

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

**Contrato de mediación laboral y contrato
de agencia mercantil: un estudio sobre el
objeto del contrato de trabajo**

Autor: Cairós Barreto, Dulce María

Director: José Manuel Álvarez de la Rosa

Departamento de Derecho Financiero, del Trabajo y Seguridad Social

Dulce María CAIRÓS BARRETO

**CONTRATO DE MEDIACIÓN LABORAL Y CONTRATO
DE AGENCIA MERCANTIL: UN ESTUDIO SOBRE EL
OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

**Memoria de tesis para la colación del Grado
de Doctora en Derecho, dirigida por el Prof.
Dr. José Manuel Álvarez de la Rosa,
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de La
Laguna**

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

LA LAGUNA, 2001

**A mis padres,
a Luzma y a Carlos
y a David**

**CONTRATO DE MEDIACIÓN LABORAL Y CONTRATO DE
AGENCIA MERCANTIL: UN ESTUDIO SOBRE EL OBJETO DEL
CONTRATO DE TRABAJO**

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LA DETERMINACIÓN JURÍDICA DEL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO	15
I. EL NACIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS CARACTERES.	15
II. LA DETERMINACIÓN DEL TRABAJO OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.	33
1.- SOBRE LA CAUSA EN EL CONTRATO DE TRABAJO: LA AJENIDAD COMO PRESUPUESTO DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	43
A. Aproximación a la noción de ajenidad.....	49
B. La ajenidad en el contrato de trabajo.....	55
2.- SOBRE EL OBJETO EN EL CONTRATO DE TRABAJO: LA SUBORDINACIÓN EN EL MODO DE EJECUTAR LA PRESTACIÓN LABORAL.....	70
A. Sobre el origen y la evolución jurídica de la noción de subordinación.	72

B. Sobre la noción de subordinación en las relaciones de trabajo. ..	84
C. La crisis de la subordinación.	101
3.- EL DEBATE EN TORNO A LA FLEXIBILIDAD.	107

**CAPÍTULO II: LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN EN OPERACIONES
MERCANTILES 121**

I. LA MEDIACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN MERCANTIL: ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y LA EVOLUCIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.	121
--	-----

II. MARCO NORMATIVO ACTUAL DE LAS ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN MERCANTIL.	148
--	-----

1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL R. D. 1438/1985, DE 1 DE AGOSTO, POR EL QUE SE REGULA LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN OPERACIONES MERCANTILES POR CUENTA DE UNO O MÁS EMPRESARIOS, SIN ASUMIR EL RIESGO Y VENTURA DE AQUELLAS.	148
---	-----

A. Las actividades realizadas por el representante de comercio....	154
B. La prestación personal en la actividad de mediación.	159
C. La especial subordinación del mediador.	164
D. La ajenidad: la no asunción de los riesgos de la operación.....	168

2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 12/1992, DE 27 DE MAYO, SOBRE CONTRATO DE AGENCIA.	173
---	-----

A. Las actividades realizadas por el agente mercantil.	177
B. La prestación de la actividad de mediación.....	181
C. La independencia del agente mercantil.	185
D. La regla general de la no asunción de los riesgos de la operación.	190

3.- LA FRONTERA ENTRE LAS OPERACIONES DE MEDIACIÓN SOMETIDAS A REGULACIÓN LABORAL Y LAS SOMETIDAS A REGULACIÓN MERCANTIL. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA DISTINCIÓN DE LOS RÉGIMENES JURÍDICOS.	194
III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN LOS RÉGIMENES JURÍDICOS - LABORAL Y MERCANTIL- DE LA INTERMEDIACIÓN EN OPERACIONES MERCANTILES.	210
1.- EN LOS TIPOS CONTRACTUALES.	212
2.- EN LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES.	217
3.- EN LA REMUNERACIÓN DEL MEDIADOR.	226
4.- EN EL PACTO DE LIMITACIÓN DE COMPETENCIA.	238
5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA CALIFICACIÓN -LABORAL O MERCANTIL- DE LAS RELACIONES DE MEDIACIÓN.	241
A. La suspensión y extinción del contrato.	242
B. Los derechos colectivos.	251
C. El régimen de Seguridad Social aplicable.	252
D. Las obligaciones fiscales del mediador.	254
E. La normativa procesal aplicable.	256

CAPÍTULO III: NUEVOS LÍMITES EN LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO: UN LUGAR PARA LA INTERMEDIACIÓN MERCANTIL.259

I. TRANSFORMACIONES EN EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.	268
1.- DE LA TENDENCIA EXPANSIVA A LA CONTRACTIVA.	268
A. Las relaciones laborales especiales.	268
B. El trabajo autónomo prestado personal, continuada y coordinadamente.	287
C. Las actuales exclusiones legales y jurisprudenciales.	296

2.- EL RECURSO AL TRABAJO AUTÓNOMO Y LA FRONTERA CON EL TRABAJO SUBORDINADO.....	304
3.- ALGUNOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA QUE INCIDEN EN EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	318
A. El contrato de franquicia.....	327
B. El teletrabajo.....	330
II. LA CRISIS DEL CONTRATO DEL TRABAJO. ¿HACIA UN NUEVO OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO O HACIA UN NUEVO GÉNERO INTERMEDIO ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA SUBORDINACIÓN?.....	334
1.-SOBRE UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.....	345
2.- SOBRE UNA NUEVA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DE COBERTURA DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	360
III. LA INTERMEDIACIÓN MERCANTIL COMO PARADIGMA DE ACTIVIDAD NECESITADA DE PROTECCIÓN.....	369
CONCLUSIONES GENERALES	375
BIBLIOGRAFÍA	385

ABREVIATURAS

AA. VV	Autores varios.
ACD	<i>Anuario de Derecho Civil.</i>
ADL	<i>Argomenti di Diritto del Lavoro.</i>
AL	<i>Actualidad Laboral.</i>
Ar.	<i>Repertorio Aranzadi.</i>
AS.	<i>Aranzadi Social.</i>
BJ	<i>Bulletin Joly.</i>
BS	<i>Bulletin Social.</i>
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
Cc.	Código Civil.
CCDT	<i>Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo</i> (Facultad de Derecho, Valencia).
CDJ	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i> (Consejo General del Poder Judicial).
CE	Constitución española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE de 29 de diciembre).
CES	Consejo Económico y Social.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
c.p.c.	Codice de procedura civile.
CPS	<i>Cuadernos de Política Social</i> (Instituto de Estudios Políticos, Madrid).
CRL	<i>Cuadernos de Relaciones Laborales</i> (Escuela de Relaciones Laborales, U. Complutense, Madrid).
DS	<i>Droit Social.</i>
DL	<i>Documentación Laboral.</i>
Dlav	<i>Il Diritto del lavoro.</i>
DN	<i>Derecho de los negocios.</i>
DRI	<i>Diritto delle relazioni industriali.</i>
GDLRI	<i>Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali.</i>
IELSS	Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social.

<i>ILJ</i>	<i>Industrial Law Journal.</i>
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo).
<i>LD</i>	<i>Lavoro e Diritto.</i>
LGSS	Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio).
LO	Ley Orgánica.
<i>LPO</i>	<i>Lavoro e previdenza oggi.</i>
LPL	Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE de 11 de abril).
<i>LS</i>	<i>Liasons Sociales.</i>
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
<i>NL</i>	<i>Noticario del lavoro.</i>
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OM	Orden Ministerial.
RCDP	Rivista critica di Diritto privato.
RD	Real Decreto.
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho bancario y bursátil.</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil.</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado.</i>
<i>RDPub</i>	<i>Revista de Derecho Público.</i>
<i>RDS</i>	<i>Revista de Derecho Social.</i>
<i>REDT</i>	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo.</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho.</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia.</i>
<i>RGLPS</i>	<i>Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale.</i>
<i>RIDL</i>	<i>Rivista italiana di Diritto del Lavoro.</i>
<i>RIT</i>	<i>Revista Internacional del Trabajo.</i>

<i>RJS</i>	<i>Revue de Jurisprudence Social.</i>
<i>RL</i>	<i>Relaciones Laborales.</i>
<i>RMTAS</i>	<i>Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid).</i>
<i>RPS</i>	<i>Revista de Política Social.</i>
<i>RT</i>	<i>Revista de Trabajo.</i>
<i>RTSS</i>	<i>Revista de Trabajo y Seguridad Social.</i>
<i>SJ</i>	<i>La Semaine Juridique.</i>
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional.
<i>STCT</i>	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<i>STSJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
<i>TL</i>	<i>Temas Laborales.</i>
<i>TS</i>	<i>Tribuna Social.</i>

INTRODUCCIÓN

Fue un tipo concreto de trabajo, surgido a partir de una serie de cambios sociales de diversa naturaleza, el que hizo necesaria la intervención normativa estatal, creando normas específicas que regularan la prestación de trabajo y haciendo surgir una nueva rama del ordenamiento jurídico. Resulta pues, evidente, que es el modo de prestación del trabajo lo que hay que tener en cuenta a la hora de plantear cuestiones de la índole de las que proliferan últimamente en la literatura jurídica laboral relativas al futuro y a la supervivencia del Derecho del Trabajo, y, de modo más realista, al Derecho del Trabajo del futuro. La indagación pretende contribuir al estudio del ámbito objetivo de aplicación del contrato de trabajo, al tipo de trabajo que tradicionalmente ha sido objeto de regulación y causa del nacimiento del contrato de trabajo, y a su posible transformación como consecuencia de la evolución del sistema socio-económico y de los sistemas y modos de producción.

Y es que no se trata de que esta rama joven del Derecho haya perdido su razón de ser. Se trata simplemente de que el Derecho del Trabajo, de modo consecuente con la naturaleza cambiante de la ciencia jurídica, que es una ciencia social e histórica en sí misma, está empezando a notar que sus respuestas, que son las inicialmente obtenidas y dirigidas a la sociedad y a la economía de los primeros años del siglo XX, están dejando de ser efectivas, porque están dejando de resolver los problemas y situaciones que motivaron su nacimiento y el sentido de sus preceptos.

El fundamento último del Derecho del Trabajo se ciñe a la articulación y solución jurídica del conflicto social que está en la base de un determinado sistema económico, el sistema capitalista de producción. La institución o la categoría denominada contrato de trabajo hace discurrir por la senda de la legitimidad jurídica una situación de auténtica desigualdad social, convierte en jurídicamente tutelable la situación de poder que el empresario ostenta en el desarrollo de la prestación de trabajo y la situación de subordinación a tal poder en la que queda colocado el trabajador.

Los términos en los cuales fue juridificada y regulada tal situación eran los más adecuados en el momento histórico de nacimiento del contrato de trabajo, porque eran los que se correspondían con las necesidades económicas y, sobre todo, con la necesidad de protección de la clase social trabajadora predominante.

El sistema económico que favoreció el nacimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo y de su categoría contractual era el producto del sistema fabril denominado *fordista* o *taylorista*, caracterizado por la existencia de grandes fábricas con amplias plantillas en las cuales se trabajaba a jornada completa, con puesto de trabajo en la sede empresarial. La prestación de trabajo era predominantemente poco cualificada y manual, convirtiendo el trabajo en una actividad monótona y repetitiva, desarrollada fundamentalmente por trabajadores varones que no contaban para subvenir a las necesidades familiares con más ingresos económicos que los proporcionados por tal actividad.

Y las respuestas que el Derecho del Trabajo proporcionó respondían a tales necesidades, de tal modo que el contrato de trabajo convirtió el modelo social dominante en prototipo normativo, a través de un procedimiento sencillo: extrayendo del modelo social normas y principios generales comunes en los que subsumir las variantes que la sociedad iba proporcionando se dibujó un aparato de tutelas destinado a tal categoría.

El problema o la crisis de la configuración clásica del contrato de trabajo que se viene denunciando desde hace décadas no significa otra cosa que la ruptura del equilibrio inicialmente instaurado entre los elementos mencionados, de tal modo que, ante la quiebra del modelo social predominante, dejan de servir tanto los principios generales elaborados, como, sobre todo, las soluciones concretas arbitradas, que en el Derecho del Trabajo se circunscriben al sistema de tutelas, garantía de los derechos de los trabajadores y limitación a los poderes empresariales.

Los primeros y más definitivos pilares que se agrietan son el tipo dominante de trabajo y el tipo de sujeto que interviene como trabajador en el mercado de trabajo.

El tipo dominante de trabajo deja de ser el trabajo que se prestaba en la fábrica fordista, porque la fábrica fordista comienza a desaparecer y a dejar de ser el modelo de producción preponderante.

Son múltiples las causas que se han citado como impulsoras y determinantes de este crucial cambio en el modo de producción, pero destacan dos de modo importante: en primer lugar, el nuevo desarrollo de las tecnologías, fundamentalmente de las tecnologías de la información, que han revolucionado los sistemas tradicionales de prestación de trabajo porque hacen posible la disminución de los puestos de trabajo a cubrir y, al mismo tiempo, hacen que no sea necesaria en todo caso la presencia física del trabajador en los lugares de trabajo, desdibujando con ello las manifestaciones usuales de identificación de los rasgos con base en los cuales se produce la inclusión de los trabajadores en la normativa protectora. Y, en segundo lugar, la globalización o mundialización de la economía, que ha determinado la pérdida de importancia de las fronteras nacionales y que significa la universalización del sistema de economía de mercado y el avance hacia la libre circulación de los instrumentos económicos a escala mundial, favoreciendo un desigual reparto de la riqueza y del trabajo y provocando graves consecuencias en los sistemas de protección social, porque permite a las empresas decidir dónde instalar sus actividades, originando una tendencia a la descentralización hacia territorios con bajos costes sociales, dando lugar así a la producción de fenómenos de caída de la industria y de la economía en los territorios de origen y favoreciendo las extinciones masivas de contratos de trabajo y el aumento del desempleo.

Las empresas han iniciado dos procesos contrapuestos, por un lado tienden a disminuir sus dimensiones, descentralizando gran parte de las funciones que antes se realizaban en el seno de una única organización, y por otro lado, tienden a agruparse, formando grupos y redes con vinculaciones jurídicas de todo tipo. Tales fenómenos dificultan la identificación del sujeto empleador, al mismo tiempo que rompen con la tradicional organización del modo de prestar el trabajo.

En estas condiciones se hace patente la pérdida de terreno del trabajo objeto tradicional del contrato y del Derecho del Trabajo, a favor de un nuevo tipo de trabajo caracterizado fundamentalmente por la necesidad de mayores niveles de cualificación y formación, con la consecuente elevación del grado de autonomía técnica en el desarrollo de la prestación de trabajo; y por su posible prestación en lugares distintos del local de la empresa o del centro de trabajo, datos que se traducen en la difuminación de los contornos de índices y rasgos que constituyen la esencia de la aplicación de las normas laborales, manifestada de modo paradigmático en la dificultad para apreciar la existencia de la subordinación que cualifica el trabajo objeto del contrato de trabajo.

El tipo de trabajador que interviene en el mercado de trabajo deja de ser el trabajador varón contratado a tiempo completo en un mismo lugar y durante las mismas horas y los mismos días, bajo la cobertura jurídica del contrato por tiempo indefinido. Se ha producido la incorporación masiva de nuevos sujetos al mercado laboral, de modo significativo, la mujer ha accedido al trabajo fuera del hogar familiar y ha favorecido con ello la proliferación de formas de trabajo que han recibido la denominación de atípicas: trabajo a tiempo parcial, contratos temporales, etc. Al mismo tiempo, se han buscado vías para favorecer la inserción laboral de los jóvenes que buscan su primer empleo bajo formas contractuales que implican un alargamiento del período formativo del joven.

En estas condiciones se ha generalizado un nuevo tipo de trabajo, de modo que el modelo social típico, caracterizado por el trabajo prestado en unas claras condiciones de ajenidad y de subordinación ha dejado paso a otro modelo caracterizado en primer lugar y de modo crucial por la diversidad: ya no se puede hablar de un modelo social típico sino de la generalización de múltiples situaciones y tipos sociales, de múltiples formas de prestar trabajo que exigen fórmulas jurídicas también diversas y adaptadas a las nuevas características y a las nuevas necesidades.

Destaca de modo importante el crecimiento del trabajo prestado de forma autónoma, ya sea por la vía de la transformación de relaciones de trabajo subordinadas en los varios tipos de trabajo autónomo, ya sea gracias a la promoción llevada a cabo

desde los poderes públicos, que han incentivado el trabajo autónomo como instrumento de mantenimiento o de creación de empleo. Unas veces este tipo de trabajo se sitúa de modo claro fuera del modelo que regula el contrato de trabajo, con un encaje jurídico en otros tipos contractuales, como los arrendamientos de obras y servicios; otras veces, sin embargo, es prestado de un modo no tan diferente del trabajo asalariado, constituyendo supuestos muy cercanos al trabajo subordinado, pero con unas dosis de autonomía que impiden tal calificación, pese a desenvolverse con arreglo a unos esquemas claros de debilidad y dependencia económica del prestador de trabajo con respecto al sujeto o sujetos para quienes se trabaja. Se trata de supuestos asimilados al trabajo asalariado pero carentes de cualquier protección jurídico-laboral, en atención a la estructura clásica del contrato de trabajo, que aplica su regulación completa ante unos determinados requisitos, o la excluye radicalmente, si tales requisitos no se dan. A ello hay que añadir que muchas veces tales situaciones de autonomía se producen a instancias del empresario, que busca las vías de evitar la aplicación del ordenamiento jurídico laboral y que pretende la constitución de una relación materialmente laboral, pero con un ropaje formal extralaboral, de modo que se producen situaciones fraudulentas, que dan lugar a prestaciones de trabajo desprovistas de cualquier tipo de protección social.

De estas circunstancias y factores se parte en el estudio que se acomete. Y, así, se analizan en primer lugar los factores económicos, sociales e ideológicos, y las notas o presupuestos que caracterizan el trabajo objeto del contrato de trabajo: el trabajo remunerado, libre y personal, prestado por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de aquél para el que se trabaja. Se incide de modo importante en las cuestiones relativas al objeto y a la causa en el contrato de trabajo, porque es en estos elementos donde reside la función y la razón de ser de tal categoría y se pretende demostrar que tales circunstancias no han desaparecido, y que las variaciones sufridas en el modelo económico y social no justifican su pérdida de identidad. A satisfacer tales fines se orienta el estudio del estado actual de las categorías jurídicas ajenidad y subordinación: partiendo de sus nociones originarias y contemplando su evolución posterior se constata que se pueden adaptar sin perder su naturaleza a las necesidades de protección que va descubriendo la práctica de las relaciones de producción.

A propósito de la evolución apreciada en las notas configuradoras del contrato de trabajo y de su aptitud para incluir o excluir determinadas prestaciones de trabajo en el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo se analiza la actividad de intermediación en el mercado de bienes y servicios, actividad de la cual puede predicarse en la actualidad hasta un triple régimen jurídico, en función del modo de prestación, en concreto, del significado e intensidad de la subordinación, sin que tal modo de prestación sea particularmente distinto en cada caso. Así, la actividad de mediación mercantil o comercial puede realizarse con la cobertura que proporciona el contrato común de trabajo, si el mediador ocupa un puesto en la empresa, tiene fijados un horario y una jornada de trabajo y se observan los índices de subordinación que justifican su inclusión plena en el ámbito protector del Derecho del Trabajo. En segundo lugar, la LET tipifica como relación laboral de carácter especial la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de las mismas, con un régimen jurídico protector, pero inferior y diferente del que proporciona la normativa laboral contenida en la LET. Y, en tercer lugar, la relación de mediación en el mercado puede tener un régimen jurídico mercantil, contenido actualmente en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia, si el mediador ejecuta su prestación de trabajo en condiciones de independencia.

Tras un análisis comparativo de los regímenes laboral especial y mercantil, se observa que el criterio elegido por la Ley 12/1992, la independencia del agente mercantil, y las especificaciones contenidas en la misma en orden a la determinación de su existencia, en la realidad de la actividad se muestran insuficientes para la calificación de todos los supuestos y, sobre todo, se revela injustificado que prestaciones contractuales de trabajo tan cercanas, que comparten objeto y causa, hayan de recibir un tratamiento jurídico tan diverso, dotado uno de unas importantes dosis de protección social y el otro desprovisto de la mayoría de tales garantías, aunque con respecto a la regulación de la relación individual de trabajo, la Ley 12/1992 haya recurrido a un régimen que recuerda mucho al contrato de trabajo.

Finalmente, puesta de manifiesto la necesidad de protección de ciertos colectivos de trabajo tradicionalmente considerados autónomos, excluidos por ello del ámbito de aplicación de la normativa laboral, como el caso de los agentes comerciales independientes, se realiza una incursión en la evolución sufrida por el Derecho del Trabajo en cuanto a la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación, tradicionalmente en expansión, con el objeto de cubrir el mayor número posible de relaciones de trabajo, tendencia que se encuentra en clara correspondencia con las voces que piden, con el amparo jurídico que proceda o que se considere oportuno, una nueva ampliación de tal ámbito subjetivo de aplicación, con la finalidad de tutelar las nuevas formas de trabajo, las cuales, pese a encerrar una clara dependencia económica, se desarrollan en una condiciones de independencia de gestión incompatible con la noción de subordinación hoy predominante.

Estas voces no se han limitado a favorecer la extensión de la cobertura del contrato de trabajo, sino que han efectuado propuestas concretas, con el debido respaldo jurídico: así, el Derecho español cuenta con dos vías principales para ampliar total o parcialmente su ámbito de actuación: la vía que proporciona el artículo 2.1 LET, las relaciones laborales de carácter especial, cuyo número se puede ampliar por ley a actividades o colectivos cuya prestación laboral reúna los requisitos del artículo 1.1 LET y exija una regulación especial; y la vía enunciada en la Disposición Final 1ª LET, en virtud de la cual el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente.

La primera es una vía de laboralización total que implica reconocer la situación de dependencia económica como una manifestación de la subordinación que exige el artículo 1.1 LET, o bien, puede implicar una modificación del objeto de contrato de trabajo, si se centra el objeto de protección exclusivamente en el trabajo prestado por cuenta ajena, mientras que la segunda constituye una cláusula de laboralización parcial que habilita la aplicación a los colectivos o a las actividades seleccionados de ciertas garantías y regulaciones típicamente laborales, y supone el mantenimiento del objeto del contrato de trabajo y el reconocimiento de la diversidad de situaciones y tutelas, al

mismo tiempo que garantiza la posibilidad de extensión selectiva de las tutelas en función de las exigencias de los modos de prestación laboral que vayan exigiendo los sistemas económicos.

El intento de proteger la actividad de mediación en el mercado de bienes y servicios a través de una relación laboral de carácter especial comenzó en el Derecho español con la reforma sufrida en 1962 por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, cuando se incluyó en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo la persona natural que interviniera en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, con arreglo a las instrucciones de los mismos, siempre que dichas operaciones exigieran para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no quedaran personalmente obligadas a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación. A partir de ahí se inicia una evolución legal de la actividad mediadora incluida en el ámbito del Derecho del Trabajo que ha culminado con la relación laboral especial actualmente tipificada en el artículo 2.1, f) LET y la consiguiente ampliación del supuesto protegido. Sin embargo, la promulgación de la Ley 12/1992 supuso un freno y un cambio de orientación en la consideración jurídico laboral de la actividad mediadora, porque demuestra definitivamente la imposibilidad de separar de modo tajante e indubitado la relación laboral especial de la relación mercantil. Si la única manera de trazar una frontera entre ambas maneras de desarrollar la actividad es a través de una graduación de la subordinación, la vía de protección que proporcionaba el artículo 2 LET ha quedado definitivamente agotada sin que se hayan resuelto los problemas de cobertura social y laboral de las actividades de intermediación mercantil, porque tal frontera será siempre de naturaleza móvil. ¿Es posible, entonces, plantear la cuestión de una inclusión de todo tipo de actividad mediadora, claramente dependiente o independiente, en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo?. Una utilización excesiva de la disposición contenida en el artículo 2 LET puede llegar a producir las mismas consecuencias que la ignorancia de su existencia, porque una laborización excesiva de situaciones de hecho distintas de las naturalmente acogidas puede llevar a una pérdida de identidad y funcionalidad de la categoría.

Antes de responder a esta pregunta es conveniente recordar que tales problemas de cobertura social y jurídica no son exclusivos de este tipo de actividad de trabajo, sino que son los problemas que los nuevos procesos productivos han generado y que no ha sido posible resolver con las estructuras tradicionales que el Derecho del Trabajo proporciona.

La diversidad de modalidades de prestación y, en especial, la creciente independencia técnica y funcional en la generalidad de la actividad productiva, aconsejan una extensión de la protección requerida acudiendo a vías que no impliquen una homogeneización forzada de situaciones distintas. Y tal vía se encuentra presente en la Disposición Final 1ª LET, porque permite realizar una diversificación de las tutelas en función de la diversidad de situaciones que puedan encontrarse y sistematizarse en la práctica.

Si se busca la extensión de sólo algunas tutelas laborales, y en correspondencia con sus necesidades, a un colectivo de trabajadores caracterizado por la similitud de su prestación de trabajo con la prestación de trabajo del trabajador asalariado y dependiente típico, ha de partirse, necesariamente, de los puntos comunes de la prestación y, a partir de ahí, tener presente la diversidad y analizar la mejor manera de proteger tanto la calidad de vida y trabajo del trabajador, como la seguridad y racionalidad de la regulación jurídica.

CAPÍTULO I: LA DETERMINACIÓN JURÍDICA DEL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO

I. EL NACIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS CARACTERES.

El contrato de trabajo fue la respuesta jurídica al conflicto social provocado por el modo de trabajo desarrollado a partir de una serie de fenómenos económicos, sociales y políticos generados a partir de la Revolución industrial¹ y del triunfo de la ideología liberal burguesa, plasmada en los Códigos europeos del siglo XIX.

La generalización del pensamiento liberal tras la Revolución francesa, que reaccionó contra el Antiguo régimen y quiso eliminar el poder gremial de controlar la oferta y la demanda de trabajo propició el reconocimiento jurídico del contrato de trabajo, como instrumento que permitiera su tráfico, y las bases para la aparición de una nueva rama del ordenamiento jurídico, a través de dos ideas fundamentales, la idea de libertad y la idea de justicia, y de la consiguiente afirmación de los principios de propiedad privada, autonomía de la voluntad y de derecho al trabajo, entendido como libertad para contratar el trabajo asalariado².

¹ Vid. HOBSBAWM, E.: *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, Siglo XXI, 1973, pág. 85. MANTOUX, P.: *La revolución industrial en el siglo XVIII*, Aguilar, Madrid, 1962. FOHLEN C. y BÉDARIDA, F.: *Historia general del trabajo*, vol. III, Grijalbo, Barcelona, 1965. FLINN, M. W.: *Orígenes de la Revolución industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970. ASHTON, T. S.: *La Revolución industrial*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973. CASTRONOVO, V.: *La revolución industrial*, Nova Terra, Barcelona, 1975. CARRO IGELMO, A. J.: *Historia social del trabajo*, Bosch, Barcelona, 1992. MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975, págs. 51-72. ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, quinta edición, Civitas, Madrid, 1994, págs. 267-328. ALONSO OLEA, M.: <<La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo>>, *RT*, 1970, nº 32, pág. 8. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La formación del Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, págs., 102-125.

² VENEZIANI, B.: <<La evolución del contrato de trabajo>>, en HEPPLÉ, B.(comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1994, pag. 58. En la misma obra, vid. RAMM, Th.: <<El *laissez-faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado>>, págs. 99-145. BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, págs. 19-21. CÁMARA BOTÍA, A.: <<Idea del Derecho del Trabajo>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, nº 23, págs. 59-64. Vid. ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el trabajo y la Historia*, CES, Madrid, 1997. DURÁN LÓPEZ, F.: <<Un siglo de Derecho del Trabajo: el Derecho de un

Partiendo de la concepción jurídica en virtud de la cual el Derecho es una técnica de organización social³, cuya función consiste precisamente en la solución, “integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales”⁴, se identifica el conflicto social que está en la base del Derecho del Trabajo como el conflicto que genera el trabajo prestado en régimen de libertad, por cuenta y bajo dependencia ajenas en las condiciones sociales que propiciaron la industrialización y el sistema capitalista de producción. Se trata de un conflicto de carácter estructural, que define la sociedad capitalista industrial, y la función social típica del Derecho del Trabajo no es más que su integración con el objeto de asegurar la propia pervivencia del sistema económico que le dio origen⁵.

El Derecho del Trabajo nació como un derecho social, y en cuanto tal, sus principios eran distintos de los que informaban el ordenamiento jurídico tradicional, que eran principios liberales de exaltación de la libertad individual y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. El Derecho del Trabajo no nació sin más cuando se produjo la Revolución industrial, sino cuando se trató de solucionar la crisis social que produjo el sistema socio-económico que la Revolución industrial originó⁶. La legislación de trabajo rompe con el esquema jurídico típico de la época al consistir en una legislación eminentemente desigual porque se propone compensar con una superioridad jurídica la inferioridad económica del obrero⁷. Así, los presupuestos ideológicos que sustentan la legislación del trabajo y posteriormente el propio Derecho del Trabajo surgen para hacer

siglo>>, en *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, Colección Garrigues & Andersen, Madrid, 2000, págs. 121-162.

³ KAHN-FREUND, O.: *Labour and the law*, Steven & Sons, London, 1972, pág. 4.

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e Ideología*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 2-3. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 8ª edición, CEURA, Madrid, 2000, pág. 57-61. Vid. GIUGNI, G.: <<Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)>>, en *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, págs. 245-292.

⁵ Vid. SUPIOT, A.: <<Por qué un Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1990, nº 6, págs. 14-21.

⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 47-48.

⁷ GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1936, pág. 16.

frente a los presupuestos del liberalismo inicial y frente a la igualdad contractual de las partes, la legislación obrera parte de la desigualdad de poder económico entre patronos y trabajadores; ante el abstencionismo estatal, la legislación de trabajo supone la intervención en las relaciones de producción, protegiendo a la parte más débil del contrato; y frente al entendimiento directo de los individuos en el mercado, se propugna la participación de las asociaciones profesionales en la fijación de las condiciones de trabajo⁸.

La conjunción de estos elementos desemboca en una nueva estructura social en la que cobra una especial importancia el trabajo libre por cuenta ajena, y las relaciones entre trabajadores e industriales empiezan a discurrir por caminos contractuales⁹, “diferenciando netamente el sector del ordenamiento jurídico dedicado a su regulación y prestando así su base al Derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma”¹⁰, alrededor de dos elementos conceptuales integradores, la diferenciación del contrato de trabajo desde la subordinación, que permite concebir la regulación laboral como un límite a la autonomía de la voluntad y una individualización de los límites a los poderes del empresario, y la existencia de fenómenos colectivos que se conectaban con ese contrato y que implicaban que el Derecho del Trabajo, al dotarse de su propio sistema de fuentes reguladoras, no era sólo una creación estatal, sino también una creación de la autonomía colectiva, aunque la recepción de ésta en el ordenamiento estatal se hacía en virtud del reconocimiento legal o constitucional de la misma¹¹.

Se ha señalado con razón que el contrato de trabajo como categoría jurídica constituye para el Derecho del Trabajo, a la vez, la raíz de su origen y la razón de su

⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: <<La Formación del Derecho del Trabajo en España>>, en *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XXI.

⁹ CARRO IGELMO, A. J.: *Historia social del trabajo*, op. cit., pág. 192.

¹⁰ ALONSO OLEA, M.: <<La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 6.

¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil>>, *RL*, 1996, nº 21, págs. 1-2.

existencia como disciplina jurídica autónoma¹². Y es que la relación en virtud de la cual el trabajador presta sus servicios para el empresario tiene un componente moral o ético, que va más allá del puramente patrimonialista de intercambio de trabajo por salario, que hacía necesaria una calificación jurídica propia de la misma¹³. Y tal es la razón de la emancipación histórica del contrato de trabajo con respecto a los arrendamientos civiles de servicios y obras. En el esquema del arrendamiento de servicios tal y como lo regula el Código Civil español sucedía que el trabajador que arrienda su trabajo no puede separarse del objeto arrendado; es decir, el trabajador, que es sujeto, entra como objeto en la relación arrendaticia, por lo que el trabajador se encuentra al cumplir su prestación de servicios por cuenta ajena en una situación de sujeto-objeto, que obligaría al Derecho a operar con la categoría hombre-cosa, más inexistente que desconocida, en tanto que “violenta la estructura y elementos de la relación jurídica para convertir al sujeto de la misma en su objeto”¹⁴. Por lo que la función del Derecho del Trabajo no es más que proveer a la solución de este problema y tutelar las dos vertientes que confluyen en la relación de trabajo, su contenido patrimonial y su contenido moral¹⁵. De modo resumido y con una absoluta claridad se ha expresado que la diferencia entre la regulación jurídica del trabajo por cuenta ajena en los primeros tiempos del liberalismo y en la época actual es la consideración del trabajo humano como objeto del tráfico jurídico, pues en la actualidad se considera que la “equiparación del trabajo humano con las demás mercancías o recursos conduce a situaciones de injusticia e intranquilidad social que es preciso corregir”¹⁶.

Sin embargo, tal toma de conciencia no se produce sin más con el surgimiento del sistema capitalista de producción y la prestación de servicios asalariados bajo la

¹² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, 18^a edición, Civitas, Madrid, 2000, pág. 55.

¹³ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 34-41.

¹⁴ MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pág. 43.

¹⁵ BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 49.

¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: <<La formación del Derecho del Trabajo en España>>, op. cit., pág. XXI.

dependencia del empleador. En la evolución histórico-jurídica hacia su configuración dogmática tal y como actualmente se le reconoce¹⁷, el contrato de trabajo hubo de conseguir en un primer momento la autonomía de su naturaleza jurídica y la independencia con respecto al Derecho Civil, rama que agotaba el derecho privado y contractual, y con posterioridad, hubo de enfrentarse con la negación de su propia naturaleza contractual, al hacer su aparición las llamadas teorías de la incorporación o de la relación de trabajo.

De sobra son conocidos el momento y los profundos cambios económicos y sociales que propiciaron la aparición del sistema de producción en cuyo seno se desarrolló la nueva forma de prestar trabajo. No resulta extraño, por lo tanto, que, tras las revoluciones liberales y la exaltación del principio de la libertad de trabajo, y desaparecidas las instituciones de dominación personal como modo de explicar y regular jurídicamente el trabajo prestado por cuenta ajena¹⁸, fuera el contrato de arrendamiento de servicios de los Códigos Civiles la categoría jurídica que sirviera de fundamento al modo de prestar trabajo generalizado a partir de la Revolución industrial, en la que el título de apropiación de los frutos del trabajo es un título contractual o voluntario y a cambio de una remuneración¹⁹, aunque el paso del *status* al modelo contractual se limitaba a subrayar los derechos de propiedad del empleador y el mayor poder económico que tenía para dictar los términos del contrato²⁰. El objeto del contrato era la fuerza de trabajo del trabajador, que era colocada en el mercado, con un precio

¹⁷ Vid. ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1987.

¹⁸ La regulación jurídica del trabajo prestado por cuenta ajena se produce en las etapas previas a la revolución liberal a través de una relación de esclavitud o de servidumbre, en la que el esclavo o siervo está sometido personalmente al poder del dueño o del señor y queda obligado de manera forzosa a la prestación de la actividad. Vid. sobre el trabajo en las etapas preindustriales, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 125-267.

¹⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: <<La formación del Derecho del Trabajo en España>>, op. cit., pág. XIX.

²⁰ VENEZIANI, B.: <<La evolución del contrato de trabajo>>, en HEPPLÉ, B.(comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, op. cit., pag. 55, y págs. 78-87, sobre la evolución de la figura contractual en el derecho continental y en el anglosajón. MONEREO PÉREZ, J. L.: <<La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo>>, *REDT*, nº 96, 1999, págs. 499-516.

variable y así el trabajo humano pasó a ser considerado como un bien objeto de intercambio²¹.

Pero la transición desde el período liberal a la industrialización conllevó un rechazo de la categoría arrendaticia y dio lugar a la formulación de un modelo autónomo de contrato de trabajo. Se subrayó el compromiso del trabajador como persona en la relación laboral, y que el trabajo no podía ser un bien intercambiable porque no era posible separar a la persona de su fuerza de trabajo²². “El trabajador no se contrata al servicio de nadie, no sirve, sino que produce trabajando”²³. Sin embargo, antes de que se le reconociera su autonomía científica, se intentó incardinar el contrato de trabajo en otros tipos contractuales, además del arrendamiento de servicios, como el contrato de compraventa, el contrato de mandato y el contrato de sociedad²⁴.

El contrato de trabajo es un contrato *sui generis*, que cuenta con unos caracteres propios que lo definen y lo individualizan dentro de la teoría general de la contratación,

²¹ Sin embargo, la insuficiencia e inadecuación de la regulación contenida en el Código Civil fue manifiesta y denunciada desde el propio momento histórico en que se dictó y revela los principios liberales que inspiraron su redacción: la nulidad del arrendamiento hecho para toda la vida (art. 1583 Cc), la prevalencia de la palabra del “amo” con respecto a la cuantía del salario y los salarios devengados (art. 1584 Cc), la previsión de indemnización tanto para el trabajador como para el “amo” en caso de despidos anticipados sin justa causa (art. 1586 Cc, también 1587 Cc). Vid. SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1996, págs. 65-71. MONEREO PÉREZ, J. L.: <<La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del Derecho: significación y técnica de la dependencia y ajenidad>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 214-235.

²² Vid. la argumentación de un origen jurídico-personal, alejado de la categoría contractual arrendaticia en GIERKE, O.: *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 11-56. En el comentario crítico a la obra G. BARREIRO GONZÁLEZ, señala que el legado de Gierke ha sido la acentuación del elemento personal en el contrato de trabajo al lado del patrimonial, “tratando siempre de no desligar trabajo y persona que lo ejecuta, impidiendo así abrirse paso a la concepción del trabajo como mercancía”, págs. 125-126.

²³ MONEREO PÉREZ, J. L.: <<La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 504.

²⁴ Sobre las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, vid. MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 17-111. BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 8ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1969, pág. 280. ALARCÓN Y HORCAS, S.: *Código del Trabajo*, Reus, Madrid, 1927, pág. 50. GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, 3ª edición, EPESA, 1948, págs. 113-117.

y que lo convierten en un contrato con autonomía y sustantividad propias, y en ese sentido se manifestó la mayor parte de la doctrina científica desde los mismos orígenes de la categoría²⁵. Se trata de un contrato, porque hay dos sujetos que se ponen de acuerdo en un objeto y una causa, y de tal acuerdo de voluntades derivan una serie de derechos y obligaciones para ambas partes. Y se trata de un contrato específico, porque los elementos personales, sociales y de profesionalidad que lo caracterizan no están presentes en ningún otro tipo contractual.

El contrato de trabajo se caracteriza porque en su objeto confluyen un contenido patrimonial y un contenido personal. En virtud del contrato las partes se obligan recíprocamente al cumplimiento de las obligaciones que constituyen su objeto: el trabajador se compromete a prestar el trabajo en las condiciones pactadas y el empleador se compromete a abonar el salario. El trabajador realiza la prestación y cumple desarrollando la actividad laboral bajo la dependencia o subordinación del patrono, ateniéndose a sus órdenes en cuanto a la especificación del trabajo. Y el patrono cumple corriendo con los riesgos del resultado del trabajo, en tanto el producto del mismo entra, desde el momento inicial de formalización del contrato, a formar parte de su patrimonio, a cambio de lo cual abona un salario. La ajenidad en la prestación laboral y la subordinación jurídica y económica del trabajador a la hora de ejecutar la prestación laboral justifican que la autonomía de la voluntad se vea restringida en este contrato de modo significativo. Su finalidad tuitiva, su carácter social y el predominio de los elementos personales y profesionales sobre los reales o patrimoniales determinan su especialidad²⁶.

El carácter jurídico contractual de la relación de intercambio de trabajo por salario fue atacado en un determinado momento histórico de la evolución de las

²⁵ Vid., entre otros, PÉREZ DÍAZ, P.: *El contrato de trabajo y la cuestión social*, Madrid, 1917. RUIZ DE GRIJALBA, A.: *El contrato de trabajo*, F. Beltrán, Madrid, 1922, págs. 149-164. ALARCÓN Y HORCAS, S.: *Código del Trabajo*, op. cit., pág. 51. GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 48. PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955, pág. 121-122. BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 8ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1969, págs. 286-287.

²⁶ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit., pág., 287.

relaciones de producción. La reacción contra los resultados del liberalismo jurídico provocó la intervención del Estado en el mundo del trabajo porque la igualdad teórica que la libertad contractual suponía no encontraba reflejo en la realidad, pero la intervención del Estado se hizo tan importante que parecía haber anulado la autonomía de la voluntad, por lo que la doctrina se enfrentó al problema de descubrir nuevas categorías que sustituyeran al contrato, entendiendo que éste no resultaba suficiente para constituir el origen y el reglamento de la relación jurídico laboral²⁷. Tal es el fundamento de las teorías que preconizaron la crisis del contrato de trabajo, negando la naturaleza contractual del vínculo en virtud del cual se producía la prestación retribuida de servicios. Las teorías denominadas relacionistas, de un modo global y comprensivo de sus diversas manifestaciones²⁸, tenían en común la priorización de los aspectos personales de la relación de trabajo frente a los patrimoniales, razón por la cual excluían toda posibilidad de articulación jurídica de la prestación laboral a través de moldes contractuales, lo que equivalía a “cosificar” la persona al considerarla objeto de tráfico jurídico.

Estas teorías tenían su origen en las críticas de un sector de la doctrina alemana contra las construcciones civilistas en las que el BGB había encuadrado la prestación de trabajo, siguiendo el esquema contractual patrimonial de cambio de la *locatio conductio operarum*²⁹. Se ponía en duda la naturaleza contractual de la relación de trabajo en

²⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: <<El origen contractual de la relación jurídica de trabajo>>, CPS, 1960, nº 48, pág. 71.

²⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Akal, Madrid, 1982, págs. 23-24, diferencia las doctrinas relacionistas propiamente dichas de otras similares: las doctrinas organicistas, comunitaristas, institucionalistas, armonicistas, acontractualistas. Oscilaron desde la total y absoluta negación del vínculo contractual hasta la admisión de un acuerdo de voluntades al inicio de la prestación de trabajo, aunque la regulación de la relación se llevara a efecto a partir de la aplicación de normas heterónomas. Sin embargo, todas tenían en común la fijación del acto constitutivo de la relación de trabajo en el dato fáctico de la entrada o incorporación del trabajador en la empresa, en el ingreso en su comunidad, haciendo no aptos los esquemas contractuales para regular las relaciones que en ella pudieran darse. Sobre las doctrinas de la relación de trabajo, vid. la sistematización de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: *Contrato de trabajo y relación de trabajo*, Separata de Anales de la Universidad Hispalense, volumen XXVII, 1967.

²⁹ GIERKE, O.: *Die Wurzeln des Dienstvertrags*, 1914, para el cual el origen del actual contrato de trabajo no se encontraba en el arrendamiento romano, sino una institución germánica en la que tienen una especial relevancia los elementos personales. Vid. MENGER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*, Comares, Granada, 1998.

atención al carácter estrictamente patrimonial al que la categoría contractual hacía referencia, obviando los elementos personales presentes en toda prestación de trabajo, pues la dependencia del obrero con respecto al patrono suponía una vinculación personal entre ambos cuya regulación jurídica no podía hacerse depender exclusivamente de esquemas estrictamente patrimoniales.

Se pretendía sustituir el vínculo contractual por otro tipo de relación jurídica que se acomodara mejor a las particularidades y peculiaridades de la prestación asalariada de trabajo. Partiendo del hecho de que no es la celebración de un contrato de trabajo lo que desencadena la aplicación de la normativa laboral, sino la incorporación del obrero o trabajador a la organización que constituye la empresa, se llegó a negar al contrato su finalidad y fundamento en orden a configurar y regular el trabajo prestado por cuenta ajena para establecer que la mera incorporación o integración del trabajador en la organización empresarial hacía surgir el vínculo e introducía la relación en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo³⁰.

La oposición o dicotomía tesis relacionistas-tesis contractualistas no se resolvió, sin embargo, de modo tajante. El transcurso del tiempo y la evolución de los ordenamientos jurídicos terminó acercando posturas hasta el punto de que se ha afirmado “su influencia e interacción mixta”, de tal modo que el contrato de trabajo no

³⁰ Con similar contenido, se abrió paso en Francia la doctrina de la institución, según la cual la empresa, que cuenta con un ordenamiento, una comunidad de personas y un fin que interesa a cuantos pertenecen a ella y que, al mismo tiempo, impone sus condiciones a los trabajadores, venía comprendida en la categoría de institución, en la que se entraba a través de la inserción en su complejo, HAURIOU, M.: *Théorie de l'institution et de la fondation*, Paris, 1925. En España estas doctrinas fueron recibidas satisfactoriamente por un sector que, con base en las mismas y su encaje en el modelo de Estado instaurado una vez finalizada la guerra civil, pretendieron construir una nueva dogmática del Derecho del Trabajo, desterrando el contrato de trabajo y basando la relación laboral en el dato fáctico de la inserción del trabajador en la comunidad de la empresa. Se definía la relación laboral como aquella relación duradera y permanente, de carácter eminentemente personal, basada en la lealtad y confianza recíprocas, que unía a todos los colaboradores de la empresa en una comunidad de intereses y fines, sintiéndose todos ellos solidarios en una obra común de interés nacional y colectivo, POLO, A.: <<Del contrato a la relación de trabajo>>, *RDP*, 1941, nº 288, pág. 80. Sin embargo, la mayoría de la doctrina española reconocía el carácter contractual y *sui generis* de la relación de trabajo, así como el propio legislador, pues, aun a pesar del tono y los términos en los que fue redactado el Fuero del Trabajo, alineado con la ideología del nacionalsocialismo alemán y del fascismo italiano, y que en ningún momento se refería al contrato de trabajo, la regulación de la relación individual de trabajo se llevó a cabo a través de una Ley de Contrato de Trabajo, el Texto Refundido de 1944. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: <<El origen contractual de la relación jurídica de trabajo>>, op. cit., págs. 124-126. MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, op. cit., págs. 209-237.

es ajeno a ciertos planteamientos relacionistas, como su carácter *intuitu personae*, los deberes de obediencia del trabajador con respecto al empresario o la reglamentación externa de la relación de trabajo, porque la voluntad de las partes se subordina a otras vías de fijación de las condiciones de trabajo, mientras que, por su parte, el incorporacionismo hubo de admitir el origen contractual de la relación de trabajo³¹.

El primer texto legal sobre contrato de trabajo que se promulgó en el Derecho español fue el Código de Trabajo, impulsado por el Ministro Eduardo Aunós Pérez y aprobado por Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926³², en la Dictadura de Primo de Rivera (Gaceta de 1, 2 y 3 de septiembre), cuyo Libro Primero llevaba por título “Del contrato de trabajo”, y para el cual el trabajo objeto del contrato de trabajo consistía en la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio, a cargo tanto de personas físicas como jurídicas, de forma habitual y fuera del domicilio del trabajador, de carácter manual, con exclusión, por tanto, del trabajo intelectual, por cuenta y bajo dependencia ajena, y a cambio de una remuneración³³.

El Código de Trabajo incluyó expresamente en el posible objeto del contrato de trabajo la ejecución de una obra, haciendo gala, como ya se ha expresado, de los orígenes civiles de la regulación. El carácter jurídico laboral, en sentido técnico, de la ejecución de obra ha sido una cuestión discutida desde el mismo momento de su

³¹ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 289-290.

³² La historia de una ley de contrato de trabajo en España comenzó con la presentación al Instituto de Reformas Sociales el 20 de abril de 1904 de las Bases para un proyecto de Ley de Contrato de Trabajo, después conocido como Proyecto Azcárate, definitivamente aprobado en la sesión de 11 de mayo de 1905. A este proyecto siguieron otros: el Proyecto Dávila, presentado a las Cortes el 1 de noviembre de 1906 (Gaceta de 3 de noviembre); el Proyecto De la Cierva, presentado a las Cortes el 29 de mayo de 1908 (Gaceta de 30 de mayo); el Proyecto Merino, presentado a las Cortes el 16 de julio de 1910 (Gaceta de 21 de julio); el Proyecto Sánchez Guerra, presentado el 12 de julio de 1914 (Gaceta de 10 de agosto); el Proyecto Ruiz Jiménez, presentado el 22 de mayo de 1916 (Gaceta de 26 de mayo); el Proyecto Burgos y Mazo, presentado el 14 de noviembre de 1919 y, finalmente, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo aprobado por el Pleno del Instituto de Reformas Sociales de 19 de febrero de 1924.

³³ Excepto en el caso del contrato de aprendizaje, para el cual el artículo 57 del propio Código establece la posibilidad de que no sea remunerado.

inclusión en una norma positiva³⁴. Aunque desde una perspectiva jurídico civil sea necesario un estudio más profundo de la configuración técnica del contrato, desde la perspectiva que aquí interesa, que es la jurídico-laboral, basta señalar que en el arrendamiento de obras se pacta la obtención de un resultado que se ejecuta sin sometimiento a la dirección de quien la encarga, aunque éste tenga el evidente derecho a especificar lo que quiere, y tales hechos alejan a este tipo contractual de la ajenidad y la dependencia que caracterizan al contrato de trabajo³⁵.

Ha habido, sin embargo, pronunciamientos a favor de la inclusión del contrato de ejecución de obra en el campo de aplicación del contrato de trabajo. En un primer momento, y pese a reconocer que el contrato de ejecución de obras se diferencia claramente del de arrendamiento de servicios por su objeto y por las obligaciones que produce, se afirmaba que “es evidente que ambas modalidades jurídicas estaban incluidas dentro de la órbita del contrato de trabajo, ya que éste es un concepto genérico y aquéllas expresan diferencias específicas”³⁶. Con posterioridad, se afirmó la condición

³⁴ El problema de la separación entre ambos tipos contractuales ha sido abordado desde la distinción entre las obligaciones de actividad y resultado, cuya traducción en el plano del contrato de trabajo implica la ausencia de ajenidad y de dependencia en las ejecuciones de obra. Tradicionalmente se ha entendido que en el arrendamiento de servicios el arrendatario se compromete a desarrollar una actividad y el derecho del acreedor es solamente un derecho a la prestación que ha sido objeto del contrato, mientras que en la ejecución de obras lo que se busca es la obtención de un resultado concreto, por el cual paga el comitente. La distinción basada exclusivamente en este criterio ha sido largamente criticada, pues “ni en el arrendamiento de servicios se prescinde por completo del resultado, ni, viceversa, en la ejecución de obra de la actividad”, SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: <<Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra>>, *ADC*, 1964, t. XVII, pág. 30.

³⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 626. A este respecto se ha señalado que la causa última de la separación del Derecho del Trabajo con respecto al Derecho Civil fue la realidad práctica del contrato de trabajo entendido exclusivamente como prestación de servicios, y que al tratar de dotar de una estructura jurídica a la nueva relación, la dificultad de distinguir el arrendamiento de servicios de determinadas modalidades de arrendamiento de obras, “hizo que éste quedara semidesprendido del Derecho Civil y semiincorporado al nuevo Derecho del Trabajo, situado entre ambos y diferenciándose a uno o a otro según sus diversas modalidades concretas y según la fuerza atractiva que uno u otro en cada momento ejercieran sobre él. Pero el núcleo del Derecho del Trabajo no está constituido por los antiguos arrendamientos de servicios y de obras, sino tan sólo por el de servicios, ALONSO OLEA, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 68. En el mismo sentido, analizando el Código del Trabajo de 1926, DEL PESO Y CALVO, C.: <<El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71, pág. 108, entiende que la exigencia de la nota de la ajenidad en el modo de desarrollar la prestación laboral impide que la ejecución de una obra pueda ser objeto de un contrato de trabajo.

³⁶ ALARCÓN Y HORCAS, S.: *Código del Trabajo*, op. cit., pág. 46.

de contrato de trabajo especial de la ejecución de obras, argumentando que reunía todos los caracteres para que fuera regulada por el Derecho del Trabajo, porque el contratista se comprometía a la consecución de un resultado para un tercero, mediante su trabajo libre y personal y sin perseguir un lucro especial, sino una remuneración, por lo que los elementos que destacaban en este tipo contractual, el resultado y el hecho de conseguirlo fuera de la esfera del comitente, lo catalogaban como contrato especial de trabajo³⁷.

Con posterioridad, y hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, los textos legales que han regulado el contrato de trabajo en el Derecho español han continuado la misma técnica y el mismo modo de definir su ámbito de aplicación: se describe la actividad laboral en función del tipo y modo de trabajo desarrollado por el sujeto trabajador y se completa la definición con una serie de inclusiones y exclusiones expresas en el ámbito de cobertura del contrato de trabajo³⁸.

El artículo 1.1 LET dispone “La presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”³⁹.

³⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: <<Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra>>, op. cit., pág. 60.

³⁸ Así, artículos 1, 2, 6, 7 y 8 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931; vid. PÉREZ AMORÓS, F.: <<El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español>>, *RPS*, 1982, nº 133, págs. 94-95. Los artículos 1, 2, 6, 7, y 8 del Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944; vid. PÉREZ BOTIJA, E.: *El contrato de trabajo*, 2ª edición, Madrid, 1954, págs. 41-66. Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que tipifica por primera vez el concepto de relación laboral de carácter especial, vid. PÉREZ AMORÓS, F.: <<El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español>>, op. cit., pág. 100. BAYÓN CHACÓN, G.: <<Problemas de carácter general en la nueva Ley de Relaciones Laborales>>, en *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977, págs. 12-13, ALONSO OLEA, M.: <<Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales>>, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, op. cit., pág. 35-66. Merece ser destacada la reforma introducida en el artículo 6 del Texto Refundido de 1944, en virtud de la cual se suprimió la ejecución de obra como actividad propia del Derecho del Trabajo y se introdujo en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo la persona natural que interviniera en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, con arreglo a las instrucciones de los mismos, aunque no se hallaran sujetos a jornada determinada o a vigilancia en su actividad, siempre que dichas operaciones exigieran para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no quedaran personalmente obligadas a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación.

Esta redacción culmina los intentos de acotar la realidad social que el Derecho del Trabajo pretende regular y proteger, y coincide con la evolución producida en el seno de la propia disciplina, en un principio, delimitando su propio ámbito de aplicación y perfeccionando la técnica jurídica de aproximación al mismo, y en un segundo momento, introduciendo los elementos de flexibilización que favorecían la ampliación de su cobertura protectora. Destaca en particular la incorporación al texto legal de la doctrina jurisprudencial que venía manteniendo la flexibilización de la exigencia de subordinación o dependencia en la posición jurídica del trabajador como elemento determinante de la laboralidad de una relación de trabajo, delimitado en torno a las expresiones “círculo rector” o “sometimiento al poder de dirección del empresario” y que suponían entender la dependencia como “un simple estar a disposición del empresario para cuando éste lo requiriese”⁴⁰.

