», *RDT*, núm. 21, pág. 37.

³³¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes...», cit. pág. 15.

muy valiosos, como son el Informe Supiot (1999) sobre «Trabajo y Empleo» (Transformaciones del trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa), coordinado por la Universidad Carlos III de Madrid y el Informe Perulli (2003), sobre «Trabajo económicamente dependiente (trabajo parasubordinado)», que se presentó el 19 de junio de 2003 en el Parlamento Europeo.

El Grupo de Expertos formado bajo los auspicios de la Dirección General V de la Comisión Europea ha preconizado la aplicación de determinados aspectos del Derecho del Trabajo a trabajadores que no son asalariados ni empresarios. Como no deja de reconocer el informe europeo «Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa», estos desarrollos recientes «ponen de manifiesto el lugar central que ocupan en este debate las cuestiones relativas a la protección social, en la medida en que «el trabajo autónomo no es concebible si tiene como objeto o como efecto mermar los ingresos de la Seguridad Social; y, a la inversa, el estatuto de trabajador autónomo no es atractivo, si a las incertidumbres económicas que son inevitables en el mismo hay que sumar la perspectiva de una mala protección social». «Los trabajadores que no pueden ser calificados como asalariados, pero que se encuentran en una situación de dependencia económica frente a un empresario principal, deben poder beneficiarse de los derechos sociales propios de esta dependencia».

A su vez, en un plano internacional, la octogésimo quinta Conferencia de la OIT, de 1997, formuló la propuesta de elaborar un Convenio de la OIT, que se aplicaría al «trabajo efectuado personalmente en condiciones de dependencia o subordinación a la empresa en cuestión, siendo dichas condiciones similares a las que caracterizan una relación laboral regulada por la legislación en vigor y las prácticas nacionales, pero en la que la persona que lleva a cabo el trabajo no posee una relación laboral reconocida con la empresa para la que trabaja».

3.2. *El caso español. El ámbito material de laboralización del trabajo autónomo.*

Desde la perspectiva del Derecho europeo y de la propia Constitución, el legislador no puede, al configurar el concepto de trabajador subordinado y por cuenta ajena y, con él, el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo como ordenamiento protector de la parte débil del contrato de trabajo, llevar a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social, que reduzca o minore el ámbito de titulares de los derechos reconocidos en el texto constitucional o en el ordenamiento comunitario. Pero respetando este núcleo rígido del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, constituido por las relaciones laborales típicas, prestadas en régimen de subordinación y ajenidad, puede el legislador extender ese ámbito de aplicación a otras relaciones de empleo y debe hacerlo además para la satisfacción de otros valores constitucionales que demandan la igualdad real y efectiva de los individuos y de los grupos en que se integran.

Para ello sería posible hacer uso de la posibilidad abierta por la disposición final 1.ª del ET, que abre la vía de la aplicación expresa –a través de una norma de rango legal– de determinados aspectos de la legislación laboral al trabajo realizado por cuenta propia. Y ello resulta especialmen-

te necesario ³³² si se tiene en cuenta que, mientras con anterioridad las manifestaciones de trabajo autónomo quedaban sustancialmente reducidas a grupos de la población que poseían un grado de cualificación suficiente como para poseer un cierto poder de contratación –profesionales liberales, artistas, artesanos, etc.–, ahora se extiende a sectores en los que la descualificación profesional es la nota dominante y, con ella, la nula potencialidad de negociar condiciones contractuales con la contraparte ³³³.

El legislador, por razones de política legislativa y por exigencias constitucionales, puede extender «en parte» la normativa de tutela del trabajo dependiente a la esfera de ciertos trabajadores autónomos «parasubordinados» o bajo dependencia económica, lo que se corresponde además con la tendencia creciente a una modulación o graduación de las reglas laborales de acuerdo a la tipología cada vez más variada de los trabajos ³³⁴. Frente a la concepción tradicional de que la legislación laboral sólo es aplicable en los casos en que el trabajador se encuentra en una posición de subordinación jurídica respecto del empleador, se defiende cada vez más la idea de la oportunidad de la ampliación del ámbito subjetivo del ordenamiento laboral, con el objeto de incluir en su seno otros tipos de contratos y prestaciones laborales.