En esta expresión se sintetizan los caracteres configuradores del trabajo objeto del contrato de trabajo, sobradamente conocidos ya tanto por el legislador como por la jurisprudencia. En primer lugar, el presupuesto del negocio jurídico contractual en cuestión, la prestación de un consentimiento libre: el trabajo que importa es el trabajo prestado en régimen de libertad, y, referido exclusivamente al contrato de trabajo, prestado por una persona física. Y, en tanto que prestado por una persona física, ha de tratarse de un trabajo personalmente prestado, en el que el carácter *intuitu personae*, o el hecho de que la prestación del trabajador se considere infungible, se presenta como cualidad delimitadora del mismo. En tercer lugar, se tipifican las notas de la ajenidad y la dependencia, esto es, el trabajo que importa es un trabajo realizado en beneficio directo de otro, que se apropia de su resultado y bajo su subordinación, y, finalmente, como consecuencia del trabajo prestado en provecho ajeno, la retribución constituye la contraprestación fijada a favor del trabajador. El concepto de ajenidad queda referido al salario, de tal modo que es la ajenidad la que cualifica al salario como retribución específica del contrato de trabajo, porque lo que el trabajador recibe es una

³⁹ Vid. los trabajos parlamentarios, dirigidos por SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*, t. I, II y III, IELSS, Madrid, 1981.

⁴⁰ ALONSO OLEA, M.: *La materia contenciosa laboral*, Sevilla, 1959, pág. 52.

contraprestación económica garantizada que no queda afectada por el riesgo de la ejecución⁴¹.

Continuando la misma línea seguida por textos legales anteriores, el ET contenía una lista de relaciones excluidas del ámbito de aplicación de la ley que coincidía exactamente con la contenida en la Ley de Relaciones Laborales⁴², a la que se añadía “la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligadas a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma”, a partir de la relación laboral de los representantes de comercio que tipificaba la Ley de Relaciones Laborales, siempre que pudiera apreciarse la ajenidad en la prestación, es decir, siempre que no asumiera el representante el riesgo y ventura de la operación.

Con respecto a las denominadas relaciones laborales de carácter especial o contratos especiales de trabajo, el ET consideraba tales la relación del personal de alta dirección, la del servicio del hogar familiar, la de los penados en instituciones penitenciarias, los deportistas profesionales, los artistas en espectáculos públicos y la relación de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. El apartado segundo del artículo 2 ET expresaba que la regulación de las mismas respetaría los derechos básicos reconocidos por la Constitución, expresión que no puede más que suponer que el régimen jurídico de las relaciones especiales está solamente sometido a los preceptos constitucionales, de modo que las disposiciones del Estatuto no vinculan a la hora de regular el contenido de las relaciones especiales, por lo que sus preceptos sólo serán de aplicación supletoria cuando sean expresamente llamados por la norma que regule la

⁴¹ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>> en *Comentarios a las Leyes. El Estatuto de los Trabajadores*, t. I, EDESA, 1990, págs. 6-7.

⁴² La relación de servicio de los funcionarios públicos y personal estatutario, las prestaciones personales obligatorias, la actividad limitada al desempeño del cargo de Consejero en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad, los trabajos ocasionales, los realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad y los trabajos familiares, excepto que se tratara realmente de trabajadores asalariados.

relación en cuestión⁴³. Por su parte, la Disposición Adicional Segunda establecía el plazo -de dieciocho meses- en el cual el Gobierno debía proceder a la regulación del régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial.

Se observa que la lista de contratos especiales de trabajo es más reducida que la contenida en la Ley de Relaciones Laborales, lo que en principio puede interpretarse de modo favorable, en tanto supone la consideración como relaciones de trabajo comunes de las omitidas, sin embargo, sólo es predicable tal consecuencia del trabajo en el mar y en la navegación aérea, en tanto que el personal civil dependiente de establecimientos militares continuaba teniendo una regulación específica, a la vista de la Disposición Final 7ª ET, al igual que ocurría con las personas con capacidad física o psíquica disminuida, con base en lo dispuesto en el artículo 17.3 ET, mientras que el aprendizaje en la artesanía y el trabajo a domicilio pasaron a ser consideradas como modalidades contractuales, lo que implicaba que las especialidades con respecto a su regulación serían las contenidas en el propio texto del Estatuto de los Trabajadores y que por vía reglamentaria no se podían modificar los aspectos regulados por la Ley⁴⁴.

La lista de relaciones laborales especiales se vio ampliada de modo expreso a los contratos de trabajo celebrados con minusválidos en centros especiales de empleo (reputados sujetos de relación especial por la Disposición Adicional 6ª de la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre integración social de los minusválidos) y a la relación de los estibadores portuarios (Disposición Adicional 1ª de la Ley 32/1984, de 2 de agosto). Por su parte, la referencia a la relación que el texto original del Estatuto contenía al personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares fue suprimida en

⁴³ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A. V., y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 33.

⁴⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., CAPMS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J., BLAT MELLADO, C., GARCÍA NINET, J. I., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 31-32.

la refundición de 1995, por lo que ya no existe argumento alguno para seguir considerándola una relación especial⁴⁵.

La reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, introdujo una mención en el artículo 1.3 LET en virtud de la cual se excluye del ámbito laboral cualquier otro trabajo, que sin encontrarse expresamente citado en el mismo, no reúna los requisitos de voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración. A continuación se introdujo una nueva exclusión, la del transportista que, cumplidos unos determinados requisitos, se considera autónomo: ha de ser titular de una autorización administrativa para el transporte, la llamada tarjeta de transporte exigible a los vehículos de más de dos toneladas métricas de peso máximo autorizado (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre y Reglamento aprobado por RD 121/1990, de 28 de septiembre), el servicio ha de realizarse a cambio de un precio, el vehículo ha de ser comercial y de servicio público y su titularidad debe corresponder al transportista, y resulta irrelevante para la calificación que el servicio se realice para uno o varios cargadores o comercializadores.

De este modo quedaba fijado el ámbito de aplicación del contrato de trabajo y del propio Derecho del Trabajo con criterios objetivos, acudiendo a la realidad del modo de prestación, a través de una delimitación descriptiva de la ejecución contractual del sujeto trabajador como modo de encuadrar una relación de trabajo dentro del ámbito laboral⁴⁶, seguida de una serie de relaciones excluidas, principalmente por razones

⁴⁵ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A. V., y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 33. Consideran vigente el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, de desarrollo de la Disposición Adicional 7ª ET. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 1023-1024.

⁴⁶ Porque en la actualidad la cualidad de trabajador no se configura legalmente como un *status* inherente a la persona, sino que deriva de la realización en condiciones de ajenidad y dependencia, de una actividad laboral incluida o no excluida del ámbito de actuación del contrato de trabajo, sólo dentro del marco de derechos y obligaciones de ese contrato y durante su vigencia, VILLA GIL, L. E.: <<El concepto de trabajador (art. 1)>>, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, edición especial del nº 100 de la *REDT*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 37-60. ALMANSA PASTOR, J. M.: <<Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social>>, *RT*, 1981, t. II, págs. 14-15. Del mismo autor, vid. <<El concepto de trabajador>>, *RDP*, 1978, nº 73, págs. 787-791, en relación con la delimitación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a partir de la categoría del trabajador. MOLERO MANGLANO, C. y CHARRO BAENA, P.: <<Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador>>, *RTSS*, 1991, nº 3, págs. 40-41, entienden que la noción de trabajador es una noción

históricas y de oportunidad y por constituir supuestos que no reunían las características del trabajo objeto del contrato de trabajo, y de una serie de relaciones especiales de trabajo, cuya regulación se llevaría a cabo por Real Decreto y que suponían la plasmación legal de la tradicional tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, tendencia que recientemente se está viendo frenada, ante la pluralidad de modalidades sociales de trabajo y la interpretación forzada de los elementos tradicionales de delimitación que tales cambios implican⁴⁷.

El contrato de trabajo se define estructuralmente como un negocio jurídico de carácter fundamentalmente patrimonial, aunque no exclusivamente, pues convergen también en él elementos de carácter personal, constitutivo de una relación jurídica por la cual una persona física presta a otra, física o jurídica, una actividad libre, retribuida, dependiente y por cuenta ajena⁴⁸. El contrato de trabajo constituye la solución de compromiso a la que se ha llegado para compaginar su doble naturaleza, de contrato de intercambio patrimonial y de relación que compromete los intereses personales y profesionales del trabajador⁴⁹. Se trata de un contrato perfeccionado mediante la declaración de voluntad de las partes, de cambio, típico y nominado, bilateral, oneroso,

accidental, en tanto que no es trabajador sino quien actúa como tal, y episódico, porque es compatible con cualquier otro estatuto profesional, puede ser una condición sobrevenida y es independiente de las motivaciones personales, y que una actividad profesional será laboral o no “en función de que concurren las notas de ajenidad, dependencia y salariado o, en último término, de que exista o no una exclusión “*ope legis*” del ordenamiento laboral. Pero no es un problema relativo al concepto de trabajador”, pág. 42.

⁴⁷ La tipificación del contrato de trabajo atendiendo a unos presupuestos sustantivos, trabajo libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente, y unos presupuestos adjetivos, constituidos por las inclusiones y exclusiones legales en el concepto, se debe a VILLA GIL, L. E.: <<La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1996, nº 71, pág. 202. MONTOYA MELGAR, A.: <<El ámbito personal del Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71, págs. 89-95, distingue entre unos requisitos objetivos, constituidos por la definición legal que de contrato de trabajo proporciona el ordenamiento jurídico, y unos requisitos subjetivos, constituidos por las inclusiones y exclusiones expresas que efectúa la ley y con las que se completa la noción. Por su parte, ALMANSA PASTOR, J. M.: <<El concepto de trabajador>>, *op. cit.*, págs. 797-799, distingue un concepto amplio de trabajador, que coincide con el ámbito del Derecho del Trabajo, y un concepto estricto, que coincide con el sujeto de la relación individual de trabajo, y viene determinado por la intersección de tres coordenadas, la objetiva, la espacial y la temporal. Vid. SALA FRANCO, T.: <<Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo>>, *CCDT*, 1974, nº 0, págs. 57-86.

⁴⁸ VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C.: *Introducción a la Economía del Trabajo*, Debate, Madrid, 1978, pág. 544.

⁴⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Contrato de trabajo y derechos fundamentales>>, *RDS*, 1999, nº 6, pág. 16.

conmutativo, consensual, normado, de carácter personalísimo y de tracto sucesivo. Las partes persiguen intereses contrapuestos, trabajo y retribución, y no un fin común. Se trata de un contrato bilateral y sinalagmático porque en ambas partes, empresario y trabajador, concurre simultáneamente la doble posición de acreedor y deudor, es decir, el contrato genera obligaciones para ambas partes, el trabajador debe la prestación laboral porque mediante la prestación del consentimiento se constituye en parte del contrato, del cual nace para él una obligación jurídica de trabajo, y con ello espera obtener una ventaja paralela, la retribución, a la cual queda obligado recíprocamente el empleador⁵⁰. Cada una de las prestaciones es para cada una de las partes la causa del contrato (sinalagma genético) y cada una de las prestaciones funciona como contraprestación de la de la otra parte (sinalagma funcional)⁵¹. Es un contrato oneroso, porque el vínculo que de él deriva es gravoso para ambas partes, y esa carga implica que se generan atribuciones patrimoniales para cada una de ellas⁵², y debe conseguirse, además, una equivalencia entre las prestaciones, aunque se trate de una equivalencia subjetiva y fuertemente condicionada⁵³. La conmutatividad hace referencia a que, desde el momento de celebración del contrato, las partes conocen la extensión de las obligaciones. Por regla general, el contrato de trabajo tiene carácter conmutativo, tanto por lo que afecta a la prestación de trabajo, como por lo que se refiere a la retribución salarial⁵⁴. Finalmente, se trata de un contrato de tracto sucesivo porque las prestaciones de las partes son de ejecución continuada en el tiempo⁵⁵.

⁵⁰ RIVERO LAMAS, J.: <<Tipificación y estructura del contrato de trabajo>>, *ADC*, 1972, págs. 166-167.

⁵¹ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 5.

⁵² DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 374.

⁵³ VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C.: *Introducción a la Economía del Trabajo*, op. cit., pág. 545.

⁵⁴ RIVERO LAMAS, J.: <<Tipificación y estructura del contrato de trabajo>>, op. cit., págs. 168-178.

⁵⁵ Vid. DI CERBO, F. e ZANGARI, G.: *Il Diritto del Lavoro dei paesi dell'Europa continentale partecipanti alla CEE*, CEDAM, Padova, 1984, pág. 58. FIESCHI-VIVET, P.: <<Les éléments constitutifs du contrat de travail>>, *RJS*, 1991, n° 7, págs. 414-421. ANTONMATTEI, P. H.: <<Les éléments du contrat de travail>>, *DS*, 1999, n 4, págs. 330-334.

II. LA DETERMINACIÓN DEL TRABAJO OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El objeto del contrato de trabajo hace referencia a la parcela de las relaciones humanas a la que va dirigida su regulación jurídica, sus normas y principios ordenadores⁵⁶, y esa parcela es la acotada por un tipo concreto de trabajo, el trabajo humano voluntariamente prestado en determinadas condiciones, en régimen de ajenidad y dependencia⁵⁷. Se resuelve en una actividad personal, caracterizada por un contenido técnico-profesional, en el ámbito de una relación de débito-crédito, en la cual la obligación característica se identifica con un deber de colaboración subordinada. El presupuesto personalista asume una específica relevancia, porque esa obligación característica compromete la persona del obligado a operar en un contexto organizativo que exige, por razones funcionales, la sujeción del obligado a una autoridad directiva de otro⁵⁸.

Si el contrato de trabajo se define como aquella categoría jurídica que proporciona la debida cobertura normativa al intercambio de prestaciones -trabajo y salario- que está en la base del Derecho del Trabajo⁵⁹, su causa o razón de ser, por tanto, no es otra que servir de soporte y facilitar las relaciones de producción⁶⁰. Mantiene en la

⁵⁶ Vid. al respecto la tesis de SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, op. cit. págs. 71-88, sobre el objeto del contrato de trabajo.

⁵⁷ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 263. JEAMMAUD, A., LE FRIANT, M. et LYON-CAEN, A.: <<L'ordonnancement des relations du travail>>, *Recueil Dalloz*, 1998, nº 38, pág. 361.

⁵⁸ GRANDI, M.: <<Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contrato di lavoro>>, *ADL*, 1999, nº 2, págs. 342-343.

⁵⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del trabajo e Ideología*, op. cit., págs. 17-19. Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 621: "El contrato de trabajo es el origen y permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (empresario y trabajador), en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual cumple la función que le es propia de constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario."

⁶⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e Ideología*, op. cit., pág. 4. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: <<Autoridad y democracia en la empresa>>, en APARICIO

actualidad el doble efecto de constituir la relación de trabajo y de regular sus condiciones de prestación, si bien hay que señalar con respecto al segundo de ellos que, tras la fase inicial de la disciplina en la que el contenido de la relación de trabajo quedaba fijado en normas estatales y convencionales, se observa en el momento presente una voluntad favorable al resurgimiento de la capacidad de regulación de condiciones de trabajo del contrato.

La vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores no contiene una definición de contrato de trabajo, ni de su objeto, sino que señala su ámbito de aplicación describiendo el tipo de relación que se considera constitutiva de un contrato de trabajo, que es la desarrollada por los trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario (art. 1.1 LET). El método utilizado por el legislador español es, así, el método tipológico, que permite un juicio de reconducción o de aproximación, frente a uno de subsunción⁶¹.

A pesar de la llamada crisis del modelo tradicional de regulación jurídica del trabajo asalariado, la esencia del contrato de trabajo no ha cambiado, el trabajo objeto del contrato de trabajo sigue siendo el mismo que en los orígenes de la disciplina a pesar de los cambios sociales, económicos y, sobre todo, tecnológicos, producidos⁶². Es cierto que los modos de producción han evolucionado y que la empresa modelo de la actualidad ya poco tiene que ver con la empresa tipo de comienzos de siglo. El sistema *taylorista* o *fordista*⁶³ de producción ha dado paso a un nuevo sistema de producción y

TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (dir.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 11.

⁶¹ NOGLER, L.: <<Metodo tipológico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato>>, *RIDL*, 1990, p. I, pág. 209. MONEREO PÉREZ, J. L.: <<Artículo 1>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pág. 2.

⁶² Señala SIMITIS, S.: <<Le droit du travail a-t-il-encore un avenir>>, *DS*, 1997, n° 7/8, pág. 663 que, en cierto sentido nada ha cambiado, que la emancipación de los trabajadores no afecta a su subordinación.

⁶³ El *taylorismo* es un término económico con el que hace referencia una organización del trabajo en el sector industrial que realizaba una producción masiva basada en la especialización de tareas y competencias y en una organización piramidal del trabajo, y que pretendía conceder el mínimo margen a los denominados fallos humanos a través de una integración de los máximos niveles de mecanización y

un nuevo modo de organización económica y social: las grandes empresas con producción en cadena poco diversificada, que separaban tajantemente las fases de concepción y ejecución del trabajo y se concentraban fundamentalmente en el sector industrial están siendo reemplazadas por pequeñas y medianas empresas principalmente orientadas al sector servicios, con una producción altamente diversificada y desestandarizada, en cuya gestión adopta una importancia considerable la organización colectiva de realización del producto y pasa por el recurso al trabajo autónomo y la externalización de funciones. Las formas de organización de la producción se han visto condicionadas por las tendencias en la evolución económica y, sobre todo, por las crisis mundiales, del tal modo que el modelo tipo de contrato de trabajo o de modo de incorporación al mercado de trabajo, independientemente del tipo contractual a través del cual se haga, ya no es el generalizado a partir de sistema capitalista de producción. El contrato de trabajo de carácter indefinido y a tiempo completo ha dejado de ser el modelo de contrato laboral⁶⁴ y han comenzado a proliferar nuevos tipos de contratos - los denominados trabajos atípicos- caracterizados por su temporalidad, su carácter a tiempo parcial e, incluso, su objeto⁶⁵. Y tales cambios han ocurrido paralelamente a los

automatización, y que, desde el punto de vista del trabajador, supone el máximo control sobre el mismo y una separación tajante entre el trabajo intelectual, de planificación y control, y el trabajo manual, de ejecución directa. Se define como el conjunto de “métodos de control de tiempos y movimientos, para aumentar la productividad del trabajo. Difundidos a partir de su promotor Frederick W. Taylor (1856-1915), a quien se tiene por fundador del *management*, consisten sobre todo, en la medición del tiempo que emplean los trabajadores en realizar una determinada tarea, estudiando los movimientos que realizan, a fin de tratar de ponerlos en su orden lógico, para así a cortar al mínimo posible el tiempo empleado en conseguir una unidad de producto. Taylor también recomendó la mejora del equipo, las primas de productividad, y la cooperación de *managers* y trabajadores”, TAMAMES, R.: *Diccionario de Economía*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 265. Las tesis de *Taylor* cristalizaron históricamente en la primera línea de montaje, inaugurada por *Ford* en 1913 para la fabricación de automóviles.

⁶⁴ La característica fundamental del modelo fordista de producción es la preponderancia de los contratos de trabajo por cuenta ajena, a jornada completa, no temporales, y estandarizados o típicos, basados en un intercambio entre un elevado nivel de subordinación y de control disciplinario por parte del empresario y un elevado nivel de estabilidad y de compensaciones en prestaciones sociales y garantías para el trabajador. SUPIOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 36.

⁶⁵ El prototipo normativo del contrato de trabajo ha sido definido por GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U. en *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1989, págs. 40-41: un trabajador adulto, de constitución sana, sexo masculino y con familiares a su cargo, en posesión de una cualificación profesional, aunque sea ínfima, retribuido por ejecutar la prestación a la que está contractualmente obligado, sin responsabilidades organizativas, esto es, excluido del proceso de toma de decisiones sobre la organización en la que está inserto, ocupado a tiempo completo y todos los días, subordinado al mismo empleador, al menos potencialmente, toda su vida, dentro de una empresa instalada de mediana o grandes

cambios sociales, porque el modelo predominante de trabajador ya no es el obrero de escasa cualificación y formación que se limita a hacer un trabajo repetitivo y alienante⁶⁶, sino que se ha dado paso al trabajador con importantes niveles de cualificación, exigidos por el avance tecnológico y que incorpora a su patrimonio personal otros intereses y valores, y que reivindica su dignidad y su formación y promoción profesionales e, incluso, su tiempo de ocio.

Sin embargo, estos nuevos marcos de regulación no han hecho desaparecer las diferentes formas de organización del trabajo que el *taylorismo* había generalizado en la totalidad de los países desarrollados, sino que se produce una superposición y una multiplicidad de regímenes de producción⁶⁷. Lo nuevo y lo tradicional concurren en el mercado y en la organización económica mundial, pero no se observa una tendencia hacia la unificación del sistema con una vocación totalmente innovadora y con abandono de los criterios tradicionales que han regido la prestación del trabajo voluntario y productivo. De hecho, las formas utilizadas para adaptarse a las necesidades de los nuevos modos de organización empresarial son ya conocidas por el Derecho del Trabajo, más con fines defraudatorios que con vistas a obtener una mejor organización de los recursos, pero ni el trabajo autónomo, ni la descentralización de funciones y tareas son figuras ajenas o desconocidas para el Derecho del Trabajo⁶⁸.

El trabajo objeto del contrato de trabajo sigue siendo el trabajo prestado voluntariamente, por una persona física, por cuenta ajena y sometido al poder de

dimensiones, destinada a la producción y al cambio de bienes y servicios por un sujeto privado o público, individual o colectivo, cuya legitimación como operador económico se encuentra en la garantía constitucional de la libertad de iniciativa económica sin ulteriores justificaciones legales.

⁶⁶ Así SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 85, señala con respecto al modelo *taylorista* que se trata del modelo más logrado de falta de interés por la persona del trabajador, que ha dado lugar, a su vez, a la falta de interés del obrero por su trabajo.

⁶⁷ SUPLOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 37.

⁶⁸ Vid. GOLDIN, A.: <<El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas>>, *RL*, 1996, t. I, págs. 340-348, que advierte de la influencia de las transformaciones productivas y de las transformaciones en los modos de organización del trabajo en la noción de dependencia y en su virtualidad calificadora del contrato, así como en las propias fronteras del Derecho del Trabajo.

dirección de quien lo remunera. Constituye el elemento central y fisionómico de esta zona del Derecho constituida por el Derecho del Trabajo el trabajo humano puesto a disposición de quien lo solicita, y esto supone que, además de proporcionar la debida cobertura jurídica a las nuevas modalidades de ejecución laboral, no se pueda perder de vista la configuración tradicional del contrato de trabajo, pues si su base o razón de ser no han sido modificados, tampoco parece razonable modificar sus presupuestos o rasgos diferenciadores tradicionales, esto es, no parece necesario modificar el concepto de trabajo subordinado como determinante del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo⁶⁹. Las vías de solución a los problemas con los que se está encontrando el Derecho del Trabajo han de pasar, necesariamente, por derroteros que no impliquen el fin del Derecho del Trabajo tal y como surgió y se conoce y ha permanecido en esencia hasta el momento actual.

Ya fuera considerado como un tipo específico de arrendamiento de servicios, mediante el cual el trabajador o el empleado arrienda al empleador su propia persona como fuente de energía, en el sentido de procurar el disfrute de su propia energía a otro⁷⁰, ya como un tipo contractual autónomo, que se aleja del derecho común en aras de la salvaguarda de la dignidad del trabajador, el trabajo que constituye el presupuesto y razón de ser del Derecho del Trabajo ha sido desde su origen el trabajo que se obliga a prestar una persona dentro de la organización empresarial de otro, y, por ello, bajo su dirección, a cambio de una remuneración y en régimen de ajenidad⁷¹. Las definiciones doctrinales más antiguas no se diferencian apenas de las más modernas, flexibilizadas y

⁶⁹ Una acotación en estos términos del propio Derecho del Trabajo se contiene en VÁZQUEZ VIALARD, A.: <<El concepto de dependencia laboral frente a las nuevas prácticas contractuales. ¿Debe desaparecer o transformarse?>>, *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, 1996, n° 11, págs. 1184-1202.

⁷⁰ BARASSI, L.: *Il Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 1957, págs. 343-347. Específicamente se habla de un simple cambio de denominación en el Derecho francés, CAMERLYNCK, G.: *Droit du Travail. Le contract du travail*, Dalloz, Paris, 1982, pág. 51.

⁷¹ BARASSI, L.: *Il Diritto del Lavoro*, op. cit., págs. 265-347, delimita la relación de trabajo objeto del Derecho del Trabajo con arreglo a cinco elementos que imprimen a esta relación jurídica su particular fisonomía con respecto a otras relaciones jurídicas: la organización empresarial que hace de intermediario entre el trabajador y los consumidores, la inserción del trabajador en esa organización empresarial, la subordinación del trabajador al empleador, la desvinculación entre el trabajador y el riesgo de empresa y la conexión entre la prestación de trabajo y su retribución. COUTURIER, G.: *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1996, pág. 103.

adaptadas en atención a los cambios económicos y sociales, sin que tampoco tengan una significación de relieve las diferencias nacionales, al menos, entre países de la misma órbita.

Así como se puede afirmar que en el tiempo las notas que han caracterizado la disciplina se mantienen con relativa fidelidad, por lo que al Derecho español se refiere, desde el Código de 1923, la prestación personal de servicios en régimen de ajenidad y dependencia, y en ese sentido se han manifestado tanto la doctrina como la jurisprudencia⁷², se puede observar que tampoco en el espacio las diferencias son significativas. Se puede acudir al Derecho italiano del Trabajo, que define el contrato de trabajo con arreglo a cuatro elementos: la obligación de hacer, la relación de sinalagmaticidad entre la prestación de trabajo y la remuneración prometida por la otra parte, la subordinación y la colaboración. Hace especial hincapié en la noción de subordinación y en la idea de la colaboración (interés de empresa o comunidad de empresa), heredada de la legislación fascista de 1942, para la delimitación del contrato de trabajo, pero en esencia se refiere a la misma realidad que la delimitada por el artículo 1º LET. No define qué se entiende por contrato de trabajo, sino quién es el trabajador subordinado, en una sección que el Codice Civile titula *De los colaboradores del empresario*, considerando tal a quien presta trabajo subordinado y se obliga mediante retribución a colaborar en la empresa, prestando su propio trabajo intelectual o manual bajo la dependencia y la dirección del empresario (art. 2094 Codice Civile). Por su parte, el *Statuto dei Lavoratori* modalizó la noción de subordinación, orientándose a la introducción en la empresa de un régimen de constitucionalismo industrial, sustituyendo la voluntad autoritaria por una autoridad basada en una “relegitimación” de la empresa mediante la adecuación de sus principios de acción a todos los valores,

⁷² Vid. HINOJOSA, J.: *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Madrid, 1932, pág. 27, lo definía como “aquel por virtud del cual una o más personas que no sean funcionarios públicos en la prestación de sus servicios, se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos, fuera de todo carácter familiar o de mutuos auxilios, bajo la dependencia de aquél, sea cual fuere la forma de remuneración pactada por dicho servicio u obra”. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, pág. 54, que destacan “la incardinación del trabajador en una organización de trabajo ajena, establecida y controlada por el empleador o empresario”. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 56, contrato de trabajo es el que liga a una persona que presta sus servicios a otra, que los retribuye, organiza y dirige.

también aquellos extracontractuales y extrapatrimoniales, de los cuales es portador el factor trabajo⁷³, al mismo tiempo que la circunscribe al desenvolvimiento de la actividad debida dentro del ámbito de una organización predispuesta por el empleador. Insiste, además, el Derecho italiano del Trabajo, en el desplazamiento del riesgo económico que el trabajo implica a la persona del empleador, entendido como un criterio que aporta un complemento útil a la noción de subordinación⁷⁴ y con el que se encuentra en una relación de interdependencia, al mismo tiempo que sirve para distinguir el contrato de trabajo del arrendamiento de obras⁷⁵. La noción de contrato de trabajo, por tanto, según el marco legal descrito, se encuadra en la organización empresarial. La posición de subordinación que califica la relación como laboral viene definida en función de la organización del trabajo en la empresa, pero como elemento característico del contrato ha de ser determinada desde el punto de vista de su contenido y así se ha definido como una subordinación técnica y, sobre todo, personal, que comporta la facultad del empleador de dar órdenes e instrucciones orientadas a la obtención de un resultado, y el control de la actividad misma⁷⁶.

En el Derecho francés ni el Código Civil ni el Código de Trabajo definen el contrato de trabajo, sin embargo la doctrina se ha esforzado en colmar esa laguna, y así se ha definido como aquél por el cual una persona, denominada trabajador o empleado se compromete a poner su actividad a disposición de otra, denominada empleador, en una posición de subordinación y a cambio de una remuneración en dinero, que recibe el nombre de salario⁷⁷, o la relación que se establece cuando una persona trabaja para otra y, a cambio de una remuneración, se coloca bajo la autoridad de quien la emplea y de quien le da trabajo, y se constituye así una relación de trabajo dependiente y de

⁷³ GHEZZI, G. e ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, op. cit., pág. 29.

⁷⁴ CAMERLINCK, G.: <<Rapport de synthèse>>, en *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Dalloz et Sirey, Paris, 1964, pág. 30.

⁷⁵ MENGONI, L.: <<Le contrat de travail en droit italien>>, en *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Dalloz et Sirey, Paris, 1962, pág. 449.

⁷⁶ MENGONI, L.: <<Le contrat de travail en droit italien>>, en *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, op. cit., pág. 447.

⁷⁷ CAMERLYNCK, G.: *Droit du Travail. Le contrat du travail*, op. cit., pág. 52.

subordinación entre el empleador, que es el propietario de los instrumentos de trabajo, quien paga y da las órdenes y el trabajador asalariado, que es el subordinado que ejecuta la prestación según las órdenes recibidas⁷⁸. Tres elementos caracterizan, por tanto, la noción de contrato de trabajo para la doctrina francesa: la actividad personal del hombre, esto es, la prestación personal de trabajo; la remuneración, denominada salario, a cambio de la cual se presta la actividad y el vínculo de subordinación, “erosionada” ya de modo definitivo la tradicional oposición entre la subordinación jurídica y la dependencia económica, en tanto que el trabajador se coloca bajo la autoridad y la dirección de su empleador, que dirige y controla su actividad de trabajo⁷⁹.

Conviene hacer una referencia al Derecho anglosajón, el cual, a pesar de su diferente fundamento con respecto al continental, muestra una vez más que la realidad social subyacente al objeto de regulación del Derecho y del contrato de trabajo es siempre la misma. El Derecho anglosajón distingue entre los arrendamientos de servicios y obras *-contract for services-* y el contrato de trabajo propiamente dicho *-contract of service-*⁸⁰, y el criterio al que inicialmente acudió para llevar a cabo la distinción, y que servía, asimismo, como criterio delimitador del contrato de trabajo, era la dependencia del trabajador con respecto al empresario, concretada en la sumisión del trabajador en cuanto al modo de ejecutar su trabajo (*control test*)⁸¹. Sin embargo, debido a la insuficiencia de este criterio entendido en su sentido tradicional, proliferó la utilización, al igual que en el Derecho continental, de indicios con base en los cuales pudiera determinarse la subordinación del trabajador a su empresario, necesidad a la que responden los denominado *multiple test* o *composite test* y el *integration* o *organization*

⁷⁸ LYON-CAEN, G., PÉLISSIER, J. et SUPIOT, A.: *Droit du Travail*, 18^a édition, Dalloz, Paris, 1996, págs. 1-2.

⁷⁹ COUTURIER, G.: *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, op. cit., págs. 101-102.

⁸⁰ Vid. ANDERMAN, S. D.: *Labour Law*, Butterworths, London, 1993. DEAKIN, S. & MORRIS, G. S.: *Labour Law*, Butterworths, London, 1995. También, RIDEOUT, R. & DYSON, J.: *Rideout's principles of Labour Law*, Sweet & Maxwell, London, 1983. DRAKE, Ch.: *Labour Law*, Sweet & Maxwell, London, 1969. WEDDERBURN, K. W.: *Cases and Materials on Labour Law*, Cambridge University Press, 1967. CRONIN, J. B. & GRIME, R. P.: *Labour Law*, Butterworths, London, 1970.

⁸¹ GALIANA MORENO, J.: *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 31-32.

test, y que no supone otra cosa que la flexibilización de esta noción desde su sentido técnico estricto hasta uno más amplio que la concibe como la inserción del trabajador en la zona de influencia y en la organización del empresario. Todos estos tests o comprobaciones que el juzgador anglosajón realiza para la determinación de la existencia de un contrato de trabajo no son más que las varias manifestaciones del criterio de la dependencia o subordinación que el Derecho continental ha cifrado en el paso de una noción de dependencia técnica a una más generalizada de dependencia personal, y la conclusión que necesariamente se deriva de este dato es que éste es el criterio o la nota característica esencial de la relación de trabajo y que la distingue de otras relaciones no laborales, criterio, que, sin embargo, se suele completar por la jurisprudencia anglosajona analizando la realidad económica subyacente (*economic reality*), esto es, si la persona realiza su actividad productiva por su propia cuenta o por cuenta ajena, lo que supone acudir al criterio de la ajenidad del trabajo⁸².

No resulta excesiva una última apreciación, referida esta vez al Derecho comunitario, sobre el cual se ha afirmado que en su afán de no restringir su ámbito de aplicación y evitar una interpretación restringida de sus mandatos en los estados miembros, no utiliza el concepto de contrato de trabajo, sino que menciona los elementos que constituyen una relación contractual de trabajo asalariado: la ejecución de una prestación a favor de otro, que dirige la ejecución del trabajo y el carácter oneroso de la prestación⁸³. De donde se deriva, además, que, obviando en este momento los problemas de delimitación conceptual que puedan apreciarse entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los estados miembros, para el derecho comunitario lo que distingue un trabajo autónomo de uno que no lo es no está en la realización de un trabajo por cuenta propia, sino en la independencia o no subordinación en el modo de prestar los servicios⁸⁴.

⁸² GALIANA MORENO, J.: *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, op. cit., págs. 31-56.

⁸³ SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 139.

⁸⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho comunitario europeo>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 87-93. Finalmente, las concepciones de la doctrina hispanoamericana no se apartan de las europeas en las que se inspiran. Y así, destaca la consideración de contrato de trabajo de la prestación privada de servicios profesionales de carácter económico a cambio de una remuneración

Así pues, se puede establecer una definición genérica de contrato de trabajo, como categoría jurídica unitaria con la que se pretendió englobar un determinado modo de prestar trabajo, caracterizado sin embargo, por la diversidad de situaciones y de relaciones de trabajo, cuyo único denominador común se situó en la “heterodirección”⁸⁵. Y la afirmación en virtud de la cual se sostiene aquí que los presupuestos originarios y justificativos del contrato de trabajo no han perdido su razón de ser, todo lo más, habrán tenido que ir evolucionando y adaptándose a los cambios económicos y productivos que se han sucedido y continúan sucediéndose cada vez con más rapidez en la sociedad actual, es lo que se pretende demostrar. Los cambios legislativos, la tradicional tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y su actual contención, así como el debate acerca de la conveniencia de replantear las fronteras del contrato de trabajo e, incluso, sobre el futuro del Derecho del Trabajo, no se basan en la desaparición de los presupuestos de base sobre los que se construyó la disciplina, sino en la necesidad de dar respuesta y solución a los nuevos problemas que necesariamente acompañan a la evolución de las estructuras sociales.

correspondiente al hecho de utilizar la actividad ajena o de disfrutarla y en condiciones de dependencia o subordinación (CABANELLAS, G.: *Contrato de Trabajo*, op. cit., págs. 44-45, definía el contrato de trabajo como aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y de carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra). Concepción similar se mantiene en la actualidad y también influida por las tendencias manifestadas por el Derecho europeo: el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo mejicana establece que el contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, será aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario, definición en la que destaca la voluntad de atender a la realidad de los hechos y considerarlo existente siempre que la prestación de trabajo se realice en las condiciones que definen el contrato de trabajo. La doctrina pone de relieve la evolución y flexibilización de las nociones de subordinación y dependencia, hasta manifestar que “llegará un día -y no lo vemos lejano- en que será suficiente la prestación de un servicio personal remunerado para que deba hablarse de relación de trabajo y deba calificarse de contrato al acuerdo de voluntades precedente” (DE BUEN, N.: *Derecho Del Trabajo*, Porrúa, México, 1998, pág. 48), haciéndose eco, así, de las actuales corrientes europeas que debaten el ámbito de aplicación del contrato de trabajo.

⁸⁵ A BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, Milán, 1915 y 1917, se debe la distinción entre el trabajo autónomo y el subordinado sobre el género común de las relaciones de trabajo y la unificación de la disciplina en torno a la noción de subordinación, técnica o funcional, nunca en términos de supremacía personal, institucionalizando así la sujeción al poder del empresario. MARIUCCI, L.: <<Subordinazione e itinerari della dottrina>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, págs. 67-69. En la misma obra, PINO, G.: <<Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro>>, págs. 38-40. PERA, G.: <<Rileggendo Il contratto di lavoro (1915-17) di Ludovico Barassi>>, *RIDL*, 1998, p. I, págs. 11-12.

Las nuevas figuras profesionales del terciario no renuevan el problema del objeto del contrato de trabajo, ni de la configuración de la categoría jurídica en sí, ni de la propia disciplina. Lo que se pone en cuestión y en tela de juicio es la pervivencia de la dicotomía clásica entre trabajo subordinado, regulado y protegido, y trabajo autónomo, dejado a la libre concurrencia en el mercado y al juego de la autonomía de la voluntad. Y lo que se busca es la ruptura del binomio subordinación-protección, en aras de la consecución de mayores niveles de tutela para trabajos que no son técnicamente subordinados⁸⁶, razón por la cual no puede considerarse que la cuestión del objeto del contrato de trabajo está ya cerrada o superada.

1.- SOBRE LA CAUSA EN EL CONTRATO DE TRABAJO: LA AJENIDAD COMO PRESUPUESTO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

En el objeto y la causa del contrato de trabajo, elementos esenciales del mismo, es donde reside su rasgo más destacado, su peculiar naturaleza de contrato de carácter patrimonial con importantes elementos de carácter personal: se ha señalado que la causa del contrato es la que acoge los deberes básicos derivados del mismo, la obligación de trabajar y la de abonar el salario (patrimonialidad), mientras que los deberes accesorios, relativos al modo de ejecución del contrato, donde adquiere relieve la persona del trabajador, encuentran acomodo en el objeto⁸⁷.

El objeto del contrato se refiere directamente a la realidad sobre la que el contrato incide, por lo que ha de tener alguna conexión con las prestaciones a las que las partes se obligan por razón misma del contrato, o a las cosas y servicios sobre las que éste recae, mientras que la causa aparece referida en el propio texto legal a la obligación asumida por las partes, derivando así la cuestión desde el origen hacia la consecuencia - si se entiende que en el origen de la obligación está el contrato- y avanzando la idea de

⁸⁶ VILLA GIL, L. E.: <<El concepto de trabajador (art. 1.1)>>, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, op. cit., pág. 58. VALDÉS DAL RÉ, F.: <<Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales>>, *RL*, 2000, nº 17, págs. 1-11.

⁸⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Contrato de trabajo y derechos fundamentales>>, op. cit., págs. 15-16.

que son cosas distintas la causa de la obligación asumida a través del contrato y la causa del contrato mismo⁸⁸.

La causa como presupuesto esencial de los negocios jurídicos contractuales no ha sido un elemento de fácil acceso para la doctrina, al contrario de lo que ha sucedido con el objeto, cuya delimitación no ha presentado grandes problemas. Han sido varias las posiciones doctrinales sobre la noción de causa en el negocio jurídico, generalizadas a partir de la elevación de la causa a elemento de validez de los contratos a partir del Código de Napoleón⁸⁹. La función de la causa ha sido fijada en una doble tarea, la de definir el supuesto de hecho y la de fijar las consecuencias jurídicas que a aquél supuesto se le atribuyen⁹⁰.

El concepto de causa que aquí interesa es aquel que intenta explicar el fundamento de un negocio jurídico, la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la atención y tutela del ordenamiento jurídico. Y para ello se ha de partir de la distinción entre causa del contrato y causa de la obligación, términos que el Código civil parece confundir y que sin embargo, obedecen a realidades bien distintas. La noción de causa de la obligación es relativamente fácil de aprehender, la causa de la obligación coincide con la fuente de la misma, con su origen, por eso las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos,... (art. 1089 Cc.), esto es, el fundamento de la existencia de la obligación, del deber de dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1088 Cc.)⁹¹. La determinación de la causa de la obligación en el

⁸⁸ Esta diferencia que parece clara desde un punto de vista teórico no lo es tanto desde uno práctico. Así, la jurisprudencia ha tendido a confundirlos en algunas ocasiones, sin que, por otro lado, tenga ninguna trascendencia tal confusión, pues la sanción que el ordenamiento impone ante la invalidez de cualquiera de ellos es la misma, la nulidad del negocio: la STSJ Asturias de 20 de junio de 1997 (Ar. 1940), declaraba que no cumplía la función de intercambio de trabajo por salario el contrato firmado por quien no tiene el título o habilitación administrativa para desempeñar el trabajo que ofrece y contrata, haciendo clara referencia a la causa de la relación, cuando ya había establecido el Tribunal Supremo que eran constitutivos de ilicitud del objeto aquellos casos en los que se carece del título habilitante para ejercer la profesión (STS de 7 de diciembre de 1982, Ar. 7786). También en la doctrina se han identificado, a través de un proceso de concreción de conceptos, objeto y causa del contrato, vid. BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995, pág. 81.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., págs. 227-230. Y <<El concepto de causa en el negocio jurídico>>, *ADC*, 1963, XVI, 1, págs. 19-23.

⁹⁰ CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 189.

contrato de trabajo no ofrece ninguna duda, es el propio contrato de trabajo, que, una vez que se ha perfeccionado a través de la prestación del consentimiento, es directamente exigible y obliga. Se puede ir más allá y señalar que el objeto de la obligación es, a su vez, el objeto del contrato, porque la obligación que asume cada parte incide en el espacio físico y real acotado por el contrato.

La cuestión reviste otro cariz cuando se trata de desentrañar cuál es la causa del negocio jurídico, en este caso, del contrato de trabajo. Y la causa del contrato se refiere tanto a la razón de la conclusión del mismo como a la razón de la tutela del ordenamiento jurídico. La primera se circunscribe a la esfera interna de la voluntad de los contratantes y la segunda alude a la función social y económica que el contrato cumple y que hace que el ordenamiento repare en él⁹². De aquí se sigue que la causa de los contratos tiene un sentido doble, uno objetivo, como finalidad típica y normal querida por el ordenamiento jurídico, que se identifica con la función económico-social del contrato, y otro subjetivo, como finalidad que las partes se proponen al contratar⁹³, la conocida como “causa concreta”, que se da cuando junto a la valoración que el Derecho hace del contrato se unen la finalidad y el resultado social que las partes pretenden conseguir contratando⁹⁴.

Esta causa que anuda función económico-social y finalidad buscada por las partes en el contrato de trabajo es la cesión anticipada y remunerada del trabajo útil que en esencia constituye el objeto del contrato, porque eso es lo que pretenden las partes cuando concluyen el contrato de trabajo: el trabajador quiere obtener el salario y el empresario quiere obtener la prestación de servicios en régimen de ajenidad⁹⁵, y eso es, también, lo que pretende tutelar el ordenamiento jurídico laboral, la prestación de

⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., págs. 233-234.

⁹² Vid. CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, op. cit., págs. 179-183.

⁹³ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit.,pág. 55.

⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., pág. 236.

⁹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 708.

trabajo asalariada -realizada, además, de una determinada manera, bajo las órdenes y dentro de la organización del empresario-. Y si es el cambio de prestaciones lo que constituye la causa del contrato de trabajo, la función económico-social que éste cumple a través de ese cambio es la de la institucionalización de la apropiación pacífica de los frutos del trabajo en el seno de las relaciones de producción⁹⁶, esto es, la causa en el contrato de trabajo ineludiblemente conduce a la ajenidad que presupone las relaciones de producción en el sistema capitalista, porque junto a la función caracterizadora del negocio jurídico que la causa cumple, coexiste también una función de justificación de la atribución patrimonial que el negocio jurídico, en este caso, contrato de trabajo realiza⁹⁷.

No se quiere decir con ello que la función del contrato de trabajo sea la transmisión de un derecho de propiedad del trabajador al empresario, porque el contrato de trabajo no es el medio mediante el cual el trabajador cede al empresario su propiedad sobre el producto por él elaborado, “por la sencilla razón de que el Derecho no reconoce previamente tal propiedad al trabajador”⁹⁸. La cesión de los frutos es anticipada, se produce, ni siquiera como consecuencia de la celebración del contrato, sino que el contrato es el medio apto para juridificarla, para favorecer la composición de los intereses contrapuestos de las partes, la cesión previa o anticipada se produce desde el mismo momento en que las relaciones entre trabajadores y empresarios, o entre obreros y patronos, comenzaron a desarrollarse dentro de los esquemas que proporcionaba el sistema capitalista de producción. Se ha entendido que la cesión se produce *ex lege*, impuesta por el mecanismo de la accesión o de la especificación⁹⁹. Lo que se pretende poner de manifiesto es simplemente la conexión entre la función del contrato y del propio Derecho del Trabajo, la elevación del proceso de producción capitalista desde la

⁹⁶ CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, op. cit., pág. 81.

⁹⁷ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 108.

⁹⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 19ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 272-273.

⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, *CCDT*, 1971, nº 1, págs. 29-39. SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 12.

realidad social a la esfera de las relaciones jurídicas, con la causa del mismo y la cualidad de la ajenidad como elemento de la causa¹⁰⁰, sin que tampoco puedan llegar a confundirse, pues “mientras la función del contrato se refiere a la genérica conversión del trabajo humano en trabajo industrial productivo, su objeto y su causa se configuran como categorías ordenadas a regularla”¹⁰¹.

Resulta conveniente señalar en este punto una posición doctrinal que puede tener una importante relevancia práctica en orden a una concepción del Derecho, sobre todo del Derecho del Trabajo, que parta de principios éticos a los que el ordenamiento jurídico presta poca atención¹⁰²: la causa, entendida en el contrato de trabajo, que es un contrato oneroso y conmutativo, como el intercambio de prestaciones como medio de obtener cada una de las partes la satisfacción de su interés particular, puede verse, desde el plano estructural, afectada de insuficiencia, en tanto que no se da la equivalencia de prestaciones que se plantea necesaria para la válida constitución y protección jurídica de la especial relación contractual nacida del sistema capitalista de producción. Partiendo de la teoría marxista de la plusvalía, en virtud de la cual si una de las partes de la sociedad posee el monopolio de los medios de producción, el trabajador tiene que añadir al tiempo de trabajo necesario para su subsistencia otra cantidad de tiempo suplementario para producir los medios de vida destinados al propietario de los medios de producción, favoreciendo de ese modo el proceso de revalorización del capital, parece que el cambio que el contrato de trabajo institucionaliza nace presidido por un desequilibrio entre las prestaciones respectivas de los sujetos, porque el trabajador trabaja un tiempo que no es retribuido y la apropiación de la plusvalía por parte del propietario de los medios de producción es el modo legítimo por medio del cual el capitalista obtiene la renta de su capital¹⁰³. Si la causa resulta insuficiente, se vería afectada la propia validez del contrato.

¹⁰⁰ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 268.

¹⁰¹ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 269.

¹⁰² CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, op. cit., pág. 127.

¹⁰³ CABRERA BAZÁN, J.: <<Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo>>, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 180-181.

Sin embargo, este intento de demostrar la deficiencia de uno de los elementos estructurales del contrato, y que afecta a su propia existencia como tal, no busca provocar la alarma del lector, ni la desvirtuación de la naturaleza del contrato de trabajo en defensa de otras posibles explicaciones jurídicas de su existencia y configuración, sino simplemente llamar la atención sobre la especificidad del contrato de trabajo y de la necesidad de atender a criterios no estrictamente privatistas, que tengan en cuenta valores y principios en esencia muy cercanos a la idea de derecho, pero en la realidad poco gratas desde el punto de vista del derecho codificado¹⁰⁴.

La ajenidad forma parte, pues, de un elemento esencial del contrato, forma parte de la causa. La ajenidad ha sido identificada incluso con el elemento objetivo de la causa, con la función económico-social del contrato. Parece razonable pronunciarse, por ello, con respecto a si la situación de dependencia o subordinación en la que el trabajador realiza su prestación de trabajo, dando así satisfacción al interés del empleador, acreedor del trabajo, pertenece también al ámbito de la causa del negocio, en la medida en que la prestación laboral que constituye el objeto del contrato de trabajo no es cualquiera, sino una prestación subordinada, que se ejecuta en el modelo clásico de relaciones laborales en el seno de grandes organizaciones empresariales y que la evolución de las relaciones de trabajo ha llevado a la flexibilización y relajación de los contornos estrictos que a la subordinación se otorgaba en los orígenes de la disciplina, o bien se coloca extramuros de ella y constitutiva de una funcionalidad descriptiva del ejercicio de la prestación, cuya ubicación haya de estar en el objeto del contrato. Más allá del hecho de que el trabajador, dada la posición jurídica que ocupa con respecto al empleador, debe ejecutar su prestación ateniéndose al poder de especificación del mismo, si en los propios textos legales la subordinación viene entendida como el

¹⁰⁴ En ese mismo sentido se había ya pronunciado la doctrina, si bien con un carácter menos demoledor, RIVERO LAMAS, J.: <<Tipificación y estructura del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 167: “Sobre el contrato de trabajo los regímenes positivos están operando una remodelación continua del contenido de las obligaciones de las partes, que rompen su equilibrio formal, entendido como correspondencia causal y simétrica de las obligaciones de las partes. Lo que son quiebras múltiples de la bilateralidad para la teoría del sinalagma aparecen, en cambio, como aproximaciones del régimen regulador en la búsqueda, por la ley, de una mayor justicia del contrato. Estas aproximaciones no destruyen la esencia de la bilateralidad...”.

sometimiento al ámbito de organización y dirección del empleador, tal concepto es reconducible a la idea en virtud de la cual el interés del empresario no se satisfaría exclusivamente con la prestación de trabajo en abstracto, sino que requeriría una coordinación de la pluralidad de prestaciones laborales presentes en su organización¹⁰⁵.

Entendiendo la causa en su doble vertiente, objetiva y subjetiva, parecería razonable concluir con la interrelación existente entre el interés de la parte empleadora, ampliado ahora por las exigencias de coordinación que la entidad organizada en que la empresa consiste exigen, y la causa del contrato, que podría verse así forzada a incluir la situación de dependencia o subordinación en la que el trabajador se integra en la organización del empleador. No parece que sea posible tal interpretación, porque la situación en la que el trabajador cumple con su obligación laboral modaliza o caracteriza la relación de trabajo, pero no desde la causa del contrato, y es ese el sentido en el que se ha pronunciado la doctrina española, señalando que la doctrina italiana de la ampliación de la causa alude de modo directo a la modalización de la prestación de trabajo y a la legitimación de los poderes al respecto¹⁰⁶.

El vínculo de subordinación o dependencia en que la prestación laboral del trabajador se desarrolla constituye un elemento del objeto del contrato, porque la prestación a la que viene obligado el trabajador no es cualquier tipo de prestación de trabajo, sino que es una prestación subordinada a los intereses del empresario, subordinada a su organización y dirección¹⁰⁷.

A. Aproximación a la noción de ajenidad.

¹⁰⁵ Vid. LISO, F.: *La mobilità del lavoratore in azienda*, Bari, 1979. PERSIANI, M.: *Contrato de lavoro e organizzazione*, Padova, 1965. ZANELLI, P.: *Impresa, Lavoro e innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 1-14.

¹⁰⁶ CABRERA BAZÁN, J.: <<Contrato de trabajo y contratos de actividad>> *RPS*, 1971, n° 90, pág. 37. Y en *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, op. cit., págs. 105-127.

¹⁰⁷ APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: <<Autoridad y democracia en la empresa>>, en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (dir.): *Autoridad y democracia en la empresa*, op. cit., pág. 11.

La ajenidad o el trabajo prestado por cuenta de y para otro es un elemento esencial del contrato de trabajo y del propio Derecho del Trabajo. Su significación con respecto a su capacidad calificadora y diferenciadora de la disciplina no ha recibido un tratamiento unánime por parte de la doctrina, ni una respuesta unívoca, por cuanto que no se trata de un concepto, ni exclusivamente jurídico, ni exclusivamente jurídico laboral¹⁰⁸. Sí se trata, sin embargo, de un concepto relativamente pacífico, en el sentido de que sobre su significado primero no se plantean grandes dudas, trabajar por cuenta ajena significa que el propio trabajador no es el destinatario último y el que se aprovecha de su propio trabajo, sino que la utilidad del trabajo va a parar a otro. Ahora bien, en qué sentido haya de ser interpretada la ajenidad laboral y dónde reside su capacidad delimitadora es una cuestión sobre la que la doctrina y la jurisprudencia han mantenido una multitud de opiniones diferentes, que realzan uno u otro aspecto de la realidad multiforme que se adivina tras la expresión ajenidad.

El Derecho del Trabajo no define qué entiende por ajenidad, a los efectos de delimitar su ámbito de aplicación, sino que su determinación y su concreción se han dejado a la interpretación doctrinal y jurisprudencial, que han elaborado diversas teorías sobre el concepto de ajenidad y sobre su papel caracterizador del contrato de trabajo. Sin embargo, sí que existe una noción genérica cercana a lo que deba entenderse por ajenidad, que es la noción de enajenación, en tanto expresión próxima a la ajenidad en sentido jurídico estricto, esto es, en el sentido de transferencia de la titularidad¹⁰⁹. Aquí se sostiene que la ajenidad, trabajar para otro, no es tanto un elemento caracterizador de la relación laboral, cuanto un presupuesto de la misma, de tal modo que forma parte de la realidad social preexistente sobre la que incide el Derecho del Trabajo, y para regular y juridificar la cual instrumentaliza la figura del contrato de trabajo. Independientemente de si se considera un presupuesto o un requisito o elemento determinante, lo cierto es que su presencia es consustancial al contrato de trabajo tal y

¹⁰⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 24. Sobre el origen etimológico de la palabra ajenidad y sobre su significación jurídica, vid. ALONSO OLEA, M.: *Alienación. Historia de una palabra*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

¹⁰⁹ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 51.

como ha venido siendo entendido hasta ahora y tal y como está configurada esta característica en las normas laborales.

El trabajador no trabaja para sí, sino para otro. El provecho de su trabajo no va destinado a él mismo, sino a la persona para la cual trabaja, es lo que se denomina trabajar en régimen de alteridad, el esfuerzo del trabajador aprovecha o beneficia a una persona distinta del propio sujeto productor del bien o del servicio de que se trate¹¹⁰. Pero la ajenidad y la alteridad no son nociones equivalentes. No se escapa que la práctica totalidad del trabajo humano está en la actualidad prestado o realizado para otro, para que la utilidad directa e inmediata del mismo se integre en el patrimonio de otra persona, salvo casos aislados de autoabastecimiento, y que no todo el trabajo humano es objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo. Una alteridad cualificada es la que determina la ajenidad. En el trabajo prestado en régimen de ajenidad, bien en la iniciativa, bien en el desarrollo, bien en ambos, interviene una persona distinta de la que realiza el trabajo¹¹¹. La ajenidad es una alteridad con una nueva presencia, el intermediario capitalista¹¹². La ajenidad configura una situación inescindiblemente ligada por una relación de consecuencia lógica al sistema capitalista de producción y derivada de sus pilares básicos, la propiedad de los medios de producción y la incorporación a la esfera del empresario de la responsabilidad derivada de la colocación del producto obtenido en el mercado. En el sistema industrial el trabajador se ve privado de los medios de producción, que están monopolizados por el capital y lo único con lo que puede concurrir en el mercado para obtener medios de subsistencia es su fuerza de trabajo, que ha de poner necesariamente a disposición del capital. El trabajador enajena, así, su esfuerzo personal a otra persona, que es el propietario de los medios de producción, de las herramientas de trabajo y titular de la explotación, por ello, es a esa persona a quien corresponde el fruto obtenido con el esfuerzo de trabajo del trabajador, su utilidad patrimonial y quien tiene que correr con

¹¹⁰ BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 34.

¹¹¹ VILLA GIL, L. E.: <<Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español>>, *CCDT*, 1972, nº 4, pág. 57.

¹¹² ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, *REDT*, 1986, nº 28, pág. 502.

los riesgos de colocar en el mercado los resultados obtenidos. Los bienes o servicios producidos por el trabajador no le reportan a éste un beneficio económico directo, sino que tal beneficio corresponde al empresario, que a su vez compensa al trabajador con una parte de la utilidad que ha obtenido. La ajenidad es la nota que cualifica al salario como retribución específica del contrato de trabajo, de tal modo que lo que el trabajador percibe es una compensación económica garantizada, que no queda afectada por el riesgo de la ejecución del trabajo¹¹³. Esa es la razón con base en la cual se sostiene que la ajenidad no es propiamente una característica del contrato de trabajo, ni del trabajo objeto del contrato de trabajo, sino el presupuesto fáctico sobre el que aquél se asienta y del que parte la regulación jurídica que el contrato de trabajo arbitra. Porque no se pueden separar tajantemente todas estas manifestaciones de la ajenidad con el fin de buscar la más definitiva de la misma y la que pueda configurarse como elemento esencial de calificación y diferenciación del trabajo objeto del contrato de trabajo, sino que todos estos factores son creación y consecuencia del sistema industrial de producción y forman parte de la estructura jurídica del contrato de trabajo. Están íntimamente relacionados entre sí y no es jurídicamente posible la pretensión tendente a que uno de ellos prevalezca sobre los demás, porque no son distintos, ni contrapuestos, sino que se encuentran ligados por una relación de causa-efecto con un origen común y es por ello por lo que no parecen de recibo las distintas opciones doctrinales que buscan, poniendo el énfasis en alguna de estas manifestaciones mencionadas, el elemento tipificador de la relación de trabajo.

Esas diversas corrientes doctrinales son las que hacen girar la esencia del contrato de trabajo y el elemento que sirve para su identificación en cualesquiera situaciones límite o de dudosa calificación, en torno a la noción de la ajenidad, entendida en cada caso en alguna de sus diversas manifestaciones. Así, se ha intentado responder a la cuestión de la ajenidad en el contrato de trabajo con arreglo a una serie de posiciones: la ajenidad en los riesgos, la ajenidad en los frutos, la ajenidad en la utilidad patrimonial, la ajenidad en la titularidad de la organización y la ajenidad en el mercado. Se ha hablado también de la ajenidad en la disposición sobre el trabajo, que significaría

¹¹³ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., págs. 6-7.

trabajar sin disponer ni ordenar el propio trabajo, sin embargo, resulta claro que lo que se encierra aquí es la noción de la dependencia, noción que se trataba de ocultar en la medida en que lo que se pretendía al elaborar todas las doctrinas sobre la ajenidad era superar y abandonar la nota de la dependencia o la subordinación como la característica en la cual centrar la esencia del objeto del Derecho del Trabajo¹¹⁴. Esta ajenidad en la disposición sobre el trabajo parece también rebatida por el hecho de que en el artículo 1.1 LET son exigidas ambas nociones, ajenidad y dependencia, de donde parece derivarse que son conceptos distintos que “aunque interrelacionados, operan en planos diversos” y que una superposición de los mismos puede ocasionar problemas de calificación y deslinde¹¹⁵.

Y es que la búsqueda de un criterio sólido sobre el que delimitar las fronteras del Derecho del Trabajo ha sido una constante desde su mismo nacimiento. Ya que no todo el trabajo productivo del hombre es objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo, se hace necesaria la localización de los elementos que proporcionan la debida seguridad jurídica al sistema y sobre los cuales elaborar su ámbito de aplicación. En un primer momento, tanto la doctrina como la jurisprudencia localizaron ese criterio en la noción de subordinación o dependencia: el contrato de trabajo regulaba el trabajo dependiente o subordinado, el trabajo en el que el trabajador ponía esfuerzo personal al servicio del empresario, pero entendida esta subordinación en su sentido más riguroso y estricto, basada en unos datos o índices externos de la prestación del trabajo que la revelaban o no de un modo casi matemático. Como consecuencia de la introducción en el ámbito laboral de nuevos trabajadores y de nuevas técnicas que exigían a los trabajadores un importante nivel de cualificación, la exigencia de la dependencia hubo de flexibilizarse, más exactamente, se remodeló su fisonomía acudiendo a la flexibilización de su apreciación a través de los índices tradicionales, expandiendo su configuración, de tal modo que se permitiera la pacífica entrada de nuevas categorías de trabajadores en el ámbito del contrato de trabajo sin abandonar la necesidad de la concurrencia del requisito de la dependencia. Sin embargo, ante el alargamiento de la

¹¹⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, op. cit., págs. 23-24.

¹¹⁵ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 11.

noción y la pérdida de identidad que se empezó a apreciar, no sólo en la misma, sino por extensión, en el propio contrato de trabajo, tanto la doctrina como la jurisprudencia comenzaron a propugnar el abandono del criterio de la subordinación a favor de otros criterios que se acomodaran mejor a las transformaciones que el sistema productivo estaba exigiendo y provocando en las estructuras jurídicas. El criterio encontrado para sustituir a la dependencia en la identificación de la relación sometida al Derecho del Trabajo fue el criterio de la ajenidad, en sus diversas manifestaciones, según las distintas corrientes doctrinales¹¹⁶. Sin embargo, hay que reconocer que la ajenidad no era un elemento innovador, su presencia no sólo se había revelado en los escasos textos normativos que comenzaron a preocuparse del contrato de trabajo, sino que también jurisprudencialmente se hacía referencia al mismo, si bien, sin lograr separarlo conceptualmente de la dependencia. Así se ha manifestado que la ajenidad no era un criterio nuevo, que apareciera como más progresista y novedoso que el de la dependencia, sino un criterio inicialmente empleado por el legislador que en la práctica se reveló ineficaz, propiciando con ello la búsqueda de uno más útil, la dependencia¹¹⁷.

Una definición “aproximativa” de ajenidad entiende que trabajar por cuenta ajena supone “que una persona cede a otra sus derechos sobre el trabajo incorporable al producto, mediante la garantía de un beneficio económico determinado o determinable”. El cedente es el trabajador, que no puede vender, pero sí ceder su fuerza de trabajo y los derechos que derivan de esa fuerza, y el cesionario es el empleador, que aprovecha la fuerza de trabajo y paga por ello un precio, y la fuerza de trabajo que se presta es incorporable a un proceso productivo, por lo que la cesión juega de modo inicial.

¹¹⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, op. cit., pág. 6. SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, op. cit., págs. 23-28, recuerdan que en muchos casos en los que la subordinación está muy diluida, resulta efectivo a la hora de la calificación recurrir a diversos indicios de ajenidad, como la apropiación empresarial del producto o la interposición empresarial en la fase de comercialización en el mercado.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 149.

Finalmente, por esa cesión, el trabajador recibe una compensación determinada o determinable y garantizada por el cesionario¹¹⁸.

B. La ajenidad en el contrato de trabajo.

La teoría de la ajenidad en los riesgos destaca como hecho determinante de la ajenidad que el trabajador permanece al margen de la suerte que corra la empresa, de los riesgos económicos del ejercicio de una actividad empresarial y, de un modo más concreto y típicamente jurídico, que el trabajador no pierde su salario cuando el trabajo resulte de imposible ejecución. Así, se ha establecido que el trabajo que interesa a la disciplina es el que implica una situación de irrelevancia para el trabajador con respecto a los riesgos o venturas del resultado de su trabajo. Y se han trazado las siguientes tres características esenciales que configuran la ajenidad del trabajo: que el coste del trabajo vaya a cargo del empresario, que el fruto o resultado del trabajo se incorpore al patrimonio del empresario y que sobre éste recaiga el resultado económico favorable o adverso, sin que el trabajador sea afectado por el mismo, ni exista, por lo tanto, participación suya en el riesgo económico. Se añadía, además, expresamente que “Esa irrelevancia del riesgo de la producción para el trabajador, ese no afectarle, directa e inmediatamente precios, averías, posibilidades de venta ni resultados, constituye el elemento diferenciador de las relaciones clásicamente laborales y otras relaciones de trabajo, cuya inclusión en el Derecho del Trabajo puede resultar más o menos discutible”¹¹⁹.

Más recientemente se ha vuelto sobre esta idea de la ajenidad en los riesgos, concebida como el derecho del trabajador a un salario garantizado, esto es, se quiere poner de manifiesto que el trabajador cumple con su simple puesta a disposición del empresario y que su remuneración no quedará afectada por el riesgo que toda actividad empresarial comporta, ni por la mayor onerosidad que a lo largo del contrato pudiera

¹¹⁸ VILLA GIL, L. E.: <<Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español>>, op. cit., pág. 13.

¹¹⁹ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 15-17.

surgir en la ejecución del trabajo¹²⁰. Y se señala que resultan irrelevantes a estos efectos determinadas regulaciones normativas, como la suspensión o extinción del contrato en los casos de fuerza mayor o por causas tecnológicas o económicas, o determinadas modalidades de remuneración con cargo a los beneficios o a los resultados¹²¹.

A la teoría de la ajenidad en los riesgos se le ha achacado que, no sólo parte de una obviedad, que es la razonabilidad de que si la explotación empresarial pertenece a otro para el que se trabaja, sea ese otro, titular de la organización, quien corra con los riesgos económicos de su empresa, esto es, se trata de una mera consecuencia del sistema económico en el que se inserta la prestación de trabajo que se trata de ordenar, sino también que parte de una imprecisión conceptual, porque no es lo mismo el riesgo económico del empresario capitalista que el riesgo en sentido técnico jurídico, referido a la pérdida o destrucción de la cosa y a sus consecuencias con respecto a las obligaciones contractuales¹²², y aun tomada la noción en su sentido jurídico, se demuestra su insuficiencia, ya que hay casos normativamente regulados, en los que la pérdida del salario por parte del trabajador corre paralela a la imposibilidad de ejecutar la prestación, como los casos en los que debido a la negligencia del trabajador, no se consiguiese el resultado pactado¹²³ y que una marcha desafortunada de la empresa puede comprometer el propio porvenir profesional del trabajador si es necesaria una reducción de plantilla o una suspensión temporal de las actividades¹²⁴.

¹²⁰ SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M. y GARCÍA NINET, I.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1986, págs. 230-233.

¹²¹ Referido a los supuestos de los artículos 45, 47 y 51 de la LET. SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 7.

¹²² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 154-155.

¹²³ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, op. cit., pág. 25, en los casos de los artículos 40, 42, 47, 65, 67 y 68 de la LCT de 1944. Es el caso regulado en el actual artículo 30 LET, que, interpretado a contrario sensu, constata que el riesgo puede recaer también sobre el trabajador.

¹²⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, op. cit., pág. 27.

Una segunda orientación es la de la ajenidad en los frutos, que hace girar la esencia del trabajo objeto del Derecho del Trabajo en torno al hecho de la traslación originaria y automática de los frutos del trabajo al patrimonio del empresario, esto es, se rompe el esquema natural de las cosas porque los frutos derivados de la prestación de trabajo del trabajador no integran su patrimonio, sino que incluso antes de su producción pertenecen al empresario.

Esta distinción, se dice, es la que separa el trabajo por cuenta propia del trabajo por cuenta ajena. “Lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la atribución originaria, en que los frutos desde el momento mismo de producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador”¹²⁵. La doctrina de la ajenidad en los frutos precisa de algunas indicaciones complementarias, en tanto se añade que al hablar del trabajador, se quiere hacer referencia al mismo tiempo a su entorno familiar, porque si la persona distinta del trabajador a la que se atribuyen los frutos está integrada en la comunidad familiar del propio trabajador y son los vínculos familiares los que presiden la relación, el trabajo sigue siendo por cuenta propia. Del mismo modo, se señala que la expresión “frutos” debe ser entendida en sentido amplio, comprendiendo todo el resultado de la actividad productiva del hombre, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o asociado al resultado del trabajo de otro. Y se recuerda, también, que resulta indiferente que la persona a quien son inicialmente atribuidos los frutos realice una atribución instantánea sucesiva de los mismos a favor de un tercero, esto es, al mercado, como ocurre con la producción empresarial, que va destinada al consumidor final. Se justifica así que una consecuencia del trabajo prestado en régimen de ajenidad sea que el tercero que se apropie de los frutos del trabajo esté obligado a proporcionar al trabajador los medios de subsistencia sustitutivos de los frutos del trabajo. Y que el precio a cambio del cual se trabaja sea una remuneración denominada salario. El trabajo por cuenta ajena y libre ha de ser necesariamente remunerado, si no es remunerado no es trabajo por cuenta ajena, ni puede ser considerado por el Derecho del Trabajo¹²⁶.

¹²⁵ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 50.

¹²⁶ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 56-57.

Finalmente, ya desde esta opción se destaca el hecho de que es en la propia realidad social donde se ha operado la ruptura del esquema tradicional y donde se produce, por tanto, esa atribución inicial del resultado del trabajo a persona distinta del productor, sin que sea necesario para ello la presencia del Derecho, esto es, sin que haya habido una transmisión de la propiedad operada en virtud del contrato de trabajo. “La atribución ocurre, en el trabajo por cuenta ajena, en virtud de una singular relación social entre el trabajador y el adquirente de los frutos, que preexiste a la ejecución del trabajo y que se estructura jurídicamente de modos -varios y diversos- muy peculiares”¹²⁷. Y esto es importante porque contribuye a la afirmación aquí sostenida en virtud de la cual la ajenidad no califica el contrato de trabajo, sino que lo busca, lo hace posible porque muestra una realidad que es necesario regular y que el contrato de trabajo viene a cubrir. Esta opción doctrinal reconoce la situación de dependencia jurídica que la relación de trabajo por cuenta ajena implica, pero al respecto sostiene que no es más que una consecuencia o un efecto de la ajenidad, ya que si los frutos del trabajo pertenecen originariamente a persona distinta de la que los produce, ésta es la que se reserva la facultad de dirigir y controlar el trabajo y de coordinar la producción de cada trabajador con la de los restantes. La dependencia es inconcebible sin la ajenidad porque deriva de ella, si no existiera la ajenidad así entendida no se justificaría jurídicamente la subordinación del trabajador al empresario¹²⁸.

La doctrina de la ajenidad en los frutos es, sin duda, la más completa de las que han intentado sustentar la esencia del contrato de trabajo sobre la ajenidad, y cuenta con un apoyo legal del que carecen las demás interpretaciones, el artículo 23 de la LCT de 1931 ha sido el único precepto normativo en el que se ha intentado dar una definición a esta nota esencial del contrato de trabajo, y lo hacía en los siguientes términos: “El producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél por el hecho mismo del contrato”. Desde el carácter poco afortunado de la expresión “frutos”, por resultar inadecuada la identificación entre

¹²⁷ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 50.

¹²⁸ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 61. MARTÍN VALVERDE, A.: <<Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho del Trabajo* del profesor Alonso Olea>>, *REDT*, 1996, nº 77, págs. 418-419.

estos y el producto o resultado del trabajo¹²⁹, así como por no compadecerse con el sistema de producción industrial¹³⁰, pasando por el dato, que salva la propia tesis, calificándolo de irrelevante, de que en la mayoría de las ocasiones el producto del trabajo pasa automática y originariamente a la clientela¹³¹, se termina señalando que la objeción definitiva es aquella que resalta el hecho de que la ajenidad en los frutos no puede ser la realmente definidora del trabajo objeto del Derecho del Trabajo porque existe también en otros contratos distintos al de trabajo, como el trabajo de los profesionales liberales o el arrendamiento de obras sobre material ajeno¹³².

La doctrina de la ajenidad en los frutos es en parte compartida por otro sector, que, a partir de las críticas efectuadas, establece que lo que en realidad transmite el trabajador al empresario no son los frutos o productos, sino utilidades patrimoniales susceptibles de valoración económica. La utilidad patrimonial del trabajo realizado va siempre a persona distinta del trabajador, al empresario, incluso en los casos en los que “el resultado material del trabajo aprovecha directamente a un cliente distinto del empresario, pues, en definitiva, es éste quien hace suya en todo caso la utilidad patrimonial derivada del trabajo”¹³³.

Para superar los inconvenientes expresados a la teoría de la ajenidad en los frutos e, incluso, añadiendo otros nuevos, como la imposibilidad del juego de la atribución inicial y originaria de los resultados del trabajo, teniendo en cuenta que el trabajador mal puede operar una transmisión de propiedad sobre algo que no le pertenece y que en ningún momento le ha pertenecido, la doctrina de la ajenidad en la

¹²⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Trabajo y Derecho*, op. cit., pág. 26.

¹³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo>>, op. cit., pág. 151-152.

¹³¹ MONTOYA MELGAR, A.: *Trabajo y Derecho*, op. cit., pág. 27.

¹³² MONTOYA MELGAR, A.: *Trabajo y Derecho*, op. cit., págs. 26-27. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo>>, op. cit., págs. 152-153. ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, op. cit., págs. 28-29.

¹³³ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 36 y *Trabajo y Derecho*, op. cit., págs. 27-28.

titularidad de la organización propugna esta nueva interpretación de la ajenidad, que pretende explicar la atribución del resultado material del trabajo al empresario, así como la necesidad de la dependencia y de sus índices reveladores y de la atribución al empresario del poder de dirección y de organización. Sostiene esta nueva tesis que la característica definitoria de la ajenidad en el contrato de trabajo viene determinada por el hecho de la inserción del trabajador en una organización ajena, en que el trabajador presta sus servicios trabajando sobre materiales o utilizando instrumentos cuya titularidad corresponde al empresario¹³⁴, esa es la razón de que al empresario retorne el producto del trabajo y tenga el poder de disposición sobre él, cuyo fundamento jurídico reside en la accesión, más concretamente, en la especificación¹³⁵.

Finalmente, se ha sostenido una nueva interpretación de la ajenidad con la posición que defiende la ajenidad en el mercado, según la cual lo que caracteriza a la producción industrial capitalista es que se trata de una producción para el mercado, “para un mercado anónimo y cada vez más amplio”, ocurre que “el productor directo es jurídicamente ajeno a los consumidores de sus -que no son suyos- productos”. Se opera una “desconexión jurídica entre el trabajador y el destinatario final del producto (bien o servicio) de su trabajo”¹³⁶. Los resultados de la actividad desarrollada por el trabajador son colocados en el mercado por el empresario, por el titular de los productos y de los medios de producción. Lo que caracteriza a las relaciones laborales frente a las que no lo son, como el arrendamiento de servicios o la ejecución de obra, es que las relaciones laborales nacen cuando un tercero, el empresario, se interpone entre el trabajador y el destinatario final de la producción, el cliente. La primera objeción que puede hacerse a esta tesis la propone su mismo defensor y, con igual celeridad y por razones de coherencia, la combate: hay relaciones laborales en las cuales no aparece esta relación tripartita entre trabajador, intermediario y mercado de bienes y servicios, porque no son

¹³⁴ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 497, la califica como la primera forma de ajenidad del trabajador, la ajenidad en los medios de producción.

¹³⁵ La tesis de la ajenidad en la titularidad de la organización ha sido expuesta y defendida por ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, op. cit., págs. 39-41.

¹³⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, op. cit., págs. 499 y 515.

relaciones producto del sistema capitalista de producción, que es un mero sistema económico. Se está refiriendo a la peculiaridad de determinados empresarios o empleadores, cuya finalidad directa no es la producción de bienes y servicios para el mercado, sino la gestión de determinadas obras de carácter benéfico o ideológico, como las instituciones privadas sin ánimo de lucro, tales como partidos políticos, sindicatos, iglesias,... o, las Administraciones Públicas, cuya actuación en el mercado se justifica con base en la defensa del interés general. Con respecto a estos dos tipos de relaciones logra establecer la relación a tres bandas que justifica su encaje en la teoría de la ajenidad en el mercado, porque, calificándolas de supuestos atípicos, consigue demostrar su realización para el mercado. “Los partidos, sindicatos, iglesias, etc., actúan para un mercado de servicios *sui generis*, en el que no se produce la realización directa de la plusvalía, sino -en todo caso- participación en la plusvalía colectiva generada por el sistema en su conjunto. Y, por consiguiente, el trabajo de los trabajadores a su servicio no es un trabajo prestado <<a tales sujetos>>, sino <<por cuenta de tales sujetos>>, al público en general”¹³⁷. A la misma conclusión se llega en el caso de la Administración Pública, que actúa para un mercado, el de servicios públicos, que es un mercado especial, desprovisto de su genuina finalidad económica, pero en el que también funcionan las reglas derivadas de la teoría de la plusvalía y cabe, por ello, hablar de la ajenidad del trabajo en él prestado. Se menciona todavía una tercera relación en la que no se da la ajenidad, en la que no aparece un intermediario entre el productor y el consumidor, por la sencilla razón de que el consumidor es el propio empresario, esto es, la relación de trabajo al servicio del hogar familiar, relación que por ello, por no existir ajenidad, se declara fuera del ámbito laboral, lo que implica que su inclusión por parte del Estatuto de los Trabajadores de 1980 fue una inclusión constitutiva, debido a razones de política legislativa y no a la verdadera naturaleza de su prestación.

Esta postura convierte un elemento externo de las relaciones de trabajo en un elemento interno y definitivo en la estructura del contrato de trabajo. Hace de la producción para el mercado de bienes y servicios la causa misma del contrato de

¹³⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 509.

trabajo: “se trabaja para alguien que no pretende aprovechar el producto del trabajo para sí, en cuanto valor de uso, sino que pretende realizar en el mercado su valor de cambio, obteniendo un beneficio (en breve: un empresario). Esa es la función económico-social típica del contrato tutelada por el ordenamiento jurídico. Esa es, pues, su causa¹³⁸”. Una interpretación tal lleva a su autor a sostener que lo que realmente caracteriza la relación de trabajo es la persona -física o jurídica- receptora de los servicios que constituyen su objeto, porque sólo un empresario -físico o jurídico- tiene como función la intermediación en el mercado con el objeto de obtener un beneficio (realizar la plusvalía). Y esta conclusión se opone no sólo a la concepción legal de las figuras de empresario y trabajador, definidas en el artículo 1 LET del modo justamente contrario, esto es, el empresario se define en función de la noción de trabajador, que es quien “voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, definido éste como toda persona, física o jurídica o comunidad de bienes que recibe la prestación de servicios de las personas calificadas como trabajadores¹³⁹, sino, sobre todo, porque se trata de una construcción artificial, internamente relacionada y que se sostiene exclusivamente sobre pilares que no pasan de hipótesis, como puede comprobarse fácilmente en la concepción del trabajo del servicio doméstico, que, como no realiza el requisito de la ajenidad en el mercado, no puede calificarse de laboral y, por ello, sirve para demostrar la virtualidad de tal criterio. Lo mismo ocurre con el carácter de empresario de las entidades sin ánimo de lucro e, incluso, sin personalidad jurídica, cuya cualidad empresarial a los efectos laborales se encuentra en la propia norma, pero que esta postura intenta cimentar sobre la conversión del elemento externo mercado en elemento interno causal del contrato de trabajo¹⁴⁰.

¹³⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 543.

¹³⁹ También es la tesis mayoritariamente defendida, vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 665-666. GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., págs. 281-283.

¹⁴⁰ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 544, sostiene que es esa conversión la que permite caracterizar como contratos de trabajo aquellos supuestos de trabajo para instituciones sin ánimo de lucro y para las Administraciones Públicas, donde, presente el elemento estructural de la intermediación, falta, sin embargo, el elemento funcional del ánimo de lucro.

La teoría de la ajenidad en el mercado ha sido objeto de una detenida crítica¹⁴¹ que lleva a que no pueda elevarse a criterio definitorio y delimitador de la relación laboral, porque sostener tal consideración supone la afirmación de un juego dialéctico, favorecido desde el momento en que se reconoce que la ajenidad forma parte de la causa del contrato de trabajo, y que se pone de manifiesto en la relación de trabajo del servicio doméstico. Se destaca la ajenidad en el mercado como nota característica más elemental y definitoria del contrato de trabajo; esa nota no está presente en ese tipo de trabajo, por lo tanto, se concluye con su exclusión de la dogmática del contrato de trabajo. Pero, al mismo tiempo, se justifica la doctrina de la ajenidad en el mercado acudiendo a la no laboralidad interna de la relación del servicio doméstico, porque no se da en ella esta específica manifestación de la ajenidad que es la ajenidad en el mercado.

La laboralidad de la relación del servicio doméstico está fuera de toda duda. La generalidad de la doctrina entiende que se trata de una relación de trabajo en la que se dan todas las notas que caracterizan el contrato de trabajo, y por ello, la exclusión operada por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 fue una exclusión constitutiva, efectuada por motivos de índole extrajurídica¹⁴². Por lo tanto, esta es la crítica más decisiva que puede hacerse a la postura doctrinal que pretende haber encontrado en la ajenidad en el mercado un criterio que se basta por sí sólo para determinar la laboralidad o extralaboralidad de una relación de trabajo, no se da tal manifestación de la ajenidad en la relación de trabajo al servicio del hogar familiar, pero objetivamente se trata de un contrato de trabajo, porque se cumplen los requisitos para ello. No está presente la

¹⁴¹ VALLE MUÑOZ, J. M.: <<Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español>>, *RT*, 1988, nº 89, págs. 87-92, critica, entre otras afirmaciones, el intento del autor de integrar el contrato de trabajo en una construcción previa de la ajenidad con base en postulados marxistas, así como la concepción de la ajenidad como un concepto anterior al surgimiento del contrato; que esta manifestación de la ajenidad no siempre se da en la práctica, pues el empresario no siempre obtendrá del producto del trabajo su beneficio, porque de su voluntad dependerá el establecimiento de la relación trilateral, es él quién decide colocar los productos en el mercado, y, finalmente, que la inexistencia de ajenidad en el mercado en el contrato de ejecución de obra no puede elevarse a motivo de laboralidad. LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 369, manifiesta que la ajenidad en el mercado es una consecuencia de la inicial atribución de utilidad patrimonial que el contrato de trabajo juridifica.

¹⁴² Entre otros, VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C.: *Introducción a la economía del trabajo*, op. cit., pág. 509.

ajenidad en el mercado, pero aún así, se trata de una relación en la que se realiza un trabajo por cuenta ajena para satisfacer las necesidades propias de un hogar y bajo la dependencia de quien lo ordena, con el objeto de obtener un salario que contribuya a la propia subsistencia, la utilidad patrimonial del trabajo va a persona distinta de quien lo realiza, es otro quien se aprovecha de los frutos del trabajo del trabajador, no hay ajenidad en el mercado, pero sí se configura la ajenidad en la fuerza de trabajo¹⁴³.

La ajenidad en el mercado explica el propio funcionamiento del sistema capitalista de producción, junto con las demás manifestaciones descritas de la misma. En realidad, se defiende desde esta posición doctrinal una noción plural y global de la ajenidad que abarca todas las manifestaciones de la misma que aquí se han mencionado. Para ella, la ajenidad en los frutos y en la disposición de la fuerza de trabajo (la dependencia) derivan de la ajenidad en la titularidad de los medios de producción o titularidad de la organización, mientras que la ajenidad en el mercado engloba la ajenidad en la utilidad patrimonial y en el riesgo¹⁴⁴, y todas ellas, interdependientes unas de otras, como se tiene reconocido, tipifican un fenómeno económico y social que exigió la tutela y regulación jurídicas que el derecho del contrato de trabajo proporciona en un momento histórico determinado¹⁴⁵. La ajenidad, en todas y cada una de sus manifestaciones, es una noción “puramente descriptiva de la realidad social sobre la que se proyecta el contrato”¹⁴⁶, está en la base de la función del contrato de trabajo, surgió con el objeto de juridificar el modo de trabajar que la ajenidad misma implicaba. Por eso se afirma que la ajenidad forma parte de la causa del contrato. Pero no la ajenidad entendida como ajenidad en el mercado, que parte del interés exclusivo del empresario, sin tener en cuenta el del trabajador, porque la teoría de la ajenidad en el mercado

¹⁴³ VALLE MUÑOZ, J. M.: <<Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español>>, op. cit., pág. 90.

¹⁴⁴ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 536.

¹⁴⁵ También concibe la ajenidad laboral como una noción compleja, que, partiendo de la atribución inicial de los frutos al empresario, reconoce como parte de la misma la inexistencia de medios de producción propios, la retribución del trabajo a través del salario, y el alejamiento del trabajador de riesgos y mercado de consumo, LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., págs. 355-370.

¹⁴⁶ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 271.

sostiene que la causa del contrato de trabajo es la obtención-realización de la plusvalía, la obtención de un beneficio, convirtiendo el valor de uso en valor de cambio, sin que pueda tenerse en cuenta el interés del trabajador, que será el mismo que cuando celebre cualquier otro tipo de contrato, la obtención de una renta y, por ello, irrelevante si de lo que se trata es de la delimitación del contrato de trabajo y su separación de otras figuras afines¹⁴⁷. Esta configuración de la causa implicaría que el trabajador pudiera desconocer la causa del contrato, porque podría no conocer la voluntad e intencionalidad del empresario, y eso podría acarrear la nulidad del negocio¹⁴⁸.

El desarrollo productivo y social y las crisis económicas han hecho surgir nuevas formas de trabajar y nuevos tipos de trabajo. Se trata de una evolución que no ha seguido, por supuesto, una trayectoria uniforme, pero sí continua, que ha necesitado, por ello, de unos caracteres que identifiquen y separen el fenómeno a regular de otros fenómenos necesitados de su propio ámbito normativo. Y esos caracteres, que no pueden ser rígidos, ni inamovibles, ni intangibles, porque los hechos fácticos que delimitan no lo son, han de irse acomodando a las variaciones que se van sucediendo, pero sin perder de vista su objetivo central, que era el de identificar una parcela de naturaleza semejante. Ese criterio se encontró en la situación de dependencia o subordinación, tanto jurídica como económica, que ha caracterizado siempre, en mayor o menor medida, ciertas formas de prestar trabajo. Se parte de la ajenidad como presupuesto que configura el hecho social y económico a identificar y regular, y a partir de ella, se necesita algo más para la calificación laboral de la relación. Desde el punto de vista que pretende erigir la ajenidad como criterio delimitador del contrato y del propio Derecho del Trabajo, se justifica que se intente hacer derivar la dependencia de la ajenidad. En cierto modo ello es así, en tanto que mencionar la ajenidad es mencionar un determinado sistema que exige un determinado trabajo, que es el trabajo subordinado.

¹⁴⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo>>, op. cit., págs. 542-543.

¹⁴⁸ VALLE MUÑOZ, J. M.: <<Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español>>, op. cit., pág. 91.

No se pretende enfrentar ambas nociones, ajenidad y dependencia, como suele ser habitual en la doctrina, porque no hay duda de que si algunas de ellas falta, no hay contrato de trabajo, pero si hay que buscar una noción que sirva de criterio identificativo y, al mismo tiempo delimitador, que sirva para solucionar casos límite, esa noción no parece que pueda ser la ajenidad, aisladamente considerada y en cualquiera de sus manifestaciones. La ajenidad necesita ser completada con otra noción que introduzca el elemento caracterizador del trabajo prestado en provecho de otro. Y es que el contrato de trabajo a lo que hace referencia es a un modo de prestar trabajo caracterizado por la falta de autonomía del trabajador a la hora de ejecutar su prestación contractual, por su sometimiento al poder ordenador y sancionador que el ordenamiento otorga al empresario, y no al alejamiento del trabajador con respecto a la titularidad de los medios de producción, del resultado de su trabajo y de la utilidad patrimonial del mismo¹⁴⁹, eso es el hecho social que el Derecho del Trabajo regula y eleva a la categoría de relación jurídica a través del contrato de trabajo¹⁵⁰.

La única referencia que contiene la legislación laboral española al sentido que pueda tener la expresión ajenidad se encuentra en los artículos 1.3, f) y 2.1, f) de la LET, donde se lleva a cabo la determinación de qué mediadores mercantiles entran en el ámbito de aplicación de la normativa laboral y cuáles lo hacen en el de la normativa mercantil, y ello con base en la asunción o no por parte del trabajador del riesgo y ventura de la operación, respondiendo o no de su buen fin, esto es, la ajenidad en los riesgos aparece, al menos legalmente, como el criterio delimitador entre un contrato de trabajo y otro de naturaleza extralaboral. Sin embargo, la evolución posterior de ambos tipos de actividad y la riqueza de matices que la práctica proporciona han terminado por hacer depender la laboralidad o mercantilidad de esta relación de otros criterios. No es éste el momento de entrar en esta cuestión, pero sí se quiere poner de manifiesto desde

¹⁴⁹ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 272.

¹⁵⁰ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 16, entienden que las nociones de ajenidad y dependencia se encuentran en el mismo plano causal, una es causa y consecuencia de la otra, por lo que no puede hablarse de ajenidad como elemento constitutivo y dependencia como régimen jurídico, o de dependencia como elemento constitutivo frente a ajenidad, régimen jurídico. Ambas nociones desempeñan funciones delimitadoras y reguladoras. Vid. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Universidad de Valladolid, 1996, págs. 20-21.

ahora que, en tanto que en ambos tipos de actividad de mediación, la de los denominados representantes de comercio -o, incluso, prestada dentro de los límites de un contrato de trabajo común-, y la de los agentes comerciales, se puede dar el caso de un trabajo prestado por cuenta ajena, porque también los agentes comerciales que regula la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia, pueden trabajar para otro y en nombre de otro, que es el empresario comitente, que puede quedar vinculado en su propio nombre a la conclusión del negocio, la ajenidad pierde toda su virtualidad configuradora de relaciones exclusivamente laborales, ya que también puede estar presente en relaciones de otra naturaleza¹⁵¹. Y a esa misma conclusión llegó el legislador cuando introdujo como criterio distintivo entre ambos tipos de actividad la dependencia de la relación laboral frente a la independencia que caracteriza a la mercantil (art. 2.2 LCA).

La jurisprudencia cumple un papel definitivo en la delimitación e interpretación de las categorías jurídicas. Las manifestaciones y opiniones acerca de lo que la ajenidad pueda ser y de su incidencia a la hora de incluir o excluir una determinada relación de trabajo en el ámbito laboral han sido utilizadas para desentrañar la naturaleza jurídica de relaciones de trabajo cuyos perfiles no estaban delimitados con la suficiente claridad. Y así, por ejemplo, se ha excluido del contrato de trabajo una relación en la cual se había pactado la entrega del resultado cuando el trabajador entendiera haberlo concluido¹⁵², sin que pueda apreciarse, por tanto, aquella manifestación de la ajenidad que se ha denominado ajenidad en los frutos, y que no supone otra cosa que lo pactado no es la actividad de trabajo del trabajador a cambio de un salario, sino un contrato de ejecución de obra cuyo objeto se limitaba al encargo de un resultado concreto, resultado que determinaría el pago o retribución, que no sería nunca salarial. En el mismo sentido, atendiendo a la interpretación y aplicación jurisprudencial de las diversas manifestaciones de la ajenidad, se puede demostrar por qué este criterio ha sido calificado de inocuo y poco útil como criterio diferenciador¹⁵³. Así, tanto si se atiende a

¹⁵¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 627 y 641. SSTs de 7 de julio de 1996 (Ar. 5631) y de 21 de octubre de 1996 (Ar. 8177).

¹⁵² SSTs de 25 de abril de 1969 (Ar. 2057) y de 13 de abril de 1989 (Ar. 2967).

¹⁵³ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 271.

la llamada ajenidad en la titularidad de la organización, como a otros índices indicadores de la presencia de la ajenidad: la específica remuneración derivada del servicio prestado en régimen de ajenidad, la existencia de un ánimo de lucro especial en la persona del trabajador (lucro empresarial), la ajenidad en los riesgos, lo cierto es que siempre será necesario recurrir a otros factores para apoyar o desechar la calificación laboral, porque, por sí misma, la ajenidad en sus diversas manifestaciones y en sus distintos modos de revelarse en la práctica de las relaciones industriales no resulta suficientemente identificativa.

No sólo hay una asunción de riesgos compatible con el contrato de trabajo¹⁵⁴, sino que tampoco la utilización en la prestación de trabajo por parte del trabajador de útiles e instrumentos de su propiedad ha supuesto ningún obstáculo para la calificación jurídico laboral de la relación en cuestión¹⁵⁵. Por su parte, la ausencia de retribución, la retribución insuficiente o las retribuciones no típicamente salariales, como las comisiones, la participación en beneficios o la retribución mediante honorarios profesionales, o un porcentaje sobre los mismos, no desvirtúan por sí mismas el carácter laboral de una relación de trabajo. Téngase en cuenta que, si realmente hay prestación de trabajo dependiente y en régimen de ajenidad, ante su ausencia o insuficiencia, lo que se genera es una obligación legal de abonar el salario debido, pero no la exclusión de laboralidad de la relación. Del mismo modo, tanto legal como jurisprudencialmente están consideradas como propias de relaciones jurídico laborales las comisiones y otros tipos de retribución de tipo variable -es, básicamente, la retribución del representante de comercio-. Los honorarios profesionales no pueden calificar por su sola presencia un arrendamiento de servicios, sino que, por el contrario, es la prestación de servicios profesionales en régimen objetivamente extralaboral lo que convierte la remuneración

¹⁵⁴ STS de 6 de junio de 1987 (Ar. 5086).

¹⁵⁵ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 374, entiende que “la aportación por el trabajador de medios materiales de trabajo sólo contraviene la laboralidad de una relación si por su *entidad* hacen de aquél un profesional que vive, más que de su personal trabajo, de la explotación de dichos medios”. Es clarificador al respecto el ejemplo del transportista, antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1994, que alteró sustancialmente la cuestión, pues tal actividad que entró en el ámbito laboral a raíz de la STS de 26 de febrero de 1986 (Ar. 834), que establecía la existencia de contrato de trabajo cuando apareciera predominante la actividad de trabajo frente a la propiedad del vehículo por parte del trabajador, que constituía una herramienta más para la realización de la actividad de la empresa de transporte.

en honorarios profesionales y no en salario¹⁵⁶. Un caso especialmente curioso viene constituido por la retribución a través de propinas, cantidades que no provienen del empleador, sino de terceras personas ajenas a la relación y sobre las cuales la jurisprudencia ha elaborado una doctrina que no se aleja de las posiciones que aquí se sostienen: han sido calificadas como salario en aquellas ocasiones en que la empresa tiene bajo su control el percibo, la acumulación y distribución de las mismas y, sobre todo, cuando garantiza un salario mínimo, en estos casos, no se puede excluir el contrato de trabajo con base en que la retribución pactada sea no salarial¹⁵⁷.

En conclusión, si bien es verdad que se han dado casos en los que una específica retribución del trabajo pactado es totalmente ajena a la naturaleza laboral de la relación y, con base en ello, se ha excluido del ámbito laboral¹⁵⁸, tal dato no puede más que ser calificado como un mero indicio, y el carácter extralaboral habrá de deducirse atendiendo a otros criterios, porque la relación retribución-naturaleza jurídica de un determinado contrato se presenta en el sentido inverso: si hay relación laboral, su precio se denomina salario¹⁵⁹. Esta tendencia se manifiesta en los pronunciamientos jurisprudenciales que, al margen de otras cuestiones relativas a la ajenidad, analizan si la actividad se presta en el seno de una organización¹⁶⁰, lo que implica una orientación a hacer prevalecer el criterio de la dependencia frente al de la ajenidad.

Las objeciones hechas al criterio de la ajenidad son objeciones a su configuración como elemento determinante por sí mismo a la hora de la delimitación del ámbito de aplicación del contrato de trabajo, pero no al hecho mismo de su existencia. Es cierto que aquí se sostiene que la ajenidad se muestra insuficiente a tales

¹⁵⁶ Vid. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: <<Costas de abogado y contrato de trabajo>>, *AL*, 1992, vol. I, págs. 95-100.

¹⁵⁷ SSTS de 7 de junio de 1986 (Ar. 3962) y de 10 de noviembre de 1986 (Ar. 6306).

¹⁵⁸ SSTS de 6 de junio de 1983 (Ar. 2972) y de 1 de febrero de 1984 (Ar. 821).

¹⁵⁹ Un análisis detallado de los diferentes tipos de remuneración y su incidencia en la calificación del contrato de trabajo en LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., págs. 377-401.

¹⁶⁰ Como ha puesto de manifiesto LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., págs. 409-410.

efectos, y ello porque no es capaz de definir en su especificidad el fenómeno que el contrato de trabajo pretende regular, porque es posible pensar en relaciones por cuenta ajena que no son laborales, como el contrato de mandato o el de ejecución de obra. Se trata de relaciones en las que se trabaja para otro y la cualidad que las hace no laborales no reside en una determinada coetilla o interpretación específica que se dé al término ajenidad, sino en otro lado, en el modo de ejecutar la prestación. No es posible olvidar que ambas nociones fueron inicialmente confundidas en la delimitación del trabajo objeto del contrato de trabajo¹⁶¹, pero también es cierto que es una nota de la cual no se puede prescindir porque es la base sobre la que se asienta la dependencia, y es en ese sentido en el que se sostiene que la ajenidad constituye el presupuesto habilitante del contrato de trabajo: el trabajo objeto del contrato de trabajo es un trabajo prestado por cuenta ajena y bajo la dependencia o subordinación de ese ajeno.

2.- SOBRE EL OBJETO EN EL CONTRATO DE TRABAJO: LA SUBORDINACIÓN EN EL MODO DE EJECUTAR LA PRESTACIÓN LABORAL.

Es pacífica la consideración del objeto de los contratos como la materia social afectada por el negocio, la realidad social base del contrato, por lo cual es susceptible de adoptar las más variadas formas y posibilidades, lo que no ha sido obstáculo para la búsqueda y localización de un concepto unitario del mismo a partir de la idea de interés. Así, se ha circunscrito el objeto del negocio jurídico contractual a aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes¹⁶².

En el contrato de trabajo hay dos realidades, reconducibles la una a la otra, que pueden constituir su objeto: las prestaciones a que vienen obligadas las partes, que serán la prestación de trabajo a cargo del trabajador y la prestación de salario a cargo del empresario, o bien el trabajo mismo, entendido no en el sentido de constituir una de las

¹⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 147.

¹⁶² DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 202.

obligaciones a cargo de una de las partes, sino como parcela de la realidad que, realizado de un determinado modo, desencadena la aplicación de la normativa laboral y convierte la relación en contrato de trabajo¹⁶³. En la actualidad no parece haber reparos en calificar la energía humana como mercancía, destinada al mercado como cualquier otra para ser intercambiada y proporcionar medios de subsistencia, reconociendo que se trata de una mercancía especial, unida y, a la vez, separada, de la persona del trabajador¹⁶⁴.

Es común considerar que el objeto del contrato de trabajo está constituido por la prestación que una parte se obliga a ejecutar a favor de la otra, porque eso es lo que interesa a cada una de las partes, y, además, ese intercambio de prestaciones se realiza de una manera precisa, en posición de dependencia o subordinación¹⁶⁵. Avanzando por este camino, se ha hablado de “cualquier actividad humana susceptible de utilidad para el empleador en tanto que ya útil para el trabajador”¹⁶⁶, expresión que hace hincapié en la productividad del trabajo que haya de constituir el objeto del contrato de trabajo, en tanto que éste no es más que el instrumento destinado a la articulación jurídica del modo de producción capitalista y este modo de producción exige que el trabajo se ponga en contacto con el capital y lo revalorice, siendo entonces cuando el trabajo humano es, además, productivo.

El objeto del contrato de trabajo, la prestación laboral, se caracteriza por ser una obligación parcialmente determinada, cuya concreción final depende de dos tipos de criterios, la clasificación profesional y la definición de la categoría o grupo en el que se

¹⁶³ En el mismo sentido, MOLERO MANGLANO, C. y otros: *Estructura del contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 21.

¹⁶⁴ CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Akal, Madrid, 1981, pág. 72.

¹⁶⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 707. En el mismo sentido, ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 55-56. SEMPERE NAVARRO, A. V.: <<Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 710, señala que la jurisprudencia suele circunscribir el objeto del contrato de trabajo a la prestación laboral del trabajador, realizada por cuenta y bajo dependencia ajena.

¹⁶⁶ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 266.

va a encuadrar la prestación, así como los límites establecidos legal y convencionalmente al *ius variandi*, y el poder de especificación del empresario, derivado de la incorporación del trabajador a la esfera jurídica del empleador, razón por la cual queda la configuración y el contenido del objeto de la prestación sometido a la evolución que experimenten las relaciones técnicas de producción y ello sin perjuicio de que la prestación laboral sea una prestación “polivalente” (art. 16 LET)¹⁶⁷.

Apartándose en cierta medida de esta posición, y desde una perspectiva que pretende la individualización del contrato de trabajo con respecto a otros tipos contractuales, se ha estudiado la cuestión estableciendo la relación existente entre el objeto y la causa del mismo, reduciendo el objeto a la mera prestación de servicios retribuidos y cualificándolo con la causa, entendida como elemento finalista en virtud del cual las partes pretenden la traslación remunerada de la utilidad patrimonial que produce el trabajo humano¹⁶⁸, poniendo así de manifiesto la relación existente entre la causa en el contrato de trabajo y el régimen de ajenidad que presupone cualquier prestación laboral, pero también haciendo resurgir la vieja “polémica” entre la ajenidad y la dependencia a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la normativa del contrato de trabajo, por lo que la cuestión, desde la posición que aquí se sostiene, en realidad se invierte, y así, resulta que es un elemento del objeto del contrato (la subordinación en el modo de ejecución laboral) el que cualifica a un elemento de la causa (la ajenidad en la prestación del servicio) y configura el campo acotado por el contrato de trabajo.

A. Sobre el origen y la evolución jurídica de la noción de subordinación.

¹⁶⁷ ALEMÁN PÁEZ, F.: <<Autonomía individual, determinación y determinabilidad del objeto del contrato de trabajo>>, en *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, CES, Madrid, 1995, págs. 352-362. BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, op. cit., págs. 230-280.

¹⁶⁸ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pág. 102.

Se ha repetido ya en innumerables ocasiones a lo largo de este trabajo que es la dependencia o subordinación del trabajador con respecto a su empleador el criterio delimitador por excelencia del trabajo que constituye el objeto del contrato de trabajo, en tanto que constituye el producto, no de una declaración negocial, sino de un juicio de calificación fundado en el contenido concreto de la relación y de su efectiva modalidad de ejecución¹⁶⁹. Tras la oscilación o la “polémica” a la hora de centrar la cuestión en un solo y único criterio, hay que concluir con el reconocimiento generalizado tanto legal, jurisprudencial como doctrinalmente, de su capacidad definidora de la materia regulada por el Derecho del Trabajo¹⁷⁰. A las razones ya apuntadas y a las que seguirán, hay que añadir una de índole histórica, la característica típica del contrato de trabajo en la fábrica era la dependencia y el control. El trabajador se definía porque estaba sujeto a las órdenes, a las instrucciones y al control de su empleador. Ése fue el nuevo enfoque que sufrió el tratamiento de las relaciones de trabajo a finales del siglo XIX, determinado por la aparición y expansión de la gran empresa, que supuso el abandono definitivo de las nociones y caracteres derivados de las relaciones agrarias y domésticas. La dependencia y la subordinación económicas pasaron a ser los elementos tenidos en cuenta para la delimitación del ámbito de aplicación de las normas laborales, tanto en el derecho continental como en el anglosajón, y entendidas como sometimiento a la dirección, autoridad y control del empresario, y como sujeción a sus órdenes, porque la concentración industrial a gran escala necesitaba una forma de empleo que estuviera caracterizada por la subordinación para favorecer la acumulación de capital, de tal modo

¹⁶⁹ GRECO, R.: <<Le intrinseche difficoltà di uno statuto giuridico del lavoro postfordista>>, en AMATO, F.(a cura di): *I “destini” del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998, pág. 105. No se trata, desde luego, de una idea original. El valor de la subordinación como criterio individualizador de las relaciones laborales reguladas por el Derecho del Trabajo ha sido especialmente destacado por la doctrina italiana. Vid., a título ejemplificativo, SPAGNUOLO VOGORITA, L.: *Subordinazione e Diritto del Lavoro*, Morano, Napoli, 1967. SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del Lavoro*, Cacucci, Bari, 1969. El mismo lugar ha de ocupar en el proceso de crisis y cambio que sufre el Derecho del Trabajo, SUPLOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*, op. cit, pág. 48.

¹⁷⁰ MONTOYA MELGAR, A.: <<Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo>>, *REDT*, 1998, nº 91, pág. 710, ensayo incluido también en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 57-72.

que la subordinación sería el nuevo modelo social que caracterizaría el nuevo estado del trabajador¹⁷¹.

Además de esta función típica de la subordinación como criterio de calificación de una relación de trabajo como contrato de trabajo, esto es, como puerta de acceso al sistema de garantías, se ha señalado un segundo significado de la noción de subordinación en el plano científico, la subordinación como justificación de la autonomía del Derecho del Trabajo como sector del ordenamiento jurídico, que introduce, no a todos los trabajadores, sino a ciertos trabajadores en un ordenamiento garantista¹⁷².

Esta situación en la que el trabajador se encuentra en el desarrollo de su prestación laboral no es una noción fácil de aprehender y definir y, desde luego, no es una noción que haya tenido siempre los mismos contornos. Incluso se ha sostenido la conveniencia de abandonar el intento de conceptualizar la subordinación (método silogístico), a favor de su consideración como un tipo jurídico (método tipológico), que es una forma de estudiar las nociones jurídicas caracterizada frente al concepto, fundamentalmente, por la flexibilización que hace posible en el acercamiento al significado de las categorías jurídicas, de tal modo que la enumeración de las características del tipo, por oposición a una definición o subsunción en el concepto, es la mejor forma de aproximarse a su sentido. Consecuentemente, lo que esta opción doctrinal propone es que el jurista se acerque al significado de la subordinación a través de la descripción del tipo, y no a través de un intento de definición contraproducente por lo que de rigidez puede acarrear¹⁷³.

¹⁷¹ VENEZIANI, B.: <<La evolución del contrato de trabajo>>, en HEPPLÉ, B. (comp.): *La formación del derecho del Trabajo en Europa*, op. cit., págs. 89-98.

¹⁷² D'ANTONA, M.: <<La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, págs. 43-46.

¹⁷³ Tal es el método de análisis de la categoría de la subordinación propugnada por la doctrina italiana, vid. PESSI, R.: <<Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato>>, *DLav*, 1988, t. I, págs. 503-550. NOGLER, L.: <<Metodo tipológico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato>>, op. cit., págs. 182-222. En España, vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: <<El trabajo subordinado como tipo contractual>>, *DL*, 1993, n° 39, págs. 37-42.

Aunque la dependencia constituya una noción de difícil aprehensión conceptual y la manera más efectiva de acercarse a ella sea a través de la descripción de sus manifestaciones externas, también es cierto que no puede identificarse la noción con los indicadores a los cuales se recurre para su delimitación, de tal forma que su ausencia, o la simple no presencia de alguno de ellos, determine su inexistencia¹⁷⁴. A este respecto se ha afirmado que si bien la presencia de estas exteriorizaciones sirve de presunción de que la relación es dependiente, carece de base jurídica la presunción contraria¹⁷⁵. Ello llevaría al anquilosamiento o fosilización¹⁷⁶ de sus contornos y a la rigidez de su significación jurídica, lo que produciría primero, una reducción de su capacidad delimitadora y a la larga propiciaría un estancamiento y una reducción de las fronteras de una realidad tan cambiante como es el Derecho del Trabajo y, dentro de él, del contrato de trabajo. Porque su virtualidad delimitadora del ámbito de extensión de la disciplina se compagina mal con una definición conceptual cerrada y bien delimitada, poco sensible a la adaptación que las propias relaciones sociales comportan. Y es que si el criterio de la dependencia no puede explicarse, ni entenderse “desconectado del sistema productivo que impone la revolución industrial”¹⁷⁷, por la misma razón, tampoco puede entenderse su significación jurídica como elemento calificador de las relaciones de trabajo, en una realidad económica como la actual, inmersa en continuos cambios tecnológicos, industriales y productivos, que provocan modificaciones profundas y continuas en los modos de ejecutar la prestación de trabajo y, sobre todo, en los modos de organización de las actividades empresariales, si no se admite, favorece e, incluso, se lleva a cabo, la evolución de sus contornos y de sus manifestaciones al compás de la propia evolución de la sociedad y de la economía.

¹⁷⁴ Ya señalaba RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo>>, op. cit., pág. 159 que no podía confundirse, aunque sea el elemento exterior más característico en que se manifiesta la dependencia, la inserción del trabajador en la empresa, como sinónimo de la situación de subordinación.

¹⁷⁵ VILLA GIL, L. E.: <<Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español>>, op. cit., pág. 9.

¹⁷⁶ GHEZZI, G. e ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, op. cit., pág. 21.

¹⁷⁷ VILLA GIL, L. E.: <<Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español>>, op. cit., pág. 7.

Partiendo de la inicial confusión terminológica mencionada ya con anterioridad, y que no sólo se manifestó en la jurisprudencia, sino que también pudo apreciarse en la opinión de algún autor¹⁷⁸, se ha citado la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1928 como la primera que alude expresamente a “la situación de dependencia continuada del obrero para con el patrono en la prestación de servicio” como el vínculo que crea el contrato de trabajo y en el que reside el concepto legal de operario¹⁷⁹.

La noción de dependencia es, por lo tanto, una noción de creación jurisprudencial en su búsqueda de un criterio más útil que la ajenidad que señalaban las normas para definir el contrato de trabajo. Fue la Ley de 21 de noviembre de 1931 la que por primera vez exigió expresamente la concurrencia de la dependencia del obrero con relación al patrono en la delimitación de los contornos del contrato, al mismo tiempo que mantenía la necesidad de que se trabajara por cuenta ajena, es decir, separaba conceptualmente ambas nociones y tipificaba expresamente la dependencia, entendida en sus primeras manifestaciones como una relación de jerarquía instaurada por el contrato, pues había de existir siempre una relación de disciplina en la labor, una aceptación en el trabajo propio de las órdenes de un superior, sin que se exigiera que el trabajo se prestase bajo la vigilancia directa del patrono, porque también constituye una manifestación de la dependencia en el trabajo prestado fuera de los locales del

¹⁷⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: <<El trabajo subordinado como tipo contractual>>, op. cit., págs. 39 y 43, incluye las típicas manifestaciones de la ajenidad dentro de los dominios de la noción de subordinación, en el mismo sentido, pero contrario, a la consideración de ALONSO OLEA, M. de la subordinación como una consecuencia de la ajenidad (*Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 61), y así se refiere a la doctrina de la ajenidad en los frutos, en el mercado, en la utilidad patrimonial, como “aportaciones sucesivas a la comprensión de la subordinación”. Por su parte, VILLA GIL, L. E. diferencia ambas nociones y entiende que mientras la dependencia hace alusión a la propia concepción y a la ejecución del trabajo (el empleador concibe y dirige; el trabajador se incorpora y obedece), la ajenidad mira al destino del trabajo, a su aprovechamiento y a su propiedad (el empleador hace suyo el producto; el trabajador recibe, por la cesión de sus derechos, una compensación económica), en <<Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español>>, op. cit., pág. 13.