El ámbito material de laboralización del trabajo autónomo dispone por el momento de limitadas manifestaciones institucionales, de muy diferente significación, pudiendo identificarse ya algunos ejemplos aislados de esta extensión de la legislación laboral vigente al trabajo autónomo: el reconocimiento del derecho de afiliación a los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio (art. 3.1 de la LOLS); los horarios de apertura al público de locales de negocio; el calendario de fiestas oficiales, la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 3 de la LPRL) ³³⁵ o la laboralización de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (y de los socios de trabajo de las restantes) o del trabajo del aparcerero ³³⁶. Sin perjuicio, naturalmente, de su incorporación a la acción protectora del sistema de Seguridad Social, o de las ayudas de política de empleo ³³⁷ o de carácter fiscal adoptadas en su favor, los «beneficios laborales» que deban ser de aplicación a los trabajadores autónomos (o a algunos de ellos, como los profesionales autónomos que dependen económicamente de uno o más empresarios principales, trabajadores semiautónomos, parasubordinados, etc.), en razón a las consideraciones vertidas con anterioridad, pueden ser válidamente articulados

³³² Ante «la necesidad de tutelar algunas de las manifestaciones del trabajo por cuenta propia, en la que se produce una práctica negocial abusiva por parte del acreedor de actividad, quien, en virtud de su posición de hegemonía económica, impone todas sus condiciones a la hora de regular esa relación de servicios». SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: «Contrato de trabajo», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I., Madrid, 1990, págs. 33-34.

³³³ CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 53.

³³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», cit., pág. 14.

³³⁵ Al respecto, GARCÍA MURCIA, J.: «Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo», *RL*, núm. 7/8, 2000, págs. 139 y ss.

³³⁶ Sus notas características en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Aparcería agrícola y poder de dirección en el contexto de las relaciones laborales», *AL*, 1991, T. II, págs. 263 y ss.

³³⁷ En la actualidad trata de crearse un entorno empresarial favorable a las empresas individuales y para ello, además de las ayudas del FSE, se propone la adopción de medidas de flexibilización de los instrumentos financieros y la simplificación de los procedimientos. ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Autoempleo y fomento del espíritu empresarial en la Unión Europea», cit., pág. 45.

(también en la actualidad, en pleno proceso cultural «posfordista» de valorización económica y social del recurso al trabajo independiente) a través de la fórmula normativa de «cláusulas generales de laboralización parcial»³³⁸.

Se intenta por esta vía articular un sistema de protección del trabajador que desde el punto de vista jurídico es autónomo pero es dependiente desde el punto de vista económico (pues no se olvide que la utilización de formas autónomas de trabajo se debe a una finalidad de reducir costes laborales, pero también a la de lograr un mayor margen de libertad de decisión, en cuanto que, aun sin dependencia jurídica, las empresas que poseen poderes contractuales hegemónicos, dentro de la regulación legal, pueden asegurar por su dependencia socioeconómica la suficiente sujeción del contratista autónomo a sus directrices³³⁹) permitiéndole utilizar medios de defensa semejantes a los del trabajador subordinado³⁴⁰ (la formación profesional –continua y dinámica y común para el acceso o mantenimiento del trabajo asalariado o independiente–, la protección frente a discriminaciones y a la existencia de riesgos en el trabajo, la limitación del tiempo de trabajo, el derecho a una retribución equitativa, los derechos colectivos y la protección social³⁴¹ son, din duda, aspectos relevantes del trabajo autónomo).

Con ello se conseguiría el objetivo pretendido de extender el principio tuitivo propio de un Estado social a este tipo de relaciones profesionales en toda Europa³⁴², sin llegar a desnaturalizar el vínculo que han querido establecer entre sí las partes contratantes, por cuanto que posiblemente en ningún caso han deseado concertar un contrato de trabajo. Es más, cada vez son –y serán– más frecuentes los supuestos de sucesión o tránsito de situaciones profesionales desde la subordinación hacia la autonomía jurídica, y al contrario, y su coexistencia en el seno no sólo de las distintas profesiones (lo que es obvio desde hace tiempo), sino también en el de las organizaciones productivas³⁴³. En gran medida,

³³⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación...», cit., pág. 63.

³³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», cit., pág. 5.

³⁴⁰ ORTIZ LALLANA, C.: «Líneas de tendencia y problemas del sector jurídico-laboral en las sociedades industriales: el caso español», *RT*, núm. 82, 1986, págs. 102-103 y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», cit., pág. 279.