¹⁷⁹ La cita es de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 148. LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 419. MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1975, págs. 73-77 señala el criterio con arreglo al cual se definía al trabajador en las primeras normas sociales, fundamentalmente, el trabajo por cuenta ajena, mientras que al hablar del empresario o patrono se utilizaban expresiones alusivas a la dependencia, “bajo cuya dirección o por cuyo mandato...”, “cuya dirección y vigilancia se reserva”.

empresario, el compromiso de dedicar al trabajo toda o una parte de la jornada, la aceptación de un programa determinado de gestión, la obligación de dar cuentas de las realizadas, la obligación de un rendimiento mínimo, la exigencia de la justificación del tiempo y, sobre todo, el monopolio de la actividad del obrero¹⁸⁰. La dependencia que tipifica el contrato de trabajo no es la que se da de continuo en las relaciones humanas, “sino aquella otra específica y concreta por virtud de la cual una persona a las órdenes de otra y en su beneficio consagra toda o parte de su actividad a producir una obra o a realizar un servicio bajo una disciplina de empresa”¹⁸¹. La dependencia implica un poder de disposición sobre hombres libres, que se da únicamente sobre la actividad laboral y afecta sólo al objeto del empleo, una persona está sometida al poder de otra, se trata de una supeditación funcional que unifica o coordina actividades diversas, y una potestad de mando, con todas las consecuencias de las potestades jerárquicas, organización y control, disciplinaria, etc.¹⁸².

En un principio, la dependencia típica del contrato de trabajo fue entendida como el poder del empresario de establecer el cómo, cuándo y dónde de la prestación laboral, como la consecuencia de su poder de mando o poder de ejecución contractual por el hecho de que la razón misma del nacimiento del Derecho del Trabajo se ligaba a la protección de los trabajadores más débiles, a los “que económica, social y técnicamente dependían más agudamente del empresario”¹⁸³, así que con base en las características de la prestación de estos trabajadores se construyó la noción de la dependencia que convertía en laboral una relación. Y las características de su prestación revelaban una subordinación rigurosa y estricta a las órdenes del empresario en todos los aspectos de la relación de trabajo y en su vigilancia y control continuos dentro de la organización empresarial, porque en esas condiciones se prestaba el trabajo que propició su nacimiento. La dependencia continuó siendo considerada como típica del contrato de

¹⁸⁰ GALLART FOLCH, A.: *Derecho español de Trabajo*, op. cit., pág. 10.

¹⁸¹ GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, op. cit., págs. 141-142.

¹⁸² PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 29-31, con evidentes influencias de la doctrina alemana.

¹⁸³ BAYÓN CHACÓN, G.: <<El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?>>, *RDP*, junio, 1961, pág. 455.

trabajo aun cuando el ámbito del contrato se amplió a categorías personales distintas de las que en su momento calificaban tal concepto¹⁸⁴. Así, las manifestaciones o los índices tipificadores de la subordinación respondían a indicadores tales como la percepción de remuneraciones fijas, el inmediato control del empresario o de sus representantes, la inclusión en la plantilla o en regímenes de Seguridad Social, la asistencia regular y continuada a un lugar de trabajo, durante la jornada normal, o en días y horas fijas, la actuación al servicio exclusivo o preferente de una sola empresa, etc.

La dependencia en cuanto al tipo, tiempo, modo, función y lugar de la prestación, esto es, en su sentido tradicional, ha sido sistematizada por la jurisprudencia con base en los siguientes índices tipificadores: la asistencia regular y continuada a un lugar de trabajo durante la jornada normal o en días y horas fijos, la percepción de remuneraciones fijas en contraprestación del trabajo, de modo que cuando el lucro es incierto, no hay contrato de trabajo, lo que no sucede cuando al sueldo fijo se añaden dietas, comisiones o participación en los beneficios (SSTS 28 de abril y de 29 de septiembre de 1966, Ar. 2211 y 4104, respectivamente), la existencia de un poder de control del empresario de quien se reciban las órdenes y a quien se de cuenta, que el servicio se preste exclusiva o preferentemente a una empresa¹⁸⁵ y que se figure incluido en la plantilla o afiliado por la empresa a la Seguridad Social (STS de 6 de junio de 1966, Ar. 3523), indicios que deben concurrir sin que ninguno aparezca como claramente determinante de la dependencia, ni sean, por sí solos, decisivos (STS de 29 de septiembre de 1966, Ar. 4104).

Esta rígida interpretación jurisprudencial fue atenuándose progresivamente y fue flexibilizando la noción de dependencia para, sin abandonar su virtualidad tipificadora de relaciones de trabajo, continuar siendo el criterio predominantemente utilizado para tal fin y permitiera, al mismo tiempo, ampliar el campo de actuación del contrato de trabajo sin forzar los esquemas tradicionales y la propia norma legal, que exigían la

¹⁸⁴ BAYÓN CHACÓN, G.: <<El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?>>, op. cit., pág. 455.

¹⁸⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, op. cit., págs. 7-8.

conurrencia de la dependencia o subordinación del trabajador en la ejecución de su prestación contractual¹⁸⁶. A tal orientación en los pronunciamientos jurisprudenciales contribuyó en gran medida la introducción en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de los representantes de comercio, en virtud de la Ley de 21 de 1962¹⁸⁷, ya que en la ejecución de su prestación de trabajo la situación de subordinación presenta unos perfiles que poco tienen que ver con los índices tradicionales de manifestación de la dependencia, el lugar de trabajo, el salario, la jornada, su falta de exclusividad, son rasgos característicos cuya ausencia en un tiempo determinó la consideración extralaboral de la relación de trabajo, sin embargo, la actividad del representante de comercio no se traduce en una prestación de trabajo autónoma, la dependencia o la subordinación existe, si bien se manifiesta de modo diferente a la de un trabajador que acude a desarrollar su trabajo a las dependencias de la organización empresarial. El representante no es libre en su actividad, tiene la libertad que el específico tipo de trabajo que desarrolla exige, pero es el empresario comitente quien organiza y dirige su actividad de acuerdo a los fines que pretende conseguir. Sobre reflexiones de este tipo descansa la nueva configuración de la dependencia que comienza a observarse en la jurisprudencia española desde los años 60 y que por el momento ha culminado en la expresión contenida en el artículo 1.1 LET.

La STS de 22 de mayo de 1964 (Ar. 2871) resulta especialmente reveladora por lo que a los fines aquí perseguidos se refiere, pues después de reconocer que ni la sujeción a horario fijo, ni la sumisión a la directa vigilancia del empresario eran requisitos esenciales, aunque sí característicos del contrato de trabajo, que no queda desnaturalizado por su relajamiento, establecía que así lo había recogido el propio legislador, que, tras haber otorgado naturaleza laboral al trabajo a domicilio y al

¹⁸⁶ Vid. PIGASSOU, P.: <<L'évolution du lien de subordination en droit du travail et en droit de la Sécurité sociale>>, *DS*, 1982, nº 7/8, págs. 578-590. ARSEQUEL, A. et ISOUX, Ph.: <<Des limites à la dérive de la notion de service organisé>>, *DS*, 1992, nº 3, págs. 295-301, de donde se extrae que la noción de servicio organizado se corresponde con la inserción en el ámbito de organización y dirección del empresario que tipifica la LET (sumisión a la dirección y control del empresario, participación en una empresa organizada por otro y prestación de la actividad en beneficio del empleador). IANNIELLO, A.: <<Tipologie della subordinazione nella giurisprudenza>>, *Lavoro* 80, 1987, t. II, págs. 879-888. LUNARDON, F.: <<L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione>>, *GDLRI*, 1990, nº 2, págs. 403-424.

¹⁸⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, op. cit., pág. 8.

intelectual, “incluyó en la esfera de su aplicabilidad, por otra ley de 21-7-1962, a quienes intervengan en operaciones de compraventa de mercancías por cuenta de uno o más empresarios, aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o a vigilancia en su actividad, siempre que dichas operaciones exijan para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no queden personalmente obligados a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación...”¹⁸⁸. La STS de 10 de mayo de 1966 (Ar. 2293) establecía a estos efectos que el requisito de la dependencia continuaba siendo “nota característica de los vínculos laborales, si bien, entendido, en virtud de los modernos avances doctrinales, legislativos y jurisprudenciales, no como una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador a su patrono, sino que basta para que haya que apreciarlo, con que aquél se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario de éste, sin que por ello sea preciso que el trabajador esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea (...)”. Por su parte, la STS de 23 de marzo de 1968 (Ar. 1259), dudaba de la capacidad calificadora de la nota de la dependencia, tradicionalmente conceptuada y establecía que lo relevante era la obediencia del trabajador al poder de dirección y mando del empresario con vínculo variable en cada caso.

La STS de 4 de diciembre de 1967, Sala 4^a, (Ar. 4928) constituye un ejemplo paradigmático de la evolución jurisprudencial en torno a la significación y sentido de la nota de la dependencia: no sólo se adhería a un entendimiento flexible de la dependencia característica del contrato de trabajo, sino que proponía un viraje doctrinal de la cuestión. Según esta sentencia el contrato de trabajo se caracteriza frente a la figura civil genérica del arrendamiento de servicios por la nota de la dependencia que tradicionalmente ha sido considerada como esencial y característica por la jurisprudencia social, la cual, sin embargo, no ha precisado, ni definido jurídicamente en qué consiste exactamente esa relación de dependencia, derivando tal cualidad de unos datos o índices externos que revelan su existencia, “dando a este sustancial elemento del

¹⁸⁸ Vid. el comentario de PÉREZ BOTIJA, E. y VILLA GIL, L. E.: <<La dependencia, ¿es esencial para la existencia del contrato de trabajo?>>, *RGLJ*, 1964, t. XLIX, págs. 671-675. Estos autores refieren, además, la denominada la crisis de la dependencia en el ámbito laboral, a dos específicas modalidades de la misma, su sentido económico y su sentido jurídico.

contrato el sentido limitado de que el trabajador se halle sometido a la organización y disciplina de la empresa con la que se encuentre ligado, según el concepto de dependencia que, fundándose en el carácter eminentemente progresivo del Derecho Social, en constante evolución y perfeccionamiento, había declarado aquella Sala, sosteniendo que, aunque siga siendo la nota más característica de las que distinguen la relación jurídico-laboral ha sufrido evidente relajación, al incluirse ciertas actividades intelectuales, cual el ejercicio de la medicina al servicio de las empresas, precisados de mayor independencia, no sólo en lo que se refiere a la función, sino también al lugar y al tiempo de ejecutarla, descartándose de la nota de dependencia el concepto de rigidez y absoluta subordinación propia de los albores del Derecho Social, orientado principalmente a la protección de obreros fabriles y mineros, utilizándola cada vez más, de tal manera que, existe, no obstante la plena autonomía de quien presta un servicio, inconciliable con la injerencia del patrono, pero no excluyente de la reducción y sacrificio de la absoluta libertad con que originariamente se ejercen, en aras de las ventajas que representan, la seguridad y fijeza del empleo, en el que se advertirá un poder de mando en el patrono y un correlativo deber de obediencia en el médico, delimitados ambos por la misma naturaleza del servicio concertado, y sin que ni la exclusividad, ni la preferencia, ni la precisa jornada laboral, sean requisitos esenciales del contrato de trabajo, ya que, ni afectan a la disciplina laboral, ni relajan de la situación de dependencia, entendida como lazo entre el ejecutor de una tarea y quien la dirige”.

Esta sentencia no se queda aquí, sino que profundiza en la cuestión y llega a establecer que “lo esencial en el contrato de trabajo no es tanto la relación de dependencia, como el que se trabaje por cuenta ajena, es decir, para un tercero, que asume el riesgo y garantiza la remuneración, controlando al trabajador, aunque en los casos límite no exista siquiera ese control, y pierda casi todo su valor el empeño de mantener la relación de dependencia como calificadora, habiéndose declarado que se halla en la actualidad muy atenuada y ha dejado de ser elemento rígidamente característico del contrato de trabajo (...) y afirmándose, como nota esencial, que el resultado se incorpore a un patrimonio ajeno, en beneficio y por cuenta del que se realiza la prestación, mediante el percibo de una remuneración (...) o entendido el

requisito de la dependencia, no como una subordinación rigurosa y absoluta, del trabajador a su patrono, sino como estar situado dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria de éste (...), nueva concepción que cuenta con un fuerte apoyo doctrinal y tiende a eliminar la relación de dependencia, concebida al modo tradicional, como tipificadora del contrato de trabajo”¹⁸⁹.

No cabe duda de que la jurisprudencia continúa siendo la encargada de deslindar los supuestos frontera entre una relación laboral y una extralaboral, y el criterio que se utiliza sigue siendo el análisis de las condiciones de la prestación de trabajo en orden a determinar la existencia del vínculo de subordinación o dependencia, que orientará la calificación en uno u otro sentido. Sirvan los siguientes como ejemplos de la orientación jurisprudencial en torno a la determinación de la existencia del contrato de trabajo: la STS de 26 de enero de 1994 (Ar. 380), relativa a la calificación de la relación de un encuestador dedicado a la realización de entrevistas, establece que “las entrevistas encomendadas a los hoy recurrentes por la demandada fueron realizadas por estos poniendo sólo su trabajo, de la manera personal que era exigida y previa su libre aceptación; la remuneración recibida dependía únicamente de que el servicio fuera cumplido, siendo ajenos los accionantes al riesgo del negocio, que únicamente era asumido por la demandada; aún sin tener que cumplir jornada ni horario prefijado, lo cual no es esencial para la laboralidad, tenían que atender el servicio encomendado dentro del plazo que se les fijaba y siguiendo las instrucciones concretas que al efecto se les impartían, lo cual denota sometimiento al ámbito organicista y rector de la empresa”¹⁹⁰.

Por su parte, la STS de 10 de abril de 1995 (Ar. 3040), en relación con los guías turísticos de las compañías de viajes, deduce la relación laboral que une a los trabajadores con la empresa fundamentalmente a partir de ciertos índices que muestran su concepción de la subordinación: la frecuencia con la que se prestaba la actividad, la

¹⁸⁹ Vid. sobre la interpretación de la subordinación, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: <<Contrato de trabajo: significado y valoración del requisito de la dependencia>>, *RPS*, 1976, nº 112, págs. 229-235.

¹⁹⁰ En el mismo sentido, las SSTS de 27 de mayo de 1992 (Ar. 3678) y de 14 de febrero de 1994 (Ar.1035).

exclusividad para un empresario, la necesidad de seguir las instrucciones de la empresa, la forma de remuneración, mientras que entendió irrelevantes la colegiación y el alta en el RETA, así como la posibilidad de declinar el servicio. En la STS de 20 de mayo de 1995 (Ar. 6784), de la ponderación de las circunstancias concurrentes, la Sala llegó a la conclusión de que no se daba la independencia propia de los trabajadores autónomos por lo que la relación constituía un contrato de trabajo: la actora, una psicóloga que prestaba sus servicios en un centro médico para el reconocimiento de conductores, cazadores, etc., ocupaba el puesto de Directora del centro, acudía para atender al público en horario prefijado, pasaba facturas con IVA y tributaba como profesional liberal, solía percibir todos los meses cantidades semejantes, no estaba inscrita en el Libro de Matrícula y era sustituida en vacaciones.

También la STS de 22 de abril de 1996 (Ar. 3334) se enfrenta con la cuestión de determinar si la prestación de unos concretos servicios se realizó bajo la cobertura de un contrato de trabajo o de un arrendamiento civil de servicios, para lo cual se basa en los datos que pueden indicar una situación de dependencia que inclinen la balanza hacia la contratación laboral, y en ese sentido se manifiesta y establece el carácter laboral de la prestación de servicios consistente en la elaboración de informes comerciales y de Registro de la Propiedad Mercantil de terceras personas a través de un programa informático confeccionado por la empresa y bajo el control y la vigilancia estricta de la misma, con posibilidad de penalizar el retraso o el incumplimiento y en la zona designada y asignada por el empresario. Considera irrelevantes ciertos datos, como el hecho de que no se exigiera la presencia física del trabajador en las instalaciones del empresario e, incluso, que la prestación de los servicios se realizara en la oficina del propio prestador de los servicios, con sus medios y su organización y sin abono de gastos de material y dietas, porque, aún así, no se daba la libertad de actuación profesional que caracteriza al arrendamiento de servicios y lo diferencia del contrato de trabajo.

Como puede observarse, el juicio sobre la existencia o no de la dependencia laboral continúa siendo el criterio con arreglo al cual la jurisprudencia califica una relación de trabajo como laboral o extralaboral. Y es que la dependencia no puede desaparecer del mundo del trabajo, porque la dependencia es el correlato del poder de

dirección del empresario. La conclusión obtenida es, por tanto, la necesidad de revisar su sentido y el grado de intensidad con que debe ser entendida¹⁹¹.

Junto a esta evolución en la noción de subordinación que implica una relajación aún mayor en sus contornos y que es producto de los progresos de la autonomía en el trabajo hace aparición en la actualidad una nueva tendencia a su reforzamiento, al aumento del poder de decisión del empresario. En estas situaciones de subordinación notoria se encuentran los titulares de empleos precarios, los jóvenes que acceden al mercado de trabajo a través de los contratos formativos, los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, normalmente de pequeñas dimensiones. El poder del empresario para incidir en los comportamientos de los trabajadores en estos casos es muy grande y muy difícil de controlar y limitar su ejercicio¹⁹².

B. Sobre la noción de subordinación en las relaciones de trabajo.

La doctrina no ha tenido dudas a la hora de elaborar una noción jurídico-laboral de la subordinación que no recordara situaciones anacrónicas de sumisión o sujeción personal del trabajador con respecto al empresario, y de pérdida de su libertad individual¹⁹³, sino que, limitándola al ámbito de las relaciones laborales, estima que existe trabajo dependiente o subordinado “cuando el que se beneficia de la energía o actividad de un sujeto de derecho, dirige a éste que desarrolla su actividad de acuerdo con las normas que le impone y según sus indicaciones”, entendiendo que “el aspecto

¹⁹¹ Idea que mantiene intacta su vigencia a pesar de su edad. CABRERA BAZÁN, J.: <<Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71, págs. 48-49.

¹⁹² SUPIOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 47-48.

¹⁹³ Vid. MARTÍN VALVERDE, A.: <<Ideologías jurídicas y contrato de trabajo>>, en VILLA GIL, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (dir.): *El Derecho del Trabajo en España*, t. I, IES, Madrid, 1981, págs. 127-143.

positivo o protectorio que la subordinación hace que ésta se encuentre regulada y limitada por las leyes para que no afecte en su personalidad al subordinado”¹⁹⁴.

Inicialmente fue entendida como una sumisión personal y jerárquica del trabajador con respecto a su empresario, sin embargo, la riqueza de situaciones que la realidad social presentaba obligó a desviar la atención hacia otras manifestaciones. El debate se centró en torno a dos tesis, una que partía de una base jurídica, la subordinación jurídica, y otra de una base económica, la dependencia económica: la subordinación jurídica era concebida como un estado de dependencia real producido por un derecho, el derecho de mando del empleador, nacido del contrato, de dar órdenes, de donde nace la correlativa obligación de someterse a tales órdenes¹⁹⁵, mientras que la dependencia económica estaba basada en la idea de que para el trabajador su único medio de vida era el salario, que obtenía a cambio de su prestación laboral. Sin embargo, esta opción pareció finalmente insuficiente para explicar la relación o el vínculo de subordinación, pues fue objeto de discusión en muchos países europeos, y nunca fue adoptada para caracterizar el contrato de trabajo¹⁹⁶.

Se ha hablado también de otras interpretaciones de la dependencia, como la dependencia técnica, que presta especial atención al sometimiento del trabajador a las órdenes del empresario en el modo de ejecutar la prestación de trabajo. Pierde, sin embargo, rigor a medida que el avance tecnológico hace posible que el trabajador tenga, en muchos casos, más y más específicos conocimientos sobre su actividad laboral. Se entendía que existía dependencia o subordinación técnica “cuando el trabajador ponía a disposición del empleador su actividad y el conocimiento de su oficio, siendo facultativo de éste ordenar, encauzar o ampliar esa actividad de acuerdo con su criterio

¹⁹⁴ FERRARI COSTA, E. A.: *El concepto de subordinación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 26.

¹⁹⁵ CABANELLAS, G.: *Contrato de trabajo*, op. cit., pág. 256.

¹⁹⁶ SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 136. La distinción se debe a CUCHÉ, P.: <<Du rapport de dépendance, element constituitif du contract de travail>>, *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, 1913, y en <<La definition du salarié et le criterium de la dépendance économique>>, *Recueil hebdomaire de jurisprudence Dalloz*, 1932.

personal, desde luego, dentro de ciertos límites...”¹⁹⁷. Se ha señalado que tanto la subordinación técnica como la económica son una consecuencia derivada de la jurídica¹⁹⁸. Una última orientación aunaba las tesis de la subordinación jurídica y la económica en el criterio de la dependencia social, en virtud de la cual el individuo que necesita para vivir del trabajo que le proporciona el empleador, así como de los instrumentos que éste le suministra, que obedece sus órdenes y que no trabaja con responsabilidades y riesgos propios es un trabajador subordinado que necesita la protección de la ley social¹⁹⁹.

Han sido precisamente estas desviaciones en la búsqueda de un concepto lo suficientemente preciso de la noción de dependencia o subordinación lo que provocó su “pretendida crisis”²⁰⁰ y la vuelta por parte de la doctrina a la rigidez de la ajenidad. Sin embargo, también se ha abogado por una interpretación unitaria de la noción²⁰¹, interpretación que no carece de lógica, ni puede considerarse puramente ecléctica, pues en el fondo es a lo que tienden todas las manifestaciones expuestas, que parten de la misma realidad y la confunden, intentando aunar la situación de hecho en la que el trabajador se encuentra en una noción relativamente concisa y unitaria. Todas estas manifestaciones son aspectos de la realidad multiforme y, sin embargo, unitaria, que encierra la ejecución de la prestación laboral en el seno de un contrato de trabajo, pero con respecto a los cuales se pueden afirmar ciertas reglas: la dependencia en su sentido técnico puede disminuir hasta su desaparición cuando los conocimientos profesionales del trabajador son superiores a los del empresario o su representante, por lo que parece que la subordinación es menor cuanto mayor es la categoría del trabajador, y también

¹⁹⁷ FERRARI COSTA, E. A.: *El concepto de subordinación*, op. cit., pág. 61.

¹⁹⁸ FERRARI COSTA, E. A.: *El concepto de subordinación*, op. cit., pág. 62.

¹⁹⁹ CABANELLAS, G.: *Contrato de Trabajo*, op. cit., págs. 263-264.

²⁰⁰ VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, op. cit., pág. 500. Vid. las precisiones contenidas en PÉREZ BOTIJA, E. y VILLA GIL, L. E.: <<La dependencia, ¿es esencial para la existencia de contrato de trabajo?>>, op. cit., págs. 673-675.

²⁰¹ BAYÓN CHACÓN, G.: <<El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?>>, op. cit., pág. 466. Destacan también la dependencia en su sentido jurídico o unitario, PÉREZ BOTIJA, E. y VILLA GIL, L. E.: <<La dependencia, ¿es esencial para la existencia del contrato de trabajo?>>, op. cit., pág. 673-674.

depende de modo importante de la naturaleza del trabajo a realizar. En su faceta económica, la dependencia está presente en otras relaciones de trabajo que, al menos en la regulación actual de la generalidad de los ordenamientos jurídicos, no son laborales ni están reguladas por el contrato de trabajo. Y en su aspecto jurídico, la dependencia significa el poder del empresario de especificar la orientación general del negocio y de dirigir el trabajo en el aspecto no reservado a la técnica especial del trabajador, ni en contradicción con los derechos legales o pactados que le corresponden²⁰².

A pesar de ser considerado el criterio delimitador por excelencia del contrato de trabajo, su requisito esencial, fundamental y más característico, la dependencia o subordinación no puede ser utilizada para justificar una concepción unitaria o monista del contrato de trabajo, que pretenda erigir este rasgo como “núcleo único” del mismo²⁰³. Aquí se parte de una concepción en virtud de la cual ajenidad y dependencia son igualmente necesarios e indispensables para generar la aplicación de la normativa del contrato de trabajo, porque cuando se trata de calificar una relación como laboral, entre ellos existe una relación de interdependencia: sobre una relación en régimen de ajenidad se trata de determinar la existencia de la subordinación. La ajenidad se configura como un presupuesto y la dependencia o subordinación como el elemento modalizador que incide sobre el presupuesto para configurar el ámbito de aplicación del contrato de trabajo. No es posible encontrar una sola relación de trabajo de la que pueda predicarse internamente su laboralidad y en la que no concurren los dos elementos, en mayor o menor intensidad y en alguna de sus manifestaciones, pero siempre habrán de estar presentes ambos caracteres, porque ambos están indisolublemente relacionados. Por eso se ha afirmado que “se trabaja de forma subordinada precisamente para hacer verdaderamente efectiva la utilidad del trabajo a favor del empleador o empresario”²⁰⁴, y que “La ajenidad no se comprende aisladamente, sino en relación causal con la forma

²⁰² BAYÓN CHACÓN, G.: <<El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?>>, op. cit., págs. 465-466.

²⁰³ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho del Trabajo* del profesor Alonso Olea>>, op. cit., págs. 421-422.

²⁰⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: <<El discreto retorno del arrendamiento de servicios>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 231.

de prestar el trabajo. Trabajar por cuenta ajena es trabajar bajo dependencia.(...) El asalariado es un trabajador subordinado a los poderes de organización del empresario”²⁰⁵. Y también, que solamente la concurrencia de ambos requisitos permite definir una relación de servicios como contrato de trabajo, estos dos elementos del contrato de trabajo resultan ser complementarios, “porque cada uno es causa y a la vez consecuencia del otro, en correspondencia con el carácter *do ut des* que tiene la causa del contrato de trabajo”²⁰⁶.

Pero ello no es obstáculo para definir el contrato de trabajo y el propio Derecho del Trabajo como el derecho del trabajo subordinado o el derecho que protege al trabajador subordinado, porque donde no existe subordinación no hay contrato de trabajo, sólo cuando el trabajo prestado por cuenta ajena viene acompañado de una subordinación del trabajador con respecto a su empleador se configura jurídicamente la noción de contrato de trabajo, porque es alrededor de la noción de dependencia donde radican los rasgos que hacen reconocible el contrato de trabajo, la ausencia de control sobre el proceso productivo, la falta de autonomía o de libertad para ordenar la propia actividad productiva²⁰⁷, el sometimiento al poder organizador de otro.

La polémica quedó zanjada por obra de la jurisprudencia, que, no sólo confirmó que el requisito de la dependencia era el elemento definitorio y distintivo por excelencia del contrato de trabajo, sino que comenzó a indagar en su significado, adaptando la noción a la realidad de la prestación en el seno de las empresas, mediante la ampliación y flexibilización de sus contornos y su significado²⁰⁸. Es más, la llamada a la intervención jurisprudencial era necesaria e inevitable, no en vano se configura como una exigencia derivada del propio origen de la subordinación, concebida como una

²⁰⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 621.

²⁰⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 418.

²⁰⁷ GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo*, op. cit., pág. 272.

²⁰⁸ Vid. FISCHER POLSTER, A. C.: <<Jurisprudencia sobre la noción de contrato de trabajo>>, *RPS*, 1970, nº 87, págs. 149-167.

fórmula descriptiva de la prestación del trabajador, elástica y de confines difusos, que exige para su aplicación práctica un sistema indiciario de elaboración jurisprudencial²⁰⁹. Ha de ser el método indiciario el adecuado para abarcar la noción de subordinación, y, sobre todo, para su utilización como criterio calificador del contrato de trabajo. Ha sido el método prevalente, tanto en el Derecho español, como en el de los países de nuestro entorno socio-cultural²¹⁰.

La noción de dependencia tiene que ser por necesidad enormemente amplia y difusa, porque admite una pluralidad de gradaciones y diferentes intensidades²¹¹, lo que implica que se manifieste de múltiples maneras en función de la actividad profesional de que se trate, la categoría profesional del trabajador, el sector económico en que se inserte su actividad, etc. y que, por ello, no se exija la concurrencia de su máximo, ni de los mismos, exponentes en todas las relaciones susceptibles de ser calificadas como laborales, sino que habrá de adecuarse al tipo de prestación de trabajo de que se trate. A esto se refieren tanto la doctrina como la jurisprudencia cuando hablan de la flexibilización o relajación de la noción de dependencia, de su carácter evolutivo y adaptable, y cuando abogan por una interpretación alejada de la rigidez terminológica que se deriva de su primera versión o manifestación²¹². La noción de subordinación se

²⁰⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: <<El trabajo subordinado como tipo contractual>>, op. cit., pág. 39.

²¹⁰ NOGLER, L.: <<La doppia nozione giuslavorista di parasubordinazione>>, *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2000, nº 10, pág. 1033 expone la consideración jurisprudencial sobre la subordinación en la cualificación de relaciones de trabajo: La subordinación consiste en la sujeción del trabajador al poder organizativo, jerárquico y disciplinario del empleador, poder que debe manifestarse en específicas órdenes y no en simples directrices también compartidas por el trabajo autónomo, así como en el ejercicio de una asidua actividad de vigilancia y control sobre la ejecución de la actividad laboral y en una estable inserción del trabajador en la organización empresarial del beneficiario del trabajo. Otros indicios, como la obligación de atenerse a un horario o la incidencia del riesgo económico, tienen carácter subsidiario y se utilizan cuando no haya elementos unívocos que orienten la calificación en uno u otro sentido.

²¹¹ VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, op. cit., pág. 500.

²¹² Entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 621-622. SSTs de 18 de noviembre de 1971 (Ar. 4708) y de 27 de marzo de 1973 (Ar. 1270). En este sentido se ha establecido que aunque la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 propiciara una interpretación rígida de la dependencia, exteriorizada en unos signos inequívocos de subordinación, como el acatamiento sin excepción de las órdenes empresariales, el horario, etc, la jurisprudencia, sin embargo, se había percatado de la necesidad de ampliar el concepto, “despojándolo de sus notas accidentales”, RIVERO LAMAS, J.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, t. I.1, Zaragoza,

configura, así, como una noción variable, más amplia en algunas relaciones y más restringida en otras, y se distingue, incluso, una parte esencial y una parte accidental de la misma²¹³.

Sin embargo, la dependencia o la subordinación en las relaciones de trabajo sometidas a la disciplina del contrato de trabajo ha de ser abarcada en un sentido unitario, porque es el conjunto de todos los factores concurrentes en la relación laboral el que determina en cada caso la sumisión o no a la organización empresarial²¹⁴ o al poder de organización del empleador, y ha de ser entendida, básicamente, en un sentido negativo, como limitación de la autonomía de la voluntad. Lo que quiere ponerse de manifiesto es que el trabajador no es totalmente libre en la ejecución de su prestación laboral, sino que tiene que dar cuentas, en mayor o menor medida, a su empresario. Si bien la dependencia no puede limitarse tanto como para constreñirla al cumplimiento fiel de los encargos contractualmente aceptados, sino que debe propiciar un ámbito de libertad en la actuación del trabajador, tampoco es posible flexibilizarla hasta el punto de hacerla de imposible o difícil identificación, al margen de sus manifestaciones externas, que conocen de la más extensa variedad. La subordinación en el contrato de trabajo ha de tener una significación propia que se corresponda con la entidad y la importancia que tal requisito tiene en las relaciones laborales. Y esa noción jurídica de la subordinación está en la actualidad centrada en la puesta a disposición del trabajador con respecto al empleador que el contrato de trabajo arbitra e implica²¹⁵: “La dependencia, pues, podría ser definida como la puesta a disposición de una energía personal de trabajo, dirigida por la persona para la que se presta trabajo. La puesta a disposición consiste en un hacer o (excepcionalmente) no hacer, siendo lo esencial que el trabajador acepte indicaciones al respecto para cumplirlas”, y a disposición del

1977, pág. 14. Recuérdese que durante la vigencia de la Ley de contrato de Trabajo de 1931 se había abogado por una interpretación más flexible de la subordinación, GALLART FOLCH, A.: *Derecho español de Trabajo*, op. cit., pág. 10.

²¹³ SUPPIEJ, G.: *Il rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova, 1982, pág. 11.

²¹⁴ BAYÓN CHACÓN, G.: <<El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?>>, op. cit., pág. 466.

²¹⁵ Se pronunciaba ya en tal sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER, M.: <<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 158.

empleador se pone la energía personal de trabajo, la cual es dirigida por el éste según las necesidades de la empresa²¹⁶, noción cuyo origen se sitúa en la doctrina marxista sobre la utilización de la fuerza de trabajo por el capitalista. El capitalista les compra a los obreros su trabajo con dinero, lo que en realidad venden los obreros al capitalista a cambio de dinero, del salario, no es su trabajo, sino su fuerza de trabajo, el capitalista compra esa fuerza de trabajo, la consume y la transforma en valor de cambio²¹⁷, y en ese proceso el obrero trabaja bajo el control del capitalista, a quien pertenece el trabajo de aquél. El capitalista vigila que el trabajo se efectúe de la debida manera y que los medios de producción se empleen con arreglo al fin asignado²¹⁸.

Todas las teorías que intentaban explicar la naturaleza de la subordinación partían del mismo hecho fáctico, del poder de mando o del poder de dirección del empresario sobre el trabajador, y lo que pretendían era explicar este poder real con base en ciertos datos, también reales y existentes en las relaciones de trabajo. La doctrina de la subordinación jurídica trataba de fundamentar la subordinación y el poder de mando que implica en la existencia de una relación jurídica en el contrato de trabajo, porque es el contrato de trabajo el que crea el vínculo de subordinación, porque por medio del contrato de trabajo el trabajador pone a disposición del empresario su fuerza de trabajo y al disponer el empresario de esa fuerza se establece necesariamente la relación de subordinación, relación que se estima más que eso, constitutiva de un auténtico estado jurídico de subordinación²¹⁹. Y de este estado de subordinación deriva que el trabajador forme parte del conjunto organizativo de la empresa y por ello su actividad se encuentra

²¹⁶ VILLA GIL, L. E. Y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, op. cit., pág. 501. Tal es la opinión de BARASSI, L.: *Il Diritto del Lavoro*, op. cit., pág. 282, donde configura al trabajador subordinado como aquél que pone su propia energía de trabajo a disposición del empleador, de su empresa, en la cual el trabajador está inserto. En el mismo sentido, VÁZQUEZ VIALARD, A.: <<El concepto de dependencia laboral frente a las nuevas prácticas contractuales. ¿Debe desaparecer o transformarse?>>, op. cit., pág. 1184.

²¹⁷ MARX, C.: *Trabajo asalariado y capital*, Ricardo Aguilera editor, Madrid, 1968, págs. 23-25.

²¹⁸ MARX, C.: *El Capital*, Libro Primero, vol. 1º, 6ª edición, Siglo XXI de España, 1978, pág. 224.

²¹⁹ Defiende la existencia de un auténtico estado de subordinación BARASSI, L.: *Il Diritto del Lavoro*, op. cit., págs. 331-334.

sujeta al régimen interno de la organización. De su inserción en la empresa, a través del contrato de trabajo, y de su relación de subordinación con el empleador resulta que ésta se refiere a la persona del trabajador, que es inseparable de su propio trabajo, pero dentro de los límites de la prestación de trabajo fijada en el contrato, de donde se deduce que el contrato de trabajo es a la vez fundamento, origen y límite de la subordinación, del estado jurídico de subordinación en el que se encuentra el trabajador en su prestación de trabajo. Y así es la organización empresarial la que explica la noción de subordinación, porque el trabajador subordinado pone su propia energía de trabajo a disposición de otros que la utilizan y la coordinan con la de otros trabajadores para contribuir al logro de los fines propuestos. Y por la misma razón, se afirma que es la subordinación, es decir, el modo en el que el trabajo se presta, el elemento característico que configura esa específica parcela del trabajo humano que constituye el objeto del contrato de trabajo²²⁰.

En la noción de subordinación se integran, por lo tanto, dos elementos: el sometimiento del trabajador a las órdenes del empresario, en la medida que corresponda según el tipo de trabajo que se ejecuta, y la prestación personal, continuada del trabajador e “inserta” en el sistema jerárquico que el empresario dirige y coordina, y en la cual se justifica su poder de dirección²²¹. La prestación de trabajo en el interior de una organización empresarial ha sido, por tanto, especialmente destacada por la doctrina²²² y, así, elevada a elemento constitutivo de los que configuran el contrato de trabajo. Esta

²²⁰ Tal es la construcción jurídica de las relaciones de trabajo de BARASSI, L., que, sin abandonar los esquemas civilísticos, elabora y encuadra en ellos la relación de trabajo subordinado, entendida como la inserción, a través de un contrato de trabajo, del trabajador en la organización empresarial de su empleador, la cual, configura, al mismo tiempo, el rasgo esencial de la subordinación, pues el trabajador se pone a disposición del empresario y éste dirige su actividad, *Il Diritto del Lavoro*, op. cit., págs. 265-348.

²²¹ Vid., entre otros, ICHINO, P.: *Subordinazione e autonomia nel Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, págs. 84-85.

²²² Se entiende la subordinación como la cualidad de toda prestación de trabajo que se inserta en una organización productiva sobre la que el trabajador no tiene ningún poder de control, y a ser utilizada por el empleador en orden a la consecución de sus propios fines, que no tiene nada que ver con los fines del trabajador. CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. e TREU, T.: *Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, 3ª edizione, UTET, Torino, 1994, págs. 25-26. GHEZZI, G. et ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, op. cit., pág. 23, entienden que la noción de subordinación presupone el desenvolvimiento de la actividad debida por el deudor en el ámbito de una organización predispuesta por el acreedor.

construcción es, sin duda, válida desde el punto de vista de una construcción teórica, que parte de la estructura clásica del contrato de trabajo, que se desarrolla por regla general y de modo preponderante en el seno de organizaciones empresariales con finalidad económica y destinadas a la producción de bienes y servicios para el mercado. Así, el Derecho italiano distingue entre el trabajo prestado en el seno de la empresa y el trabajo prestado fuera de la organización y se refiere al prestador de trabajo subordinado como al colaborador del empresario (art. 2094 Codice civile), artículo donde no resulta difícil apreciar una cierta influencia de las teorías institucionalistas e incorporacionistas²²³. Sin embargo, en principio no parece tan acertado que en el Derecho español pueda hablarse de la introducción de esta nueva nota en la delimitación del trabajo objeto del contrato de trabajo, identificándola con la de subordinación, sobre todo porque normativamente la delimitación del ámbito de aplicación del contrato de trabajo se realiza a partir de la descripción del modo de ejecución laboral del sujeto trabajador, sin que la naturaleza del sujeto destinatario del trabajo cualifique la prestación laboral, del tal modo que resulta indiferente la labor que realiza el empleador o perceptor del trabajo dependiente, de coordinación y orientación hacia los fines perseguidos, económicos o de cualquier otro tipo, y porque no es necesario que se preste el trabajo dependiente para un empresario mercantil. No otro sentido puede tener el hecho de que el artículo 1.2 LET omita toda referencia a una específica cualidad del sujeto empresario, la titularidad de una organización, excepto que reciba la prestación de trabajo descrita en el número anterior como constitutiva del trabajo protegido, el trabajo prestado por cuenta y bajo dependencia ajenas²²⁴, así como que se considere una relación laboral la relación de trabajo doméstico. Sin embargo, del artículo 1.1 LET se deriva una noción de subordinación que no es ajena a la idea de una organización

²²³ Identifica la subordinación con la colaboración en la empresa, bajo la dependencia y dirección del empresario ICHINO, P.: *Subordinazione e autonomia nel Diritto del Lavoro*, op. cit., págs. 79-80. En ese sentido conviene recordar la idea de BARASSI, L.: *Il Diritto del Lavoro*, op. cit., págs. 355-362, sobre la coexistencia del cambio y de la colaboración, una colaboración subordinada para el trabajador, cuyo fin es el éxito de la actividad empresarial. También destaca la incorporación del trabajador en la empresa la doctrina argentina, configurando este hecho como uno de los determinantes de la subordinación, FLUVIA ALIMENTI, J.: <<Perfiles y perspectivas de la dependencia laboral>>, *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, 1996, nº 12, pág. 1358.

²²⁴ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: <<Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales>>, en *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 31.

titularidad del empleador, ni de la inserción del trabajador en su círculo de acción, por ello podría interpretarse la necesidad de su conexión y el posible origen de la dependencia en la coordinación de esfuerzos que el poder de dirección en una organización empresarial implica²²⁵. Es más, se ha llegado a defender que la idea de dependencia va indisolublemente ligada a la prestación de servicios en una empresa, ante la poco probable hipótesis de trabajo dependiente prestado fuera del marco de referencia de la empresa²²⁶. Consecuentemente con ello, la integración del trabajo asalariado y subordinado en el seno de una organización empresarial sería requisito necesario para la consideración laboral de una determinada relación de trabajo, y parecería que la integración del trabajo doméstico en el ámbito de aplicación del Derecho y del contrato de trabajo habría de ser considerada como una inclusión constitutiva²²⁷. A salvar el obstáculo que la relación de trabajo doméstico supone, tanto para la doctrina de la ajenidad en el mercado, como para la contradicción que parece encerrar el artículo 1º LET, intenta responder otro sector atendiendo a la partícula disyuntiva con la que su párrafo primero denomina al sujeto para el que se presta el trabajo. En efecto, el artículo 1.1 LET alude al empleador o al empresario, expresión que ha sido interpretada entendiendo que ambos términos se emplean como sinónimos y que la introducción del término empleador responde a un mimetismo con respecto a los términos *employeur* o *employer* utilizados en los documentos de la OIT²²⁸, pero que también puede significar que el legislador pretendía separar dos realidades distintas, que la palabra empresario parece referirse al titular de una organización productiva empresarial dedicado profesionalmente a la producción de bienes y servicios para el mercado, mientras que empleador hace referencia a quien, sin disponer de esa organización empresarial, “contrata ciertos servicios del trabajador que le producen utilidad y cuya prestación puede ordenar”, de tal modo que por esta vía se legitima el

²²⁵ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 62-65.

²²⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 516.

²²⁷ En ese sentido se manifiesta ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definatorio del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 512.

²²⁸ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1995, pág. 22.

“contrato de trabajo del servicio doméstico”²²⁹, al mismo tiempo que se introduce como requisito esencial y constitutivo del trabajo objeto del contrato de trabajo la circunstancia de que la prestación laboral del trabajador se inserte en una organización empresarial ajena, porque la noción de dependencia alude a ese modo de ser de la prestación del trabajo humano.

No cabe duda de que la relación social típica que regula el contrato de trabajo es la de un trabajo prestado de forma dependiente o subordinada, incorporados tanto el trabajo como el trabajador a una organización ajena, y esa incorporación o ese ingreso del trabajador en la organización aparece legalmente como un requisito constitutivo de la relación de trabajo sometida al Derecho del Trabajo, en tanto que la dependencia que necesariamente ha de estar presente se define en atención a esa incorporación del trabajador al círculo de organización y dirección de quien da el trabajo. Sin embargo, la expresión que en la actualidad recoge el artículo 1.1 LET no pretendía definir de modo taxativo la noción de subordinación, sino precisamente lo contrario, iba destinada a abrir la noción para entenderla despojada de sus rígidas connotaciones originarias, expresivas del primer trabajo fabril, trabajo que paulatinamente se vio acompañado en su cualidad de trabajo protegido por otras manifestaciones originariamente excluidas, de tal modo que la noción fue alargándose a medida que nuevas formas de prestar trabajo se introducían en el ámbito de protección. La culminación de esa flexibilización es la tipificada actualmente en la LET. Y ello puede llevar a entender que la expresión legal se refiere a la dependencia típica de la relación modelo de trabajo subordinado, ahora bien, eso no implica una total identificación entre la inserción en un círculo organicista ajeno y la noción jurídica que haya de servir para desencadenar la aplicación del mecanismo protector del trabajo subordinado, y es que hay otras manifestaciones de la subordinación que no implican necesariamente la inserción en la organización de otro, como ocurre con la relación de trabajo del servicio doméstico, donde no puede negarse la relación de subordinación en la que se encuentra el empleado. No parece razonable entender subordinada y necesitada de protección la relación de trabajo de los mediadores mercantiles y sin embargo, negar tal carácter a la relación del servicio

²²⁹ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., págs. 536-537.

doméstico por el simple hecho de que no se trabaja en una organización productiva ajena, sino en el hogar del que proporciona el trabajo. No cabe duda de que la prestación de trabajo del servidor doméstico es subordinada y dependiente, aunque no a las necesidades de una organización empresarial, sino a las órdenes y conveniencias del titular del “hogar familiar”²³⁰.

La propia doctrina italiana se refiere a la *azienda domestica* como el centro en el que se desarrolla el trabajo doméstico, caracterizado por la convivencia familiar, que es la nota que determina su especial regulación, más que el carácter no productivo de la organización en la que el trabajo se ejecuta²³¹. Y se sostiene que su cualidad de subordinado se deriva, no de los criterios del artículo 2094 Codice civile, sino de un concepto genérico y atécnico de dependencia²³².

La orientación que se esconde bajo una exagerada consideración de la dependencia como inserción en el círculo rector del empresario es la que conduce a observar la relación laboral como una relación de organización, y esta postura camina en sentido contrario a la del contrato, porque se sustituye la lógica del contrato por la de la organización²³³.

La noción jurídica de dependencia presenta en el seno del contrato de trabajo, por lo tanto, dos vertientes, la que hace referencia a la capacidad de actuación del trabajador dentro del contrato de trabajo y a su deber de obediencia y la que se refiere al poder de dirección del empresario, su contenido y sus límites, porque la relación de trabajo subordinado no elimina de modo absoluto la libertad de actuación del trabajador, que dependerá de la naturaleza del trabajo a prestar. A medida que aumenta el nivel de cualificación de los trabajadores y la complejidad técnica de los servicios a prestar, aumenta también la libertad de actuación y ejecución del trabajador, y tal libertad, lejos

²³⁰ Vid. STC 12/1988, de 3 de febrero (BOE de 1 de marzo).

²³¹ SANTORO PASSARELLI, F.: *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 34ª edizione, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1985, pág.80.

²³² ICHINO, P.: *Subordinazione e autonomia nel Diritto del Lavoro*, op. cit., pág. 162.

²³³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Proyecto docente*, Universidad de La Laguna, 1991, pág. 141.

de estar reñida con el interés empresarial, viene a configurarse como parte de él, porque serán los específicos conocimientos del trabajador y su habilidad o aptitud para la realización de determinados cometidos lo que perseguirá el empresario a la hora de contratar el trabajo. De tal manera que en los supuestos límite la frontera entre lo laboral y lo extralaboral habrá de resolverse atendiendo a la intensidad o gradación con la que se presente la actuación del trabajador, y a estos efectos la jurisprudencia acude en última instancia a la sumisión o inserción en la esfera organizativa de otro, que forzosamente ha de imponer un límite a la libertad personal, para calificar como laboral la relación²³⁴.

El poder de dirección, entendido en esencia como la potestad patronal de dirigir la prestación laboral a los fines de la producción, cualifica activamente la noción de subordinación y así, se han definido los rasgos centrales de la dependencia en los siguientes términos: la subordinación consiste en un poder de carácter jurídico del patrono sobre el empleado, poder que se desarrolla entre hombres libres y se circunscribe a la actividad del empleado en la prestación laboral comprometida. Este poder del patrono como facultad jurídica se refiere tan sólo a dirigir la actividad laboral del empleado, a fiscalizarla y a hacerla cesar. La subordinación ofrece distinta intensidad según las clases de tareas desempeñadas, será menor cuando las actividades tengan mayor carácter técnico o de responsabilidad. La subordinación no desaparece por el hecho de que el empleado desempeñe tareas de colaboración o de confianza con el patrono, o tenga alguna colaboración económica en la empresa, si sus funciones están sujetas a las instrucciones del empresario. La subordinación no exige que el trabajo se preste bajo la vigilancia directa del empresario o de sus representantes. No implica distinciones entre trabajo material e intelectual. La subordinación jurídica no se funda en la económica, ni en la mayor o menor retribución que reciba el empleado. Puede existir aun en el caso de los que ejercen profesiones liberales, si el profesional se somete total o parcialmente a una relación de trabajo retribuido y en situación de dependencia. El ejercicio de un mandato puede coexistir con un contrato de trabajo en un mismo

²³⁴ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., págs. 477-481.

trabajador, sin que por ello pierda el trabajador su cualidad trabajador subordinado, si se trabaja de ese modo. Si falta la nota de la subordinación en la relación laboral, quien presta su actividad a otro, mediante retribución, realiza un trabajo autónomo²³⁵.

Se trata de una aproximación bastante completa a la noción de la dependencia o subordinación que tipifica en la actualidad el contrato de trabajo, aun a pesar de la edad de su pronunciamiento y que responde a la técnica jurisprudencial de detectar la subordinación a través de la comprobación del nivel de incidencia del poder de dirección del empresario en el desarrollo de la ejecución de la prestación, porque los índices demostrativos de la prestación de un trabajo subordinado son, en su mayor parte, manifestaciones del poder de dirección empresarial, tradicionalmente entendido como integrado por funciones de decisión ejecutiva (organización de la actividad), funciones ordenadoras (órdenes e instrucciones) y de funciones de control del ejercicio de la actividad²³⁶, a lo que hay que añadir el poder disciplinario, así como los límites que el ordenamiento fija al contenido de ese poder de dirección²³⁷, porque la inserción del trabajador en una organización ajena implica no sólo el poder de ordenar, sino también el sometimiento al poder jerárquico que ostenta ese ajeno para imponer que el cumplimiento de la prestación se ejecute del modo que estime más conveniente para sus fines e intereses, así como el poder de sancionar la desobediencia o el incumplimiento de tales órdenes. Sin embargo, ya se ha señalado que la subordinación no puede identificarse con la presencia de unos indicadores que revelen su presencia por referencia al ejercicio empresarial de su poder contractual de organizar, especificar y controlar el trabajo contratado, porque tal interpretación termina por quedarse corta a medida que los avances tecnológicos introducen mayores conocimientos técnicos en las relaciones laborales y, por ello, más independencia técnica con respecto a la

²³⁵ CABANELLAS, G.: *Contrato de trabajo*, op. cit., págs. 249-250.

²³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, págs. 146-155.

²³⁷ Con carácter general, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, op. cit. FERNÁNDEZ, LÓPEZ, M^a F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991. LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999. ZOLI, C.: <<Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere>>, *LD*, 1997, n° 2, págs. 241-258.

especificación del trabajo. Este dato imprime una dificultad mayor a la propia apreciación de la dependencia, pues aunque signifique algo más que el mero sometimiento a las facultades empresariales, es una noción difícil de individualizar si se prescinde de sus manifestaciones prácticas²³⁸ y, no obstante, la noción de subordinación ha de existir porque aunque hayan cambiado los modos de ejecución del trabajo y haya cambiado el modo en que se ejercitan los poderes empresariales, la subordinación sigue estando presente en las relaciones de trabajo y sigue siendo el criterio delimitador del contrato y de la propia disciplina, porque el poder de dirección también sigue estando presente, y no han variado ni su naturaleza, ni su fundamento²³⁹.

El cambio producido en la posición subjetiva del trabajador no tiene un carácter sustancial, se ha afirmado que el cambio ha sido más cuantitativo que cualitativo, ya que la tendencia actual es orientar el poder de dirección hacia las grandes decisiones, como la reestructuración empresarial, cambiar actividades, reducir personal, y menos al desarrollo de la prestación diaria de trabajo²⁴⁰. Es por ello por lo que se ha buscado explicar la razón última del poder de dirección más allá de la pertenencia al ámbito organizativo y disciplinario de otro, y se ha visto que persiste un vínculo entre la organización empresarial y la prestación de trabajo²⁴¹ aún cuando la independencia en la ejecución propiciada por el avance tecnológico pareciera excluir la calificación laboral. Y se ha encontrado este fundamento en los fines productivos que la organización empresarial persigue. Es, por tanto, una razón económica la que permitirá identificar la subordinación más allá de los indicios y de la aparente autonomía en el ejercicio de la

²³⁸ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 63.

²³⁹ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., pág. 66. VENEZIANI, B.: <<Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato>>, *GDLRI*, 1987, n° 33, págs. 28-35, no duda de la existencia del poder de dirección.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Contrato de trabajo y autonomía del trabajador>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 37-38.

²⁴¹ Se refiere a la percepción jurídica del poder de dirección, ICHINO, P.: <<Vecchi e nuovi problemi nella qualificazione lavorativa come autonoma o subordinata>>, *Il Diritto del Lavoro*, 1988, p. I, págs. 57-59.

actividad²⁴², razón económica que no es en absoluto desconocida a la hora de aventurar una noción de subordinación, ya que se trata de una de sus primeras y más importantes manifestaciones, y sobre la que descansa la esencia misma del Derecho del Trabajo, pues su finalidad tuitiva se dirigió en un primer momento a las prestaciones de servicios caracterizadas por la debilidad económica del sujeto trabajador, y que parece que vuelve a emerger con unos perfiles y caracteres nuevos, pero con la misma finalidad de comprensión dentro del ámbito del contrato de trabajo del mayor número de relaciones, aun las caracterizadas por una marcada autonomía, siempre que las circunstancias demuestren la existencia de un contratante débil. En efecto, se ha recordado recientemente²⁴³ que la tesis de la dependencia económica trataba especialmente de no excluir de la protección social categorías que se encontraban “a medio camino entre el trabajo del artesano y el del obrero, como los trabajadores a domicilio”²⁴³, y que se debe proceder a una reevaluación de lo que se denominó en Francia desde los años 30 estado de dependencia económica, la cual es compatible con la independencia en sentido jurídico: esa dependencia económica es efecto de un contrato y sería más apropiado calificarla de dependencia jurídica²⁴⁴.

El trabajador debe desarrollar su prestación de trabajo cumpliendo determinados deberes (art. 5 LET), reconducibles al deber de obediencia, y cuyo incumplimiento desencadena el ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario siempre que tal incumplimiento por parte del trabajador haya vulnerado un legítimo ejercicio del poder de dirección empresarial, porque la dependencia implica el sometimiento al círculo rector y organizativo del empresario, implica asumir tal posición contractual y estatutaria²⁴⁵, “porque sólo así, con esa actitud cumplidora de lo que emane del ejercicio

²⁴² ROMÁN DE LA TORRE, M^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., pág. 69. En sentido similar se manifiesta RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Contrato de trabajo y autonomía del trabajador>>, op. cit., pág. 38, al establecer que “El poder empresarial sólo se limita en el plano técnico jurídico, pero reaparece el elemento oculto del poder económico que deriva del dominio del empleo, y del control de las decisiones de establecimiento y de extinción del contrato de trabajo”.

²⁴³ SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 136.

²⁴⁴ LYON-CAEN, G.: <<A modo de conclusión: la transición de una situación a otra en derecho laboral>>, *RIT*, 1996, vol. 115, n^o 6, pág. 757.