³⁴¹ En tal sentido, parece más apropiado que la protección del trabajador autónomo se adecue a la singular situación de necesidad que puede padecer a que como ello no es así se permita que determinados colectivos puedan escapar del marco del sistema. «La posibilidad que se ha venido reconociendo a determinados trabajadores autónomos para escapar del sistema no parece recomendable, y sí discriminatoria con respecto al resto, a los que se exige el derecho-obligación a la cobertura y a la solidaridad». PIÑERO DE LA FUENTE, A.J.: «La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de "desajustes"», *RL*, núms. 7/8, 2000, págs. 198-199.

³⁴² Por todos, MARTÍN VALVERDE, A.: «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho comunitario europeo», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, cit., págs. 73 y ss. y DIÉGUEZ CUERVO, G.: «Insistiendo sobre los "servicios" del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (arts. 59 a 66)», *AL*, núm. 11, 2000, págs. 167 y ss.

³⁴³ Estos tránsitos hacen más difícil o más débil la separación tajante entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario extiende la consideración de trabajador asalariado a quien, habiendo dejado de serlo, pueda volver a estar vinculado por un contrato de trabajo. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», cit., pág. 6.

la ajenidad puede ser considerada, al menos para un sector determinado de los trabajadores, como un estadio previo respecto al trabajo autónomo, de forma que, paradójicamente, la acumulación de un bagaje cultural en el régimen de ajenidad puede sustentar un desarrollo adecuado y continuado del trabajo autónomo ³⁴⁴.

Precisamente por ello, la doctrina en los últimos tiempos apunta a una revalorización de la voluntad de las partes en la caracterización del vínculo que se establece entre las mismas ³⁴⁵, restringiendo la presunción legal de laboralidad ³⁴⁶ de toda aquella prestación de servicio en régimen de alteridad, si las partes expresamente han partido de su calificación como trabajo autónomo ³⁴⁷.

3.3. *Propuestas de reforma en el ámbito interno. Iniciativas respecto al Estatuto del Trabajador Autónomo.*

Como puede extraerse del breve recorrido efectuado en el apartado anterior, el modelo legal de laboralización excepcional del trabajo autónomo contenido en la disposición final 1.^a del ET ha dado escasos frutos, siendo necesaria una regulación más incisiva, que contemple y dé respuesta a las demandas de protección social de un número creciente de trabajadores que ni son empresarios ni son trabajadores asalariados. El Congreso de los Diputados ha registrado una notable actividad en esta materia, incitando, con distintas iniciativas de algunos grupos parlamentarios, al alumbramiento de un *Estatuto del Trabajador Autónomo* ³⁴⁸.

³⁴⁴ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «Trabajo autónomo y descentralización productiva...», cit., pág. 78.

³⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo», cit., págs. 37 y ss.

³⁴⁶ La propia doctrina ha indicado que el artículo 8.1 del ET ha reducido la presunción de laboralidad, de forma que la misma no juega cuando las partes han manifestado su voluntad expresa de no obligarse laboralmente. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, cit. pág. 808.

³⁴⁷ RIVERO LAMAS, J. y GARCÍA BLASCO, J.: «Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo», *RL*, 1987, T. II, págs. 530-532.

³⁴⁸ Cabe así mencionar la «Proposición de Ley relativa a la elaboración del Estatuto del Trabajador Autónomo», del Grupo Parlamentario Socialista (22 de noviembre de 2002), que fue rechazada en Sesión Plenaria núm. 239, de 6 de mayo de 2003. Asimismo, el Informe de la Subcomisión para estudiar los problemas de los trabajadores autónomos y emprendedores en general, constituida en el seno de la Comisión de Economía y Hacienda, a propuesta de CIU, en abril de 2000, aprobado por el Pleno del Congreso el 20 de junio de 2002, que también proponía la elaboración de un *Estatuto del Trabajador Autónomo*, y la Propuesta del Grupo Parlamentario Catalán, para la creación de una subcomisión (en la Comisión de Política Social y de Empleo) para mejorar la protección y seguridad jurídica de los trabajadores autónomos dependientes (22 de octubre de 2002), la cual fue rechazada por la comisión del PSE en su sesión núm. 37, de 6 de mayo de 2003. Más recientemente, el Grupo Parlamentario Catalán ha presentado una proposición de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, de 23 de abril de 2004) sobre «Equiparación en deberes y derechos de los trabajadores autónomos y los trabajadores que cotizan por el Régimen General», que propone, entre otras acciones en favor de este colectivo, la introducción de un nuevo marco de protección y de relaciones laborales para los trabajadores autónomos dependientes.