²⁴⁵ DIÉGUEZ CUERVO, G.: <<Sobre la obediencia del trabajador>>, *RPS*, 1971, n^o 91, págs. 81-85.

regular del poder de dirección del empresario, es posible, eficazmente, llevar a cabo las prestaciones del contrato de trabajo²⁴⁶, en última instancia, contribuir al perfeccionamiento del objeto y de la causa del mismo, y porque la obediencia del trabajador contribuye a entender y a completar la noción de dependencia²⁴⁷. Y del mismo modo que el poder de dirección se debilita y se transforma, el deber de obediencia ha de acomodarse a las exigencias de las innovaciones técnicas y los cambios en los modos de organización del trabajo, y por la misma razón, tampoco puede estimarse inexistente y dejar de formar parte de la subordinación que caracteriza al contrato de trabajo.

C. La crisis de la subordinación.

El Derecho del Trabajo se construyó sobre una figura social típica, el trabajador industrial infraprotegido social, económica y jurídicamente. A partir de esta figura se elaboró la doctrina científica que culminó con la constitución e independencia del Derecho del Trabajo con respecto al Derecho Civil y con la creación de una noción jurídica, la subordinación o dependencia, como parámetro con arreglo al cual se introduce o se excluye una determinada relación de trabajo en el ámbito del contrato de trabajo. Lo que se ha denominado crisis de la subordinación constituye un proceso motivado por el cambio en el modelo social típico de referencia: no es que haya desaparecido, ni siquiera ha dejado de ser predominante, sin embargo, está viendo surgir a su alrededor otros modelos, otras formas de prestar trabajo, que le han restado protagonismo y que por ello, ponen en cuestión el modelo jurídico elaborado sobre la única base del tipo social predominante en el momento histórico del nacimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo²⁴⁸. La diversificación del modelo social es el hecho

²⁴⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 795.

²⁴⁷ DIÉGUEZ CUERVO, G.: <<Sobre la obediencia del trabajador>>, op. cit., pág. 81.

²⁴⁸ Vid. MEYER, F. et SACHS-DURAND, C.: <<L'évolution du rapport salarial>>, en ALIPRANTIS, N. et KESSLER, F. (éd.): *Le Droit collectif du Travail*, Peter Lang, Frankfurt, 1994, págs. 369-399.

que pone en cuestión la unidad del concepto de subordinación en orden a su función de cualificación e identificación de una determinada categoría jurídica y del estatuto científico de la disciplina²⁴⁹, de tal modo que parece que se produce un fenómeno opuesto a aquel que contribuyó a la creación del propio Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma, que hubo de pasar por la construcción, sobre un modelo social, de una categoría unificada de la cual extraer normas comunes y principios generales para subsumir en ellas las variantes que la sociedad y la economía proporcionaban. De modo contrario a lo que había venido sucediendo con respecto al tratamiento jurídico que el Derecho del Trabajo otorga, se constata una tendencia a la incentivación e institucionalización de la diversificación, favoreciendo la multiplicidad de diversos estatutos jurídicos, de modo que surge la cuestión de hacer posible la promoción de un equilibrio distinto, de carácter progresista, entre la uniformidad y la diversificación de tratamientos²⁵⁰.

Los índices típicos y tradicionales de la subordinación dejan de ser útiles y se someten a revisión cuando la organización empresarial productiva clásica deja de ser el modelo social de empresa, al desarrollarse nuevas formas de prestar trabajo: la empresa se deslocaliza y se divide, la inserción del trabajador en su organización no tiene necesariamente que llevarse a cabo del modo tradicional, los horarios y los tiempos de trabajo son abiertos, el poder del empresario se debilita, la retribución es variable y se vincula a los resultados de la empresa, etc²⁵¹.

La denominada crisis de la subordinación se corresponde con el proceso de evolución del Derecho del Trabajo: si en un determinado momento histórico se produjo una identificación, el Derecho del Trabajo se identificó con la figura típica del trabajador subordinado, ahora la relación se presenta en sentido inverso y el Derecho del

²⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 64-110.

²⁵⁰ MARIUCCI, L.: <<Subordinazione e itinerari della dottrina>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, op. cit., págs. 71-75.

²⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<El Derecho del Trabajo a fin de siglo>>, *RL*, 1999, nº 24, pág. 6.

Trabajo parece que debe ocuparse de parcelas extrañas al mismo de las cuales rescató al trabajo subordinado, se propone que se ocupe del conjunto de contratos mediante los cuales se realiza, en las múltiples formas que permite la actual organización productiva, la integración de un trabajo predominantemente personal en la actividad económica de otro. Esta situación no pretende otra cosa que poner de manifiesto la necesidad de tutela de colectivos cuya prestación de trabajo, no sólo no se adapta a la noción más flexible de subordinación que se pueda pensar, sino que se presta en condiciones de auténtica autonomía técnica y organizativa, con ausencia de subordinación al poder del empleador o comitente de la tarea, pero en condiciones de debilidad contractual y dependencia económica, de tal manera que en realidad se trata de una prestación de trabajo asimilada a la de trabajo subordinado, pero carente de cualquier tipo de protección, de tal modo que se denuncia su insuficiencia como criterio exclusivo para la aplicación del Derecho del Trabajo, en tanto normativa de tutela. Es la oposición radical e irreductible entre el trabajo asalariado y el no asalariado la que introduce el problema de hallar un criterio certero que permita diferenciarlos²⁵². El de la subordinación jurídica resultó ser, llegado un determinado momento, tan poco eficaz para determinar las situaciones necesitadas de protección que los tribunales y los autores han tejido construcciones flexibilizadoras en la mayor parte de los sistemas jurídicos.

Los primeros debates en torno a estas cuestiones constataban la ruptura del equilibrio instaurado entre tres términos: una figura social típica, un prototipo normativo sustancial y eficazmente modelado sobre esa figura, y un aparato de tutela destinado a tal categoría, y ponían de manifiesto la necesidad de aceptar la diversidad interna de los tratamientos y de los niveles de garantía según el tipo o grado de subordinación, consolidando al mismo tiempo los principios de coherencia y las garantías fundamentales de equidad en el propio ordenamiento del trabajo²⁵³, en atención a la diversidad de situaciones que la realidad económica y el propio legislador iban

²⁵² Vid. PEDRAZZOLI, M.: <<Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo en Italia>>, *RL*, 1989, t. I, págs. 208-209. VARDARO, G.: <<Subordinazione ed evolucionismo>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, op. cit., págs. 108-109.

²⁵³ D'ANTONA, M.: <<I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione>>, *RCDP*, 1988, t. I, pág. 207. GHERA, E.: <<La subordinazione fra tradizione e nuove proposte>>, *GDLRI*, 1998, n° 4, págs. 621-639.

consolidando, porque si se disgrega y pluraliza la figura social típica del trabajo subordinado deviene necesaria una diferenciación y modulación de la tutela y de la garantía, para evitar los dramáticos efectos de la separación tajante entre trabajo autónomo y subordinado²⁵⁴. De este modo, se abordaba la cuestión desde el interior del propio trabajo subordinado, a través del replanteamiento de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo. Pero sin perder de vista el origen común de todas las formas de prestar trabajo y la necesidad de seguir protegiendo a quien lo necesite, no a quien cuenta con el apoyo de la tradición.

En este sentido se ha avanzado que la debilitación del sentido técnico de la dependencia y la consecución de un mayor nivel de autodeterminación en la ejecución laboral por parte del trabajador debe tener como única consecuencia el rediseño del esquema estructural del contrato de trabajo, de modo que sea capaz de conciliar la existencia de ciertos niveles de autonomía con la naturaleza dependiente del trabajo que se presta²⁵⁵. Porque el Derecho del Trabajo ha ido evolucionado y ampliando su esfera protectora, mediante una modalización del contenido de sus elementos definidores tradicionales, suavizando de modo importante la intensidad de la dependencia, o revisando y actualizando ese alcance, pero no se ha planteado su cambio o su sustitución. Que esa redefinición se haga sin violentar el esquema tradicional del derecho del contrato de trabajo es un hecho a tener en cuenta y sobre el que habrá que pronunciarse con carácter previo²⁵⁶. Y es que parecen apreciarse dos posibles soluciones al problema de adaptación y cobertura que sufre actualmente el Derecho del Trabajo: la evolución y adaptación continua de la noción de subordinación, de modo que no se abandone su carácter delimitador y que siga siendo una noción dúctil y fácilmente

²⁵⁴ Vid. ROMAGNOLI, U., D'ANTONA, M. DE LUCA TAMAJO, R.: <<Proposta di discussione: il lavoro e i lavori>>, *LD*, 1988, n° 3, págs. 401-422. GHERA, E., BALANDI, G. G.: <<Il lavoro e i lavori>>, *LD*, 1988, n° 4, págs. 570-584.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Contrato de trabajo y autonomía del trabajador>>, op. cit., pág. 37.

²⁵⁶ Ya mencionaban la necesidad de reflexionar con criterios nuevos sobre las fronteras del ordenamiento laboral y sobre la reformulación de sus perfiles y contenidos, así como sobre la necesidad de tutelar algunas manifestaciones del trabajo autónomo SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>>, op. cit., págs. 32-34.

adaptable a las variedades que la práctica de las relaciones de producción pueda presentar²⁵⁷, o bien, plantear la cuestión desde un punto de vista funcional y así, partiendo de la función protectora del Derecho del Trabajo, hacer posible una extensión del mismo, o de una parte del mismo, a través de otras vías, sin forzar la noción de subordinación, sino aplicando ciertos niveles de protección a relaciones de carácter independiente que, sin embargo, dadas las circunstancias de la prestación, merecen alguna protección jurídica, de tal modo que los nuevos trabajos y las nuevas situaciones puedan dar lugar a un diverso grado de tutela, lo que llevaría a distinguir un área de subordinación estricta y fuerte, dotada de una protección máxima y un área de subordinación larga, que incluiría todas las formas de trabajo autónomo asimilables a la subordinación estricta y que estaría dotada de un estatuto protector menor. Junto a esta ampliación del área protegida por el Derecho del Trabajo se ha señalado otra vía de solución del problema, consistente en una propuesta de superación de la dicotomía clásica subordinación-autonomía sobre la construcción de una base contractual mínima común como campo de aplicación de un Derecho del Trabajo reducido al mínimo, sobre el cual las partes puedan acordar las garantías del trabajador²⁵⁸.

Y es que en opinión de los autores, la solución a los problemas que la noción clásica de la dependencia plantea no ha de venir por la vía de un replanteamiento de los elementos básicos del contrato de trabajo, sino que, junto a la adaptación de esta noción

²⁵⁷ GRANDI, M.: <<La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, op. cit., págs. 77-91, destaca la capacidad dinámica de ambientación en nuevas condiciones organizativas de trabajo y en nuevas relaciones de trabajo de la noción de subordinación. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Contrato de trabajo y autonomía del trabajador>>, op. cit., pág. 38. Sin embargo, advierte de la elasticidad limitada de la noción de subordinación RIVERO LAMAS, J.: <<La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000, págs. 68-69.

²⁵⁸ Señala PEDRAZZOLI, M.: <<Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro>>, en AA.VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, Torino, 1998, pág. 13, los dos ángulos desde los que se puede analizar la cuestión: desde la categoría jurídica, que implica la redefinición del tipo social básico para asignar a esa nueva categoría creada *ex novo* medidas diversificadas de tutela, o bien, desde la propia tutela, partiendo de la categoría tal y como la fija el ordenamiento y poniendo el acento en una remodulación de la tutela otorgada. Vid. el debate doctrinal en BALLESTRERO, M. V.: <<Osservazioni critiche sulla persistente vitalità del diritto del lavoro, sulle proposte di riforma della subordinazione e sulla tutela da accordare al lavoro autonomo>>, en AMATO, F. (a cura di): *I "destini" del lavoro*, op. cit., págs. 117-120.

a las nuevas formas de producción, en consonancia con su naturaleza cambiante y descriptiva del modo de trabajar, y precisamente para que la noción de subordinación no termine desnaturalizándose y perdiendo su cualidad delimitadora, se hace necesario poner fin a una expansión ilimitada e indiscriminada de la misma y, consecuentemente, dotar de una cierta protección a trabajadores autónomos o no dependientes, que, sin embargo, se encuentran en una situación de desigualdad económica e, incluso, jurídica, pues ocupan el lugar de contratante débil en la relación, y que carecen de toda protección laboral al no encontrar acomodo su relación de trabajo en los esquemas del contrato de trabajo²⁵⁹. La culminación de esta posición viene reflejada en la voluntad de ampliar el campo de aplicación del Derecho del Trabajo para englobar todas las formas de contrato de trabajo para otro, y no solamente las caracterizadas por una subordinación detectable del trabajador²⁶⁰, “y asumir con naturalidad la diversidad de regulaciones y tutelas”²⁶¹.

La cuestión que inmediatamente suscita esta ampliación de la tutela que el derecho del contrato de trabajo proporciona es la que plantea su contenido. Porque si bien es verdad que existen situaciones de necesidad carentes de tutela, también hay situaciones de sobreprotección de la relación de trabajo con respecto a determinados trabajadores. Con base en ello se ha afirmado que uno de los problemas con los que se enfrenta la noción de subordinación es el exceso de tutela que impone, sobre todo, en relación con la colocación en el área del trabajo dependiente de trabajadores no sometidos a una “subordinación fuerte”, así como la predeterminación de una protección estática con respecto a una categoría de contenido elástico, que implica su consecuente e inmediata aplicación, con independencia de las circunstancias de cada

²⁵⁹ CHAUMETTE, P.: <<Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant?>>, en SUPIOT, A.(dir.): *Le travail en perspectives*, L.G.D.J., Paris, 1998, págs. 85-87. En ese sentido de asimilar ciertos trabajadores no dependientes a los dependientes, a efectos de procurar su protección por parte del Derecho del Trabajo se manifiesta MONTOYA MELGAR, A.: <<Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 723.

²⁶⁰ Opinión que no resulta totalmente novedosa por lo que se refiere al Derecho del Trabajo. No hay que olvidar que la vocación expansiva de la disciplina hasta abarcar la totalidad del trabajo profesional ha sido una tendencia puesta de manifiesto por la doctrina desde hace ya bastantes décadas. BAYÓN CHACÓN y G. PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 31-33.

²⁶¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: <<Sobre la globalización y el futuro del Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1999, nº 60, pág. 29.

relación y de los diversos grados de sujeción presentes²⁶². Es decir, se advierte de la necesidad de una diversificación en el contenido del derecho protector, y no solamente con respecto a los nuevos colectivos que demandan su aplicación, sino con carácter general, de tal modo que una reforma legislativa en este sentido podría suponer la pérdida de derechos de relaciones colocadas en zonas fronterizas, de zonas en las que no sea posible apreciar un grado fuerte de subordinación.

Si bien es verdad que el Derecho del contrato de trabajo conoce situaciones tanto de infraprotección como de sobreprotección, tales hechos no deben entenderse como consecuencias inexorables de una inicial toma de partido a la hora de llevar a cabo la regulación de las relaciones de producción capitalistas, sino como “efectos perversos” del sistema, debidos en gran medida al tipo de producción normativa, que somete trabajos no calificables como subordinados a la disciplina de tutela tradicionalmente identificada con la subordinación de la prestación de trabajo o, por el contrario, sustrae prestaciones de trabajo calificables como subordinadas de tal normativa protectora²⁶³, y cuya solución no ha de venir necesariamente de un desmantelamiento del propio sistema normativo, porque el modo de producción, aunque ya postindustrial o de capitalismo avanzado, sigue necesitando la prestación de trabajo que el contrato de trabajo tutela, de carácter duradero en el tiempo, continuada, dirigida, ordenada y fiscalizada, al servicio de estructuras organizativas que crean y mantienen relaciones jurídicas, y que ha demostrado saber y poder conciliar la eficacia con la tutela²⁶⁴. La cuestión planteada no es otra que la de la búsqueda de un estatuto jurídico del trabajo no fundado exclusivamente sobre la categoría de la subordinación, de tal modo que puede aplicarse a relaciones de trabajo que se realicen en ausencia de tal característica.

3.- EL DEBATE EN TORNO A LA FLEXIBILIDAD.

²⁶² SPAGNUOLO VIGORITA, L.: <<Riflessioni in tema di subordinazione e autonomia>>, en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Guiffre, Milano, 1998, págs. 591-596.

²⁶³ VARDARO, G.: <<Subordinazione ed evolucionismo>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, op. cit., pág. 107.

²⁶⁴ GRANDI, M.: <<La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, op. cit., págs. 90-91.

Los problemas relativos a la denominada flexibilidad laboral inciden de modo más directo en el contenido del Derecho y del contrato de trabajo que en la cada vez más difusa cuestión de sus fronteras. Sin embargo, ambas cuestiones no están tan alejadas como aparentemente pudiera parecer.

La flexibilidad y la adaptabilidad son nociones que han irrumpido bruscamente en un ordenamiento caracterizado por su vocación uniformadora de relaciones laborales en las que se pretendía compensar con normas rígidas la debilidad de los trabajadores en la fijación de sus condiciones de trabajo. Sin embargo, tales prácticas han tenido como resultado la generalizada disminución de los niveles de protección de los trabajadores, sin que, como contrapartida, se hayan resuelto los problemas que se pretendía atacar.

Las medidas flexibilizadoras no predecían en ningún caso “el principio del fin del Derecho del Trabajo y la vuelta al puro Derecho Civil”, porque “siempre habrá un centro de imputación empresarial, aunque éste se encuentre vinculado por vía de coordinación o de subordinación a un grupo de empresas. Siempre habrá un poder de dirección identificable, aunque su ejercicio se encuentre escindido y atribuido a otra empresa diferente (...). Siempre habrá, en fin, aspectos colectivos en las relaciones laborales dentro de las empresas, por muy individualizadoras que sean las políticas de personal o la gestión de los recursos humanos”, porque “donde hay empresa, por minúscula que sea, hay organización y toda organización conlleva criterios y medidas uniformadoras dirigidas a un colectivo”²⁶⁵. Lo que se quiere poner de manifiesto con este tipo de comentarios es que la denominada “crisis” del Derecho del Trabajo es, en efecto, real. Si por crisis se entiende una situación en la que se produce un cambio muy marcado en algo, “una mutación que marca historia”, el Derecho del Trabajo ha entrado, en efecto, en crisis²⁶⁶.

²⁶⁵ SÁNCHEZ FIERRO, J.: <<El fenómeno de la descentralización productiva>>, *CDJ*, 1994, XXII, pág. 13.

²⁶⁶ JEAMMAUD, A.: <<Crise et relations du travail>>, en *Droit de la crise: crise du Droit?. Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, PUF, Paris, 1997, pág. 128.

El debate sobre la flexibilidad tiene su origen en las doctrinas neoliberales que presiden las actuales relaciones económicas²⁶⁷ y en la búsqueda de soluciones al problema del empleo, generalizado en los países industrializados desde principios de la década de los 70²⁶⁸ y en avance aún en la actual, sin que se vislumbren por el momento soluciones eficaces que pongan fin al incremento de las tasas de desempleo²⁶⁹. Es más, se teme que la denominada mundialización y el desarrollo tecnológico contribuyan a aumentarla, en lugar de favorecer su reducción. La raíz del problema se ha buscado en muchos lugares y en muchas situaciones. Un importante sector sostenía que los factores de la rigidez del mercado de trabajo, como la existencia de salarios mínimos, legislación estricta en materia de seguridad del empleo, costos laborales altos, prestaciones por desempleo “generosas” y un considerable poder sindical, habían sido la causa principal de los problemas de desempleo. Sin embargo, hay otras escuelas que destacaban la mayor importancia de otros factores, como la disminución del crecimiento económico, la insuficiencia de la demanda global, la evolución de la técnica, el desfase de las calificaciones y la competencia internacional cada vez más acentuada²⁷⁰, a lo que hay que añadir las políticas legislativas nacionales en materia, no de derechos en beneficio de los trabajadores (único gasto que parece existir para las escuelas económicas), sino en materia fiscal y mercantil (tipos de interés, etc)²⁷¹.

²⁶⁷ BARBAGELATA, H. H.: >>El advenimiento del neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del Derecho del Trabajo>>, *REDT*, 1992, nº 54, págs. 493-504.

²⁶⁸ Puso de manifiesto la dependencia del Derecho del Trabajo con respecto a la ciencia económica SINZHEIMER, H.: <<La crisis del Derecho del Trabajo (1933)>>, publicado en castellano en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, págs. 90-99. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: <<Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica>>, *RPS*, 1984, nº 143, pág. 20.

²⁶⁹ Dando así origen a la búsqueda de nuevos trabajos, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Nuevos empleos y Derecho del Trabajo>>, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1995, nº 29-30, págs. 96-105. En el mismo número, LISO, F.: <<La experiencia italiana en materia de iniciativas locales>>, págs. 113-117. JOUEN, M.: <<Nuevos yacimientos de empleo y nuevas profesiones>>, págs. 110-112. LAVILLE, J. J.: <<Nuevos yacimientos de empleo y calidad del empleo>>, págs. 106-109. CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: <<Los “nuevos yacimientos de empleo” en España: una primera visión general>>, págs. 124-141.

²⁷⁰ LEE, E.: <<Exposición general>> a la *RIT*, 1995, vol. 114, nº 4-5, págs. 495-496.

²⁷¹ BAYLOS GRAU, A.: <<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, *RDS*, 1998, nº 1, pág. 29, destaca la mala e ineficaz gestión burocrática del gasto en protección social, desarrollada por un “Estado que asfixiaba la libre iniciativa económica con una presión fiscal exuberante”.

No cabe duda de que la competitividad internacional influye en el rumbo que van tomando las políticas nacionales y que en realidad ese camino es el de la desregulación y el de la disminución de salarios y derechos de los trabajadores, pero también se ha señalado que la única manera de alcanzar la competitividad no es la reducción de salarios y de las normas del trabajo, que la vía más segura es la del incremento de la productividad del trabajo, y que en el momento actual, caracterizado por una desigualdad creciente, hace falta más que nunca una política estatal que ayude a los trabajadores expulsados de su empleo a readaptarse y a reincorporarse a la vida laboral, y la existencia de normas destinadas expresamente a compensar a quienes resulten más perjudicados por los efectos de la mundialización²⁷².

La historia reciente del Derecho del Trabajo español es la historia de una progresiva flexibilización que tiene ya elementos de desregulación, en la que no es difícil observar una tendencia a desandar el camino andado, reforzando el poder del empresario en perjuicio de los derechos de los trabajadores²⁷³. No otra cosa puede significar el progresivo aumento de la contratación temporal hasta hacer desaparecer la presunción del carácter indefinido del contrato de trabajo, y al mismo hecho contribuye la progresiva disminución del valor regulador de la ley en beneficio del convenio colectivo y del contrato individual de trabajo, o la progresiva facilidad de la que el ordenamiento va rodeando el despido de trabajadores. Se llegó a considerar que la flexibilidad era una solución de síntesis entre las alternativas radicales de desregulación y de un mantenimiento a ultranza de los niveles protectores alcanzados con anterioridad a la crisis económica²⁷⁴, sin embargo, el tiempo y la experiencia han demostrado que esa

²⁷² LEE, E.: <<Mundialización y empleo: ¿se justifican los temores?>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 5, págs. 538-539. En el mismo sentido de revitalización de la presencia estatal ante la nueva situación se pronunciaban GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.: <<El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica>>, *RT*, 1998, nº 92, págs. 37-38.

²⁷³ Vid. RIVERO LAMAS, J.(coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza, 1993.

²⁷⁴ Se manifestaba en ese sentido REY GUANTER, S.: <<Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1989, nº 10, pág. 10.

solución intermedia ha resultado ser una solución temporal que ha ido desplazándose cada vez más hacia una posición extrema.

Los intentos de acabar con las altas tasas de desempleo y con el alto número de contratos incardinados dentro de lo que se denomina precariedad del empleo tienen una única manifestación en lo que a la normativa sobre el trabajo se refiere, y es la flexibilización de las normas laborales, y la flexibilización normativa del mercado de trabajo implica por definición modificaciones de la legislación que pueden llegar a ser numerosas y profundas y que van orientadas en un único sentido, rebajar el nivel de protección de los trabajadores en la creencia de que tales medidas son las únicas eficaces para hacer frente a los problemas económicos a los que se enfrentan las empresas en situaciones de crisis.

Se han señalado tres posibles modelos ideales de flexibilización de la regulación laboral del mercado de trabajo: un modelo “neoliberal” de flexibilización, que propone una desregulación radical del mercado de trabajo mediante la supresión de la legislación tuitiva de condiciones mínimas; la flexibilización inspirada en el “liberalismo colectivo”, que pretende la compensación de la pérdida de mínimos legales con el refuerzo de los instrumentos de representación colectiva de los trabajadores, y, finalmente, la flexibilización que se denomina de ajuste o adaptación a la crisis, caracterizada por la introducción de reformas o correcciones normativas que disminuyen el sentido de la legislación laboral pero sin alterar sus fundamentos dogmáticos, ni sus estructuras normativas²⁷⁵. Las numerosas reformas laborales operadas en España a partir de 1976, sobre todo las de 1984, 1994 y 1997, se incardinan ya en dos de los modelos mencionados, el modelo denominado de ajuste o adaptación y el modelo en virtud del cual se pretende potenciar la autonomía colectiva y la participación de los trabajadores. Y atendiendo a lo logrado con tales medidas, vistos los buenos propósitos a los que respondían, no queda más remedio que concluir con su fracaso más rotundo. Pese a lo cual, no parece aventurado señalar una cierta tendencia

²⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/1984 de reforma del estatuto de los Trabajadores>>, en *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 33-34.

hacia la desregulación pura y simple del mercado de trabajo. Con respecto a esta tendencia se ha señalado que la reforma de 1997 parece haber favorecido la instalación en el pensamiento colectivo de la creencia en la irreversibilidad de los recortes en materia de derechos de los trabajadores, de tal manera que se acepta la necesidad de un recorte en momentos de recesión, “pero cuando el contexto económico mejora no hay manera de recuperar los estándares jurídicos anteriores”²⁷⁶. No en vano se está cuestionando el futuro del Derecho del Trabajo, y se ha llegado incluso a hablar de su propia supervivencia²⁷⁷. Este es el reto al que se enfrenta la sociedad actual y, en especial, debe formar parte de la premisa de la que deben partir los actuales debates sobre el Derecho del Trabajo y su adaptación a la realidad a la que va dirigido, porque su olvido puede tener consecuencias que los Estados autodenominados sociales y democráticos de Derecho no pueden permitir.

El Derecho del Trabajo español ha sufrido ya un cambio radical en sus principios fundamentales. Si el texto del Estatuto de los Trabajadores de 1980 concebía el principio de estabilidad en el empleo como la piedra base del sistema, y a la defensa del cual iba encaminada toda la regulación laboral, hay que reconocer que la temporalidad introducida en 1984, la flexibilidad de entrada y la flexibilidad interna conseguida con la reforma de 1994, y la flexibilidad de salida o flexibilidad en el despido conseguidas con la de 1997²⁷⁸, han abandonado definitivamente tal principio de acción, aún a pesar de que tal vía no ha demostrado ser eficaz.

El debate en torno a la flexibilidad en sus primeros momentos iba dirigido a promover una adaptación de las normas jurídico-laborales a las nuevas circunstancias

²⁷⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España>>, en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y MIRÓN, M^a M. (coord.): *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 32.

²⁷⁷ ORTIZ LALLANA, C.: <<La supervivencia del Derecho del Trabajo>>, *AL*, 1999, n^o 42.

²⁷⁸ En palabras de ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España>>, en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y MIRÓN, M^a M. (coord.): *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, págs. 20-30. Por el contrario, entiende RIVERO LAMAS, J.: <<La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1998, n^o 56, pág. 61, que las medidas legales de 1994 y, sobre todo, 1997, recuperan, “al menos en parte, la estabilidad en el empleo como un principio estructural del Derecho del Trabajo español”.

del mercado, pero sin alterar sustancialmente, ni eliminar, sus componente esenciales. Sin embargo, ha resultado que, con los planteamientos clásicos en la materia, sí se están transformando los pilares sobre los que descansa, al menos, el Derecho del Trabajo tradicional, porque su eficacia protectora actualmente se encuentra en cuestión, de tal modo que parece acertada la postura que indicaba la consolidación de una concepción dinámica del Derecho del Trabajo²⁷⁹, a la vista de su indudable interdependencia con el sistema económico-social, lo que lleva a la necesidad de introducir tal condicionante en la forma de concebir la función equilibradora y la protección que el Derecho del Trabajo debe proporcionar. Y un planteamiento de este tipo no tiene otra salida que propugnar una reforma en algunos de los ámbitos del Derecho del Trabajo, y, consecuentemente, del contrato de trabajo.

A la flexibilización y progresiva desregulación que está sufriendo el sistema de relaciones de trabajo como medio de hacer frente a la crisis económica, se añaden los nuevos problemas que para los derechos de los trabajadores se derivan de los modos de organización empresarial que los acontecimientos y la propia crisis vienen generando. Porque en realidad, estos nuevos modos de organización de la producción se traducen en el plano de las relaciones laborales en nuevas formas de flexibilidad, que contribuyen a rebajar los niveles de protección de los trabajadores sobre la base del recurso a la acumulación o distribución de “gastos de personal” y responsabilidades derivadas de los mismos entre varias organizaciones empresariales posibles. Y todavía puede citarse un tercer elemento perturbador de la estabilidad temporal y configuración clásica del Derecho del Trabajo, el cambio que ha sufrido la composición de la tradicionalmente denominada parte débil del contrato de trabajo: el alto poder contractual que ostentan determinados trabajadores muy cualificados abona el terreno para una revalorización de la autonomía individual de la voluntad, en tanto que no ostentan una posición de debilidad frente al empresario²⁸⁰.

²⁷⁹ REY GUANTER, S.: <<Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 16.

²⁸⁰ Destacaron este dato GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.: <<El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica>>, op. cit., pág. 22.

El último escalón, por el momento, en el que se encuentra el camino de la flexibilización está resultando ser el de la contracción del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo²⁸¹. La reducción no viene sólo por la vía de las exclusiones legales que se han introducido en el ordenamiento jurídico laboral (en España, recientemente, los agentes mercantiles y los transportistas que desarrollen su actividad en las condiciones enumeradas en el artículo 1.3, g), párrafo segundo de la LET), sino también por otras vías, como la conversión de trabajadores dependientes en independientes o en semiempresarios (empresas de economía social). Y la solución no va a venir esta vez de una poco probable “vuelta a la normalidad” y recuperación de terrenos perdidos, sin atender a los cambios económicos y sociales producidos, sino de un replanteamiento de los contornos de la disciplina y de los niveles de su función protectora, justificados con base en las mismas razones que justificaron su propio nacimiento.

Porque el dilema entre rigidez y flexibilidad se ha presentado como una cuestión externa entre el derecho social y el mercado, pero un examen más atento ha revelado que el problema reside menos en la pretendida incapacidad estructural del Derecho del Trabajo para integrar las exigencias de flexibilidad que en una obsolescencia progresiva de las modalidades cognitivas clásicas -procedimentales y sustanciales- de articulación entre la rigidez y la flexibilidad, a la vista de la evolución contemporánea. Es por ello por lo que el problema se sitúa, así, en el interior del Derecho del Trabajo²⁸².

Es necesaria la reconsideración del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo, no ya para pedir su limitación, a la vista de que su ampliación corre el peligro de desincentivar a los empresarios a la hora de realizar contrataciones de trabajadores, ante los altos costes que supone, sino todo lo contrario, demostrada la ineficacia de tal medida, se propone una revisión al alza, con el objeto de que el

²⁸¹ Ya se proponía poner freno a la tendencia expansiva del contrato de trabajo por ALONSO GARCÍA, M.: <<Ámbito y alcance de la flexibilidad del mercado laboral>>, *Boletín del Círculo de Empresarios*, 1986, nº 36, pág. 18, y por SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: <<Derecho flexible del Trabajo o Derecho del trabajo flexible. El estado de la cuestión>>, *Boletín del Círculo de Empresarios*, 1986, nº 36, págs. 74-75.

²⁸² En palabras de DE MUNCK, J.: <<Les trois crises du droit du travail>>, *DS*, 1999, nº 5, pág. 444.

Derecho del Trabajo no pierda su finalidad protectora de situaciones de desigualdad y desamparo, situaciones que han aumentado debido a las medidas flexibilizadoras, también al devenir económico y social, que pretendían, precisamente, favorecer la competitividad empresarial con el fin de resolver, fundamentalmente, los problemas de desempleo y desamparo que la sociedad estaba provocando y presenciando²⁸³. Porque en la realidad de las prestaciones de trabajo los hechos no han cambiado sustancialmente, han sido las normas las que han introducido y excluido determinadas prestaciones del ámbito protector del contrato, independientemente de que las condiciones de realización aconsejaran o avalaran tan drástica decisión. Ello no significa que se abogue por una vuelta a la rigidez, sino por una consideración de la inevitable flexibilización y adaptación de las normas laborales consecuente, no sólo con las condiciones económicas y sociales del mercado, sino también, y parece razonable que sea así sobre todo, con las condiciones económicas y sociales de la “clase trabajadora”, la destinataria por excelencia del derecho protector.

Las conclusiones no parecen innovadoras, ni desconocidas. Instalada la flexibilidad en la mentalidad colectiva²⁸⁴, no va a ser fácil, ni conveniente, hacerla desaparecer. Las circunstancias han llevado a que las condiciones económicas y sociales y la evolución en los sistemas y modos de producción convivan con las medidas flexibilizadoras, y el resultado ha sido que se han complementado de manera perfecta, porque las nuevas formas de organización del trabajo piden flexibilidad, temporalidad, adaptación a necesidades concretas.

La flexibilidad ha llegado para quedarse, por lo que hay que convertirla en una idea y en una acción que favorezca la posición de los trabajadores, al mismo tiempo que

²⁸³ Advierte de los peligros de la flexibilidad GHERA, E.: <<La flessibilità: variazioni sul tema>>, *RGLPS*, 1996, nº 2, pág. 136.

²⁸⁴ RIVERO LAMAS, J.: <<La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1998, nº 56, pág. 22, afirma que a partir de los últimos acuerdos interconfederales la flexibilidad laboral ha sido reconocida por las organizaciones sindicales más representativas como un instrumento imprescindible para la generación de empleo, así como para favorecer la competitividad de las empresas.

la competitividad empresarial²⁸⁵. La sociedad está pidiendo un nuevo modelo de contrato de trabajo, o de manera de obligarse para la obtención de medios de vida, que sea acorde con las circunstancias del mercado y de las personas, y un Derecho del Trabajo que lo haga posible sin perder su naturaleza y su función. Parece que ha llegado el momento de abandonar el análisis alarmante y crítico y sustituirlo por un estudio consciente de la realidad y de los problemas a los que se enfrenta el Derecho del Trabajo en su vertiente de derecho regulador de la protección de los trabajadores. Y las vías a explorar que proponen pasan por la toma de conciencia de la realidad y de la diversidad que caracteriza actualmente el mercado laboral y los modos de trabajar, y su introducción en los esquemas estructurales de la disciplina para ser tenidos en cuenta en su evolución. Igualdad y uniformidad no son en todo momento equivalentes para el Derecho del Trabajo, existe una relación directa entre el principio de igualdad y la consideración de la diferencia como base sobre la que deberá alzarse el tratamiento que el Derecho del Trabajo debe dispensar a la diversidad de situaciones que el mundo del trabajo presenta²⁸⁶. No se puede reaccionar pretendiendo la integración de todas las manifestaciones de trabajo productivo en un único molde, la tutela adecuada a cada situación aconseja la “pertinente diversificación de estatutos normativos”²⁸⁷. En definitiva, las circunstancias están demandando un nuevo ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo que implique diversos niveles de tutela en virtud de su propia finalidad, la protección de la parte más débil de la relación²⁸⁸.

La cuestión de la configuración dogmática del contrato de trabajo sufre en la actualidad un doble proceso: la evolución del sistema socio-económico que lo hizo

²⁸⁵ Se habla de la armonización entre los principios de tutela del trabajo y los de la productividad de las empresas, y de dar “forma y vida a la flexibilidad en la seguridad”, MASTRAGOSTINO, N.: <<Linee di tendenza delle relazioni industriali nella transizione verso la terziarizzazione del conflitto>>, *LPO*, 1998, nº 5, pág. 894.

²⁸⁶ BAYLOS GRAU, A.: <<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 33.

²⁸⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: <<Diversificación *versus* uniformidad en el Derecho español del Trabajo>> op. cit., pág. 96.

²⁸⁸ GOÑI SEIN, J. L.: <<Flexibilidad Y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo>>, en RIVERO LAMAS, J. (coord.): *La flexibilidad laboral en España*, op. cit., pág. 86.

posible y necesario y la oportunidad, al hilo del propio avance de ese mismo sistema socio-económico, de conservar su tradicional fisonomía.

A este respecto se refieren los debates, tanto pasados como presentes, en torno a las notas características del trabajo objeto del contrato y del Derecho del Trabajo, sobre la necesidad de erigir a una de ellas como la determinante y sobre la no correspondencia entre lo que pretende la norma laboral y el resultado producido, a lo que hay que añadir las recientes propuestas doctrinales de replantear la propia esencia de la disciplina a partir de la búsqueda y puesta en práctica de su finalidad primera: la protección del económicamente débil.

La situación actual ha llevado a que la tradicional discusión o polémica en torno a las notas de ajenidad y dependencia pase a ocupar un segundo lugar, en tanto que ahora se plantea, no poner el énfasis de la delimitación conceptual en una de ellas, sino trascender a un estadio superior de significación interna de la disciplina y englobar ambas nociones, sus diversas manifestaciones y sus repercusiones en torno a una idea de protección y garantía de determinados derechos propios y reconocidos como tales en todos los estados democráticos. De ahí que lo fundamental sea que se provea a todo ciudadano trabajador de los medios necesarios para un desarrollo digno de su prestación de trabajo, y que se proporcionen los medios jurídicos para hacer efectivos los derechos constitucional y legalmente reconocidos, no ya con una finalidad casi benéfica, en atención a la situación de absoluta vulnerabilidad de un trabajador desprovisto de todo, sino teniendo como sujeto destinatario a un trabajador ciudadano con un patrimonio jurídico real, ejercitable y protegible.

Sin embargo, no se pretende abandonar la configuración clásica del contrato de trabajo, no se pretende una reelaboración del trabajo susceptible de protección al margen del tradicionalmente protegido. La ajenidad y la subordinación son las notas que han definido esta particular parcela del ordenamiento jurídico, y que han de servir de base a una hipotética reelaboración de su ámbito de aplicación porque son las que definen el paradigma de estado de necesidad que el contrato de trabajo se dirige a regular y juridificar. Y, sobre todo, porque han venido demostrando, como requisitos de

identificación del trabajo objeto del contrato de trabajo, su capacidad de adaptación a los cambios del entorno socio-económico, recibiendo en su seno las adaptaciones o evoluciones que fueran pertinentes²⁸⁹, porque sin necesidad de cambios normativos la concreción e identificación de supuestos encuadrables en el contrato de trabajo ha ido variando al compás de los cambios sociales.

La ajenidad se configura como el presupuesto fáctico sobre el que se asienta el contrato de trabajo, su presupuesto habilitante, porque también es la nota que viene modalizada por la situación de subordinación del trabajador, operación que cierra la determinación de la parcela de las relaciones de trabajo que viene tutelada y regulada por el contrato de trabajo. Este esquema no ha perdido su virtualidad y su razón de ser, simplemente se ha puesto de manifiesto su insuficiencia, en tanto que ya no cubre todas las situaciones de necesidad en el marco de un estado que se denomina social y democrático de Derecho, insuficiencia de la que es muestra ejemplar la oscilación doctrinal y jurisprudencial en torno a sus presupuestos básicos y los debates en torno a su superación o su crisis.

Y, tras la larga peregrinación por la senda de las indagaciones conceptuales y las elaboraciones abstractas en orden a una adaptación de la teoría a las necesidades de la práctica, la conclusión no lleva nunca a una superación de las categorías ajenidad y dependencia en la delimitación de las fronteras del contrato de trabajo.

Ambas categorías están inescindiblemente unidas en la configuración dogmática del contrato de trabajo. El trabajo objeto del contrato de trabajo es y ha sido el trabajo prestado por cuenta ajena, cuya utilidad ingresa en un patrimonio ajeno a aquél que lo presta, y ese trabajo prestado por cuenta ajena es un trabajo subordinado al poder de organización, control y disposición del receptor de la utilidad del mismo.

El contrato de trabajo tuvo como misión la “legalización” de tal situación de desigualdad, señalando el camino por el que discurrirían las respectivas prestaciones de

²⁸⁹ MONEREO PÉREZ. J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 88.

los sujetos implicados en la relación obligatoria, haciendo posible un nivel de tutela o protección para el más débil y poniendo límites al poder de dirección del más fuerte, de tal modo que es la desigualdad social y económica la que está en la misma base del contrato.

Lo que ahora se plantea es dejar de hacer discurrir el derecho del contrato de trabajo exclusivamente por las vías que han forjado las categorías utilizadas para describir la realidad necesitada de protección y regulación. Y que se vuelva la vista al hecho que determinó el nacimiento de tales instituciones: la debilidad económica y jurídica de una parte y el correlativo poder de la contraparte. Porque tales situaciones de desigualdad siguen existiendo, pero se dan en unas condiciones desconocidas para la doctrina clásica, que tomó como modelo una sociedad que ya no es la de hoy, o bien, se dan en unas condiciones que dificultan la fijación de la frontera entre la trabajo protegido y el desprotegido, y, al no encajar de modo automático en las categorías elaboradas, quedan al margen de su regulación y tutela.

Además, ha hecho aparición un elemento nuevo que no ha tenido cabida en las previsiones ya consolidadas, y es la diversificación del modelo social que proporcionó el material para la elaboración del estatuto jurídico de la disciplina, y que aconseja iniciar, también desde el plano teórico, una diversificación de contenidos y grados de tutela, de tal modo que al trabajo subordinado prestado por cuenta ajena se le añada otro sector del trabajo humano productivo que presenta necesidades reales de protección, y que, correlativamente, se fijen distintos niveles de tutelas normativas. En definitiva, se propone, desde una perspectiva de política jurídica, una diversificación de las tutelas que concede el ordenamiento laboral, en atención a la diversidad social, frente a la orientación inicial de conceder un tratamiento tutelar similar a los trabajadores de la industria fabril.

Sin embargo, a pesar de la necesidad constatada de abrir el ámbito de aplicación del contrato de trabajo, de modo excepcional y parcial, en tanto que el grado de tutela deja de ser homogéneo, tal y como se ha venido haciendo desde que empezó a flexibilizarse la apreciación de la subordinación del trabajador en la relación de trabajo,

no parece que pueda entenderse en la actualidad que el objeto del contrato de trabajo haya cambiado o vaya a hacerlo. Porque no son fundamentos distintos de los originarios a los que ahora se recurre, ni argumentos distintos los que ahora se esgrimen, sino que la idea que subyace en el sistema de regulación que se arbitre sigue siendo la protección de la situación de necesidad dentro del sistema socio-económico establecido²⁹⁰.

La actividad de intermediación en operaciones mercantiles constituye una de las prestaciones de trabajo idóneas para ilustrar un análisis de la configuración clásica del contrato de trabajo y su adaptación o superación, en atención a las nuevas necesidades que muestra la realidad productiva. Se trata de una actividad que en el mundo de las regulaciones jurídicas puede aparecer revestida hasta con un triple ropaje jurídico contractual, sin que en ningún caso se esté en presencia de un objeto de imputación distinto.

²⁹⁰ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: <<Los cambios en la organización de las empresas y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales>>, op. cit., págs. 52-55.

CAPÍTULO II: LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN EN OPERACIONES MERCANTILES

I. LA MEDIACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN MERCANTIL: ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y LA EVOLUCIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.

Las categorías jurídicas de mediación o intervención en operaciones mercantiles, esto es, la puesta en contacto entre el productor y el consumidor de un producto a través de personas cuya prestación contractual consiste, bien en la promoción, bien en la concertación de operaciones comerciales, aparecen relativamente tarde en el panorama jurídico, y aparecen como resultado del desarrollo económico del siglo XIX: la ampliación de los mercados, las mejoras en los medios de comunicación y de transporte, las necesidades derivadas de la descentralización productiva, de la evolución tecnológica y los nuevos sistemas de producción, así como de la evolución de diversas relaciones jurídicas ya existentes y dotadas de su propio régimen jurídico, a partir de las cuales se produjo la tipificación legal de nuevas actividades de mediación o intervención en el tráfico mercantil.

El primer gran problema que se plantea a la hora de estudiar las actividades que constituyen el objeto de este capítulo es el de la terminología²⁹¹. Las personas dedicadas a las actividades de mediación en el tráfico mercantil han recibido diferentes denominaciones que no siempre se han referido a la misma realidad social y jurídica. Se trata de personas que se dedicaban a la compraventa de mercancías, aunque con posterioridad se amplió su actividad a la intervención en cualquier tipo de actividad mercantil.

²⁹¹ Vid. GARCÍA ABELLÁN, J.: <<La condición jurídico laboral de los representantes de comercio>>, *CPS*, 1959, nº 43, págs. 35-37. BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Todo sobre representantes, agentes y comisionistas*, De Vecchi, Barcelona, 1971, págs. 7-14. También, SORIA FERRANDO, J. V.: <<El agente y el viajante de comercio: su delimitación en el Derecho Español>>, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 3646-3647. MAILLO NIÑO, A.: <<Los representantes de comercio y la jurisdicción laboral>>, *RPS*, 1962, nº 56, págs. 87-112.

Las primeras y, quizás, más exactas denominaciones se refirieron al personal encargado de las ventas exteriores: a los vendedores ambulantes, jefes de ventas, comisionistas, etc. No es éste el lugar adecuado para elaborar un análisis terminológico sobre el tema, sin embargo, sí parece necesario hacer referencia al estado de la cuestión para dejar clara desde el primer momento la realidad social que constituye el soporte del análisis que se pretende.

En alguna ocasión se ha utilizado la expresión “personal de venta” en un sentido global, para referirse a las personas que se dedican a la actividad de mediación en el mercado de bienes o servicios, independientemente de la forma de realizarla, y, por lo tanto, del régimen jurídico que le corresponda, y se han acogido en la misma las denominaciones de representantes de comercio, agentes comerciales, mediadores, placistas, viajantes o corredores de comercio o plaza, etc.²⁹². Sin embargo, la tónica general ha sido otra bien distinta. Tras una inicial confusión de términos, donde todas estas expresiones eran utilizadas como sinónimos, provocada, probablemente, por la ubicación jurídica de todas las categorías, pues toda esta actividad estaba regulada por el Código de Comercio, se pasa, a través de un proceso de evolución y especialización normativa, a una diferenciación de denominaciones a partir de la manera de ejecutar la actividad, o, más exactamente, se fue diversificando la actividad en distintos tipos en función del modo de realizarla, lo que dio lugar a la identificación de cada denominación con una determinada manera de ejercer la actividad mediadora.

La categoría jurídica del “representante” del comerciante o empresario que, fuera del establecimiento del mismo, lleva a cabo actividades de intervención en operaciones mercantiles, por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas, tipificada en la actualidad en el artículo 2.1, f) LET, aparece como el último estadio en la evolución jurídica de estas actividades de intervención en operaciones mercantiles.

²⁹² MONSÓ GOICOLEA, E.: <<Situación jurídica en España de los agentes comerciales>>, *RDP*, 1987, pág. 755.

Si bien ya contaba el tráfico mercantil con figuras que reglamentaran jurídicamente la gestión o realización de negocios por cuenta de otros -el contrato de comisión-, también es cierto que con la expansión económica del siglo XIX este tipo de actividad vio incrementada su importancia y tipología. El empresario vio facilitada la tarea de la colocación de sus productos en lugares distintos de los de la producción del mismo. La mejora de los medios de comunicación y transporte favoreció la distribución de la mercancía e hizo surgir nuevas figuras y tipos de intervención en operaciones de mediación en el tráfico comercial, que en un principio se realizó dentro de la regulación jurídica mercantil, en atención a la materia en cuestión: la realización de “actos de comercio” se erigía como el criterio que determinaba el ámbito de aplicación del Código de Comercio. Sin embargo, la práctica mercantil no tardó en desbordar las previsiones legales y pronto surgieron infinidad de maneras de ejecutar los encargos del principal.

Al mismo tiempo, aparece en el panorama jurídico una nueva rama de carácter protector, cuyo objeto y ámbito de aplicación se define atendiendo al modo mediante el cual el ejecutor efectuaba una determinada prestación de trabajo, y no al hecho de que esa prestación fuera de carácter comercial o de cualquier otro. Comienzan, entonces, a alzarse voces y razones defendiendo la laboralización de una determinada manera de desarrollar esta actividad mediadora, y ello en virtud de la sustancial identidad entre la actividad ejecutada por cierto tipo de personas físicas que actuaban como mediadores mercantiles y el trabajo desarrollado en régimen de ajenidad y bajo dependencia que caracteriza al Derecho del Trabajo como un derecho especial que regula un determinado tipo de trabajo.

Las relaciones de agencia o representación comercial no surgen, sin embargo, de forma espontánea. Se ha establecido²⁹³ que en el origen del contrato de agencia comercial se encuentran varias categorías y relaciones jurídicas ya existentes y de las que hizo uso la práctica mercantil para la regulación de esta nueva actividad, en atención a la insuficiencia del tradicional sistema de relaciones de carácter subordinado,

²⁹³ GARRIGUES, J.: <<Los agentes comerciales>>, *RDM*, 1962, nº 83, págs. 7-8.

que se mostraba incompatible, por su propia naturaleza, con los intereses del principal de reducir al máximo las cargas distributivas sin merma de la eficiencia en la penetración y difusión de sus productos; así que surge la figura del agente como un heredero del comisionista al que no sustituye, en tanto que opera de forma autónoma y asume las cargas de su propia actividad²⁹⁴.

En primer lugar, hay que mencionar como antecedente más inmediato lo que la doctrina mercantilista denomina dependencia mercantil, la figura de los auxiliares del comerciante -factores, dependientes y mancebos-. Estos dependientes internos del empresario realizaban dentro de los locales de la empresa labores de colocación de la mercancía, así como otras actividades propias de la práctica comercial en nombre y por cuenta del empresario, para lo cual estaban dotados de poderes de representación de mayor o menor alcance²⁹⁵.

Junto a los dependientes internos que actuaban en los locales del empresario, aparecen los llamados auxiliares externos, que eran aquellas personas que por las necesidades de la producción fueron encargadas de llevar a cabo la colocación del producto en lugares distintos de los de la producción o comercialización principal de los mismos. Tales son los tradicionalmente conocidos como viajantes de comercio y corredores de plaza: realizaban las mismas funciones que el personal interno del comerciante, pero fuera de los locales de éste, incluso en otras poblaciones o en el extranjero, y, por lo tanto, fuera, también, de la vigilancia directa de los empresarios, cualidad que explica la tardanza en su consideración como auténticos trabajadores subordinados y por cuenta ajena, sujetos del contrato de trabajo e incluidos, por ello, en el ámbito de aplicación protector del Derecho del Trabajo²⁹⁶.

²⁹⁴ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 17.

²⁹⁵ Vid. sobre los auxiliares del comerciante, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 96-112.

²⁹⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: <<Los auxiliares del comerciante en Derecho español>>, *RDM*, 1957, n^o 64, pág. 284.

Los viajantes de comercio son los auxiliares del comerciante o empresario que se dedican a la actividad de venta exterior de los productos del mismo, por lo que no están sujetos a horario o jornada concreta, ni tienen un puesto de trabajo dentro de la empresa, y es precisamente esta manera de desarrollar su actividad, fuera del establecimiento del principal y de su vigilancia directa, lo que tienen en común los viajantes de comercio con los agentes comerciales cuya regulación jurídica permanecía en el Derecho Mercantil: la dependencia o subordinación con respecto al principal se manifiesta aquí de forma más débil que en los auxiliares convencionales del empresario regulados en el Código de Comercio. Además de débil, la dependencia se da en estas relaciones de una forma propia y característica, distinta de los criterios que, tradicionalmente, la han caracterizado. Los clásicos indicios externos de subordinación ceden aquí a favor de situaciones más sutiles, tales como seguir las instrucciones del empresario en relación al modo de colocar el producto, los precios, etc., y ello con base en la propia naturaleza de la actividad, que exige un grado de “independencia” de gestión importante, en contraposición con la forma de prestar servicios que dio origen al nacimiento del Derecho del Trabajo y a la cobertura protectora del contrato de trabajo.

Diferencia la actividad de los viajantes de las sometidas a régimen mercantil, sin embargo, el hecho de que el viajante depende de un sólo empresario, no es más que un trabajador cuya prestación laboral consiste precisamente en desarrollar la actividad de mediación fuera del establecimiento del principal, mientras que los agentes o representantes comerciales ejercían la actividad mediadora para varios empresarios, por lo que son sujetos de tantas relaciones contractuales como empresarios comitentes haya.

La categoría viajante de comercio se ha definido como la actividad desempeñada por la persona física que “trata de conseguir pedidos y vende mercaderías a los minoristas, a los industriales, a instituciones y firmas profesionales o a establecimientos de comercio al por mayor, visitando personalmente a los clientes y viajando por la zona geográfica que se le asigna; trata de interesar al posible comprador enseñándole muestras de los artículos o mostrándole catálogos y haciéndole notar las excelencias de los productos; indica los precios y las condiciones de crédito y de entrega, ofrece rebajas bajo ciertas condiciones e informa sobre la evolución probable de los precios;

transmite los pedidos a la oficina central y envía informes sobre las transacciones comerciales que ha realizado; estudia las publicaciones comerciales y se mantiene bien informado de las fluctuaciones y de los precios y de otras condiciones de mercado”²⁹⁷. Más sencillamente, se suele definir como toda persona auxiliar que opera fuera del establecimiento del negocio, cuya misión consiste en ampliar el círculo de ventas del principal en distintas poblaciones²⁹⁸.

Existe también una variante de la profesión del viajante cuya inclusión en el ámbito jurídico laboral se produce en el mismo momento que éste y que se caracteriza por la realización de las mismas funciones, pero en la misma población en la que radica el establecimiento de su principal. Tal es el corredor de plaza²⁹⁹.

Ha sido señalado, también, como antecedente de las actividades de mediación el contrato de comisión mercantil celebrado en nombre, además de por cuenta, del comitente (art. 247 del Código de Comercio)³⁰⁰, es decir, aquella modalidad de comisión en la que el comisionista contrata con el tercero como mero mediador, convirtiéndose en inmediato responsable de la operación al comitente, esto es, actuando con “ajenidad”, sin asumir el riesgo y ventura de la operación, que, en virtud de lo pactado en el contrato de comisión, afecta directamente al principal. Cuando el comisionista deja de realizar la labor de promoción de negocios ajenos de forma aislada

²⁹⁷ Según la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO), 1968, en BELL, M.: *El vendedor viajero*, OIT, Ginebra, 1980, pág. 4.

²⁹⁸ BAZ IZQUIERDO, F.: <<Los representantes de comercio en el Derecho del Trabajo español>>, *RPS*, 1968, nº 79, págs. 29-43. LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 216.

²⁹⁹ LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 216. HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 52.

³⁰⁰ Artículo 247 C. Com.: “Si el comisionista contratase en nombre del comitente, deberá manifestarlo, y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellido y domicilio de dicho comitente.

En el caso prescrito en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista; pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no prueba la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista.”

y ocasional para convertirse en prestador continuo de sus servicios empieza a gestarse lo que se convertirá en la relación jurídica del agente comercial.