A nivel sindical, todas las asociaciones representativas de trabajadores autónomos³⁴⁹ vienen postulando la mejora de las condiciones profesionales y de protección social de este colectivo, y concretamente UPTA (Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos) ha redactado un Proyecto de Estatuto del Trabajador Autónomo Dependiente, referido a «aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos que, de forma coordinada, continuada, personal, directa y en régimen de no exclusividad, realizan una actividad para un empresario del cual dependen económicamente –existiendo dicha dependencia económica cuando el trabajador autónomo reciba mensualmente, de un mismo empresario, ingresos iguales o superiores al doble del salario mínimo interprofesional»–.

El problema fundamental reside, sin embargo, en que no hay unanimidad a la hora de valorar dicha cobertura jurídica, pues tan descartable es la opción de mantener el *statu quo* actual de sometimiento casi exclusivo al Derecho Civil o Mercantil, como la solución extrema consistente en acoger en el seno protector del Derecho del Trabajo a todos los trabajadores, autónomos y no autónomos sin distinción. E incluso respecto de aquellos trabajadores que, como los parasubordinados o autónomos dependientes, presentan una debilidad contractual que los hace perfectamente asimilables a trabajadores asalariados, tampoco la solución debe consistir en aplicarles todas las garantías y beneficios de que disfrutaban los trabajadores asalariados, ni siquiera de forma más limitada mediante su caracterización como relación laboral especial, pues estaríamos hablando de un trabajo en el que no hay dependencia jurídica, y no puede hablarse de relación laboral, por muy especial que ésta sea, sin dependencia de un empresario. Quizá por ello, manteniendo el carácter extralaboral del vínculo que les liga contractualmente a la empresa, lo que procedería es una aplicación selectiva a los trabajadores autónomos dependientes de ciertos beneficios laborales mediante la aprobación de una regulación propia y específica para este colectivo inspirada, hasta donde sea posible, en las normas del Derecho del Trabajo³⁵⁰.

Se trataría pues de avanzar por el camino de la laboralización parcial del trabajo autónomo dando mayor juego a la disposición final 1.ª del ET, pues una cosa es la presencia de una situación sociológica de desequilibrio contractual, que pueda fundamentar una intervención legislativa con el objetivo de proteger al sujeto más débil de la relación contractual –de características similares a las que motivaron en su día el surgimiento del Derecho del Trabajo–, y otra bien diversa que sean supuestos a integrar plenamente dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo.

Resumiendo las aportaciones más relevantes de la doctrina científica que mejor ha estudiado el problema³⁵¹ y las propuestas de las asociaciones de los trabajadores autónomos³⁵², en un futuro *Estatuto del Trabajador Autónomo*³⁵³ se tendrían que contemplar como mínimo previsiones relati-

³⁴⁹ Entre ellas, Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA), Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA), Organización de Profesionales Autónomos (OPA), Federación Nacional de Trabajadores Autónomos (FNT), Confederación Española de Autónomos (CEA). Por su parte, la central sindical CC.OO. ha puesto en marcha en Cataluña la Federación Sindical TRADE (Trabajadores Autónomos Dependientes), que ha desplegado una gran actividad a favor de la regulación del trabajo autónomo.

³⁵⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes...», cit., pág. 21.

³⁵¹ Siguiendo a CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los trabajadores autónomos dependientes...», cit., págs. 23-24.

³⁵² REYNA FERNÁNDEZ, S.: «Estatuto del Trabajo Autónomo...», cit., págs. 6-7 y AMOR ACEDO, L.J.: «Una fecha histórica para los autónomos», *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*, núm. 3, 2005, págs. 12-13.

³⁵³ Cuyo texto, en el marco del diálogo social entablado con las organizaciones representativas de estos trabajadores, ha sido presentado al Gobierno en octubre de 2005.

vas a derechos individuales («derechos básicos de categoría»³⁵⁴) como son la seguridad y salud en el trabajo³⁵⁵ (haciendo responsable de la prevención de los riesgos del trabajador autónomo al empresario en cuyos locales o con cuyos medios materiales trabaja); la tutela de sus derechos fundamentales (respeto de la dignidad e intimidad, protección frente al acoso sexual y moral) y la prohibición de discriminaciones (eliminando aquellos obstáculos que el trabajador autónomo encuentre para el desarrollo de su gestión cuando tiene la condición de mujer); los tiempos de prestación de servicios y de descanso (con remisión a acuerdos y convenios colectivos, y permitiendo el reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial³⁵⁶), vacaciones, permisos (por matrimonio y fallecimiento de familiares, entre otros) y reducciones de jornada para permitir la conciliación de la vida laboral y familiar.

Además, dado que el trabajador autónomo dependiente se halla en una situación de dependencia económica con respecto a la empresa para la que presta servicios, se hace necesario el establecimiento de reglas similares a las que protegen el salario –incluyendo por ejemplo la garantía del SMI en proporción al tiempo trabajado de que ya disfrutaban aparceros laborales y socios trabajadores de cooperativas– y hacerles extensiva la posibilidad de gozar de ciertos privilegios similares a los de los salarios de los trabajadores por cuenta ajena, incluidas las reglas sobre inembargabilidad de salarios o la aplicación de las normas sobre suspensión de pagos a los titulares personales de las empresas. Por último, debería preverse la suspensión del contrato de prestación de servicios por determinadas causas (similares a las del art. 45 del ET) y la extinción del contrato, con la pertinente indemnización en caso de extinción injustificada del mismo por parte de la empresa.

Por lo que se refiere a los derechos colectivos, habría que extender a los trabajadores autónomos dependientes los derechos de libertad sindical (suprimiendo la limitación contenida en el art. 3.1 de la LOLS), de negociación colectiva y probablemente también el derecho de huelga, en aras a la realización del principio de igualdad real (art. 9 de la CE), sin olvidar la instrumentación de la representación institucional estable de este colectivo, asegurando de esta manera que se oiga su voz a través de su presencia en el Consejo de Fomento de la Economía Social, o en foros de gran trascendencia como son el Consejo Económico y Social y el Observatorio de la pequeña y mediana empresa³⁵⁷.

Por último, los autónomos reclaman mayor participación en los programas de formación profesional continua; mayores ayudas al autoempleo³⁵⁸, especialmente para consolidar las nuevas iniciativas, reduciendo los primeros costes de gestión (y postulando una regulación más flexible de la capitalización de las prestaciones por desempleo, incrementando el porcentaje liquidable en un solo pago); un

³⁵⁴ JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, cit., pág. 291.

³⁵⁵ Existe en este sentido una Recomendación del Consejo 2003/134/CE de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos (DOUE L 53, 28 de febrero de 2003), que puede servir de pauta mínima para una futura intervención legal en este tema.

³⁵⁶ Y acomodación de las cotizaciones a la Seguridad Social a dicha situación, con un tope de hasta el 50 por 100 del mínimo de cotización actual. De esta forma se daría respuesta a las características de las jornadas de trabajo que actualmente se están dando en determinadas profesiones y sistemas de organización. JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, cit., pág. 292.

³⁵⁷ REYNA FERNÁNDEZ, S.: «Estatuto del Trabajo Autónomo...», cit., pág. 7.

³⁵⁸ Un análisis exhaustivo en LUJÁN ALCARAZ J.: «El empleo de los trabajadores autónomos», *DL*, núm. 69, 2003, págs. 151 y ss. y en el Informe PLETA, págs. 165 y ss.

régimen fiscal más favorable; la posibilidad de contratar a familiares hasta el segundo grado como asalariados, afiliándolos en el Régimen General, con derecho a bonificaciones por tales contrataciones (la Ley de Presupuestos Generales del Estado, al regular el programa de Fomento del Empleo para 2005 –disp. adic. 47.^a–, contempla alguna mejora dirigida al fomento del trabajo autónomo con la posibilidad de acceder a bonificaciones por la contratación de familiares en determinados supuestos); la revisión del actual sistema de cotización por pluriactividad ³⁵⁹, y un larguísimo etcétera.

4. Un último paso: la propuesta de Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo, presentado al Gobierno en octubre de 2005.