Resulta clara, pues, la influencia del contrato de comisión celebrado en nombre y por cuenta ajena. Por regla general, el comisionista en nombre ajeno es un empresario independiente que presta sus servicios de colaboración a varios empresarios, promocionando sus productos o vendiendo su mercancía de acuerdo con los criterios que estime más oportunos, pero siguiendo las instrucciones básicas fijadas por el principal en cuanto a la colocación de la mercancía y con respeto de las normas sobre competencia desleal. No es un trabajador en el sentido jurídico de la expresión. Su relación con los principales no está reglamentada por un contrato de trabajo, sino por un contrato mercantil, que es el contrato de comisión.

El contrato de comisión se contempla en el Código de Comercio de forma amplia y generosa³⁰¹, y es comúnmente definido por la doctrina mercantilista como aquel “contrato convenido entre dos comerciantes, o entre un comerciante y otra persona, por el que una de las partes (comisionista) se obliga a realizar, por encargo y cuenta de la otra (comitente) una o varias operaciones mercantiles”³⁰².

Se han señalado las siguientes características como configuradoras de la comisión mercantil³⁰³: en primer lugar, es un mandato oneroso, salvo pacto en contrario, porque se trata de un contrato por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, pero es un mandato mercantil, porque tiene por objeto un acto u operación de comercio y es comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista (art. 244 C. Com.). La relación interna que se establece entre comitente y comisionista en virtud de la comisión es una relación instantánea que se concluye y extingue con la perfección y consumación del concreto

³⁰¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, pág. 163. VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

³⁰² URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 737-738.

³⁰³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, op.cit., pág. 332.

acto de comercio objeto de la comisión. Finalmente, el comisionista siempre actúa por cuenta ajena al ejecutar el encargo recibido, pero puede hacerlo en nombre propio, sin declarar quien sea su comitente, y quedará obligado de modo directo, como si el negocio fuese suyo; y también puede contratar en nombre de su comitente, en cuyo caso deberá manifestarlo, y quedará al margen en las relaciones externas, que se establecerán entre comitente y terceros, siempre que se pruebe la existencia de la comisión.

Fruto de la revolución industrial y de los cambios económicos y, en última instancia, de una evolución a partir del desarrollo en el tráfico mercantil de estas relaciones contractuales, surge la figura que actualmente se conoce como agente comercial³⁰⁴. De tardía aparición en la realidad económica, más tarde aún en la realidad jurídica española como contrato o relación tipificada, se revela como la primera manifestación típicamente jurídica de la actividad mediadora, de la actividad de venta de mercancías por cuenta de uno o varios comerciantes principales realizada de manera duradera y continuada. Sin embargo, como notas características de este nuevo tipo contractual aparecen señaladas desde sus inicios la de independencia de gestión y la de cualidad de comerciante o empresario del agente mediador, notas que alejan esta actividad de cualquier otra que sea susceptible de regulación por el Derecho del Trabajo.

No obstante, pronto se pone de manifiesto que en muchos casos la actividad de mediación se realiza de tal manera que, en esencia, constituye una auténtica relación de trabajo asalariado: se presta servicio bajo las órdenes del empresario principal en todo cuanto sea posible teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad en cuestión, sin organización relevante y específica, y sin que, al carecer de la cualidad de trabajador asalariado, se tenga acceso a determinados derechos que estos sí ostentan en virtud de su contrato de trabajo, tales como el derecho a un salario mínimo, descansos, seguridad social y el conocimiento de las cuestiones litigiosas por el orden jurisdiccional social.

³⁰⁴ GARRIGUES, J.: <<Los agentes comerciales>>, op. cit., págs. 7-8.

Los movimientos corporativos no se hacen esperar y pronto aparecen los primeros pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo sobre la materia. Los agentes o representantes de comercio que desarrollan su actividad de la misma manera y en las mismas condiciones que cualquier otro trabajador y son auténticos trabajadores asalariados tienen que gozar de sus mismos derechos, porque se encuentran en las mismas condiciones a la hora de hacer frente a las diferentes contingencias en las que pudieran verse envueltos. Sin embargo, no puede desconocerse que la actividad desarrollada por estos profesionales cuenta con las suficientes peculiaridades como para que no se escatimen las cautelas a la hora de imponer un régimen jurídico laboral a su desarrollo, así como para tener presente la posibilidad de establecer una categoría especial a la que sean de aplicación algunas de las normas laborales, pero no el régimen del contrato de trabajo en bloque, ya que no puede ser coherente con la configuración clásica del contrato de trabajo la extensión generalizada de su ámbito de aplicación a la actividad del representante o agente comercial. Esta actividad no podía calificarse a priori como contrato de trabajo, pues es esencialmente una actividad de tintes mercantiles que sólo en algunos supuestos manifiesta una cierta identidad con la relación dependiente y en régimen de ajenidad propia del Derecho del Trabajo³⁰⁵.

Las actividades de colaboración con el empresario en la conclusión, comercialización y distribución de sus productos se realizan en la actualidad con arreglo a múltiples modalidades y formas jurídicas.

Así, en Francia se distingue una actividad de representación comercial asalariada y una autónoma o no asalariada. A su vez, dentro de cada una de ellas se encuentra una variada gama de tipos contractuales. Con un régimen jurídico mercantil, el derecho francés conoce las figuras del corredor, el comisionista, el franquiciado, el concesionario y el agente comercial, mientras que dentro de un régimen jurídico-laboral, se encuentran dos grandes categorías, los VRP (viajantes, representantes y placistas), dotados de un estatuto jurídico específico según lo establecido en el artículo

³⁰⁵ Vid. GARCÍA ABELLÁN, J.: <<La condición jurídico laboral de los representantes de comercio>>, op. cit., págs. 21-64.

751 del Código de Trabajo, a modo de género intermedio, y los colaboradores comerciales o representantes asalariados ordinarios, cuyas condiciones de ejercicio de la actividad les impiden alcanzar el estatuto de VPR, por lo cual su prestación laboral se materializa en un contrato común de trabajo³⁰⁶.

El Código de Trabajo condiciona la aplicación del estatuto específico y protector contenido en su artículo 751 a una serie de requisitos: que el viajante, representante o placista trabaje por cuenta de uno o varios empresarios, que ejerza su profesión de representación de modo exclusivo y constante, que no concluya ninguna operación por su propia cuenta y que haya pactado con su empresario ciertas condiciones de ejecución, como la región en la que se desarrollará la actividad, la naturaleza de las mercancías objeto de la actividad o de las prestaciones ofertadas, las categorías de clientes a visitar y la fijación del tipo y forma de la remuneración. El régimen jurídico de su prestación de trabajo se aparta del común para el resto de los trabajadores asalariados en algunas materias. Lo más significativo de su estatuto jurídico viene determinado por el hecho de que habrán de estar dotados de una tarjeta de identificación profesional, la regulación de sus condiciones de trabajo se contiene en acuerdos interprofesionales distintos del convenio colectivo aplicable en la empresa, no se les aplica, de igual modo, la normativa sobre salario mínimo interprofesional y tiempo de trabajo, tienen derecho a una indemnización especial por clientela ante la ruptura del contrato por iniciativa del empresario y siempre que el representante acredite un aumento de clientela debido a su actuación, y, finalmente, se caracteriza porque se establece una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual, en ausencia de contrato escrito, todo representante satisface las condiciones de aplicación del estatuto³⁰⁷.

El Derecho italiano, por su parte, contempla en el propio Código Civil tanto el trabajo dependiente o subordinado como el independiente o autónomo, dentro del cual

³⁰⁶ Vid. COUDY, J. et DESPIERRES, M.: *Le représentant de commerce*, Sirey, Paris, 1957. AA.VV.: <<La représentation commerciale>>, *Lamy Social*, Paris, 1998, págs. 1510-1513.

³⁰⁷ GATUMEL, D.: *Le Droit du Travail en France*, F. Lefebvre, Paris, 1997, págs. 525-533. Vid. VITRY, H.: *Voyageurs, représentants, placiers et représentants mandataires*, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1958.

coloca toda una variada gama de tipo contractuales, uno de los cuales es el que denomina contrato de agencia (art. 1742 c.c. y siguientes), regulador de la intermediación mercantil realizada de modo independiente, alejada, por tanto, de los preceptos de la normativa laboral. Sin embargo, con la introducción en el ordenamiento jurídico de la categoría de la parasubordinación (art. 409.3 c.p.c) se dio entrada a una especie de género intermedio entre las actividades incluidas y las excluidas de la normativa laboral y del contrato de trabajo, al permitirse que las relaciones de agencia, representación comercial y otras relaciones de colaboración predominantemente personal, coordinada y continuada gozaran de cierta tutela de carácter jurídico laboral, progresivamente ampliada, como la protección social, la tutela jurisdiccional y la negociación colectiva. De tal modo que parece existir también una suerte de triple regulación jurídica de las actividades de intervención en operaciones mercantiles, en función del grado de dependencia que exista entre el agente y el comitente³⁰⁸.

En el ordenamiento jurídico alemán, en la misma línea que el italiano, se contiene una especie de subgénero específico dentro del género de la mediación mercantil autónoma, para el caso de los que denomina representantes de comercio. El Código de Comercio (artículos 84 y siguientes) diferencia a los agentes de comercio autónomos de los dependientes del empresario en servicio externo, que son sujeto de un contrato de trabajo. Al mismo tiempo, conoce la categoría de los cuasitabajadores, para, entre otros, el caso de los representantes de comercio que, siendo económicamente dependientes del empresario o empresarios para los que trabajan, no pueden ser calificados de trabajadores subordinados, en atención a la independencia con arreglo a la cual ejercen su actividad, a los cuales se les aplican exclusivamente algunas normas del Derecho del Trabajo, tales como el derecho a las vacaciones³⁰⁹.

³⁰⁸ GHEZZI, G., ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, op. cit., págs. 32-36. CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., TREU, T.: *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, op. cit., págs. 18-19.

³⁰⁹ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 926-927. WANK, R.: <<Tipi contrattuali con prestazioni di servizi nella Rft>>, *LD*, 1997, n° 2, págs. 217-240.

Esta difuminación de la frontera tradicionalmente existente entre el trabajo objeto del Derecho del Trabajo -el trabajo dependiente- y otros tipos de trabajo prestados con arreglo a los principios reguladores de otras ramas del ordenamiento jurídico en atención a la independencia de su ejecución, en esta específica prestación de trabajo de la intervención mediadora en actividades mercantiles, y la consiguiente creación de una especie de género intermedio, se pone de manifiesto de igual modo en el ordenamiento jurídico español.

En la actualidad existe en España un doble régimen jurídico aplicable a la actividad de las personas que se dedican a la promoción o concertación de operaciones mercantiles, por cuenta de uno o varios empresarios, en función de la forma de realización de la prestación, además del contrato de trabajo común, cuando la realización de la actividad cumple los requisitos establecidos en el artículo 1.1 LET (art. 1.2, a) Real Decreto 1438/1985).

El artículo 2.1, f) LET establece que tendrá la consideración de relación laboral de carácter especial la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. Este precepto estatutario es desarrollado por el R. D. 1438/1985, de 1 de agosto, que regula el régimen jurídico aplicable a esta relación laboral, considerada especial, y en el que se contienen especificaciones con respecto a determinados aspectos que reciben aquí distinto tratamiento con respecto al establecido en la LET con carácter general, así como remisiones expresas a la misma en otros.

Por su parte, el artículo 1.3, f) LET declara excluida del ámbito laboral la actividad de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligadas a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma.

La diferencia de trato entre ambas actividades no obedece, por lo tanto, a diferencias de contenido sustantivo en la prestación de la misma, ni a la obtención de

finalidades distintas³¹⁰. El diverso tratamiento se centra en un elemento que, en principio, podría calificarse de accesorio, pero que sin embargo, se revela principal desde un punto de vista jurídico-laboral: en la manera de desarrollar la actividad. En la primera se trata de realizar una prestación en presencia de los requisitos que establece el ordenamiento laboral para calificar la relación como contrato de trabajo, si bien, debido a la especial relación de que se trata, el régimen jurídico aplicable no puede ser el que con carácter general regula el Estatuto de los Trabajadores, sino que se establece uno específico en atención a las peculiares razones que concurren en este caso y que no son otras que las notas características de este tipo de trabajo, y ello con el amparo jurídico del artículo 1.2 LET.

La relación excluida, por su parte, se basa en la tipificación legal de la nota de la autonomía en la prestación como elemento determinante de la no laboralidad de la misma, ya que se establece la exclusión en el supuesto de que se asuma el riesgo de las operaciones en las que se intervenga. Esta exclusión de laboralidad no puede significar otra cosa que la mercantilidad de la relación, pues mercantil era en sus inicios y fue en un determinado momento de su trayectoria histórica cuando una modalidad de la misma vio modificada su naturaleza jurídica para convertirse en una relación laboral primero, y en una relación laboral especial después³¹¹.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la no tan reciente, y, sin embargo, frecuentemente olvidada Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (BOE de 29 de mayo)³¹², que introdujo en el ordenamiento jurídico español, con algunas modificaciones, la Directiva de la C. E. E. 86/653, relativa la coordinación de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DOCE L382/17, de 31 de diciembre).

³¹⁰ GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999, pág. 65.

³¹¹ En relación con la interpretación del artículo 1.3, f) LET, vid. CAMPS RUIZ, L. M.: <<La exclusión de intermediarios autónomos en operaciones mercantiles>>, en *Comentarios a la Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1990, págs. 193-204.

³¹² El Anteproyecto fue aprobado por el consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia y previo informe del Consejo General del poder Judicial, el 6 de septiembre de 1991.

Esta ley constituye la primera norma que da tipo legal al contrato de agencia en nuestro país, aparte de alguna norma de rango menor cuyo objeto estaba constituido por otros aspectos de la profesión³¹³, y su finalidad no es otra que dar cauce jurídico a la necesidad observada por el colectivo de agentes comerciales de alcanzar un cierto grado de protección frente a los posibles abusos en que pudiera incurrir el empresario comitente en virtud de su posición de poder económico. Hecho este que justifica en cierto modo la voluntad de asimilación de los agentes mercantiles a la situación jurídica de los representantes laborales, cuya normativa reguladora contiene los mecanismos de tutela propios del Derecho del Trabajo³¹⁴. Las actividades de intermediación laboral y las sometidas a régimen mercantil son, a la vista de la Ley 12/1992, las mismas: el mediador se dedica a la promoción y, en ocasiones, a la conclusión de negocios por cuenta de un empresario comitente, fuera del establecimiento de la empresa y de modo continuado y con carácter estable. Además, la Ley 12/1992 contiene en su artículo primero una definición del contrato de agencia en la que no se señala como nota caracterizadora la prestación por cuenta propia, sino más bien al contrario, se expresa textualmente “sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”, con lo que la nota de la ajenidad deja de configurarse como definitiva a la hora de establecer la diferenciación entre los regímenes jurídicos aplicables, el laboral y el mercantil, lo que podría dar lugar a la concurrencia y superposición de regulaciones en determinados casos fronterizos. El criterio distintivo entre una actividad mediadora constitutiva de una relación laboral y una perteneciente a cualquier otra rama del ordenamiento jurídico habrá de buscarse, pues, en otro lado, en otro rasgo configurador de las actividades según su tipificación normativa. Porque no se puede olvidar que, en

³¹³ Los agentes comerciales habían sido incluidos en las tarifas de Contribución Industrial en 1882. Por Decreto de 8 de enero de 1926 se habían creado los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales. Hasta la entrada en vigor de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, la única regulación jurídica relativa a los agentes comerciales estaba constituida por el Reglamento General de Agentes Comerciales, aprobado por Decreto de 21 de febrero de 1942 (B.O.E. de 9 de marzo) y por el Decreto 3595/1977, de 30 de diciembre, que aprobó el Estatuto General de Colegios Oficiales de Agentes Comerciales (B.O.E. de 24 diciembre 1978), y que definía la figura del agente comercial como toda persona que se encargue permanentemente de promover, negociar o concertar las operaciones mercantiles en nombre y por cuenta de una o varias empresas, mediante retribución y en una zona determinada (art. 2).

³¹⁴ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 17-18.

atención a las circunstancias, también puede darse en la práctica una relación de intervención en operaciones mercantiles sujeta a un contrato de trabajo común³¹⁵, lo que permite añadir un tercer régimen jurídico susceptible de aplicación a las dos modalidades señaladas con anterioridad, pues no resulta extraña la prestación para un sólo empresario, así como la concurrencia de determinados indicios que indican la existencia de un auténtico contrato de trabajo, como la determinación de un horario o la existencia de un puesto en la empresa.

De ello se deriva que la nota de la dependencia o subordinación es la que se erige como determinante y definitiva a la hora de integrar una actividad o prestación de servicios en el campo de aplicación del contrato de trabajo. Además, resulta conveniente resaltar que, a la vista de la regulación legal al efecto, hay que atender a una noción cambiante de subordinación, que va desde su manifestación más clásica, fundamentada en fuertes indicios de dependencia, que implicaba la sujeción del obrero de manera estricta en tiempo, lugar y modo de la prestación, en exclusiva para un solo empresario y con arreglo a una jornada determinada, para tipificar un contrato de trabajo común, hasta la más moderna de inserción del trabajador en el círculo rector y organicista del empresario, sin que a ninguno de los indicios clásicos se le atribuya un valor decisorio, en orden a la definición de la relación laboral de carácter especial³¹⁶.

La primera mención legal a las actividades de auxilio al comerciante y a las personas que la llevan a cabo se produce en los Códigos de Comercio. El Código de 1829 regulaba en el título III del libro I “... los oficios auxiliares del comercio y sus obligaciones respectivas”. Por su parte, el Código de Comercio hoy vigente, publicado por R.D. de 22 de agosto de 1885, contiene en el libro I, dedicado a los comerciantes y

³¹⁵ BORRAJO DACRUZ, E.: <<Representación comercial y contrato de trabajo>>, *AL*, 1991, nº 14, pág. 735.

³¹⁶ STS de 14 de enero de 1998 (Ar. 745), que establece que la dependencia o subordinación que distingue la relación laboral de carácter especial de los representantes de comercio de otras figuras contractuales como el contrato de agencia no puede entenderse en un sentido tan riguroso como en la relaciones laborales comunes, porque si bien el representante de comercio siempre está sometido a instrucciones sobre zonas o criterios de distribución, a los precios de los productos ofrecidos y a la forma de realizar los pedidos y contratos, puede, sin embargo, tener autonomía en el régimen de horarios, itinerarios y clientes a visitar, relativa autonomía que no desvirtúa la dependencia esencial de su vinculación jurídica ni excluye la existencia de relación laboral.

el comercio en general, un título que dispone “De los Agentes mediadores del comercio y de sus obligaciones respectivas”, y, por otro lado, en el libro II sobre los contratos especiales del comercio y en el título dedicado a la comisión mercantil, regula “Otras formas del mandato mercantil. Factores, dependientes mancebos”. Amparándose en esta separación, en la distinta ubicación que en el Código de Comercio recibieron el mandato mercantil y sus figuras afines, la doctrina redujo la expresión auxiliares del comerciante a los factores, dependientes y mancebos, que quedaron en la regulación vigente aislados del resto de los mediadores comerciales, con base en la distinción entre acto auxiliar y persona auxiliar³¹⁷.

Por lo tanto, en un primer momento la categoría de los auxiliares del comerciante se ciñó a aquellas personas que, dentro de los locales del principal y dotadas de poder de representación, excepto el mancebo, al que reiteradamente se le niegan el carácter de representante del comerciante, se dedicaban a la venta de los productos del mismo, en definitiva, a la mediación en el mercado de bienes y servicios. El Código de Comercio de 1885 no regula, ni siquiera menciona, otras funciones de auxilio al comerciante, como son las que realizan los viajante de comercio o los corredores de plaza; sin embargo, estas figuras existían en la práctica mercantil.

Al estar contemplados en el Código de Comercio, los auxiliares del comerciante estaban sujetos a un régimen jurídico-mercantil, lo mismo que los viajantes de comercio y los corredores de plaza. En esta época de nacimiento del Derecho del Trabajo en España, el régimen jurídico que el Código de Comercio contenía y aplicaba a los empleados del comerciante era más beneficioso para el empleado que las normas sobre arrendamiento de servicios con las que el Código Civil regulaba la prestación laboral de servicios de los trabajadores, por lo que la cuestión de la consideración jurídico laboral de los auxiliares del comerciante se produce más tarde, cuando el Derecho del Trabajo

³¹⁷ Vid. BORRAJO DACRUZ, E.: <<Los auxiliares del comerciante en el Derecho español>>, op. cit., pág. 11.

ha iniciado su andadura histórica y se ha convertido en un ordenamiento protector de los derechos de los trabajadores asalariados³¹⁸.

Es en la Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo, donde se tipifica por primera vez a los dependientes internos del comerciante como trabajadores por cuenta ajena: el artículo 6 de la misma se expresaba en los términos siguientes: “Trabajadores son:(...) Los empleados ocupados en comercios, bancos, oficinas, contabilidad y gestión(...)”. Por su parte, el artículo 7 señalaba “No regirá esta Ley para los directores, gerentes, y altos funcionarios de las empresas que por la representación que puedan ostentar de éstas, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo”. Tal mención fue interpretada en el sentido de considerar a los factores mercantiles excluidos del contrato de trabajo cuando pudieran ser calificados como altos funcionarios o realizaran su prestación de forma independiente³¹⁹. Este artículo fue reproducido literalmente por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944³²⁰.

Sin embargo, con anterioridad a esta fecha, se venía ya reconociendo el carácter laboral de los dependientes del comerciante, si bien de manera parcial, sólo a determinados efectos. Así, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y su Reglamento hacían ya mención a los dependientes del comercio. También la Ley de 1922, que extendía su campo de aplicación a los establecimientos mercantiles respecto de sus dependientes, mancebos y viajantes. El Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926 consideraba obreros a efectos de los Tribunales Industriales a los dependientes del

³¹⁸ BORRAJO DACRUZ, E.: <<Los auxiliares del comerciante en Derecho español>>, op. cit., pág. 9.

³¹⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: <<Los auxiliares del comerciante en el Derecho español>>, op. cit., págs. 267-268.

³²⁰ GARCÍA ABELLÁN, J.: <<La condición jurídico laboral de los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 39. LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 193.

comerciante. Incluían la dependencia mercantil también la Ley de Jornada Máxima de 1 de julio de 1931 y la de Jurados Mixtos de 31 de noviembre del mismo año³²¹.

Por otra parte, la relación de los dependientes externos del comerciante - viajantes de comercio y corredores de plaza- quedaba todavía fuera del ámbito de aplicación del contrato de trabajo, pues la prestación de servicios de forma ambulante implicaba cierta independencia que no se acomodaba bien a la subordinación exigida por la Ley de Contrato de Trabajo para la existencia de una relación laboral. La primera manifestación a favor de la consideración jurídico laboral de estas categorías fue la que proporcionaron las Bases de Trabajo, manifestación que, sin embargo, no fue seguida por un criterio jurisprudencial uniforme hasta años más tarde, cuando, al amparo de la Ley de 16 de octubre de 1942 se dictaron las Reglamentaciones de Trabajo, en las que se continuó con las referencias a los viajantes de comercio y a los corredores de plaza como categorías de trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo³²².

Por lo tanto, el panorama en el que se encuentra en esta época la regulación jurídica de las actividades de mediación en el tráfico mercantil es el siguiente: se distinguen jurídicamente dos maneras de desempeñar la actividad de mediación en el tráfico mercantil. En primer lugar, la que llevan a cabo los denominados dependientes o auxiliares del comerciante, que pueden ser tanto internos (factores, dependientes y mancebos) como externos (viajantes y corredores), y cuya relación con el principal se reconoce jurídicamente ya como un contrato de trabajo. Y en segundo lugar, la práctica totalidad de las relaciones de mediación comercial, caracterizadas por una mayor autonomía e independencia a la hora de ejecutar los encargos del principal: la prestación laboral suele desempeñarse para más de un empresario, no hay horario fijo de trabajo ni puesto de trabajo en el centro del principal, etc., razones que excluyen uno de los

³²¹ Vid. análisis histórico de la integración de la dependencia mercantil en el Derecho del Trabajo, BORRAJO DACRUZ, E.: <<Los auxiliares del comerciante en el Derecho español>>, op. cit. págs. 249-259. GARCÍA ABELLÁN, J.: <<La condición jurídico laboral de los representantes de comercio>>, op. cit., págs. 39-49.

³²² HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 52-53.

presupuestos indispensables del contrato de trabajo, y por las cuales tal relación quedaba fuera del ámbito de aplicación del mismo³²³ y sometida a las prescripciones del Código de Comercio en materia de representación mercantil.

Profesionalmente, los agentes mediadores en el tráfico mercantil comenzaron a organizarse en España en la década de los años veinte³²⁴. Por Decreto de 8 de enero de 1926 se habían creado los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales, y el 24 de mayo del mismo año, se aprobó el Reglamento provisional de Agentes Comerciales de España, que estableció la obligación de colegiación para todas aquellas personas naturales y jurídicas que intervinieran como mediadores en la compraventa de mercancías y que no fueran dependientes a sueldo de una casa comercial (R. O. de 24 de mayo de 1926). En 1931 fue aprobado el Reglamento del Cuerpo de Agentes comerciales, que contenía una definición de los mismos en virtud de la cual es agente comercial “todo mandatario mercantil independiente que por profesión y de un modo habitual medie, en nombre propio y por cuenta ajena o en nombre y por cuenta de otro, en operaciones de compraventa de mercancías de cualquier clase, concepto y clasificación tributaria”³²⁵.

De forma paralela sucede en casi todos los países europeos, por lo que puede sostenerse que en el primer cuarto de este siglo la afiliación a los colegios profesionales de Agentes Comerciales constituían una situación generalizada en casi todos los profesionales de la mediación comercial³²⁶.

Por otro lado, la problemática planteada por la regulación jurídica de esta profesión no tardó en preocupar a la Organización Internacional del Trabajo. En la

³²³ BELL, M.: *El vendedor viajero*, op. cit., pág. 8.

³²⁴ La primera asamblea se celebró en diciembre de 1922 con el objeto de “coordinar orientaciones y aspiraciones, y reunir en un programa común las diferentes modalidades que en materia de representación mercantil había en las distintas provincias españolas...”, MONSÓ GOICOLEA, E.: <<Situación jurídica en España de los agentes comerciales>>, op. cit., pág. 757.

³²⁵ Decreto de 7 de noviembre de 1931 (Gaceta de 7 de noviembre).

³²⁶ MONSÓ GOICOLEA, E.: <<Situación jurídica en España de los agentes comerciales>>, op. cit., pág. 758.

tercera reunión de la Comisión Consultiva de Empleados, celebrada en Ginebra en 1935, se estudió la situación jurídica de los viajantes y los representantes de comercio, especialmente, los problemas derivados de la ausencia de identificación jurídica de las categorías, así como de los derechos de protección social de los mismos en función del estatuto jurídico aplicable a la relación³²⁷. La organización se mostraba favorable a la inclusión en el ámbito protector del Derecho del Trabajo de los denominados representantes de comercio, “incluso si trabajan para varias empresas o son únicamente remunerados a comisión, a condición de que no efectúen transacciones por cuenta propia y de que los contratos celebrados por ellos con la empresa o empresas que representan definan la naturaleza del artículo que se vende, la zona dentro de la cual han de llevar a cabo sus actividades y la tasa de su remuneración o comisión”³²⁸.

Se asiste, por lo tanto, a un contexto social que se mostraba favorable a una progresiva ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo a ciertas actividades de auxilio comercial en las que, si bien, no de forma tan evidente e indiscutible como venían exigiendo doctrina y jurisprudencia³²⁹ para configurar las notas características que identifican en este momento la dependencia funcional del mediador respecto del principal, que se erige como elemento determinante de la inclusión de una prestación de trabajo en el ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo, sí aparecen, sin embargo, rasgos o indicios de subordinación al principal, el más importante de ellos, que el representante está obligado a ceñirse a las instrucciones del comitente en la ejecución de los encargos. Se señalaba también que la ausencia de vigilancia continua y de puesto de trabajo en el centro eran caracteres consustanciales al tipo de actividad de que se trata, eran los rasgos identificadores de este tipo de mediación en el tráfico comercial, y no manifestaciones de autonomía, que, además, no

³²⁷ BELL, M.: *El vendedor viajero*, op. cit., pág. 1.

³²⁸ BELL, M.: *El vendedor viajero*, op. cit., pág. 1.

³²⁹ Se han señalado cuatro factores definidos jurisprudencialmente como manifestaciones de la dependencia de los mediadores comerciales respecto de su comitente para que tal relación fuera incluida en el Derecho del Trabajo: a) la prestación de servicios para un sólo empresario con carácter exclusivo; b) el sometimiento a jornada u obligación reglada de presencia en el centro de trabajo; c) que la actividad esté vigilada y sea realizada con sometimiento a las órdenes del empresario; y d) que la retribución esté compuesta por un salario fijo o por un salario fijo más comisiones. HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., págs. 55-56.

impidieron, en su momento, la introducción en el campo laboral de los dependientes externos del comerciante, porque la subordinación al comitente permanecía en la configuración básica de la actividad.

A esta favorable tendencia social hay que añadir, finalmente, la opinión doctrinal española que defendía la laboralidad intrínseca de la prestación de los representantes comerciales y una relajación jurisprudencial a la hora de la identificación de los rasgos determinantes de la subordinación jurídica³³⁰.

En efecto, desde el momento en que se analizan las múltiples formas de posible prestación de la actividad que se estudia, se pone de manifiesto que en muchos casos la esencia que subyace en la prestación de la actividad coincide con los presupuestos básicos del contrato de trabajo. Dejando a un lado la relación de los dependientes del comerciante, tanto internos como externos, y centrando la cuestión en los profesionales, personas físicas, que trabajan para uno o varios comitentes de los que dependen económicamente, que gozan de cierta independencia en la ejecución de los encargos porque tal independencia es necesaria para el desarrollo correcto de la actividad, pero que se ajustan a las instrucciones del principal a la hora de efectuar su labor, y, sobre todo, que no son empresarios autónomos, que no cuentan con una infraestructura empresarial, sino que actúan en el tráfico como meros mediadores totalmente sujetos al poder de organización del empresario que encarga el trabajo y sin asumir los riesgos de las actividades en las que participan, se pone de manifiesto, no sólo la similitud existente entre el trabajo prestado en régimen de dependencia y ajenidad que constituye el presupuesto básico del contrato de trabajo y este tipo de actividad profesional, sino también que la situación jurídica del mediador, sometido a las prescripciones liberalistas del Código de Comercio, exigía una revisión legislativa tendente a garantizar los derechos laborales y sociales de estos trabajadores.

³³⁰ GARCÍA ABELLÁN, J.: <<La condición jurídico laboral de los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 56-64. MAILLO NIÑO, A.: <<Sobre la situación laboral de los trabajadores dedicados a la compraventa de mercancías>>, *RPS*, 1964, nº 62, págs. 61-69.

Fruto de la confluencia de todos estos factores no se hizo esperar un intento de modificación legal a favor de la inclusión de determinados agentes mercantiles en el ámbito del contrato de trabajo. Tal intento estuvo protagonizado por la Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de junio de 1960 (BOE de 1 de julio de 1960), cuyo artículo 1º pretendía la inclusión en el ámbito del orden jurisdiccional social de los que denominaba representantes de comercio, que eran aquellas personas físicas que, sin estar incluidas en las categorías profesionales reglamentarias de viajantes y corredores de plaza, realizaban en una demarcación territorial, al servicio de una o más empresas, y conforme a los encargos expresos o tácitos usuales de ellas recibidos, los cometidos de ofrecimiento de artículos, toma de nota de los pedidos, información a los clientes, transmisión de encargos y demás conexos, siempre que las operaciones realizadas exigieran para alcanzar su perfeccionamiento jurídico el consentimiento o conformidad de la empresa, y sin que el mismo representante quedara personalmente obligado por razón de tales actividades en cuanto no excedieran de los aludidos encargos; pudiendo ser retribuidos a sueldo, a comisión o a sueldo y a comisión, y teniendo la consideración de cargos de confianza.

Este intento de extensión de la protección laboral a los representantes de comercio no tuvo éxito en la medida en que planteó un problema de jerarquía normativa: una orden ministerial no tenía rango suficiente para introducir una alteración en la naturaleza jurídica de las relaciones entre los mediadores comerciales y su principal, que estaba sujeta a un régimen mercantil (los preceptos del Código de Comercio) y no laboral, en virtud de la ausencia de manifestaciones externas de la subordinación que la Ley de Contrato de Trabajo elevaba a criterio determinante de la laboralidad de una relación.

La declaración de ilegalidad de la Orden de 27 de junio de 1960³³¹ puso de manifiesto que la única manera de extender las normas protectoras del Derecho del Trabajo a los representantes y agentes mercantiles que operaban en el tráfico como auténticos trabajadores era mediante una reforma de la Ley de Contrato de Trabajo en

³³¹ SSTs de 11 y 18 de enero de 1962 (Ar. 19 y 25) y de 9 de julio de 1962 (Ar. 2979).

tal sentido. Esa reforma se produjo dos años después: la Ley 21/1962, de 21 de julio, modificó el artículo 6 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que quedó redactado en los términos siguientes: “Son también trabajadores, aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o a vigilancia en su actividad, las personas naturales que intervengan en operaciones de compraventa de mercancías por cuenta de uno o más empresarios, con arreglo a las instrucciones de los mismos, siempre que dichas operaciones exijan para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no queden personalmente obligadas a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación. Su situación laboral será regulada específicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe del de Comercio y oída la Organización Sindical”³³².

Con esta Ley se produce por primera vez la introducción en el ámbito laboral de la actividad de los representantes de comercio, y se hace por la “vía de la especialidad”³³³, esto es, creando un régimen especial para este tipo especial de trabajadores. Esta nueva redacción otorgó, por tanto, la cualidad de trabajadores a todos los efectos a una clase de mediadores mercantiles, a los que ya se había denominado representantes de comercio, y, además, supuso la confirmación legal, por un lado, de la apertura que se apreciaba en los criterios jurisprudenciales en cuanto a las manifestaciones externas de la dependencia necesaria para constituir una relación laboral, pues admitía la ausencia de vigilancia, jornada y horario, así como la posibilidad de prestación de servicios para varios empresarios³³⁴; y, por otro lado, si bien dejaba claro que la relación en cuestión era una relación laboral, también hacía hincapié en que no se trataba de una relación laboral común, que la naturaleza de su prestación hacía necesaria una regulación separada, diferente de la contemplada con

³³² Vid. MAILLO NIÑO, A.: <<Los representantes de comercio y la jurisdicción social>>, op. cit., págs. 87-112. SORIA FERRANDO, J. V.: <<El agente y el viajante de comercio: su delimitación en el Derecho Español>>, op. cit., págs. 3661-3664 destaca su imprecisión, falta de adecuación a la realidad y su escasa técnica jurídica.

³³³ La expresión es de HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 54.

³³⁴ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., págs. 60-61.

carácter general en la ley para la actividad de cualquier otro trabajador subordinado y por cuenta ajena.

Esa regulación separada y “especial” de la relación laboral del representante de comercio se llevó a cabo por el Decreto 2412/1962, de 20 de septiembre (BOE de 5 de octubre). De las especialidades que esta norma reglamentaria contenía merecen destacarse dos: el contenido del fallo condenatorio en los casos de despido declarado improcedente y la fijación de la indemnización y las reglas sobre las actividades concurrentes.

Por lo que respecta a la primera de ellas, señalaba el Decreto que en caso de despido declarado improcedente de los representantes de comercio la sentencia impondría al empresario únicamente el pago de una indemnización, a diferencia del régimen laboral común, donde se admitía la posibilidad de que el empresario optase entre la readmisión en igual puesto e idénticas condiciones y una indemnización cuya cuantía era fijada por el Magistrado de Trabajo. Además, se excluía para los representantes de comercio el abono de los salarios de tramitación y también se estableció un límite mínimo de dos meses del importe de los ingresos percibidos según el promedio anual obtenido durante los dos años anteriores al despido para el cálculo de la indemnización, mientras que el régimen común del despido disciplinario establecía únicamente un límite máximo. En conjunto, la protección del representante de comercio en caso de despido declarado improcedente se reducía frente a la de los trabajadores considerados comunes.

La otra novedad de interés que contenía la regulación reglamentaria de la actividad de los representantes comerciales era la referida a las normas sobre competencia. El Decreto establecía que el empresario tenía la facultad de exigir al trabajador la indicación sobre si desempeñaba trabajos similares para sí o para otras personas, así como para exigirle que se abstuviese de realizar los que fueran iguales o análogos a los de la relación pactada³³⁵.

³³⁵ Vid. MAILLO NIÑO, A.: <<Sobre la situación laboral de los trabajadores dedicados a la compraventa de mercancías>>, op. cit., págs. 61-69. SAAVEDRA ACEVEDO, J.: <<Contrato de trabajo

La Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 introdujo por primera vez el concepto de relaciones laborales de carácter especial, enumerando un listado de las que consideraba como tales y entre las que incluía “el trabajo de los representantes de comercio”, con lo que se continuaba con la misma técnica de acercamiento laboral a la mediación comercial que se había iniciado con la Ley de 21 de julio de 1962, y también en esta ocasión se remitía la regulación concreta de cada una de las relaciones a un posterior desarrollo reglamentario, desarrollo que no se produjo, aunque ello no trajo consecuencias de vacío jurídico, pues la propia Ley de Relaciones Laborales había previsto la prórroga de la regulación vigente hasta ese momento mientras no se dictara la nueva reglamentación.

El último marco normativo que ampara bajo el Derecho del Trabajo la relación de los representantes de comercio es el Estatuto de los Trabajadores, que en su versión de 1980, y siguiendo la misma línea de las leyes anteriores, tipificaba una serie de relaciones laborales que consideraba de carácter especial, remitiendo su desarrollo normativo a posteriores normas reglamentarias, e incluyendo entre ellas la relación “de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas” (art. 2.1, f ET). Al mismo tiempo, declaraba excluida del contrato de trabajo “la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligadas a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma” (art. 3.1, f ET).

De una simple comparación de la nueva regulación con respecto a la de 1976 se derivan tres importantes cuestiones. En primer lugar, se deja de mencionar la expresión “representante de comercio” a favor de la descripción de la actividad que resulta relación laboral de carácter especial. Con esto se pone de manifiesto una vez más la confusión terminológica que ha presidido la regulación jurídica de estas actividades

de los representantes de comercio>>, en *Catorce Lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1965, págs. 193-203. NAVARRETE CASAS, F.: <<Jurisprudencia sobre representantes de comercio>>, *RPS*, 1970, nº 88, págs. 133-140. MENAYO GARCÍA, A.: *El Representante de Comercio como trabajador por cuenta ajena*, Sevilla, 1967.

desde su nacimiento y que ha desembocado en la necesidad de estudiar en cada caso la manera de ejercer la profesión para poder determinar con seguridad la regulación jurídica que resulte de aplicación. Por lo tanto, puede establecerse que se ha abandonado legislativamente la noción de representante de comercio a favor de una expresión más amplia susceptible de amparar más actividades de mediación, por ejemplo, actividades de distribución de mercancías, etc., y más correcta, además, desde el punto de vista jurídico, pues en la ejecución de su actividad mediadora, el llamado representante de comercio no siempre está dotado de poder de representación, por lo que no siempre estará facultado para concertar en firme las operaciones en las que interviene: cuando la efectividad de la operación exija la posterior aprobación por parte del principal no se actúa como representante³³⁶.

La segunda cuestión a destacar deriva de la descripción de las actividades contenida en los artículos 2.1, f) y 3.1, f) ET: el elemento que sirve de base para la inclusión o exclusión de la actividad de mediación en el ámbito laboral es la asunción o no de los riesgos que implica la actividad, es decir, la ajenidad. Se abandona cualquier referencia a la subordinación del mediador respecto de su empresario y se señala como elemento determinante de la no laboralidad de la relación la asunción del buen fin de la operación. Por lo que la discutida y controvertida cuestión de la dependencia del mediador queda aquí definitivamente zanjada a favor de la admisión de la misma sin necesidad de pronunciamiento expreso al respecto, es decir, se reconoce que la dependencia es una característica implícita en la actuación del mediador, razón por la cual se obvia su mención expresa.

En tercer lugar, el ET abandona la expresión “operaciones de compraventa de mercancías” en favor de la más amplia de “operaciones mercantiles”, lo que supuso la ampliación del ámbito objetivo de aplicación de la normativa laboral especial, en cuanto que la actividad susceptible de constituir tal relación excedía de la simple compraventa de mercancías y abarcaba cualquier operación de venta, adquisición o intercambio de bienes o servicios en el mercado.

³³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, *DL*, número monográfico, 1985, pág. 148.

Por lo tanto, no cabe menos que señalar que la actividad incluida ahora en el ET es más amplia y más coherente con la racionalidad de la relación que la que tipificaba la regulación anterior³³⁷.

El desarrollo reglamentario de las relaciones laborales especiales vino ordenado por la Disposición Adicional 2ª del ET, y por lo que se refiere a la mediación mercantil, ha pasado por una serie de incidencias hasta desembocar en el vigente R.D. 1438/1985, de 1 de agosto, que actualmente regula la relación de estos mediadores mercantiles incluidos en el ámbito del Derecho del Trabajo, pero sometidos a una regulación especial.

La Disposición Adicional 2ª del ET concedía al Gobierno un plazo de 18 meses para regular las relaciones laborales especiales. Dentro de ese plazo se dictó el R.D. 2033/1981, de 4 de septiembre (BOE de 12 de septiembre). Esta norma delimitó su propio campo de aplicación y reguló materias concretas y específicas de la relación, como la clientela, el inventario y los instrumentos de trabajo, las retribuciones, y también materias en las que esta relación no se apartaba de la regulación que con carácter general establecía el ET para el contrato de trabajo común, la forma del contrato, jornada y vacaciones, suspensión y extinción del contrato.

Este R. D. fue sustituido ocho meses más tarde por otro, que vino a dar nueva regulación a esta relación, mejorando alguno de sus aspectos, el R. D. 1195/1982, de 14 de mayo (BOE de 14 de junio). Sin embargo, una sentencia del Tribunal Central de Trabajo, la de 10 de julio de 1984 (Ar. 6234) declaró la inaplicabilidad del nuevo decreto amparándose en la violación del principio de jerarquía normativa, ya que la nueva reglamentación de la relación de mediación se había producido fuera del plazo de

³³⁷ “El nuevo planteamiento legal del ET ha supuesto dos órdenes de consecuencias. En primer lugar, la depuración normativa de la situación legal que le precedió, en el sentido de suprimir exigencias que no eran plenamente relevantes para la calificación de la relación laboral especial regulada, tales como la referencia exclusiva a la mediación en compraventa de mercancías, o la exigencia de aprobación empresarial para el cierre de la operación. En segundo lugar, la ampliación a otros supuestos de mediación antes excluidos, en razón de esas exigencias legales inadecuadas que ahora desaparecen”, HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., págs. 70-71.

18 meses que señalaba el ET, y, por lo tanto, el Gobierno carecía de facultades para dictar una nueva regulación. Posteriormente, la STS de 25 de junio de 1985 (Ar. 3452) revocó la STCT de 10 de julio de 1984 y declaró la plena validez y eficacia del R. D. 1195/1982.

La cuestión quedaba definitivamente cerrada poco después con la entrada en vigor del R. D. 1438/1985, de 1 de agosto, regulación que derogaba, al amparo de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 32/1984, de 1 de agosto, los RR. DD. 2033/1981 y 1195/1982.

II. MARCO NORMATIVO ACTUAL DE LAS ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN MERCANTIL.

1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL R. D. 1438/1985, DE 1 DE AGOSTO, POR EL QUE SE REGULA LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN OPERACIONES MERCANTILES POR CUENTA DE UNO O MÁS EMPRESARIOS, SIN ASUMIR EL RIESGO Y VENTURA DE AQUELLAS.

El artículo 1º del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto delimita el ámbito de aplicación de esta relación laboral especial, y lo hace desde una doble perspectiva, describiendo en el párrafo primero la actividad que ha de desempeñar el mediador para que pueda éste ser considerado trabajador y, a continuación, señalando la exclusión del ámbito de aplicación del mismo de determinadas prestaciones laborales cuya regulación jurídica debe ser otra: en primer lugar, aquellas personas que ejecuten la prestación mediadora a través de un contrato de trabajo común (“los trabajadores de la Empresa que aún dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo sujetos al horario laboral de la Empresa”³³⁸), o un contrato mercantil de agencia (“quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles de forma continuada por cuenta de uno o

³³⁸ “La ubicación del trabajador en el tiempo y en el espacio...”, STSJ Extremadura 26 diciembre 1991 (Ar. 6888).

más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiéndose por tal aquella que cuenta con instalaciones y personal propio”), o, finalmente, un contrato mercantil de mediación en seguros y corresponsalía (las personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre producción de seguros y corresponsales no banqueros siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil).

La mediación en materia de seguros se regula en la Ley 9/1992, de 30 de abril, sobre la actividad de mediación en los seguros privados (BOE de 2 de mayo), parcialmente reformada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados (BOE de 9 de noviembre). El artículo 7.1 de la Ley 9/1992 establece que el contrato de agencia de seguros tendrá siempre carácter mercantil. La norma distingue dos tipos de mediadores en seguros, los agentes y los corredores de seguros. Los agentes actúan afectos a una entidad aseguradora, mientras que los corredores ejercen su actividad sin ningún tipo de vinculación con ninguna entidad aseguradora, lo que conduce a su consideración como trabajadores autónomos y su coherente exclusión del ámbito de lo laboral. Sin embargo, la prestación de trabajo de los agentes de seguros, por sí misma, no justifica la exclusión de la laboralidad que la norma legal efectúa, y ello en atención a dos órdenes de consideraciones: en primer lugar, tal actividad viene definida y regulada en la ley con arreglo a los genéricos términos siguientes: “la actividad a que se refiere el artículo precedente comprenderá la mediación entre los tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras, de otra” (art. 1 Ley 9/1992), de tal modo que la única diferencia existente entre la prestación de trabajo de este tipo de agentes y la de cualquier otro se reduce al objeto material sobre el que recae la actividad mediadora, que aquí está constituido por los seguros privados, resultando cualquier actividad o servicio de carácter mercantil en el resto de los casos³³⁹. A ello hay que añadir, en segundo lugar, que de un análisis de las condiciones de ejecución de la prestación no se deriva el carácter mercantil que caracteriza al contrato de agencia, pues es precisamente el dato que separa la mediación

³³⁹ GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 87.

mercantil de la laboral el que aparece como más característico de este tipo de contrato especial.

El artículo 7.1 de la misma fija el carácter *intuitu personae* del contrato, en tanto que establece que tal contrato se entenderá celebrado en consideración a las personas contratantes con el deber recíproco de lealtad. Por su parte, se encuentran manifestaciones de la ajenidad en preceptos como el 9.1 y el 10.2 Ley 9/1992, en virtud de los cuales, se señala que los pagos de primas de seguros hechos a los agentes se entienden hechos a la entidad aseguradora, y se prohíbe la disposición del agente sin consentimiento de la entidad aseguradora sobre la cartera de contratos. La dependencia del agente con respecto a la entidad aseguradora se manifiesta, también, a lo largo del articulado de la norma: el agente está obligado a consignar en toda la publicidad de que haga uso su condición de agente y el nombre de la entidad con la que está vinculado (art. 10.1 Ley 9/1992). Las comunicaciones entre el tomador del seguro y el agente que medió en la celebración del contrato surtirán los mismos efectos que si se hubieran realizado directamente con la entidad aseguradora (art. 10.2 Ley 9/1992). Se imputan a la entidad aseguradora las infracciones de la legislación sobre mediación en seguros privados que cometan los agentes en el ejercicio de su actividad (art. 13 Ley 9/1992). En fin, con base en estas consideraciones se ha establecido con razón que la prestación laboral de los agentes de seguros es una prestación intrínsecamente laboral, sobre la cual la ley ha operado una exclusión constitutiva cuyo origen no aparece del todo justificado, razón por la cual ha sido duramente criticada esta declaración de no laboralidad y su especialidad con respecto a la generalidad de las actividades de mediación en el mercado³⁴⁰.

Si bien es verdad que del juego de los artículos 35.2 CE y 1.1 LET se desprende la necesidad de la fijación en virtud de ley formal de las excepciones que se establezcan a la regla general en virtud de la cual se configura jurídicamente el ámbito de aplicación del contrato de trabajo, y que, precisamente por ello, tales exclusiones deban obedecer a las leyes de la racionalidad, no lo es menos que es el legislador quien puede llevar a

³⁴⁰ Vid. GARCÍA PIQUERAS, M.: <<Reflexiones sobre el contrato de los agentes de seguros privados. En las umbrías de las zonas grises>>, *TL*, 1994, nº 30, págs. 97-111.

cabo y completar la delimitación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo, y que ha entendido que la mediación en seguros privados, por razón de la materia, debe permanecer extramuros del Derecho del Trabajo e inserta dentro del mercantil, en atención a, según la propia Exposición de Motivos de la ley, un mejor funcionamiento de este tipo de servicios y para favorecer la libre prestación de los mismos.

La segunda exclusión que contiene el Real Decreto 1438/1985 es la prestación laboral del corresponsal no banquero, es decir, de la persona que, carente de la cualidad de empresario del sector bancario por no estar inscrito en el Registro de Bancos y Banqueros dependiente del Banco de España, contribuye al desarrollo y ejecución de su actividad como auxiliar de las entidades bancarias donde no poseen sucursales o agencias. Esta actividad viene regulada en la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de mayo de 1965 (BOE de 12 de mayo), cuyo artículo 2º establece que su actividad se concreta y limita al recibo y toma de los efectos de giro y letras de cambio endosadas a su orden por sus bancos comitentes, al cobro de dichas letras con abono de su importe en cuenta o en dinero efectivo a sus endosantes o a la devolución de las mismas en caso de impago, a liquidar las cuentas y saldos en efectivo que resulten a favor de sus bancos corresponsales, con deducción de la comisión pactada, ya haciendo directamente entrega o remesa de los fondos, ya atendiendo a cuantos otros medios de reembolsarse utilice el banco representado de los utilizados en la práctica bancaria y, finalmente, a efectuar pagos y cobros según órdenes transmitidas por sus bancos representados y dimanantes de organismos estatales autónomos o corporaciones administrativas o de derecho público, y el pago en pesetas o el contravalor en pesetas de los giros o remesas procedentes del extranjero. La Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social de 17 de noviembre de 1981 (BOE de 20 de noviembre) excluyó a los corresponsales no banqueros de la aplicación del Real Decreto 2033/81, entendiendo que la relación que unía a los corresponsales con sus bancos era estrictamente de carácter mercantil. El Real Decreto 1438/1985 mantuvo tal exclusión de su ámbito.

Sin embargo, pese a la naturaleza estrictamente mercantil de la actividad que es objeto de su prestación de trabajo, la mercantilidad o laboralidad del vínculo deriva del modo en el que tal actividad se presta y si de un análisis de sus caracteres resulta su

adecuación a lo contenido en el artículo 1.1 LET la conclusión habrá de ser la naturaleza laboral del vínculo que une a los corresponsales no banqueros con sus bancos, y la ilegalidad de su exclusión por vulnerar el principio de jerarquía normativa. Sobre el análisis de esta particular prestación laboral se ha pronunciado la doctrina, entendiendo que en los casos en los que concurren los presupuestos del contrato de trabajo, carácter voluntario, personal y retribuido de una actividad mediadora en la que se aprecie el requisito de la dependencia en su acepción más moderna, tal actividad es constitutiva de una relación laboral muy parecida a la que efectúa el representante de comercio, y perfectamente encuadrable en la categoría definida en el artículo 2.1, f) LET.

En su virtud, del análisis de la prestación desarrollada por este tipo de mediadores mercantiles, se ha extraído la posibilidad de que el corresponsal no banquero actúe como un auténtico trabajador asalariado y dependiente: ejecuta su prestación de modo voluntario y nada impide que pueda hacerlo de modo personal, sin auxilio de ayudantes u organización mercantil al efecto, en segundo lugar, desempeña su función según las órdenes y directrices, directas o genéricas, transmitidas por sus bancos, los cuales quedan capacitados para realizar cuantas advertencias sean precisas a sus corresponsales y, además, pueden sancionar los incumplimientos de sus corresponsales, que están obligados a seguir las indicaciones que se les hagan excepto cuando impliquen la comisión de alguna irregularidad o infracción de la legislación bancaria (arts. 2 y 6 OM de 5 de mayo de 1965); finalmente, puede entenderse que los corresponsales no asumen el riesgo y ventura de las operaciones en las que interviene, pues según establece su propia configuración normativa, el cobro de efectos de giro y letras de cambio debe realizarse con abono de su importe en cuenta o dinero efectivo a sus endosantes, debiendo proceder a su devolución en caso de impago (art. 2, b) OM de 5 de mayo de 1965), del mismo modo que se deriva la nota de la ajenidad del modo de retribución, consistente en una cuantía proporcional al volumen e importancia de las operaciones en las que intervenga, mediante el sistema de comisiones (art. 2, c) OM de 5 de mayo de 1965). La existencia de estas prescripciones legales no obvia la necesidad de un análisis individualizado y detenido de cada prestación de trabajo en orden a la comprobación de cada una de ellas. Estas son las notas que caracterizan el contrato de

trabajo, de modo que si se constata su existencia en la prestación laboral del corresponsal no banquero la conclusión habrá de ser su laboralidad intrínseca³⁴¹.

El problema que plantea su actual regulación, por lo tanto, es un problema de deficiente técnica jurídica: del mismo modo que ocurrió con los agentes mediadores en seguros privados, la separación del ámbito laboral de una relación que materialmente cumple los requisitos para estar incluida en su órbita debe hacerse, desde una perspectiva formal, por medio del instrumento normativo adecuado, de tal modo que su separación del ámbito laboral debe realizarse por una norma con fuerza y rango de ley, sin perjuicio de que desde una perspectiva material esa decisión pueda ser discutida. La exclusión del ámbito laboral de los corresponsales no banqueros realizada mediante una norma de rango reglamentario, en la actualidad, el Real Decreto 1438/1985, vulnera así el principio de jerarquía normativa, y, por ello, se ha entendido que ha de carecer de efectos³⁴².

El artículo 1.1 del Real Decreto 1438/1985 determina su ámbito de aplicación y la actividad configurada como laboral especial con arreglo a los siguientes términos: “El presente Real Decreto será de aplicación a las relaciones en virtud de las cuales una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones. Dicha actividad principal puede ir o no acompañada de la distribución o reparto de los bienes objeto de la operación”.

³⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: <<Ante una reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (la O. M. de 17 de noviembre de 1981 y los corresponsales no banqueros)>>, *RPS*, 1982, nº 35, págs. 72-91.

³⁴² SEMPERE NAVARRO, A. V.: <<Ante una reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (la O. M. de 17 de noviembre de 1981 y los corresponsales no banqueros)>>, op. cit., págs. 94-105. Mantiene la laboralidad de la relación, GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999, págs. 75-76. En contra, sostiene el carácter mercantil del contrato de corresponsalía, TAPIA HERMIDA, A.: <<Carácter mercantil de la relación jurídica que une al corresponsal no banquero y al banco>>, *RDBB*, 1982, nº 5, págs. 233-235. Del mismo autor, <<Naturaleza de la relación jurídica que vincula a los corresponsales no banqueros con los bancos>>, *RDBB*, 1983, nº 10, págs. 431-434.