En octubre de 2004, el MTAS, a través de la Dirección General de la Economía Social, del Trabajador Autónomo y del Fondo Social Europeo, acordó constituir una Comisión de Expertos a la que encomendó una doble tarea; de un lado efectuar un diagnóstico y evaluación sobre la situación económica del trabajo autónomo en España y, de otro, analizar el régimen jurídico y de protección social de los trabajadores autónomos, elaborando al tiempo una propuesta de Estatuto del Trabajador Autónomo (PLETA), que ha sido presentado al Gobierno en octubre de 2005.

El grupo de expertos mencionado, consciente de la heterogeneidad de la figura del trabajador autónomo y de que la ausencia de un tipo estándar o modelo de trabajador autónomo no ofrece las condiciones objetivas más adecuadas para el establecimiento de un cuadro de reglas prescriptivas uniformes, cerradas y rígidas ha optado por emplear normas abiertas y flexibles; normas marco, capaces, de un lado, de adaptarse con mayor facilidad a la rica y compleja realidad normada y, de otro, de consentir desarrollos normativos progresivos, acomodados a la propia evolución económica, social y cultural de esta realidad.

La diversidad y heterogeneidad de las situaciones posibles, el debate judicial planteado y la propia trascendencia que cabe atribuir al trabajo desarrollado de forma autónoma son factores que aconsejan incluir en la LETA una definición del trabajo autónomo, ofreciendo un concepto «polivalente y genérico» de trabajador autónomo que, fundamentado en las notas comunes de independencia y libertad en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de que se trate, pueda servir de marco para aglutinar o para ofrecer cobertura a realidades muy variadas, y ello con un triple objetivo: «recoger y poner de manifiesto legalmente las principales manifestaciones del trabajo autónomo; permitir dar a éstas, sin perjuicio de su normativa específica, un tratamiento concreto desde la perspectiva subjetiva y material, que no podrá ser el mismo en todos los casos, y fijar criterios claros de inclusión y exclusión del ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto, con vistas a dotarle de la obligada seguridad jurídica, evitando así, en la medida de lo posible, futuros litigios de calificación jurídica» ³⁶⁰.

Y es que, junto al trabajador autónomo tradicional, el mercado ofrece figuras tan diversas como los emprendedores (personas que se encuentran en la fase inicial de desarrollo de una actividad econó-

³⁵⁹ Exigiendo medidas para que la suma de las bases de cotización efectuadas en un mismo período de tiempo a distintos Regímenes no superen la base máxima vigente en cada momento y que, para el cálculo de las prestaciones a las que tenga derecho el trabajador, se tenga en cuenta el total de las bases por las que se cotizó, JÁUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, cit., pág. 294.

³⁶⁰ Informe PLETA de octubre de 2005 págs. 100-101.

mica o profesional, tengan o no trabajadores a su servicio), los trabajadores autónomos dependientes (*trade*), los agentes mercantiles, los socios de cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales, los socios trabajadores o administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de la sociedad, los profesionales liberales, los transportistas o los socios en determinados tipos de sociedades.

La entrada en vigor de la LETA dejaría inalterables otras nociones de trabajador autónomo (por ejemplo, la recogida en el artículo 2.1 j) del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las normas mínimas de seguridad y salud en el sector de la construcción o la prevista en el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se crea el RETA) cuyo ámbito de aplicación será, estrictamente, el fijado por la correspondiente norma, si bien las previsiones de la Propuesta de Estatuto, en razón a su condición de norma marco, aspiran a actuar con carácter «bien subsidiario bien supletorio», evitando vacíos de regulación y, en su caso, complementando el ordenamiento sobre el trabajo autónomo y contribuyendo así a la seguridad jurídica.

La propuesta de norma marco –que no pretende modificar el ET, sino que su objetivo es coexistir y coordinarse con él³⁶¹– adoptará la forma jurídica de ley ordinaria y afectará, como regla general, y en un claro afán de acomodarse a la realidad existente, tanto al trabajador autónomo que tiene trabajadores a su servicio, a los familiares colaboradores, a los emprendedores y al trabajador autónomo dependiente (*trade*), figura en ascenso en los más dispares sectores económicos, desde el transporte [art. 1.3 g) del ET], hasta el de editoriales, traducción, periodismo, diseño gráfico o formación a distancia, por citar algunos ejemplos especialmente significativos. Tal delimitación también sirve para dar cobertura a los profesionales liberales, en cuanto que, en este caso y al margen de su posible coordinación con el ámbito organizativo material de un tercero (una clínica, por ejemplo, en el caso de los médicos, o un despacho profesional en el caso de los abogados), la constancia de que su actividad profesional debe llevarse a cabo con total independencia para defender adecuadamente los intereses de sus clientes, les confiere un *status* de autonomía e independencia que puede prevalecer sobre datos externos tales como la utilización de los medios materiales y personales del despacho profesional, el sometimiento a un sistema coordinado de horarios, el cobro de honorarios o el régimen de vacaciones³⁶².

Uno de los principios inspiradores de la Propuesta de Estatuto ha sido el de instituir unas reglas imprescindibles con vistas a establecer un marco general del régimen profesional del trabajador autónomo, dejando, no obstante, amplio margen a la diversidad propia de las múltiples situaciones que se presentan en el trabajo por cuenta propia; de ahí que se haya huido de todo tipo de imposición de formalismos que, sin proporcionar garantía adicional alguna, sólo contribuyen a restar agilidad al tráfico jurídico³⁶³.

En lo referente al título competencial para su aprobación, la PLETA se instala básicamente en el terreno de las relaciones jurídico-privadas, del derecho privado en sus muy diversas manifestaciones, por cuanto que sus prescripciones afectan a las relaciones obligacionales y contractuales entre el trabajador autónomo y las empresas o clientes para quienes presta sus servicios profesionales. Al situarse extramuros del trabajo subordinado, la PLETA no puede en modo alguno incardinarse en la esfera de la legislación laboral, sino que han de tomarse como referencia otros títulos competenciales y, concreta-

³⁶¹ Informe PLETA de octubre de 2005 pág. 91.

³⁶² Informe PLETA de octubre de 2005 pág. 102.

³⁶³ Informe PLETA de octubre de 2005 pág. 115.

mente, aquellos relativos al derecho privado, en cuanto atributivos de competencias sobre el derecho de las obligaciones y los contratos civiles y mercantiles ³⁶⁴. Además, en la medida en que el Estado ostenta competencias normativas en lo que refiere al régimen profesional del trabajo autónomo, conforme al artículo 149.1.6.º y 8.º de la CE, puede desplegar igualmente actuaciones en el ámbito de las subvenciones y, en general, de promoción del trabajo autónomo, sin perjuicio de que alguna de estas medidas pueda ser asumida por las CC.AA. en ejercicio de funciones ejecutivas de una concreta competencia normativa estatal. Por último, y en tanto en cuanto el trabajador autónomo, en el desarrollo de sus actividades económicas, tenga como contraparte a una Administración Pública, cabría también apelar al título competencial relativo a la legislación básica sobre contratación y concesión administrativas, contenido en el artículo 149.1.18.º de la CE; sin olvidar que las reglas imprescindibles de clarificación de la acción judicial en algunos litigios promovidos por trabajadores autónomos reclaman la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6.º); o en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17.º) al contener también la LETA alguna previsión específica en materia de protección social.

En fin, y ya para terminar, con la cautela de no alcanzar conclusiones que quizá puedan resultar precipitadas ante el escaso margen de tiempo de que se ha dispuesto para analizar el informe que la Comisión de expertos ha presentado al Gobierno el 17 de octubre de 2005, sí cabe avanzar que ello supone una iniciativa muy loable pues, pese a que la Propuesta de Estatuto, en lo que concierne a los *trade*, no ha abordado la magnitud de exigencias y derechos puestos de manifiesto por la doctrina iuslaboralista y analizados en el epígrafe anterior, sí ha asentado el primer pilar a partir del cual, con un ulterior desarrollo reglamentario, configurar un catálogo de derechos mínimamente efectivo para el colectivo.

VIII. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

En la actualidad, se hallen o no en situación de dependencia económica, todos los trabajadores autónomos se incorporan al RETA, salvo algunos grupos que se integran dentro del Régimen Especial Agrario o en el de los Trabajadores del Mar. Si hubiera que determinar, de cara a un futuro próximo, el régimen en el que deberían estar encuadrados los trabajadores autónomos dependientes, si en el Régimen General como asimilados a trabajadores subordinados o en el RETA—donde actualmente están ubicados— la opción personal se inclina hacia esta segunda posibilidad, sobre todo considerando que las últimas reformas habidas en la materia ³⁶⁵ han provocado una mejora considerable en la protección social de los autónomos en un sentido convergente con la protección dispensada por el Régimen General ³⁶⁶. Así, cabe destacar la ampliación de la acción protectora dispensada por el RETA a la cobertura de los riesgos profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, si bien sobre una base voluntaria y vinculada a la opción previa del trabajador por cuen-