Se trata, tal y como dispone el propio preámbulo del Real Decreto, de una descripción amplia, capaz de abarcar tanto las modalidades clásicas de intervención en operaciones de compraventa mercantiles, como las nuevas formas de mediación producto de la evolución social y jurídica de la profesión e, incluso, la asunción de la tarea del reparto o distribución de los objetos de la operación.

Para analizar el campo de aplicación propio de la normativa laboral de carácter especial es necesario delimitar los elementos que configuran el supuesto de hecho específico de este tipo de relación. Se analizará la actividad mediadora que constituye el objeto propio de esta regulación y la forma de realizarla, esto es, la prestación personal de la actividad, y no a través de sujetos interpuestos, lo que conduce al tratamiento de la especial dependencia de la persona del mediador con respecto al empresario comitente y al de la ajenidad, único elemento que, en la configuración estatutaria³⁴³, determinaba la laboralidad o extralaboralidad de la actividad mediadora, hasta que, con la entrada en vigor del Real Decreto 1438/1985, a la ajenidad se añade la titularidad o no de una organización empresarial autónoma, con instalaciones y personal propios para analizar la inclusión o no en el ámbito laboral especial de una determinada prestación mediadora.

A. Las actividades realizadas por el representante de comercio.

La actividad que el Real Decreto 1438/1985 tipifica como conformadora de la relación laboral especial es la promoción o concertación de operaciones mercantiles por cuenta de uno o varios empresarios. Esta expresión admite hasta tres posibilidades de actuación: en primer lugar, la mera puesta en contacto entre empresario y cliente, lo que suele denominarse la búsqueda o captación de clientela, actividad en la que el mediador

³⁴³ En la configuración legal vigente no es posible considerar la presencia de ajenidad en la ejecución de la prestación como determinante de la inclusión de la misma en el ámbito laboral y consiguiente exclusión del campo de aplicación propio del contrato de agencia mercantil, pues en el artículo 1º de la Ley 12/1992 se define el contrato de agencia mercantil estableciendo que, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de la operación en la que se intervenga no ha de ser asumido por el agente.

se limita a dar a conocer las mercancías, productos o servicios del empresario comitente y a propiciar el inicio de unas relaciones que pueden convertirse o no en comerciales, es decir, sin comprometerse a la obtención de ningún resultado concreto³⁴⁴. En segundo lugar, la participación en la concertación de las operaciones, es decir, la realización y facilitación de todas las acciones necesarias para cerrar una operación mercantil, que, en ningún caso, se llevará a cabo exclusivamente por la mediación de la persona del agente, sino que se concluirá con el comitente o empresario principal, o bien, en caso de que, efectivamente, concertase el negocio el agente, sin que sea éste el que tenga la última palabra, siendo precisa, entonces, la autorización o aprobación última del empresario que encarga el negocio, y ello porque el agente o mediador carece de poder de representación de su principal para sustituirlo en la conclusión de la operación.

Finalmente, constituye también actividad mercantil sometida a régimen laboral la sola concertación o conclusión en firme de la operación por parte del agente mediador, tanto si éste ha estado presente en las actividades previas preparatorias, como si no, es decir, con independencia de si también las ha promovido, y sin que se requiera ninguna aprobación previa o posterior del empresario principal para que la operación sea efectiva. En este caso el agente está dotado del poder de representación de su comitente para la concertación de los negocios con los clientes, por lo que, aunque en el tráfico aparezca el agente como contraparte del tercero en la firma del contrato, en realidad, la operación se está concluyendo con el empresario al que el agente representa y por cuenta del cual realiza el negocio³⁴⁵.

Esta forma de intervenir en operaciones mercantiles ha sido la última en ser admitida como incluida entre las actividades susceptibles de constituir una relación laboral especial de mediación mercantil, pues, aunque ya el Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980 abandonaba la exigencia del requisito de la aprobación o

³⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, op. cit., pág. 156. HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 101. SSTSJ Cataluña 11 diciembre 1995 (Ar. 4908); 5 febrero 1996 (Ar. 401).

³⁴⁵ LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 127.

confirmación del empresario respecto a la labor ejecutada por el agente mediador, el primer desarrollo reglamentario del mismo, el Real Decreto 2033/1981, parecía mantener la creencia de que era necesaria en todo caso la confirmación del comitente, basada en que una operación no confirmada por el empresario se realizaba por el mediador por su propia cuenta, pues circunscribía el salario a percibir por el mediador a las comisiones devengadas por las operaciones en las que hubiese intervenido y fuesen aceptadas por el empresario. A ello contribuía, además, el criterio jurisprudencial dominante que, pese a algunas variaciones de contenido, fue favorable durante algún tiempo al mantenimiento de la exigencia de aprobación o confirmación empresarial de las operaciones para considerarlas incluidas en la relación laboral especial, de lo contrario, se declaraban excluidas del ámbito laboral y, en consecuencia, constitutivas de una relación de agencia mercantil³⁴⁶.

Con la publicación y entrada en vigor de la nueva regulación, la cuestión quedaba definitivamente zanjada, al incluir expresamente la posibilidad de que las actividades del mediador sujeto a régimen laboral pudiesen abarcar la promoción de las operaciones, la conclusión, o bien, ambas actividades a la vez.

La actividad característica de este tipo de relación laboral se puede realizar para uno o varios empresarios indistintamente, es decir, no se exige la exclusividad de la prestación para un determinado empresario³⁴⁷, y sólo se establecen en el Real Decreto algunas menciones con respecto a determinadas cautelas que se adoptan para evitar que se produzcan situaciones de competencia desleal³⁴⁸.

³⁴⁶ CAMPS RUIZ, L. M.: <<La relación laboral especial de los representantes de comercio>>, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. II, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987, págs. 236-242.

³⁴⁷ La Ley 21/1962, de 21 de julio, que modificó el artículo 6 de la Ley de Contrato de Trabajo, había establecido ya la posibilidad de actuación para uno o varios empresarios, por lo que sobre este particular no se plantean dificultades.

³⁴⁸ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: <<La relación laboral de carácter especial de los Representantes de Comercio>>, *DL*, nº monográfico, 1985, pág. 128.

Ha de hacerse notar, sin embargo, que en los casos en los que se actúe para un sólo empresario podría haber indicios de que la prestación laboral que se ejecuta es constitutiva de un contrato de trabajo común, y no de la relación laboral especial que se está analizando, pues la identificación tradicional de las categorías de los viajantes y corredores de comercio basaban su distinción con esta relación, precisamente, en este dato de la actuación por cuenta de un único empleador, lo que facilitó su consideración como trabajadores sometidos al ordenamiento laboral, pues la prestación exclusiva para un único empresario constituía un indicio importante de su laboralidad, además de su probada actuación subordinada al poder de organización y dirección del empresario.

Esta cuestión deja de plantear un problema de distinción de figuras y regímenes jurídicos a la vista de la primera de las exclusiones que el artículo 1.2 del Real Decreto contiene: “Los trabajadores de la empresa que aún dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la empresa”, de donde puede inferirse que para que la regulación aplicable a la relación sea la del contrato de trabajo común contenida en la Ley del Estatuto de los Trabajadores es necesario que, acumulativamente, la ejecución de su prestación reúna dos condiciones, trabajar en la empresa o, al menos, tener en ella puesto de trabajo y estar sometido al horario laboral de la misma, esto es, estar incluido en la plantilla de la empresa como trabajador ordinario, con ninguna otra especialidad en su prestación que la derivada de su propia naturaleza -la dedicación a la actividad de promoción o concertación externa de operaciones, con la consiguiente necesidad de abandonar el centro para su desarrollo-, y, por lo tanto, sujeto a las prescripciones del convenio colectivo en todas las materias, y, específicamente, en las de jornada y horario, que son las que de forma más clara muestran o manifiestan la subordinación o dependencia del trabajador con respecto al empresario en su formulación más clásica³⁴⁹.

³⁴⁹ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, op. cit., pág. 157: “Por otra parte, no puede ignorarse que en la actualidad es posible y frecuente promover y concertar operaciones desde los locales de la empresa, pero con personas que no están en ellos, utilizando la correspondencia, el teléfono o el telefax. Por ello es un dato importante a tener en cuenta el hecho de que el puesto de trabajo esté en los locales de la empresa y que el trabajador esté sujeto al horario normal de la empresa. Si concurren tales requisitos no debe ser suficiente para calificar como viajante a un trabajador el hecho de que reciba del empresario el encargo de

Constituye, así, una relación laboral especial y no un contrato de trabajo común la relación por la cual la persona del agente o mediador realiza por cuenta de un empresario y de forma habitual la labor de promoción o conclusión de cualquier tipo de operación mercantil, sometido a sus órdenes e instrucciones, pero fuera de los locales de la empresa y, sobre todo, sin sometimiento a jornada u horario, y ello aunque trabaje de manera exclusiva para un sólo empresario, porque el elemento que la ley exige para la consideración como trabajador ordinario de un determinado agente o mediador mercantil no está en la actividad que se desarrolle, ni en el número de empresarios para los que se trabaje, sino que está de nuevo en el criterio de la dependencia o subordinación respecto del principal, que en un trabajador ordinario pasa por el sometimiento a una vigilancia más o menos constante y una sujeción a horario y jornada, a diferencia del trabajador especial, cuya relación de dependencia es en gran medida más débil e igualmente especial.

A la actividad principal y básica de este tipo de relación laboral de intervención en operaciones mercantiles se puede añadir la accesoria o complementaria de distribución o reparto de los bienes que han sido objeto de la operación³⁵⁰. En efecto, del tenor literal del Real Decreto se deduce que la actividad de distribución o reparto ha de ser necesariamente complementaria de cualquiera de las principales de acercar, promover o concluir las operaciones, o las tres al mismo tiempo, porque de lo contrario no se estaría ya ante alguna de las relaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa laboral especial, sino en el ámbito de una relación que actualmente puede ser considerada como un contrato de trabajo ordinario, siempre que no se reúnan los requisitos que determinan su exclusión del ámbito laboral, que son los mencionados en el artículo 1.3, g), párrafo 2º LET, esto es, siempre que se trate de la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante precio, con vehículo

visitar a personas determinadas para promover o concertar operaciones o el hecho de que una parte de su trabajo consista en realizar visitas fuera de los locales de la empresa.”

³⁵⁰ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: <<La relación laboral de carácter especial de los Representantes de Comercio>>, op. cit., pág. 127.

comercial de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun realizándose habitualmente para un sólo comercializador.

Como actividad complementaria, el reparto o distribución del producto de las transacciones no debe suponer para el agente mediador la necesidad de contar con una instalación propia de la que valerse para llevar a cabo esta parte de su prestación laboral, pues no hay que olvidar que la titularidad de una organización autónoma es criterio decisivo para excluir la actividad del mediador del ámbito laboral y para integrarla en el mercantil, en cuanto empresario independiente que ostenta la titularidad de su propia industria. Sin embargo, si el coste de la infraestructura lo soporta el empresario comitente y así consta en la relación de trabajo del agente, es decir, si la organización utilizada en la distribución de los productos no es autónoma respecto de la empresa principal, no podrá negársele al agente la consideración de trabajador especial³⁵¹.

Finalmente, y en virtud del artículo 9, d) del Real Decreto 1438/1985, la actividad de los trabajadores especiales puede abarcar también la gestión del cobro de las operaciones mercantiles en que directa o indirectamente hayan intervenido, si así se determina en el contrato, y sin que ello prejuzgue en ningún caso su actuación por cuenta propia pues el cobro se efectúa por cuenta del empresario y constituye obligación del agente “abonar al empresario, inmediatamente, las cantidades cobradas a los clientes cuando le está encomendada la gestión de cobro” (art. 9, d) Real Decreto).

B. La prestación personal en la actividad de mediación.

El Real Decreto 1438/1985 establece que la actividad o actividades realizadas han de prestarse por una persona natural a título individual, personal y directo, sin

³⁵¹ CAMPS RUIZ, L. M.: <<La relación laboral especial de los representantes de comercio>>, op. cit., págs. 249-250. En ese sentido, la STS de 27 de mayo de 1997 (Ar. 4066) establecía que “Esta posible distribución de los bienes normalmente exige una infraestructura para su desarrollo, que puede ser aportada por el mediador y a su costa y expensas, constituyéndose de esta forma en titular de una organización autónoma, con la consecuencia de su exclusión de la relación laboral, pudiéndose significar que si en la retribución convenida se indemniza o compensa al representante de comercio por los gastos de infraestructura, tal circunstancia determinará que no pueda reputársele como empresario o titular de una organización autónoma, porque la misma sería costeada por el principal”.

organización alguna interpuesta, para que la relación de mediación pueda ser constitutiva de una relación laboral de carácter especial. Y es que, antes que especial, se trata de una relación laboral, y antes que agente mediador, se es trabajador, por lo tanto, se han de cumplir los requisitos que exige el ordenamiento jurídico laboral para calificar a una persona como trabajador: la prestación voluntaria, personal y retribuida de unos determinados servicios profesionales por cuenta y bajo dependencia ajena. Sin embargo, hay que hacer notar que, al igual que en otros aspectos de esta relación, los rasgos que caracterizan la relación laboral común aparecen aquí de forma muchos más débil o desdibujada, por lo que, en virtud de la presunción establecida en el artículo 1º.2, b) del Real Decreto hay que concluir que es posible que la persona del agente se ayude en su tarea de una organización específica, incluso dotada de personal, de la que, obviamente, no puede ser titular, y la existencia de tal organización no desvirtúa el carácter laboral de la prestación siempre que en el tráfico actúe el agente personalmente y no a través de la organización o de otras personas que puedan calificarse como subagentes³⁵².

El Real Decreto 1438/1985 se refiere a esta cuestión en los términos siguientes: declara excluida del mismo la relación en virtud de la cual el agente mediador actúa como titular de una organización empresarial autónoma, entendiendo por tal aquella que cuenta con instalaciones y personal propio, y establece la presunción según la cual aún existiendo tal organización, no se entenderá que se trata de una empresa autónoma si el mediador actúa conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como horario, itinerarios, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos.

³⁵² HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., págs. 99-100. Así ha sido entendido también por alguna jurisprudencia, como la STSJ Cataluña de 10 diciembre 1993 (Ar. 5288), donde a pesar de que el agente mediador había constituido una Sociedad de Responsabilidad Limitada, junto con otras dos personas más, para ejercer su actividad de mediación, el Tribunal califica de laboral a la relación que le unía con su principal, y ello amparándose en que el mediador continuaba realizando la prestación de manera personal. Sin embargo, el TSJ La Rioja, en Sentencia de 12 mayo 1994 (Ar. 1898), declara mercantil una relación de mediación porque la persona del mediador pasó a ser una Sociedad de Responsabilidad Limitada: “En definitiva, aún cuando la relación contractual establecida inicialmente entre las partes hubiera podido calificarse de laboral, dicha relación quedó extinguida en enero de 1993 por novación subjetiva, siendo sustituida por otra de idéntica, que en modo alguno puede tener naturaleza laboral, al estar constituida entre la sociedad anónima comitente y la sociedad limitada comisionista, y no con una persona física”.

La titularidad de una organización autónoma se configura como el elemento esencial a la hora de distinguir la mediación mercantil de la laboral, condición que engloba la asunción por parte del mediador del riesgo y ventura de las operaciones en las que intervenga³⁵³, y ello con base en la consideración de empresario del agente mercantil, en contraposición con la cualidad de trabajador del agente laboral.

Por lo tanto, de qué se entienda por “organización empresarial” y, sobre todo, de cuándo se entienda que ésta es “autónoma”, es decir, que económica y funcionalmente venga soportada por el mediador, dependerá el campo de aplicación de la relación laboral de carácter especial de los mediadores en operaciones mercantiles y, por exclusión, del contrato mercantil de agencia³⁵⁴. Y el acotamiento de estas nociones no ha resultado tarea fácil en la práctica. Los problemas de determinación y diferenciación de regímenes son una constante en este tipo de relaciones.

Si bien desde el punto de vista laboral el concepto de empresa tiene un ámbito específico, más reducido que el que pueda tener desde otras disciplinas jurídicas, pues para el Derecho del Trabajo la empresa es cualquier actividad económica organizada que despliega el sujeto empleador, sea lucrativa o no, asumiendo los riesgos de la

³⁵³ Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, op. cit., pág. 158. CAMPS RUIZ, L. M.: <<La relación laboral especial de los Representantes de Comercio>>, op. cit., pág. 247-248. VALENZUELA GARACH, F.: <<El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil>>, *La Ley*, 1989, t. IV, pág. 1147. HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 111. En la jurisprudencia también se observa una importante tendencia a valorar de forma creciente este requisito, aunque sigue pesando mucho la asunción del buen fin de la operación, entre otras, STSJ País Vasco de 4 febrero 1991 (Ar. 1050); STSJ Madrid de 4 febrero 1991 (Ar. 1348); STSJ Castilla y León/Valladolid de 5 febrero 1991 (Ar. 1296); STSJ Madrid 19 febrero 1991 (Ar. 1395); STSJ Madrid de 1 marzo 1991 (Ar. 1815); STSJ País Vasco de 11 marzo 1991 (Ar. 1736); STSJ La Rioja de 16 abril 1991 (Ar. 2567); STSJ Madrid de 30 mayo 1991 (Ar. 3000); STSJ La Rioja de 31 mayo 1991 (Ar. 3069); STSJ País Vasco de 29 julio 1991 (Ar. 4448); STSJ Cataluña de 10 diciembre 1991 (Ar. 6744); STSJ Extremadura de 26 diciembre 1991 (Ar. 6888); STSJ Comunidad Valenciana de 14 julio 1992 (Ar. 3952); STSJ Castilla y León/Valladolid de 20 julio 1992 (Ar. 3527); STSJ Cataluña de 22 julio 1992 (Ar. 4059); STSJ Castilla y León/ Valladolid de 4 mayo 1992 (Ar. 2597); STSJ País Vasco de 5 noviembre 1992 (Ar. 5635); STSJ Madrid de 12 noviembre 1992 (Ar. 5697); STSJ Comunidad Valenciana de 24 noviembre 1992 (Ar. 5894); STSJ Andalucía/Málaga de 18 marzo 1993 (Ar. 1336); STSJ Galicia de 27 julio 1993 (Ar. 3426); STSJ Andalucía/Granada de 14 diciembre 1993 (Ar. 5457).

³⁵⁴ En este sentido destaca FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: <<Contrato de Agencia>> en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1569 la enorme “importancia práctica y teórica anudada a la individualización de la sede en que se ejercita el poder de decisión sobre las condiciones - tanto técnicas como laborales- en que su actividad se desenvuelva”.

misma³⁵⁵, para los efectos que aquí interesan, sin embargo, habría que acudir a la elaboración conceptual que se ha llevado a cabo desde el Derecho Mercantil³⁵⁶, sin que tenga importancia a la hora de la calificación, por lo tanto, la existencia o no de trabajadores, pero restringiendo los supuestos a los casos en los que se busca un beneficio patrimonial, arriesgando, para ello su propio patrimonio, asumiendo la responsabilidad de la empresa.

Por organización empresarial ha venido entendiendo la jurisprudencia desde siempre la titularidad del agente, en el desempeño de su actividad mediadora, de determinados medios que son necesarios en el desempeño de cualquier actividad empresarial, y que el propio Real Decreto nombra como indicativos de la existencia de la misma, como son la utilización de instalaciones u oficinas dotadas de medios de trabajo como mesas de despacho, líneas de teléfono y fax adscritas a las instalaciones, la actuación en el tráfico bajo nombres comerciales, con anagramas o logotipos, la existencia de personal que presta servicios en tales instalaciones y que depende funcionalmente del mediador, etc.³⁵⁷.

El factor decisivo a la hora de deslindar la mediación mercantil de la laboral será, sin embargo, el funcionamiento autónomo o no de la organización empresarial. Esto es, lo determinante para la distinción será la comprobación de que el mediador actúa en el tráfico como un auténtico empresario, para lo cual asume el riesgo, típicamente empresarial, de mantener con su propio patrimonio su propia organización.

³⁵⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 700.

³⁵⁶ Empresario es toda “persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad”, URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 34. O bien, “aquella persona (no importa si física o jurídica) que en nombre propio (...) ejercita (bien personalmente, bien con la colaboración de otras personas que puedan representarlo) una actividad de intermediación en el mercado, una actividad de empresa, generalmente con ánimo de lucro”, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 77.

³⁵⁷ STSJ Madrid de 11 noviembre 1991 (Ar. 6164); STSJ Cantabria de 22 noviembre 1991 (Ar. 6021); STSJ Andalucía/Sevilla de 5 marzo 1992 (Ar. 6460); STSJ País Vasco de 10 marzo 1992 (Ar. 1291); STSJ Castilla y León/Valladolid de 6 julio 1993 (Ar. 3434); STSJ Galicia de 27 julio 1993 (Ar. 3426); STSJ Cantabria de 21 septiembre 1993 (Ar. 3962); STSJ Cataluña de 10 diciembre 1993 (Ar. 5288).

Lo que significa que no se actuará como empresario, sino como trabajador especial, cuando la organización de la que se sirve está sostenida económicamente por el empresario comitente, es decir, cuando no es autónoma, sino dependiente de la organización del principal³⁵⁸.

Una organización empresarial autónoma definida en estos términos puede, sin embargo, no ser suficiente para acreditar la existencia de una relación mercantil, si se dan los presupuestos que contiene el artículo 1.2, b) del Real Decreto como constitutivos de la presunción de inexistencia de la misma, esto es, si los mediadores actúan conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias tales como horario, itinerarios, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos. Estas precisiones vuelven a incidir en la cuestión de la autonomía, pues tratan de comprender supuestos en los que aparentemente la organización empresarial pesa sobre el mediador, mas en realidad, éste no hace otra cosa que “gestionar” la organización por cuenta de su auténtico titular, por lo que no tiene autonomía para tomar decisiones sin consultar con su empresario, ni apartarse de las instrucciones del mismo³⁵⁹.

Sin embargo, estas manifestaciones de dependencia no son exclusivas de las relaciones sometidas al ordenamiento jurídico laboral. De hecho, la mediación sometida a régimen mercantil se realiza también por cuenta del principal, por ello es natural que el mediador no actúe en el desarrollo de la prestación de forma totalmente libre, sino que se tenga que atener a las instrucciones del empresario en determinadas cuestiones generales del contrato, cuestiones que, básicamente, coinciden con las mencionadas en la norma reglamentaria como indicios de una relación laboral, y que, en realidad, no son otra cosa que las instrucciones normales que sigue cualquiera que se dedique a la gestión de contratos o negocios que no son propios³⁶⁰.

³⁵⁸ CAMPS RUIZ, L. M.: <<La relación laboral especial de los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 245.

³⁵⁹ Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de Agencia>>, *CDJ*, 1997, III, pág. 262.

³⁶⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, op. cit., págs. 159-160: “Esta norma puede ser útil en parte, por su referencia a

La presunción de inexistencia de organización empresarial autónoma es, sin embargo, una presunción “iuris tantum”, por lo que siempre cabe la posibilidad de que termine revelándose la auténtica naturaleza de la misma, es decir, si se trata de una verdadera empresa, o bien, no es más que una dependencia de la empresa del principal.

C. La especial subordinación del mediador.

No cabe duda de que para introducir una prestación laboral en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo ésta debe realizarse bajo dependencia ajena, con sometimiento al poder de organización, dirección y control del empresario, pero también resulta claro que en una relación como la que aquí se estudia la nota de la dependencia o subordinación es la que más débilmente aparece y por ello, la que más sufre en su determinación con respecto a su concepción tradicional.

La dependencia del mediador laboral no aparece reflejada en la delimitación de la prestación que lleva a cabo el artículo 1º.2 del Real Decreto 1438/1985, sino que se deduce, en primer lugar, de su simple consideración como relación laboral y, en segundo lugar, y sobre todo, de las exclusiones de la normativa especial de los mediadores que sean trabajadores comunes y de los que sean sujeto de una relación mercantil.

Además, la subordinación de este tipo de trabajadores es una subordinación específica, especial de los mismos, que no puede ser conceptualizada, delimitada ni analizada con arreglo a los criterios e indicios clásicos que se vienen utilizando tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a la hora de establecer los límites de aplicación del ordenamiento jurídico laboral. La prestación laboral de los mediadores

las instrucciones del empresario en cuanto a horarios de trabajo e itinerarios.(...) Mas la referencia a las instrucciones sobre <<precios o forma de realizar los pedidos y contratos>> es tan desafortunada que debe entenderse como no incluida en el en el texto de la disposición legal. Y es que es evidente que todo viajante tiene que respetar las instrucciones de su empresario mandante sobre precios y forma de realizar los pedidos y contratos”. Vid. también, HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág., 104.

laborales está caracterizada por cierta independencia técnica o de gestión, cierta “libertad de acción”³⁶¹ que deriva de su propia esencia, que es inherente a la naturaleza de la profesión misma y que no desvirtúa la existencia de una relación laboral³⁶². Y tiene que ser una subordinación diferente de la que caracteriza al contrato común de trabajo, de otro modo no se explicaría la exclusión de la normativa especial de los trabajadores de la empresa que se dediquen a la mediación en operaciones mercantiles en los locales de la misma y sujetos a su horario laboral, aunque esta descripción de la subordinación ordinaria no se acomode a la realidad de la prestación, porque es frecuente encontrar trabajadores comunes que no tienen un puesto en la empresa o que no presten su trabajo en el horario laboral de la misma. En el fondo, la subordinación que caracteriza el contrato común de trabajo es mucho más intensa que la que caracteriza la relación laboral especial, de tal modo que se ha afirmado que “el mediador que se califica como trabajador común dista en dependencia del representante lo que éste dista a su vez del agente comercial”³⁶³.

La primera manifestación de esta especial subordinación viene establecida por vía de exclusión, en función de la diferenciación entre esta mediación laboral y la mediación laboral que se mantiene dentro del contrato común de trabajo: si cuando el trabajo se desempeña dentro de los locales de la empresa o teniendo en ellos puesto de trabajo y con sujeción al horario laboral de la misma la prestación es constitutiva de un contrato común de trabajo, requisito decisivo para que la prestación caiga dentro del ámbito de aplicación de la normativa especial será que la labor de mediación se realice fuera de la organización empresarial del principal, y por tanto, fuera de su inmediato ámbito de vigilancia, con lo que el empresario se ve privado con respecto a estos trabajadores de una de las facultades que integran su poder de dirección, y que

³⁶¹ LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 151.

³⁶² STS de 27 de mayo de 1997 (Ar. 4066).

³⁶³ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 258.

recíprocamente, determinan la subordinación del trabajador, esto es, del poder de vigilancia en el desarrollo de la prestación laboral³⁶⁴.

La otra manifestación de la dependencia típica de este tipo de trabajadores se encuentra en el artículo 1.2, b) del Real Decreto 1438/1985, cuando se establece la presunción de existencia de relación laboral especial si el agente, a pesar de contar con cierta organización propia, actúa conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a horarios, itinerarios, criterios de distribución, precios, forma de pedidos y contratos y cualquier otra materia de índole semejante³⁶⁵. Esta constituye la fijación definitiva de la dependencia del agente y, en última instancia, de su laboralidad: tiene que actuar con arreglo a las órdenes o instrucciones dictadas por su empresario, tiene que estar sometido a alguna de las facultades de ordenación del empresario para el que presta servicios, porque de lo contrario, no podría hablarse de relación laboral. Esta previsión se vio complementada posteriormente por el artículo 2.2 de la Ley 12/1992, que presume existente tal dependencia cuando el agente no puede organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios³⁶⁶.

Ahora bien, resulta evidente que los indicios que permiten reconocer la dependencia del agente en la ejecución de su prestación laboral son demasiado genéricos y vagos, además de estar presentes en muchos otros contratos, aparte de los

³⁶⁴ La STSJ Cataluña de 14 diciembre 1993 (Ar. 5294) excluye del ámbito laboral, sin embargo, una relación en la cual la demandante se dedicaba a labores de captación de asociados, promoción de cursos, jornadas y reuniones, amparándose en la no dependencia de la trabajadora respecto a la entidad para la que prestaba sus servicios: “La actora desarrollaba su actividad sin estar integrada en ningún sistema jerárquico,(...) sin estar subordinada a otra persona, sin trabajar en centros u oficinas de la demandada, sin sujeción a horario o jornada determinada, sin recibir una retribución regular periódica, sino una comisión proporcional a la cantidad desembolsada en concepto de inscripción por los asociados o asistentes captados, y sin pertenecer en definitiva a la organización de la empresa recurrente”.

³⁶⁵ Esto es, se construye la presunción de inexistencia de la organización a partir de los indicios expresivos de la dependencia, VALDÉS DAL-RÉ, F.: <<Las relaciones laborales especiales>>, en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (coord.): *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 366.

³⁶⁶ Se consideran indicios de autoorganización o de heteroorganización de la propia actividad la fijación empresarial o no del tiempo de trabajo y de su distribución, del procedimiento para la captación de clientes y promoción de las operaciones, si existe o no libertad en cuanto a la negociación de los precios, la recepción y despacho de la documentación de las operaciones, etc., GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 263.

laborales, como para dejar definitivamente sentado este criterio como diferenciador entre este tipo de mediación laboral y la mediación sometida al ordenamiento jurídico mercantil.

Con esto se quiere decir que en ocasiones será posible encontrar supuestos en los que en presencia de sujeción a determinadas órdenes e instrucciones empresariales, es decir, en presencia de los indicios que prevé la regulación reglamentaria para la consideración jurídico laboral de la relación, sea imposible su aplicación porque ésta presenta un contenido claramente extralaboral.

Pese a su limitado valor diferenciador, la jurisprudencia ha hecho uso en numerosas ocasiones de este criterio a la hora de aplicar a una determinada relación un régimen jurídico u otro³⁶⁷.

Por lo tanto, la dependencia o subordinación en las relaciones laborales de mediación mercantil se ciñe al sometimiento a las instrucciones del empresario en la forma de organización y desarrollo de la prestación laboral, para cuya identificación la normativa reglamentaria ofrece algunos ejemplos, así como en la fijación de la innecesariedad de sujeción a la jornada laboral de la empresa o de presencia continuada en el centro de trabajo. Sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto no suelen hacer distinciones en torno a estos indicios y acuden indistintamente a todos ellos a la hora de analizar la dependencia del agente para la determinación del régimen jurídico aplicable³⁶⁸.

³⁶⁷ Así, en la STSJ Castilla y León/Valladolid de 4 febrero 1991 (Ar. 1288); STSJ Extremadura de 5 marzo 1991 (Ar. 2201); STSJ País Vasco de 11 marzo 1991 (Ar. 1736); STSJ Comunidad Valenciana de 14 julio 1992 (Ar. 3952); STSJ Castilla y León/Valladolid de 20 julio 1992 (Ar. 3527); STSJ Cataluña de 20 julio 1992 (Ar. 4059); STSJ Asturias de 4 diciembre 1992 (Ar. 5928); STSJ Cataluña de 14 diciembre 1993 (Ar. 5294).

³⁶⁸ Así, “...no consta que el demandante tuviera horario fijo...” (STSJ Extremadura de 5 marzo 1991, Ar. 2201); “...no recibía instrucciones relativas al horario de trabajo,...” (STSJ Castilla y León/Valladolid de 20 julio 1992, Ar. 3527). Sin embargo, la sentencia del mismo Tribunal y de la misma Sala de 4 febrero 1991 (Ar. 1288) argumentaba: “...la dependencia (...) no implica sumisión a una jornada u horario, como parece entender el recurrente, sino integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa...”.

D. La ajenidad: la no asunción de los riesgos de la operación.

La no asunción del riesgo y ventura de la operación en la que el agente mediador ha intervenido ha sido el elemento más importante y más estudiado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, a la hora de delimitar el campo de aplicación propio de este tipo especial de contrato de trabajo, así como de fijar su diferenciación con respecto a la intermediación sometida a régimen mercantil, pues la LET describe las actividades utilizando idénticas expresiones (las actividades de “las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios”) y, a continuación, establece la frontera entre la mediación laboral y la extralaboral basándose exclusivamente en el dato de la asunción o no del buen fin de la operación.

Sin embargo, resulta claro que, si la inclusión de una determinada prestación dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo no puede depender de que se dé uno sólo de los requisitos o presupuestos determinantes de la aplicación de este sector del ordenamiento jurídico, sino que han de concurrir varias circunstancias, unas más paradigmáticas que otras, pero todas de manera conjunta, la presencia o la ausencia de este requisito de la asunción del riesgo de la operación no puede tener por sí sólo, tampoco, virtualidad incluyente o excluyente, sino que han de tenerse en consideración otros aspectos, los mismos que configuran la laboralidad común, si bien con las especificidades que sean precisas en función de la especialidad de la relación.

Por lo tanto, ni siquiera a la sola vista de los artículos 1.3, g) y 2.1, g) de la LET se puede concluir con la inclusión de una actividad mediadora en el ordenamiento laboral por el mero hecho de que el agente mediador no asuma el riesgo y ventura de las operaciones en las interviene, sino que hay que analizar el supuesto para comprobar que el mediador es, efectivamente, un auténtico trabajador, porque del contenido y modo de ejecución de su prestación de trabajo se puede deducir su naturaleza laboral. Por ello se ha interpretado que la incidencia que la ley hace en este criterio no cumple otra función que auxiliar a la noción de dependencia atenuada y flexible que introduce en el ordenamiento jurídico español la reforma del artículo 6 de la Ley de Contrato de Trabajo operada a través de la Ley 21/1962, de 21 de julio, y que la convierten en una

noción de tan difícil apreciación que precisa un complemento que contribuya a favorecer la seguridad jurídica³⁶⁹.

A ello hay que añadir, además, que la no asunción del buen fin de la operación no es un requisito exclusivo de las prestaciones laborales. La no asunción del buen fin de la operación no es más que una de las manifestaciones de la ajenidad, la llamada ajenidad en los riesgos. Y hay otras relaciones jurídicas prestadas en régimen de ajenidad que no constituyen un contrato de trabajo, como el arrendamiento de obra y, por supuesto, el contrato de agencia mercantil³⁷⁰.

No hubo que esperar a la entrada en vigor de la Ley 12/1992 para comprobar que en las actividades de mediación no laborales también podía darse la nota de la ajenidad, pues el artículo 3 del Decreto 3595/1977, de 30 de diciembre, que aprobó el Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales (BOE de 13 de febrero de 1978), establecía las dos posibles formas de actuación del agente, con facultad para dejar obligada a la empresa en las operaciones en las que intervenía, respondiendo del buen fin de las mismas, o bien, promoviendo tales operaciones, con la exigencia de aprobación o conformidad de la empresa, sin que el agente quede obligado a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación³⁷¹.

Por lo tanto, si bien de la lectura de los preceptos de la LET parece que el legislador insistió en esta faceta de la ajenidad, en la no asunción del riesgo y ventura de

³⁶⁹ CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil: ¿modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, *REDT*, 1996, nº 77, pág. 460. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 157.

³⁷⁰ De hecho, ya señalaban doctrina y jurisprudencia como nota que separaba los contratos laboral y mercantil la dependencia del trabajador laboral frente a la independencia del comisionista o agente mercantil incluso antes de la promulgación de la Ley 21/1962, de 21 de julio, vid. GARCÍA ABELLÁN, J.: <<La condición jurídico laboral de los representantes de comercio>>, op. cit., págs. 50-56.

³⁷¹ Sin embargo, MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, *CDJ*, 1995, IX, pág. 184, sostiene que es a partir de la aparición de la Ley 12/1992 cuando la asunción del riesgo y ventura empresarial perdió su carácter de elemento esencial del contrato de agencia que el artículo 1.3, f) LET le había otorgado.

las operaciones, como elemento configurador y, a su vez, delimitador de las relaciones de mediación sometidas a régimen laboral, lo cierto es que la concurrencia de tal nota característica no soluciona todos los casos de delimitación que pueden producirse en la práctica, pues puede manifestarse también tal elemento en una modalidad de ejercicio de un contrato mercantil³⁷².

Siguiendo los preceptos legales, muchas sentencias han concluido en la laboralidad o extralaboralidad de una determinada relación de mediación considerando el elemento de la asunción de los riesgos de la operación como el definitivo o determinante a la hora de la distinción de los regímenes jurídicos aplicables. Sin embargo, no es una posición mayoritaria ni unánime, incluso algunas de ellas analizan también la existencia o no de organización y su grado de autonomía³⁷³.

A pesar de la insistencia legal en el dato de la asunción del buen fin de las operaciones, ninguna disposición, ni legal, ni reglamentaria, define qué entiende por la asunción de tal riesgo, ni se aproxima a su determinación en este tipo especial de contrato de trabajo. Ha sido la jurisprudencia la que ha venido delimitando su noción a través del estudio de los numerosos casos que en la práctica han provocado estas relaciones.

Así, es clásica la jurisprudencia que distinguía entre la asunción del buen fin y el descuento de comisiones por operaciones fallidas, y definía la asunción del riesgo de la

³⁷² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, op. cit., págs. 149-150. CAMPS RUIZ, L. M.: <<La relación laboral especial de los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 248. VALENZUELA GARACH, F.: <<El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil>>, op. cit., págs. 1146-1147. LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., págs. 159-160. 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*, 1993, n^o 41, pág. 112. CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil. ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, op. cit., pág. 469.

³⁷³ Mencionan como requisito o criterio “único” para configurar una relación laboral especial la no asunción del riesgo de la operación, entre otras, la STSJ La Rioja de 18 septiembre 1991 (Ar. 4942); STSJ Cataluña de 22 febrero 1991 (Ar. 1671); STSJ Cataluña de 30 junio 1992 (Ar. 3400); STSJ Madrid de 5 octubre 1992 (Ar. 4872); STSJ Cataluña de 8 octubre 1992 (Ar. 5094).

operación como aquella circunstancia por la cual, en caso de que una operación fallase, es decir, después de concertada en firme por el agente, el cliente no abonase el precio de la misma, el agente se convertía en responsable de abonar el precio, total o parcial, aparte de la eventual pérdida o no devengo de las comisiones que la llegada a buen fin de la operación le hubiesen reportado³⁷⁴.

Así que nada tiene que ver la asunción de los riesgos de una operación con el descuento o no percibo de comisiones por negocios no consumados, esto es, no abonados por el cliente, sino que tal circunstancia es una consecuencia natural del sistema de retribución a través de comisiones, como pone de manifiesto, a su vez, el propio Real Decreto cuando establece en su artículo 8º.3 que salvo pacto en contrario, el derecho a la comisión nacerá en el momento del pago por el cliente en ejecución del contrato celebrado con la empresa, y como también se encarga de recordar reiteradamente la jurisprudencia³⁷⁵.

Ha fijado también la jurisprudencia que existe asunción del riesgo desde el momento en que el agente responda del precio de la mercancía o servicio no pagado, bien sea de manera total, bien parcialmente. Esto significa que no se introduce una determinada relación en el campo de aplicación del contrato de trabajo por el simple hecho de que los riesgos que ha asumido el agente son insignificantes en su consideración económica. La asunción tan sólo de una pequeña parte del riesgo de la

³⁷⁴ “mientras responder del buen fin o del riesgo o ventura, supone hacerse cargo del precio o indemnización sustitutoria de la mercancía y objeto de la operación colocada, la comisión es la participación en el tanto por ciento del precio conseguido y pagado por la mercancía vendida, y así, mientras en el primer caso, la responsabilidad del que actúa como mediador es la totalidad de la operación, porque lo hace por cuenta propia aun cuando en nombre ajeno, por el contrario, el fracaso en el segundo caso, sólo se extiende a la pérdida de la comisión, o mejor, a que el derecho a la comisión no nazca, pero sin trascender al precio cuyo riesgo de pérdida o obtención corre por cuenta de la empresa en cuyo nombre se actuó”: SSTS de 23 enero 1984 (Ar. 84); de 10 abril 1984 (Ar. 2065); de 24 mayo 1985 (Ar. 2756); de 23 marzo 1990 (Ar. 2336); de 2 julio 1990 (Ar. 6038); de 5 julio 1990 (Ar. 6059); de 17 septiembre 1990 (Ar. 7009). Esta doctrina ha sido recibida por las más recientes sentencias de los TSJ, así, la STSJ Canarias/Las Palmas de 4 septiembre 1991 (Ar. 4943), “En suma, responder del buen fin significa como dijo el TS en S. de 24-6-1985 (R. 1985, 2756) <<hacerse cargo del precio o indemnización sustitutoria de la mercancía objeto de la operación colocada, vendida e impagada>>”.

³⁷⁵ STS de 27 de mayo de 1997 (Ar. 4066) “es necesario diferenciar la responsabilidad en el buen fin de la operación con el no devengo de comisiones por las operaciones que no llegan a buen fin, porque responder del buen fin significa que el mediador asume el éxito de la misma”.

operación no desvirtúa la exclusión del ámbito laboral, pues los términos legales e, incluso jurisprudenciales, son tajantes al respecto³⁷⁶.

Otra cuestión que se plantea en relación con la asunción o no del riesgo de la operación es la importancia decisiva que se le atribuya a los términos de un contrato celebrado entre las partes. Se trata de aquella situación en la que, existente un contrato, una de sus cláusulas prevé expresamente que el agente corre con el riesgo y ventura de las operaciones en las que interviene. El problema se plantea cuando se trata de determinar si la relación puede estar incluida o no en el contrato de trabajo a la sola vista del clausulado del mismo, sin entrar a analizar lo que realmente ha sucedido en el desarrollo del contrato. ¿Es posible concluir con la exclusión del ámbito laboral de una relación sin entrar a conocer cuál ha sido el desarrollo de la misma, basándose solamente en las cláusulas del contrato?, o bien ¿está el juez obligado a analizar las condiciones de ejecución del contrato, apartándose de la expresada voluntad de las partes?.

El Tribunal Central de Trabajo había establecido el criterio según el cual la existencia de estipulaciones contractuales de asunción de riesgos no debían ser tenidas en cuenta si no se llevaban a la práctica (S. 14 diciembre 1979, Ar. 7094). Tal criterio se ha consolidado y perfeccionado jurisprudencialmente. El Tribunal Supremo entendió en Sentencias de 5 de julio de 1983 (Ar. 3720) y de 4 de octubre de 1984 (Ar. 5229) que la presencia de cláusulas contractuales en tal sentido no era suficiente para excluir del ámbito laboral una determinada relación si tales cláusulas no eran efectivamente aplicadas. Y la jurisprudencia más reciente continúa asumiendo tales planteamientos³⁷⁷, realizando, para ello, un examen del desarrollo de la prestación tendente a determinar si existió realmente o no la responsabilidad del agente y valorando las circunstancias concurrentes. Y es en este punto en el que puede plantearse un problema. Queda claro

³⁷⁶ Así se observa, entre otras, en la STS de 6 febrero 1991 (Ar. 805); STSJ Cataluña de 1 junio 1992 (Ar. 3307).

³⁷⁷ STSJ País Vasco de 5 noviembre de 1992 (Ar. 5635); STSJ Castilla y León/Valladolid de 6 julio de 1993 (Ar. 3434); STSJ Canarias de 11 de agosto de 1997 (Ar. 3112), STS de 22 octubre de 1996 (Ar. 239).

que si se prueba que el agente efectivamente no respondía del buen fin de la operación, la presencia de tal mención en el contrato estipulado entre las partes no tiene eficacia, pero puede darse el caso de que no se haya producido ninguna falta de pago por parte de los terceros, por lo que no ha sido posible comprobar si la responsabilidad realmente existió o no. La solución en este caso debe ser la derivada de la voluntad de las partes manifestada en el contrato suscrito, pues no hay elementos de juicio para concluir de otra manera, a salvo, en todo caso, de que pueda determinarse que el pacto se estableció en fraude de ley. Por ello, la regla a aplicar es aquella en virtud de la cual el pacto de asunción de riesgos, mientras no quede desvirtuado en la práctica, excluye la laboralidad de la relación contractual, por lo que sólo “si no se exige la responsabilidad pudiendo hacerlo, o si se deduce de las circunstancias que el pacto es simple “pro forma”, decaerá la eficacia de lo pactado a efectos de calificar la relación”³⁷⁸.

La prueba, en todo caso, de que la responsabilidad, a pesar de su fijación en el contrato, no existió, y, sin embargo, pudo existir, corresponde siempre al agente, pues para desvirtuar el valor de un contrato adecuadamente celebrado no es suficiente con la simple expresión de que en la realidad la relación no se desarrollaba de ese modo, ni tampoco debe dejarse a juicio del juzgador la facultad para dictar unas diligencias para mejor proveer, pues éste sólo actuará así cuando del desarrollo del juicio le conste que determinados hechos no están lo suficientemente probados³⁷⁹.

2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 12/1992, DE 27 DE MAYO, SOBRE CONTRATO DE AGENCIA.

El ámbito de aplicación de la Ley que regula el contrato de agencia mercantil viene determinado en los artículos 1 y 2 de la misma a partir de la delimitación de la persona del agente. Se establece que “Por el contrato de agencia una persona, natural o

³⁷⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de agencia>>, op. cit., pág. 256.

³⁷⁹ Concluye con la mercantilidad de la relación en ausencia de prueba que desvirtuara las menciones del contrato sobre la asunción de la responsabilidad la STSJ Aragón de 15 enero 1992 (Ar. 194).

jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

A continuación, haciendo especial hincapié en la cualidad de independiente del agente, se excluyen de tal consideración “los representantes y viajantes de comercio dependientes y, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan”. Asimismo, se establece una presunción de dependencia o subordinación, entendiéndose que se da tal circunstancia cuando el agente o mediador no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

Por su parte, el artículo 3 de la misma fija el carácter imperativo y supletorio de sus normas y determina las exclusiones del ámbito de aplicación de la Ley 12/1992, “La presente Ley no será de aplicación a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores”, exclusión que hay que entender referida, no sólo a los intermediarios miembros del mercado bursátil -Sociedades y Agencias de Valores y Bolsa-, sino también a los sujetos que, sin adquirir la condición de miembros, transmiten órdenes relacionadas con los valores en ellas cotizados, pues la actividad de estos sujetos también está sometida al Derecho del mercado de valores³⁸⁰.

La Ley 12/1992, de 27 de mayo, incorpora al derecho español la Directiva del Consejo 86/653, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Esta directiva venía a resolver el problema que se planteaba en relación con la diversidad de regímenes jurídicos de la actividad mediadora en los distintos países de la CEE, ante la efectiva aplicación de la libertad de circulación y la eliminación de las barreras nacionales, mediante la liberalización de la función mediadora por la Directiva 64/224,

³⁸⁰ Vid. QUINTÁNS EIRAS, M^a R.: <<Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de contrato de agencia>>, *RDBB*, 1997, n^o 65, págs. 64-65.

de 25 de febrero, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades de intermediario del comercio, de industria y de artesanía (DOCE nº 56), Directiva que, sin embargo, dejaba sin regular los aspectos propios del régimen jurídico de dichas actividades mediadoras.

Si bien la libertad de establecimiento y de prestación de servicios abarca tanto a los intermediarios dependientes como a los independientes, pues no se pretendía otra cosa que poner en práctica las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios previstas en el Tratado de la CEE para la consecución de un mercado único, para lo que resultaba irrelevante el régimen jurídico bajo el que se realizara la prestación, la armonización de los regímenes jurídicos de los estados miembros, sin embargo, se centró únicamente en la mediación independiente, si bien en el caso del estado español la Directiva no podía desempeñar un papel armonizador sin más, pues no había normativa previa para adaptar a las previsiones comunitarias, por lo que, según dispone la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/1992, no sólo se traspone la norma comunitaria al ordenamiento interno, sino que además, se dota al contrato de agencia de una regulación jurídica suficiente.

Esta reducción en el ámbito de aplicación de la Directiva parece no armonizar bien con el objetivo último perseguido por el ordenamiento jurídico comunitario, esto es, eliminar en la medida de lo posible las diferencias de regulaciones para favorecer la libre competencia económica en el seno de la Unión Europea, si bien la solución no podía ser otra, en la medida en que la práctica totalidad de los países comunitarios se han distinguido tradicionalmente dos regímenes jurídicos a la hora de regular las actividades de mediación, el laboral y el mercantil, y en algunos países, como Francia o España, incluso una tercera vía intermedia constituida por una categoría especial de trabajadores dependientes y por cuenta ajena. Por ello, se convertía en una labor de proporciones y consecuencias desmedidas el intento de armonizar, no sólo cuestiones particulares de cada régimen jurídico en concreto, como la forma de los contratos, los períodos de descanso, el tipo de retribución, la extinción de la relación, etc., sino, sobre todo, se revelaba que la posible adaptación de todos estos aspectos contractuales pasaba previamente por una opción a favor de uno u otro régimen jurídico, porque la ubicación

jurídica de la actividad en un concreto sector del Derecho, cualquiera que sea la manera de realizarla, determinará la mayor parte de su regulación y solucionará problemas de vacíos de cobertura y de derecho supletorio.

La norma comunitaria no optó, pues, por una unificación total de la actividad bajo un mismo régimen jurídico, sino por el mantenimiento de la distinción entre ambas regulaciones, armonizando en primer lugar aquella actividad que por venir sometida a las prescripciones de los Códigos de Comercio o los Códigos Civiles, suponía una mayor desprotección jurídica para la persona del mediador y sin que por el momento se haya dictado ninguna norma que obligue a una revisión de la normativa nacional en materia de mediación mercantil dependiente o sometida al ordenamiento laboral.

Sin embargo, como se tendrá ocasión de exponer más adelante, en la práctica española la regulación del contrato de agencia mercantil impulsada por la norma comunitaria contiene unas dosis de protección del agente coincidente en gran medida con la protección contenida en la regulación del Real Decreto 1438/1985 para los mediadores laborales, por lo que la unificación de regímenes que el legislador comunitario no acometió, se produce en la práctica en el caso español, al dictarse una ley extralaboral, y por lo tanto, sin finalidad protectora de los intereses de los trabajadores, que acoge en su articulado categorías jurídicas similares a las que utiliza el Derecho del Trabajo³⁸¹.

De la simple lectura de los artículos 1 y 2 de la Ley 12/1992 resulta evidente el paralelismo entre los ámbitos de aplicación de las regulaciones en materia de mediación sometida a régimen laboral y a régimen mercantil. Al igual que ocurría con el Real Decreto 1438/1985, la ley de agencia se propone la descripción del objeto del contrato de agencia mercantil, en consonancia con la orientación objetivista del sistema jurídico mercantil que preside nuestro Código de Comercio, sin embargo, se limita el artículo 1 de la ley a describir la actividad que ha de desarrollar el agente y la manera en que ha de

³⁸¹ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 235. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 159.

ejecutarla para considerarse incluido en el campo de aplicación de la norma. A continuación, declara excluidas de su campo de aplicación las relaciones de aquellos profesionales que realicen su prestación de tal forma que puedan ser incluidos en la normativa laboral, sea común o especial.

A. Las actividades realizadas por el agente mercantil.

La actividad mediadora que la ley tipifica como constitutiva de un contrato de agencia es la promoción o bien, la promoción y conclusión de actos u operaciones de comercio, expresión que si en principio puede parecer más limitada que la de “intervención en operaciones mercantiles” que contiene la norma laboral especial, en realidad, y según expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/1992, quiere adaptarse a la contenida en el artículo 2 del Código de Comercio, que delimita el campo de aplicación de sus normas en virtud del objeto realizado por el sujeto, sea éste comerciante o no, y que no es otro que el acto de comercio, entendido en un sentido amplio y actual, comprensivo de cualquier actividad de circulación en el mercado de mercancías, bienes o servicios³⁸². Por ello, no es posible restringir los términos de la ley de agencia más que los del Real Decreto 1438/1985, pues lo que la ley pretende es hacer coincidir su ámbito de aplicación objetivo con el ámbito de aplicación objetivo del propio Código de Comercio, y centrar su ámbito subjetivo a partir de la determinada actividad a realizar por el sujeto. Además, tampoco se mostraría coherente con un sistema jurídico que convirtió a un tipo determinado de profesionales en trabajadores dependientes y por cuenta ajena a efectos de la protección del desarrollo de su prestación contractual por la similitud que presentaba con la prestación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo, pues la actividad que podría prestar el trabajador no puede ser más amplia que la prestada por el profesional liberal.

³⁸² RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas Sobre la nueva Ley del contrato de Agencia>>, ADC, 1993, t. XLVI, pág. 779-780. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la ley de contrato de agencia>>, op. cit., págs. 252-253, recuerda que el ámbito de la Directiva 86/653, de 18 de diciembre, se limitaba a la compraventa de mercancías, y que la ley española optó por extender su ámbito de aplicación a todas las actividades de intermediación que pudieran considerarse incluidas en el concepto de agente comercial definido en el Decreto 3595/1977 y en la comisión mercantil, “lo cual ha multiplicado la incidencia de la regulación del contrato de agencia en las relaciones laborales de representación mercantil”.

Si es la naturaleza de la prestación y la manera de ejecutarla lo que determina una regulación específica y protectora, no parece lógico que una actividad aún más limitada dé lugar a una regulación que, en principio, supone más libertad de acción para las partes, con lo que ello supone de desprotección del contratante más débil³⁸³.

El tipo de intervención en tales operaciones que menciona la Ley 12/1992 es la promoción, o bien, la promoción y conclusión de las mismas³⁸⁴, expresión que coincide casi exactamente con la contenida en el Real Decreto 1438/1985, respecto de la actividad que da lugar a una relación de mediación laboral, y que abarca desde la mera puesta en contacto de las partes hasta la concertación final de las operaciones. No se pronuncia, sin embargo, la norma respecto de la posibilidad de que el agente se limite exclusivamente a la concertación en firme del negocio, sin necesidad de haber intervenido previamente en las negociaciones anteriores, posibilidad que sí está admitida respecto de los mediadores laborales al pronunciarse el Real Decreto

³⁸³ VALENZUELA GARACH, F.: <<El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil>>, op. cit., pág. 1150, con anterioridad, por tanto, a la promulgación de la Ley 12/1992, circunscribía ya el objeto del contrato de agencia mercantil a la gestión de operaciones mercantiles. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 179, establece que la ley 12/1992 no se limitó a transcribir el contenido de la Directiva comunitaria, sino que dota al contrato de agencia de una disciplina amplia aplicable a todos los agentes dedicados en general a la promoción y realización por cuenta ajena de cualquier contrato mercantil. En el mismo sentido establece ORTEGA PRIETO, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, Deusto, Bilbao, 1995, pág. 122 que la ley 12/1992, excediendo el propio contenido de la Directiva, amplía el marco de la actuación del agente a cualquier operación de comercio, inspirada sin duda en la legislación laboral que ya había llevado a cabo tal expansión respecto de su propio ámbito. En contra, sin embargo, CAMPS RUIZ, L. M.: <<La relación laboral especial de los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 243, donde establece que la noción comprendida en la regulación laboral de carácter especial es más amplia que la noción de acto de comercio contenida en el Código de Comercio. SORIA FERRANDO, J. V.: *El agente de comercio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 50.