³⁶⁴ Son los apartados 6.º y 8.º del artículo 149.1 de la CE, relativos respectivamente a la legislación mercantil y a la legislación civil, los que sustentan la actuación normativa por parte del Estado del régimen profesional del trabajo autónomo, en su vertiente de atención a los derechos y deberes derivados de las relaciones contractuales que le afecten en la ejecución de su actividad profesional.

³⁶⁵ Excelentes análisis doctrinales en el número monográfico titulado *El Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA)*, de DL, núm. 69, 2003.

³⁶⁶ Por extenso, GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Valencia, 2000.

ta propia de incluir en ese mismo ámbito la protección de la incapacidad temporal ³⁶⁷; la inclusión, asimismo dentro de la acción protectora dispensada por dicho régimen, del acceso a prestaciones por incapacidad permanente total cualificada para la profesión habitual, en determinados supuestos y cuando se cumplan ciertos requisitos; la ampliación de la protección por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, ampliando los efectos del subsidio económico por incapacidad temporal (que nacerá a partir del primer o cuarto día de la baja según la incapacidad se derive de causas profesionales o comunes); sin olvidar el derecho a prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo o la exoneración de cuotas para mayores de 65 años.

No obstante, los trabajadores autónomos siguen presentando diferencias importantes respecto de los trabajadores asalariados en el terreno de la protección social. Una de las principales es la carencia de la protección por desempleo, derivada de la tradicional asimilación del autónomo a la figura del empresario. Ello, sin embargo, choca con realidades como la de los autónomos que prestan servicios para un único cliente, antes aludidos, con el riesgo para la viabilidad del proyecto que la suspensión de actividad conlleva en estos casos. En este sentido cabe recordar que la disposición final sexta de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre ³⁶⁸, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, encargó al Gobierno la elaboración de un informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependan económicamente de uno o varios empresarios, estudiando el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas.

La creación de dicho fondo de garantía, que se financiaría por los propios autónomos con cuotas de módico importe, daría derecho a una renta cuando el autónomo pierda su ocupación o tenga que cesar en su actividad por causas objetivas (fuerza mayor, situaciones de crisis empresarial, rescisión de contrato mercantil por parte de la empresa, etc.), si bien debería ser regulado con las debidas cautelas para evitar situaciones de fraude. Asimismo está pendiente el reconocimiento a los autónomos de la posibilidad de acogerse a dos modalidades de jubilación que hoy sólo están al alcance de los trabajadores que cotizan al Régimen General: la jubilación parcial y la jubilación anticipada; la posibilidad de cotizar a tiempo parcial cuando la actividad profesional por cuenta propia se compagine con otras actividades por cuenta ajena o no se realice a jornada completa; la modificación y ampliación del sistema de bonificaciones en las cuotas de los autónomos que inician su actividad profesional, actualmente limitado a los menores de 30 años y mujeres de 45 años...

Por último, la situación de los llamados «falsos autónomos» remite también a una cuestión de aplicación del ordenamiento laboral y de la Seguridad Social, pues el Pacto de Toledo, en la revisión llevada a cabo en el año 2003, incluyó dentro de su novena recomendación, relativa a la lucha contra el fraude, el propósito de «luchar contra el uso inadecuado de la afiliación al régimen de autónomos de trabajadores que reúnen las características de ajenidad y dependencia propias de la relación laboral».

³⁶⁷ De esta manera, siempre que medie la opción en este sentido del trabajador, se pone fin a una situación de falta de diferenciación entre causas profesionales y comunes de las contingencias protegidas dentro del RETA. Sobre el particular, ampliamente, MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: «Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (artículo 40.cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre)», *RTSS (CEF)*, núm. 240, 2003, págs. 27-44; VALDÉS ALONSO, A.: «Accidente de trabajo y enfermedad profesional en el trabajo autónomo», *DL*, núm. 70, 2004, págs. 25 y ss. y GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «Ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia», *DL*, núm. 70, 2004, págs. 59 y ss.

³⁶⁸ BOE de 31 de diciembre.