³⁸⁴ Establece VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Civitas, Madrid, 1996, pág. 3061, que el contenido fundamental de la actividad del agente es de mera promoción, por lo que, a priori, no está facultado ni obligado para intervenir en la conclusión ni en la ejecución de las operaciones correspondientes. Así como que la actividad de promoción consiste en “captar clientes para el empresario y actuar sobre ellos de manera que contraten con él la adquisición de sus bienes o de sus servicios. El agente está especialmente facultado para recibir y provocar las propuestas de contrato de los clientes que transmitirá al empresario, procurando que lleguen a dar curso a un contrato. En ese sentido, ni el agente funciona como un mero mensajero, ni se limita a facilitar determinados actos u operaciones concretos que le hayan sido encomendados”. Por su parte, BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia en el Derecho español>>, *DN*, 1993, nº 30, pág. 2, señala “La promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta del empresario representa la actividad que necesariamente se obliga a realizar el agente frente al empresario; actividad que se traduce en una prestación de hacer y, por su condición de parcial, ha de estar dirigida a influir en la voluntad del tercero, en convencer a éste para que concluya el acto u operación”.

1483/1985 en términos disyuntivos (promover o concertar), mientras que la Ley 12/1992, al describir de manera más detallada el posible objeto de la intervención, especifica las concretas actividades que la constituyen y parece limitarlas exclusivamente a la promoción y a la promoción y conclusión. Por otro lado, el artículo 9.2, a) y b), en la enumeración de las obligaciones del agente, se expresa del siguiente modo: ocuparse con la diligencia de un buen comerciante de la *promoción y, en su caso, de la conclusión* de los actos u operaciones que se le hubieran encomendado; así como, comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones de comercio cuya *promoción y, en su caso, conclusión*, se le hubiere encomendado..., de donde parece deducirse también que la conclusión de los negocios se refiere con carácter exclusivo a aquellos en los que hubiera intervenido previamente, es decir, los que hubiera promovido.

Sin embargo, por la mismas razones anteriormente expuestas, no parece lógico limitar la actividad objeto de este tipo de contrato mercantil más que la actividad y las facultades de un agente laboral, por su propia naturaleza, con menos libertad de acción que un trabajador autónomo sujeto de una relación jurídico-privada. Por lo tanto, una interpretación más acorde con la realidad del tráfico mercantil exige que, aunque no sea el supuesto más frecuente, sea también sujeto de este tipo especial de contrato mercantil el agente cuya labor se restrinja sólo a la concertación final de los negocios, sin necesidad de haber mediado previamente en su preparación³⁸⁵.

Al igual que sucede en el caso de la mediación sometida al ordenamiento laboral, la conclusión del negocio en nombre del empresario comitente se hará siempre que el mediador esté facultado para ello, a través de un poder de representación. Porque sin tal facultad de obligar al empresario que encarga la actividad, el negocio no se concluirá en su nombre, sino en nombre del propio agente, en cuyo caso, la relación se apartaría del contrato de agencia para entrar en el ámbito de aplicación del contrato de comisión mercantil que, a tenor del artículo 245 del Código de Comercio puede ser

³⁸⁵ La actividad del agente es una actividad auxiliar de colaboración en la comercialización y distribución de los productos de su empresario, VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, op. cit., pág. 3057.

desempeñado contratando el comisionista en nombre propio o en el de su comitente, a diferencia del contrato de agencia, que se caracteriza porque la intervención en el tráfico mercantil que realiza el agente mediador se hace en todo caso por cuenta y en nombre del empresario principal. Así lo dispone el artículo 6 de la Ley 12/1992, en virtud del cual el agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida tal facultad, siendo así que esa atribución se materializa en el poder de representación que otorga el empresario comitente al agente³⁸⁶.

Establece el artículo 7 de la Ley que el agente puede desarrollar su prestación para varios empresarios, siempre que en el contrato no se establezca lo contrario, es decir, siempre que no se haya pactado la prestación exclusiva para un sólo empresario. Ahora bien, para evitar la competencia desleal, así como con fundamento en los deberes de lealtad y fidelidad con que debe conducirse el agente, necesitará el consentimiento del primer empresario para ejercer por cuenta propia o por cuenta de otro empresario actividades profesionales de análoga naturaleza a las que fueron objeto del primer contrato de agencia³⁸⁷.

En relación con la actuación del agente para un empresario en exclusiva, establece el artículo 12.2 de la Ley 12/1992 el derecho del agente a percibir la comisión correspondiente a la realización de las operaciones con respecto a las personas o a la zona que tuviera éste atribuida en exclusiva, siempre que el contrato esté vigente y aunque el agente no haya intervenido en la realización de la misma.

³⁸⁶ Establece FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: <<Contrato de Agencia>> en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., pág. 1570, que “Se trata de una representación de carácter no legal sino voluntario destinada a ampliar la esfera de actuación del agente, sin asumir por tanto la condición de elemento esencial del contrato”. Sobre la actividad de representación del agente, vid. VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, op. cit., págs. 3062-3066.

³⁸⁷ En el mismo sentido, BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia mercantil en el Derecho español>>, op. cit., pág. 4; VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, op. cit., pág. 3068. Sin embargo, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: <<Contrato de Agencia>>, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., pág. 1571, sienta un principio distinto: establece que al quedar el empresario facultado para obligar al agente a no asumir en la misma zona el encargo de promover y concluir contratos a favor de otros empresarios del mismo ramo o sector de actividad se consagra un derecho de exclusiva a favor del empresario.

Como actividad complementaria de la principal de intermediación en operaciones mercantiles puede aparecer en el contrato la de gestión del cobro de las operaciones realizadas. Esta actividad accesoria puede pactarse para todas o para alguna de las operaciones, o para alguna parte de la zona geográfica asignada al agente o algunos clientes, sin que un posible pacto sobre este particular tenga consecuencias en orden a interpretar una posible adquisición de los bienes o mercancías por parte del agente y una enajenación posterior, lo que desvirtuaría el contrato de agencia, en la medida en que el agente actúa siempre por cuenta y en nombre de otro y nunca en su propio nombre³⁸⁸.

De lo expresado anteriormente se aprecia una identidad sustancial en el tipo de actividades susceptibles de constituir un contrato de agencia mercantil y una relación laboral de carácter especial, pues se trata siempre de la intervención o mediación en el tráfico mercantil por cuenta de uno o más empresarios y con las mismas cautelas con respecto a una posible situación de competencia desleal.

B. La prestación de la actividad de mediación.

La prestación que tipifica el contrato de agencia según los términos de la Ley 12/1992 es la desarrollada por una persona física o jurídica, de manera continuada o estable (art. 1 Ley 12/1992), de forma personal por el propio agente o a través de sus dependientes (art. 5.1 Ley 12/1992).

La mención legal al carácter estable o duradero de la relación que constituye la base del contrato de agencia mercantil significa que este contrato se configura como un contrato de duración, a diferencia de otros contratos de colaboración, como el contrato

³⁸⁸ El pacto sobre gestión de cobro a cargo del agente cobra especial relevancia en caso de producirse impagos, pues a partir de la determinación de quién afronta los mismos, el mediador o el empresario principal, se puede establecer el responsable de que la operación llegue a buen término, esto es, si hay o no asunción del riesgo por parte del mediador, LÓPEZ MORA, F.: <<La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral>>, *TS*, 1993, nº 28, pág. 23.

de comisión mercantil, que es un contrato de ejecución instantánea que se caracteriza por el carácter esporádico u ocasional de su concertación, o el contrato de mediación o corretaje, en el que el mediador actúa para conseguir la concertación de un determinado negocio. La estabilidad de la relación del agente mercantil nada tiene que ver con la duración del contrato. A estos efectos establece el artículo 23 de la Ley 12/1992 que el contrato de agencia puede pactarse por tiempo indefinido o por tiempo determinado. Tan estable es una relación en un contrato de duración temporal o por tiempo determinado, como en uno de duración indefinida³⁸⁹, porque lo relevante no es el tiempo durante el cual esté vigente el contrato, sino que durante ese tiempo las relaciones no se interrumpan³⁹⁰.

Los datos más relevantes para el análisis que aquí se pretende vienen dados por la circunstancia de la admisibilidad de prestación por una persona jurídica y, de manera consecuente con ello, por la posibilidad de que la prestación se ejecute de forma personal, o bien, a través de la organización y de sus dependientes.

Resulta evidente que en los casos en los que el agente se inserta en una organización empresarial constitutiva de una persona jurídica no es posible la confusión con ningún tipo de relación laboral, pues sujeto de un contrato de trabajo sólo puede serlo una persona física. Tampoco es posible la confusión en los casos en los que no existe empresario colectivo, pero sí individual, es decir, cuando las relaciones de mediación en el mercado no se efectúan a través de una persona jurídica, sino a través de la organización empresarial de la que es titular una sola persona, que actúa en el tráfico como empresario individual. La presencia de tal organización, así como la

³⁸⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. L.: <<Contrato de Agencia>>, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., págs. 1559-1560.

³⁹⁰ Sobre la continuidad o estabilidad de la prestación del agente establece VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, op. cit., págs. 3069-3070, “Al agente está muy claro que no se le contrata para la promoción más o menos larga en el tiempo de un determinado número de operaciones o de actos concretos, sino para que, poniendo su actividad promocional al servicio del empresario, desarrolle su prestación de una manera ininterrumpida”. Vid. LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., págs. 74-78, sobre la permanencia y la estabilidad en relación con el carácter profesional y empresarial de la actividad de mediación.

prestación de la actividad a través de la misma, por medio de personal vinculado a ella, aleja este tipo de relación del contrato de trabajo, sea éste común o especial.

A estos efectos hay que distinguir la actuación a través de personas dependientes del agente o de su organización, de la actuación a través de personas independientes, ajenas a la relación que vincula al agente con el empresario. En el primer caso, la ley anuda a esta actuación los mismos efectos frente al empresario que si hubiese actuado el agente personalmente³⁹¹. Ahora bien, la actuación a través de otras personas no vinculadas a la organización del agente, es decir, la actuación por medio de subagentes, exige la autorización expresa del empresario y la responsabilidad del agente con respecto a la gestión del subagente. Esa autorización puede conllevar la designación del subagente por parte del empresario, en cuyo caso la responsabilidad de su gestión correrá a cargo del propio empresario que lo designó³⁹².

Hay que recordar, sin embargo, que no siempre que se esté en presencia de otra persona que actúa en nombre del agente la relación entra en el ámbito del Derecho Mercantil, pues no hay que olvidar que el Derecho del Trabajo cuenta con la figuras o categorías del contrato de grupo, caracterizado porque el empresario carece frente a cada uno de los miembros de los derechos y deberes que como tal le corresponden, y del auxiliar asociado al trabajador principal mediante un contrato escrito celebrado con el empresario y con ninguna particularidad respecto a cualquier otra relación laboral, pues tanto el trabajador como su ayudante dependen del mismo empresario³⁹³. Hay diferencia con respecto a la actuación del agente mercantil por medio de subagentes, pues en el caso del auxiliar asociado, el trabajador no tiene ninguna responsabilidad con respecto a su asociado, que no es más que otro trabajador contratado por el empresario principal, mientras que la ley de agencia establece la responsabilidad de la gestión del subagente a

³⁹¹ BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia en el Derecho español>>, op. cit., pág. 3.

³⁹² BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia en el Derecho español>>, op. cit., pág. 3. Continúa, además, este autor señalando que el contrato entre el agente y el subagente es un contrato dependiente del contrato entre el agente y el empresario principal, por lo que las vicisitudes del contrato principal de agencia afectarán de igual modo al contrato auxiliar entre el agente y el subagente.

³⁹³ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: <<Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales>>, op. cit., pág. 49.

cargo de quien lo designe, que puede ser tanto el empresario principal como el propio agente³⁹⁴.

Ahora bien, pese a las claras diferencias que ofrecen estos supuestos con aquel susceptible de configurar un contrato de trabajo, la amplísima formulación legal de la prestación constitutiva del objeto del contrato de agencia mercantil abarca una faceta coincidente con una prestación laboral, pues expresa la misma que el agente persona física puede desempeñar también su actividad de forma personal, lo que, a priori, no permite cifrar ninguna diferencia con la relación laboral especial.

Por lo tanto, si bien la delimitación legal del contrato de agencia mercantil no plantea problemas de concurrencia normativa ni de superposición de regulaciones, pues se determina con una amplitud y una definición de fronteras propias, de un análisis de sus elementos definitorios se observa que una parcela de la misma, la prestación personal de operaciones de comercio por cuenta de uno o varios empresarios, coincide con el objeto típico del contrato laboral especial de intervención en operaciones mercantiles, por lo que habrá que buscar el elemento distintivo en otros rasgos propios de la relación mercantil de agencia: el agente mercantil es un empresario³⁹⁵. Ningún precepto legal establece tal condición, pero no cabe duda de que la Ley 12/1992 presupone, y parte en su regulación, de que el agente actúa en el tráfico como un auténtico empresario, por ello excluye de su ámbito de aplicación la actividad de las personas que no puedan organizar “su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios” (art. 2.2 Ley 12/1992)³⁹⁶. Sin embargo, la situación de la línea divisoria entre un contrato laboral y otro mercantil cuando la organización de que se vale el agente persona física es de escasa entidad y

³⁹⁴ CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil. ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, op. cit., págs. 480-481, diferencia la actuación a través de subagentes de la existencia de un auxiliar asociado al trabajador con base en la figura del subcontrato.

³⁹⁵ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: << Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia>>, op. cit., págs. 774-775.

³⁹⁶ En ese sentido, vid. LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., págs. 48-49.

absolutamente necesaria para el desempeño de su actividad no es siempre una tarea resuelta, porque no implica necesariamente el desarrollo de una actividad empresarial que se cuente con ella, del mismo modo que ante la ausencia de una organización, si el agente organiza su actividad profesional con total libertad, tampoco podrá apreciarse la laboralidad del vínculo. La apreciación de la cualidad de empresario que en todo caso reviste la figura del agente mercantil ha de ser probada con la ayuda de otros criterios, “elementos ajenos a la esencia de la actividad”³⁹⁷.

C. La independencia del agente mercantil.

La independencia del agente se configura como el único elemento que la ley introduce en la delimitación de su campo subjetivo de aplicación que aleja desde el inicio esta actividad mediadora de cualquier mediación sometida a régimen jurídico laboral. El sujeto del contrato de agencia mercantil ha de desarrollar su prestación de trabajo de forma independiente, esto es, con absoluta libertad de gestión de los negocios, organización y distribución del tiempo dedicado a los mismos, sin más obligaciones con respecto a su empresario principal que acatar las “instrucciones razonables” del mismo “que no afecten a su independencia” (art. 9.2, c Ley 12/1992), es decir, las instrucciones generales y lógicas, a las que tiene que atenerse todo aquel que realice negocios por cuenta de otros, que carezcan de la entidad suficiente para desvirtuar la independencia funcional y organizativa del agente comercial. Añade el artículo 2 de la Ley la exclusión de su ámbito subjetivo de aplicación de los representantes y los viajantes de comercio dependientes, así como de cualquier persona que se encuentre vinculada al empresario por una relación laboral, sea común o especial. Y termina el artículo 2 de la Ley 12/1992 presumiendo la existencia de dependencia y, por lo tanto, la exclusión del campo de aplicación de la normativa sobre agencia mercantil, cuando la persona del mediador no puede organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

³⁹⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 254.

Esta declaración de principios presenta cierto mimetismo con la contenida en el artículo 1º, número 2, b) del Real Decreto 1438/1985 relativo a la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa laboral especial de las personas que actúan mediante una organización empresarial autónoma, presumiendo también la inexistencia de tal organización autónoma y, por lo tanto, la existencia de prestación personal por parte del mediador, en caso de que éste actúe conforme a las instrucciones de su empresario en materias relacionadas con la ejecución de los encargos.

Y, como ésta, tampoco es de gran utilidad, al menos, en lo referente a la clarificación de cuándo se dan los criterios para entender que se está ante una situación de subordinación o dependencia del mediador respecto del empresario por cuya cuenta actúa, pues los indicios que establece como indicativos de tal situación de subordinación son tan genéricos que no tienen virtualidad diferenciadora mas que con las situaciones más clásicas y rigurosas de trabajo dependiente y por cuenta ajena, lo que, con respecto a la relación que aquí se estudia, se traduce en la mediación que se encuadra dentro del contrato común de trabajo y dentro de la regulación jurídica contenida en la LET y el resto de la normativa laboral aplicable, pues los únicos mediadores que no pueden organizar su actividad y su tiempo de trabajo conforme a sus propios criterios son aquellos que tienen su puesto de trabajo en la empresa y que están sometidos al poder de dirección, organización y, sobre todo, vigilancia del empresario comitente.

En este sentido se ha establecido que el problema con respecto a la independencia del agente mercantil no es el de su reconocimiento, sino el de su materialización, que presenta importantes dificultades, a la vista del contenido de la actividad del agente sometido a las instrucciones del empresario para el que trabaja y de la subordinación económica a la que responde la posición del agente³⁹⁸.

No hay que olvidar que el principal escollo que plantea la Ley 12/1992 es el de la delimitación de su objeto con respecto a la actividad conceptualizada en el Estatuto de

³⁹⁸ VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, op. cit., pág. 3071.

los Trabajadores como relación laboral de carácter especial y desarrollada por el Real Decreto 1438/1985. Y en esta normativa de desarrollo se establece como característica típica de este tipo de relación laboral una especial dependencia del mediador manifestada en la ausencia de sometimiento a la jornada laboral o de presencia en el centro de trabajo del empresario principal, así como la sujeción a las instrucciones de éste en la ejecución del negocio.

Pues bien, resulta claro a partir de una lectura comparativa de la normativa reguladora de cada categoría jurídica que la organización del tiempo de trabajo queda fuera de las facultades del empresario comitente, pues tanto en la mediación mercantil como en la laboral especial el agente es libre para ordenar su tiempo de trabajo en función de sus propios conocimientos e intereses profesionales, por lo que esta manifestación de la subordinación se encuentra ausente en las dos relaciones jurídicas y por ello, no puede servir a modo de criterio diferenciador entre ambas, a lo sumo, como ya ha quedado establecido, podría ser indicativo de una relación laboral común, si se dan también los restantes requisitos necesarios para ello.

Llegados a este punto, el único criterio legal con base en el cual puede establecerse una diferencia objetiva entre las dos figuras jurídicas que se estudian es la independencia absoluta del agente mercantil en la realización de sus negocios frente a una dependencia relativa del agente laboral, basada en la obediencia a unas instrucciones generales emanadas del empresario comitente de difícil valoración o diferenciación con respecto al respeto debido a la voluntad ajena en cualquier relación de gestión de negocios de terceros³⁹⁹.

En este punto se plantea el problema de delimitar la obligación del agente mercantil de seguir en el desarrollo de su actividad las instrucciones razonables recibidas del empresario que no afectan a su independencia. Según el artículo 9.2, c) de la Ley 12/1992, constituye una de las obligaciones del agente mercantil desarrollar su

³⁹⁹ BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia en el Derecho español>>, op. cit., pág. 2. SEMPERE NAVARRO, A. V.: <<Mediación mercantil por cuenta ajena>>, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., pág. 4217. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: <<Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 1569.

actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia. Por lo tanto, el tipo, o más bien, la intensidad de las órdenes e instrucciones del empresario comitente será el criterio definitivo para deslindar los dos tipos de mediación comercial y, con ello, el régimen jurídico aplicable a las mismas, porque es a partir de un análisis de las instrucciones que el empresario principal dirige a su representante o agente como podrá determinarse si las mismas anulan o no la capacidad decisoria del mediador⁴⁰⁰. La incidencia de las instrucciones en la independencia del agente depende del grado de intensidad de las mismas, por lo que a partir de la fijación de una barrera o un punto en la escala de intensidad se podrá proceder a una distinción objetiva y definitiva⁴⁰¹. Sin embargo, resulta evidente que ese tipo de medición no es posible en la ciencia jurídica, en la que abundan los conceptos indeterminados y las valoraciones sociales, y en la que las fronteras entre las distintas categorías están rodeadas de amplias “zonas grises” a las que resulta enormemente difícil catalogar de una única manera. Resulta evidente también que pueden darse casos claros, en los que la determinación de la afectación de la independencia del agente no presente dificultades porque los indicios aparecen con la nitidez necesaria para su detección o determinación. Pero en otras muchas ocasiones será necesario esperar a la interpretación judicial de la relación y de sus circunstancias para la fijación de la cualidad de dependiente o no, y, por tanto, del régimen jurídico aplicable a la misma⁴⁰².

La delimitación de la circunstancia de trabajar de modo dependiente o independiente no puede hacerse derivar exclusivamente de datos indicativos de una específica e intensa subordinación del tipo de los mencionados en ambas normas reguladoras. Se trata de trascender del tipo “trabajo” al tipo “contrato de trabajo”, de tal

⁴⁰⁰ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 27-28. Sobre las instrucciones en el contrato de agencia vid. CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil. ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, op. cit., págs. 472-475.

⁴⁰¹ Precisa SORIA FERRANDO, J. V.: *El agente de comercio*, op. cit., pág. 63, “No es la existencia o la intensidad de las instrucciones, sino el contenido e las mismas lo que permite diferenciar al viajante del agente de comercio”. También en <<El agente y el viajante de comercio: su delimitación en el Derecho Español>>, op. cit., pág. 3668.

⁴⁰² En este sentido establece ORTEGA PRIETO, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, op. cit., pág. 54 que no se puede hacer depender el régimen jurídico aplicable a una determinada relación del nivel de intensidad de las instrucciones que el agente está obligado a acatar.

modo que la colocación de la frontera entre una actividad dependiente y otra independiente debe partir de la idea de autoorganización/heteroorganización, poseer una organización propia o pertenecer o insertarse en otra, lo que supone una vuelta al más clásico debate en torno a la nota de la subordinación. El elemento definitorio entre una actividad laboral y una mercantil se sitúa, así, en que el agente mercantil organiza su trabajo con plena independencia de criterio, dentro de los parámetros fijados por el contrato de agencia al diseñar el objeto de la actividad de mediación, mientras que para que el modo de prestación se configure como laboral es preciso que quede bajo la disponibilidad de los poderes organizativos del empresario de modo inequívoco⁴⁰³. La independencia del agente opera exclusivamente en el ámbito de la empresa u organización de la que es titular, nunca con respecto a los contratos en cuya celebración interviene, porque las características de esos contratos las ha señalado el empresario comitente, “que es quien directamente adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los mismos”⁴⁰⁴.

Sin embargo, no se escapa la dificultad de encontrar en determinadas ocasiones hechos e indicios que aporten datos concluyentes con respecto al modo, subordinado o independiente, de ejecutar la actividad mediadora por parte del agente y, consecuentemente, el tipo de régimen jurídico aplicable a la misma, laboral o mercantil. Sin embargo, pese a esta dificultad, cuando no se puede probar la existencia de organización autónoma, incluso de actividad productiva autónoma autoorganizada, no existe otro medio de diferenciar estas dos categorías jurídicas. Por ello, la aplicación de una determinada normativa jurídica dependerá en última instancia de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, o bien, a falta de pacto escrito, de la interpretación

⁴⁰³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 165. STSJ Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 1998 (Ar. 997).

⁴⁰⁴ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 177. La STSJ Madrid de 4 de diciembre de 1998 (Ar. 4382), señala que el control del comitente en la mediación laboral va referido a la prestación, mientras que en la mediación mercantil tiene como referencia el objeto de la prestación: “Las instrucciones empresariales en el contrato de agencia se limitan al diseño del producto mercantil -la fijación de precios, la identificación del producto, etc.-, mientras que en el supuesto de la representación laboral comprenden también el diseño más o menos rígido de la actividad de intermediación o promoción, pudiendo establecerse medidas de control y seguimiento, por ejemplo, compatibles con la autonomía funcional propia de una actividad retribuible por comisión”.

llevada a cabo por los tribunales en caso de que alguna de las partes solicite la intervención judicial⁴⁰⁵. En relación con la calificación que las partes han consignado en el contrato, hay una corriente favorable a que prevalezca tal calificación si, pactado el carácter mercantil de la relación, del contenido de las prestaciones no se deriva claramente una u otra naturaleza⁴⁰⁶. Pero en ninguno de los dos casos se satisfacen las necesidades de seguridad jurídica y uniformidad e igualdad que serían deseables⁴⁰⁷.

D. La regla general de la no asunción de los riesgos de la operación.

La Ley 12/1992 establece que, a salvo de pacto en contrario, el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones que promueve o concluye. Esta precisión sienta el principio según el cual el agente actúa como regla general sin asumir los riesgos de los negocios en los que interviene, lo que, a priori, puede entenderse como un acercamiento importante entre los negocios jurídicos de mediación mercantil y laboral, pues con anterioridad a la actual regulación legal, una importante tendencia doctrinal y jurisprudencial venía cifrando el elemento diferenciador más importante entre un tipo y otro de mediación comercial en la asunción por parte del agente mercantil del buen fin del negocio, y ello como una manifestación de su cualidad de empresario. Tras la entrada en vigor de la Ley 12/1992, si bien el agente mercantil sigue siendo considerado como un auténtico empresario, ya sea individual o colectivo, cuenta con un rasgo distintivo menos, pues no sólo no asume el riesgo de la operación en todo caso, sino que

⁴⁰⁵ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 184, sostiene que el carácter razonable de las instrucciones dadas al agente en cuanto límite de su contenido en relación a su independencia, es una cuestión de hecho, a valorar por lo tribunales en cada supuesto concreto.

⁴⁰⁶ SSTSJ Cataluña de 1 de junio de 1996 (Ar.), y de 17 de enero de 1996 (Ar. 170), “Habiendo optado los litigantes por someter expresamente la relación jurídica que los vincula a la concreta y específica normativa de la Ley 12/1992 y ajustándose el contenido de lo pactado en el contrato a las disposiciones de esta norma, corresponde a la actora la carga de probar que las circunstancias, modo y manera, en que real y efectivamente se venía desarrollando la relación jurídica no se corresponde con lo pactado en el contrato y, al contrario, se ajusta a los presupuestos ordinarios de toda relación laboral que contempla el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores...”.

⁴⁰⁷ En este sentido se pronuncia VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, op. cit., pág. 3074, estableciendo como una de las consideraciones más importantes que contiene la ley con respecto al problema de la determinación de la independencia del agente el reconocimiento de que no se está ante criterios absolutamente definitorios o cerrados, y una opción a favor de la legislación laboral cuando la independencia no esté clara.

sólo lo asume excepcionalmente y cuando así conste expresamente en su contrato, sea éste verbal o escrito⁴⁰⁸. Sin embargo, no se puede confundir la asunción por parte del agente del riesgo y ventura de las operaciones con la asunción del riesgo empresarial. El agente mercantil es un empresario y, como tal, corre con el riesgo de su empresa, aunque no asuma el de las operaciones en las que interviene⁴⁰⁹.

Si embargo, no se puede exagerar la utilidad configuradora y distintiva de tal criterio, pues ya ha quedado establecido con anterioridad que también era posible encontrar agentes mercantiles que actuaran sin asumir los riesgos de las operaciones con anterioridad a la regulación actual, en virtud de lo establecido en el artículo 3º del Decreto 3595/77, de 30 de diciembre, en el que se admitía que el agente quedara o no obligado a responder del buen fin de la operación⁴¹⁰. La diferencia con la situación vigente estriba en el dato de la opción que se establece en la actual regulación a favor de la no asunción del mismo. Más aún, se establece un principio general que admite una excepción que, en cualquier caso, habrá de ser probada por quien la invoque.

La responsabilidad del agente en el buen fin de los negocios se puede establecer para todos o para algunos de los negocios encomendados, con respecto a algunos clientes determinados o a todos, según establece el artículo 19 de la Ley 12/1992. Ha quedado ya expuesto en otro lugar que está doctrinal y jurisprudencialmente admitido, asimismo, que lo sea total o parcialmente, es decir, que el agente responda de la totalidad de los efectos impagados por los terceros o que lo haga solamente de un porcentaje de los mismos.

⁴⁰⁸ Por todos, LÓPEZ MORA, F.: <<La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral>>, op. cit., págs. 22-23.

⁴⁰⁹ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 187.

⁴¹⁰ Ponen de manifiesto que la promulgación de la ley de agencia no supuso un cambio radical en la consideración del requisito de la asunción del riesgo del negocio, entre otros, 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>>, op. cit., pág. 112. CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil. ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, op. cit., pág. 469, que expresa “La conclusión que se puede deducir del análisis efectuado sobre el requisito de la ajenidad en los riesgos es que nada nuevo introduce la LCA en esta materia: ni antes ni después de la LCA, más claramente, es elemento determinante de la laboralidad la no asunción del riesgo de la operación promovida o concluida”.

Lo que sí fija la ley de forma absolutamente clara es que la responsabilidad del agente se refiere exclusivamente a las operaciones en las que éste haya intervenido, que haya promovido o concluido, no a aquellas que le otorguen derecho a comisión, por ejemplo, porque se produce el supuesto previsto en el artículo 12.2 de la Ley 12/1992 relativo a la percepción de la comisión por operaciones realizadas directamente por el empresario con clientes o en zonas que tuviera el agente asignadas con carácter exclusivo⁴¹¹.

Como muestra del carácter excepcional de la asunción por parte del agente comercial de los riesgos de las operaciones en las que interviene, continúa el artículo 19 de la Ley 12/1992 señalando la obligatoriedad de constancia por escrito del pacto de responsabilidad por las operaciones fallidas, así como de la comisión a percibir en tal caso. La consecuencia de la infracción de esta norma es la nulidad del pacto, y, por ello, la no asunción de ningún tipo de obligación con respecto a las operaciones que no lleguen a buen fin. Por lo tanto, el pacto de asunción de riesgos debe constar de manera expresa y por escrito, aunque el contrato sea verbal. Y su valor es de eficacia. La forma escrita tiene en esta ocasión naturaleza *ad solemnitatem*, de tal manera que su ausencia en el contrato determina su invalidez, sin que pueda salvarse por medio de la prueba de la efectiva asunción de la responsabilidad, a través, por ejemplo, de los descuentos efectivos del precio de las operaciones fallidas en los recibos de comisiones que el agente recibe del empresario.

Este pacto debe contener, además del tipo de responsabilidad, total o parcial, para una operación o para varias, la comisión a percibir por el agente en caso de asunción de los riesgos en las operaciones. Tal mención se explica en virtud de la norma que contiene la Ley 12/1992 relativa al devengo de las comisiones por parte del agente. Establece a estos efectos su artículo 14 que la comisión se devengará en el momento en que el acto u operación de comercio objeto del contrato hubiera sido ejecutado total o parcialmente por el tercero. De tal expresión se desprende que, incluso en el supuesto de

⁴¹¹ BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia en el Derecho español>>, op. cit., pág. 9.

ejecución parcial del negocio por parte del tercero con el que el mediador contrata, es decir, en caso de pago parcial de la operación, el agente tiene derecho a percibir una comisión por la labor llevada a cabo. Esta comisión no será, sin embargo, la general establecida en su contrato, sino la específica prevista para tales ocasiones en el pacto de asunción de riesgos, según establece el artículo 19 de la Ley 12/1992.

Este mecanismo, a través del cual la asunción total o parcial del riesgo en alguno o todos los negocios que tiene encomendados el agente viene compensada económicamente por la percepción de una comisión distinta de la que le corresponda como retribución por su actividad, por su propia naturaleza, sólo tiene eficacia cuando efectivamente se ha pactado la asunción de riesgos, pues se configura como una garantía onerosa que se compromete a prestar el agente a su principal. De ahí el título del artículo 19 de la Ley, *Garantía de las operaciones a cargo del agente*, pues la regulación que contiene no es más que una manera de asegurar las posiciones de las dos partes de la relación: por parte del agente, se asegura el efectivo percibo de una retribución (la comisión de garantía), independientemente de si las operaciones en las que ha mediado han concluido satisfactoriamente o no, y por parte del empresario principal, la responsabilidad del agente del pago total o parcial de la operación incumplida por el tercero (la asunción del riesgo de la operación).

Esta comisión de garantía ha de ser distinta e independiente de la pactada como retribución del agente en su contrato, y ello debido a su finalidad genérica fortalecedora de la posición del agente frente a su empresario⁴¹², a la vista de la prescripción contenida en el artículo 17 de la Ley 12/1992, en la cual se expresa la circunstancia con arreglo a la cual el agente pierde su derecho a la comisión, que es la prueba por parte del empresario de que la operación en la que intervino el agente no se concluyó satisfactoriamente debido a circunstancias no imputables al mismo empresario, lo que significa que el agente pierde el derecho a esta parte de su retribución, no sólo cuando la operación falla debido a sus incumplimientos o negligencias, sino también debido a

⁴¹² BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia en el Derecho español>>, op, cit., nota 26, pág. 14.

causas imputables a los terceros con los que ha contratado. Si este mecanismo entrara en juego también con respecto a la cláusula de garantía contenida en el artículo 19, ésta dejaría de ser una garantía retribuida y pasaría a convertirse en una garantía unilateral, a favor exclusivamente del empresario comitente, lo que se revela contrario a la motivación y el espíritu protector de la Ley 12/1992.

La asunción de esta garantía por parte del agente significa que se hace responsable del pago de la operación que el tercero debe el empresario principal. En este caso, el agente se coloca en la posición del empresario y tiene derecho a repercutir del tercero la parte del pago de la operación que ha satisfecho al empresario principal en su lugar.

3.- LA FRONTERA ENTRE LAS OPERACIONES DE MEDIACIÓN SOMETIDAS A REGULACIÓN LABORAL Y LAS SOMETIDAS A REGULACIÓN MERCANTIL. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA DISTINCIÓN DE LOS RÉGIMENES JURÍDICOS.

A la vista de lo expuesto hasta ahora se presenta como una tarea de dificultad notoria el intento de deslindar estos dos tipos de actividades de mediación que, al menos en la literalidad de los textos legales, se dan en el tráfico jurídico español, la actividad mediadora dependiente, con régimen jurídico laboral y la actividad mediadora independiente, con régimen jurídico mercantil.

Los problemas de delimitación, no se refieren, sin embargo, a la totalidad del ámbito de aplicación propio de cada una de las normas reguladoras, pues no cabe duda de que la Ley 12/1992 abarca un colectivo más amplio de sujetos y modos de actuación que el Real Decreto 1348/1985. Las dificultades se presentan con respecto, únicamente, a una parcela o a un tipo de la actividad de mediación: la llevada a cabo por una persona física de manera personal y directa, es decir, actuando en el tráfico mercantil por sí misma, sin el apoyo de una organización empresarial autónoma; por cuenta y en nombre ajenos, en tanto se prestan servicios para otro, para un empresario comitente en su propio nombre, vinculando en la conclusión de los negocios a ese empresario por cuya cuenta se actúa; dotado para ello el agente de un poder de representación variable; sin

asumir el riesgo y ventura de las operaciones en las que media o participa, esto es, sin hacerse responsable, ni total ni parcialmente, del abono de ninguna de las operaciones cuando los terceros incumplan la obligación del pago; y, finalmente, dotado de cierta independencia en la ejecución de su cometido por las especiales características de su actividad profesional, independencia entendida como libertad de fijación del tiempo y el horario de trabajo y ordenación de la actividad en función de los propios criterios profesionales del mediador, pero sin perjuicio del sometimiento a las instrucciones generales del empresario comitente por cuya cuenta se actúa⁴¹³.

Es indiferente el objeto de la actividad mediadora, pues ambas regulaciones jurídicas centran su campo de aplicación en las actividades de intervención en operaciones mercantiles, entendidas en su más amplia acepción, a salvo de las expresas exclusiones relativas a las actividades desarrolladas bajo relación mercantil al amparo de la normativa específica sobre producción de seguros, la actividad propia de los corresponsales no banqueros y los agentes dedicados a la intermediación bursátil, que cuentan con una normativa específica dentro del ámbito jurídico, laboral o mercantil, en función de las específicas circunstancias en las que se desarrolla su ejecución. Es indiferente, también, el número de empresarios para quienes se presten los servicios, pues, si bien durante una época constituía un indicio de imposibilidad de consideración laboral la prestación de servicios para varios empresarios, en la actualidad tal situación ya no existe. El poder de vigilancia y control no aparece en este tipo de relaciones, pues la prestación de la misma se produce fuera del centro de trabajo y fuera del círculo en el que el empresario controla la ejecución de la prestación, por lo que, esta manifestación de la dependencia o subordinación no tiene aquí utilidad diferenciadora. Lo mismo cabe decir del requisito tradicionalmente utilizado para la delimitación, la asunción o no del buen fin de la operación, a la vista de que la propia Ley 12/1992 sostiene la misma irresponsabilidad por el buen fin de la operación, salvo pacto en contrario, para el

⁴¹³ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 260, afirma “no existe un criterio predeterminado en el Derecho positivo que permita diferenciar al representante de comercio laboral del agente comercial que no asume el riesgo y ventura de las operaciones en las que media”. Por su parte, MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 165, sostiene la identidad causal entre el contrato de agencias y el de representación comercial, la búsqueda y ampliación de la clientela del empresario.

contrato de agencia, lo que supone que tal característica ha pasado a formar parte de la conformación jurídica de ambos contratos, el mercantil y el laboral⁴¹⁴.

Cuando el agente actúa en el tráfico de esta forma, la relación, a priori, es susceptible de encuadramiento en dos categorías jurídicas, el contrato especial de trabajo de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura de las mismas y el contrato mercantil de agencia. Sólo será posible una distinción objetiva y clara de la regulación aplicable a partir de una nítida configuración de las características de la determinada relación en orden a facilitar la identificación de la circunstancia de la dependencia o independencia del agente con respecto al empresario principal, pues es éste el único elemento que ofrece la norma para la configuración de la categoría jurídica y, a partir de ella, la aplicación de una u otra normativa.

Sin embargo, como ya ha quedado expuesto, la identificación de la subordinación o dependencia no es tarea fácil, depende de la existencia de muchas y muy variadas circunstancias que en el ámbito de las relaciones que se estudian se muestran de la forma más ambigua posible, favorecedoras de una y otra posibilidad.

Los criterios proporcionados por las normas en orden a la determinación de la misma son de poca o ninguna ayuda, pues ambas regulaciones se expresan en términos similares⁴¹⁵. Así, el Real Decreto 1438/1985 circunscribe la especial dependencia del

⁴¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 162.

⁴¹⁵ Así, establece la STSJ Galicia 6 abril 1995 (Ar. 1500) “la diferenciación entre el Agente Comercial o titular del contrato de agencia, y el Representante de Comercio de ámbito laboral resulta un tanto difuminada, pues en los supuestos en que el Agente sea una persona natural y no asuma el riesgo o ventura de las operaciones, su actividad coincide esencialmente con la de representante, consistiendo la única diferenciación en que aquél actúa como intermediario independiente, en tanto que ésta se integra en la organización de la empresa; precisamente la ley pretende soslayar la dificultad de separación entre las dos figuras excluyendo de su ámbito a los Representantes de Comercio y a las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, lo cual no supone aclarar mucho, aún cuando el artículo 2º incluya una presunción en los que dedicados a realizar operaciones de comercio, no pueden organizar su actividad profesional, ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios, es decir, parece que la nota diferencial radicará en la autonomía y capacidad de organización del Agente frente a la Empresa que no concurre en el representante”. VALDÉS DAL-RÉ, F.: <<Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales>>, *RL*, 1998, nº 17, pág. 9.

trabajador a la prestación de la actividad sin más condicionantes que la no exigencia de sometimiento a horario o jornada predeterminada y el acatamiento de las órdenes empresariales en materias tales como itinerarios, criterios de distribución, precios o formas de realizar los contratos. De igual modo, la Ley 12/1992 establece que el agente actúa con independencia cuando puede organizar el ejercicio profesional de la actividad y el tiempo dedicado a la misma conforme a criterios propios, entendiendo que, aún tratándose de un mediador independiente, debe respetar las instrucciones del empresario comitente en la ordenación razonable y general de la actividad, pues es éste quien encarga el trabajo (art. 9 Ley 12/1992)⁴¹⁶.

De los términos legales se extrae que el dato decisivo para deslindar la especial dependencia del agente trabajador de la especial independencia del agente mercantil habrá de localizarse, caso por caso, en el modo específico de desarrollar el ejercicio profesional de la actividad, teniendo en cuenta que en la práctica las situaciones puras no se dan, por lo que habrá que ponderar las distintas actuaciones posibles para orientar la calificación en un único sentido. Sin embargo, no pueden ser definitivos en todo caso para determinar esa manera de actuar los criterios de la fijación empresarial de los itinerarios, modos de distribución, precios, forma de los contratos y otros de la misma naturaleza, pues precisamente tales cuestiones son las que con carácter general pueden venir establecidas por el empresario en cualquier contrato de intermediación mercantil que concierte, pues, en virtud de su cualidad de empresario propietario de las mercancías, bienes o servicios sobre los que va a recaer la actividad mediadora del agente, tiene atribuida la facultad de fijar el precio, tiene la obligación de asignarle una clientela o una zona de actuación, lo que implica cierta incidencia empresarial sobre los itinerarios a seguir, así como la de entregar al agente los medios materiales necesarios para la promoción o conclusión de las operaciones, los muestrarios, catálogos, tarifas, y demás documentación (art. 10.2, a) ley 12/1992). De igual modo, la distribución de la mercancía dependerá de si tal posibilidad está atribuida al agente en el contrato, en el que se expresarán, también, la procedencia de la misma y los modos de efectuarla. La forma de realizar los pedidos o los contratos tampoco parece demostrar o determinar la

⁴¹⁶ SSTSJ Cataluña de 12 febrero de 1997 (Ar. 1208) y de 3 abril de 1997 (Ar. 2005).

existencia de una dependencia que “laboralice” la actividad mediadora, pues por sí misma no tiene la entidad necesaria para ello: el agente realizará los pedidos y los contratos según la forma que considere oportuna siempre que en lo fundamental no contradiga los intereses y la voluntad de su principal⁴¹⁷.

En definitiva, si se considera que la dependencia especial con arreglo a la cual actúa el intermediador trabajador coincide en lo básico con la independencia del agente mercantil definida en la Ley 12/1992⁴¹⁸, y en la relación concreta no se encuentra ningún indicio o dato que oriente la calificación jurídica de la relación de mediación en uno u otro sentido, no cabe otra conclusión que reconocer la superposición de regulaciones jurídicas con respecto a una misma actividad, prestada de la misma manera. En este caso no será posible distinguir si en la realidad y con respeto estricto de las categorías jurídicas el contrato en cuestión es laboral especial o mercantil.

La solución en estos casos, a partir de la promulgación y entrada en vigor de la Ley 12/1992, no puede ser otra que la de entender que siempre que no se consiga probar la existencia de la especial dependencia laboral del mediador con respecto del empresario principal la relación se considerará un contrato de agencia mercantil, pues la opción favorecedora de la consideración laboral especial de la relación ha perdido su virtualidad debido a la regulación global y con vocación de constituir un auténtico régimen jurídico suficiente para cualquier actividad de intermediación en el mercado

⁴¹⁷ En el mismo sentido, CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil. ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, op. cit., pág. 474, así como la STSJ País Vasco 8 abril 1997 (Ar. 1784), “la fijación empresarial del precio de los productos, condiciones de pago, formas de realizar los pedidos, etc. -esto es, las instrucciones que curse sobre las operaciones que promueva o concierte en su nombre- no son datos reveladores de esa inserción, sino algo naturalmente ligado al hecho de intervenir por cuenta ajena en operaciones mercantiles de otro”.

⁴¹⁸ CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil. ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, op. cit., pág. 473 se expresa del siguiente modo: “...parece surgir con cierta evidencia que la nota de la dependencia tampoco va a prestar demasiada ayuda a la hora de deslindar los contratos de nuestro interés. No se trata de que sea común a ambos, pues bien claro está, y la ley insiste reiteradamente, que el agente es independiente y el representante de comercio dependiente. El problema viene determinado por el método utilizado para apreciar la concurrencia o falta de la nota de dependencia: el método indiciario, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia y acogido por la propia LCA. Dicho instrumento carece de la suficiente precisión para advertir esta cualidad”.

que preside la Ley 12/1992⁴¹⁹. No parece posible que, a la vista de esta nueva norma y de su contenido, pueda seguir entendiéndose que la relación enunciada en el artículo 2.1, f) LET atrae al campo del Derecho del Trabajo la actividad de mediación en operaciones mercantiles, pues el ámbito de la presunción de laboralidad propio del contrato de trabajo en este tipo de actividades se ha reducido considerablemente al admitir como regla general la no asunción del riesgo de la operación como característica del contrato de agencia mercantil⁴²⁰. Por ello, esta nueva situación legislativa debe ser entendida como un freno en la tendencia expansiva del contrato de trabajo con el fin de amparar el mayor número posible de formas de trabajo. Con la Ley 12/1992 se ha reducido el ámbito de la relación laboral especial denominada de los representantes de comercio. Y se ha hecho por la vía de precisar el contenido de la exclusión contenida en el artículo 1.3, f) LET, en la medida en que, ahora, no sólo se excluye la relación en la cual el mediador asume el riesgo de la operación, sino que, también está excluida de la normativa laboral y del propio Derecho del Trabajo aquella relación en la cual, no asumiendo el riesgo de la operación, no se delimiten con la suficiente claridad los rasgos que hagan posible la apreciación de la especial dependencia definida en el Real Decreto 1438/1985⁴²¹. Por ello, las posibilidades reales de que en la práctica mercantil e, incluso, judicial, cuando se presenten controversias, la relación en cuestión sea calificada de laboral especial, son escasas, pues, debido al importante grado de autonomía que caracteriza la prestación de este tipo de actividad, en la práctica se presentará más fácil demostrar la independencia del agente que la dependencia débil o

⁴¹⁹ La STSJ Cataluña de 29 de enero de 1999 (Ar. 1104) declara la laboralidad del vínculo que unía a las partes, aun a pesar de que habían pactado la conclusión de un contrato sometido expresamente a la Ley 12/1992, ante la manifiesta situación de subordinación en que desarrollaba la prestación el trabajador: si bien no se acredita la existencia de un horario y tenía independencia en la plasmación concreta de sus funciones, el contenido de las mismas era determinado por la empresa, el actor realizaba funciones de coordinación enmarcadas en el organigrama empresarial, con una cierta dosis de poder de dirección y gestión, asignación de despacho, inclusión en el sistema informático, y telefónico y subordinación a los cargos superiores. En el mismo sentido, STSJ Castilla y León/Valladolid de 26 de enero de 1999 (Ar. 1059). PORFIRIO CARPIO, L. J.: <<La extinción del contrato de agencia>>, *RDM*, 1993, nº 210, pág. 1252. VALENZUELA GARACH, F.: <<La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo>>, *DN*, 1993, nº 37, pág. 3.

⁴²⁰ ALEMANY ZARAGOZA, E.: <<Consideraciones sobre el contrato de agencia. Similitudes con los representantes de comercio>>, *AS*, 1999, vol. V, pág. 602. STSJ Canarias de 11 de agosto de 1997 (Ar. 3112).

⁴²¹ En el mismo sentido, FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 31.

atenuada del trabajador. Por la misma razón, ante manifestaciones claras y determinantes de dependencia laboral, la calificación adecuada a la lógica jurídica será de la relación laboral común, y no especial, lo que puede llevar, en opinión de la doctrina, a un “desmesurado crecimiento del trabajador común en detrimento del trabajador con relación laboral especial, que, o pierde su sentido, o se limita a supuestos en que el trabajador especial alcance un grado de autonomía técnica tan cualificado para el que ya no haya lugar en unas normas laborales que se han rediseñado a fuerza de volver a los orígenes”⁴²². En ese sentido la STSJ Madrid de 15 de junio de 1998 (Ar. 2708), señalaba que el artículo 1º de la Ley 12/1992 convierte en mercantiles supuestos que antes se regulaban por el Real Decreto 1438/1985, y que a partir de su entrada en vigor la relación entre el representante mercantil y su empresa será laboral común si concurre la nota de la dependencia, y será mercantil o extralaboral si la actividad se desarrolla de forma independiente.

Y es en este sentido en el que se ha manifestado reciente y reiteradamente la jurisprudencia que aplica la Ley 12/1992 y tiene en cuenta su incidencia en la relación laboral especial contenida en el artículo 2.1, f) de la LET. Los tribunales no desconocen que, a partir de la Ley 12/1992, la nota diferenciadora de los contratos laboral especial de intervención en operaciones de comercio y mercantil de agencia no es otra que la de la independencia del agente mercantil frente a la dependencia del representante de

⁴²² FÉRNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.: <<El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 167. STS de 13 de mayo de 1998 (Ar. 4647), el actor “dependía únicamente de la recurrente, estaba sujeto a instrucciones, visitaba los clientes que éste le indicaba, asistía diariamente a la empresa, teniendo, en definitiva, una relación de dependencia directa y única del mismo, es decir, no gozaba, en la realización de las tareas, de la independencia, libertad de horario y jornada que es típica de la mencionada relación laboral especial”. Sin embargo, la STSJ Madrid de 2 de marzo de 1999 (Ar. 606) declaró el carácter laboral especial, y no común, de una relación de trabajo en la que se apreciaban los rasgos de una absoluta subordinación: los actores se sometían en todo momento a las instrucciones de la empresa, que le asignaba zonas concretas de actuación, les facilitaba el listado de clientes, fijaba la periodicidad de las visitas, exigía la presencia en la empresa en unas horas determinadas, fijaba los precios, las promociones, la forma de pago, obligaba a los actores a ingresar diariamente en el banco el dinero de los cobros y a realizar semanalmente un conteo de las existencias, y a permanecer la tarde del viernes en la empresa con el Jefe de Ventas. Esta actividad siempre se realizó de modo personal por los actores, que debían disfrutar las vacaciones en la fecha indicada por la empresa, lo que, a juicio de la Sala, evidenciaba la inclusión en la organización empresarial.

comercio⁴²³, sin embargo, también son conscientes de la enorme dificultad que en la práctica puede entrañar la determinación de la existencia de tal cualidad. Pese a ello, en cada caso concreto se falla en atención a los criterios que tradicionalmente han configurado la dependencia laboral, tales como el sometimiento a horario o jornada, rutas e itinerarios, clientela, la existencia de órdenes o instrucciones concretas sobre la organización de la actividad, etc.⁴²⁴. Por lo que la tarea de precisar la naturaleza jurídica de una actividad mediadora pasa por analizar las concretas circunstancias en las que la misma se desenvuelve, lo que ha dado lugar a que la jurisprudencia se haya pronunciado con respecto a lo que considera manifestaciones de dependencia laboral o simples consecuencias de la celebración del contrato. Así, por ejemplo, la STSJ de Cantabria de 12 de mayo de 1997 (Ar. 1714) establece que “Las instrucciones recibidas en materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de la actividad, como el precio del producto, no suponen dependencia.(...) Entre estas condiciones del precio del producto se incluyen las condiciones de venta y comercialización que se acreditan en la relación mantenida entre los litigantes, como descuentos financieros, plazos de venta y lanzamiento de valores, ofertas de pólizas de crédito revocables, productos estacionarios

⁴²³ STS de 2 de julio de 1996 (Ar. 5631), que establece que “La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista en el artículo 2.1, f) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el Real Decreto 1438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 diciembre 1986, determina en términos imperativos esta última Ley, por la que por vía refleja se deja precisado el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el artículo 1.3, f) del Estatuto de los Trabajadores y el de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1, f) del mismo cuerpo legal. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover, o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia ésta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.” La STS de 21 de octubre de 1996 (Ar. 8177) contiene idéntico pronunciamiento, destacando, además, que “no puede olvidarse que esta norma legal ha modificado sustancialmente los criterios delimitadores de la naturaleza laboral o mercantil de los agentes comerciales, comisionistas o representantes de comercio”. En el mismo sentido, STS de 17 de abril de 2000 (Ar. 3964).

⁴²⁴ Así, la STSJ Madrid de 5 de mayo de 1996 (Ar. 4689) contiene el siguiente pronunciamiento: “En el presente caso no consta que la actora trabajara sometida a una jornada u horario más o menos rígido, por lo que podía organizar su actividad y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios, lo que excluye la laboralidad conforme al artículo 2 de la Ley 12/1992...”.

o de oferta, bonificación por volumen, promoción. También cabe entender incluidos en las condiciones necesarias para el desenvolvimiento de la actividad las comisiones pactadas sobre la facturación y cifras mínimas de venta o condiciones del producto objeto de la contratación.” En otras ocasiones califica de independiente a un mediador que no seguía horario alguno, ni estaba obligado a permanecer en las dependencias de la empresa, elaboraba su propio programa de actuación y no estaba sometido a órdenes o instrucciones concretas (STSJ Cataluña de 9 de mayo de 1996, Ar. 1640), es decir, establece como indicios de los cuales extraer la autonomía propia del agente mercantil datos que no están presentes, ni siquiera, en la relación laboral especial, como el horario predeterminado o la permanencia en las dependencias de la empresa.

La jurisprudencia social se ha planteado la cuestión con un importante retraso temporal, y, vigente la Ley 12/1992, continuaba enjuiciando la mayoría de los casos a partir de los artículo 1.3, f) y 2.1, f) LET y del Real Decreto 1438/1985, sin tener en cuenta, por lo tanto, el desplazamiento hacia la dependencia como criterio delimitador que la Ley 12/1992 efectuaba, centrando la cuestión en la asunción del riesgo y ventura de la operación⁴²⁵. Sin embargo, a partir del pronunciamiento del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1996 (Ar. 5631), los Tribunales Superiores de Justicia comienzan a estudiar la normativa mercantil y a establecer su competencia a partir de una interpretación conjunta y sistemática de la normativa implicada en la regulación jurídica de ambas relaciones contractuales⁴²⁶.

⁴²⁵ Así lo ha manifestado ORTEGA PRIETO, E.: <<Representantes de comercio y agentes comerciales>>, op. cit., págs. 275-395. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 160-163.

⁴²⁶ Se repite en numerosas sentencias de los TSJ el siguiente razonamiento: “Debemos significar a este respecto que la Ley 12/1992, de 27 de mayo, permite la configuración de una relación jurídica no laboral, en la que pueden concurrir ciertas notas o elementos típicos del contrato de trabajo y, fundamentalmente, propios de la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando como representantes de comercio. De esta forma, mientras el artículo 1.3º. letra f) del Estatuto de los Trabajadores, tan sólo excluye del ámbito laboral a quienes intervienen en operaciones mercantiles asumiendo el riesgo y ventura de la misma; y el artículo 2.1º. letra f), califica como laboral la relación jurídica del representante de comercio que no asume el riesgo y ventura de las operaciones en que interviene (...); la Ley 12/1992, permite la configuración de una relación no laboral a los representantes de comercio, aunque no asuman el riesgo y ventura de las operaciones (...). Se rompe de esta forma el criterio tradicionalmente imperante en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual, se consideraba de naturaleza laboral la relación entre la empresa y el representante, cuando este último no respondía del buen fin de las operaciones y, al contrario, tan sólo quedaban excluidos del derecho del

Sin embargo, a pesar de las dificultades de orden práctico que presiden la calificación como laboral especial de una actividad mediadora, con base en la difícil apreciación de la dependencia atenuada que caracteriza a este tipo de trabajadores⁴²⁷, la jurisprudencia se muestra favorable a una indagación detallada de los pormenores de la relación con el objeto de determinar o fijar los criterios o indicios que implican una dependencia débil y los que implican el sometimiento a las instrucciones básicas del empresario comitente, sin menoscabo de la independencia de gestión del agente, lo que ha permitido llegar a una cierta uniformidad en las soluciones jurisprudenciales, sin perjuicio, por supuesto, de que continúen presentándose casos de difícil apreciación, cuestión, por lo demás, inevitable, pues si la realidad desborda siempre las previsiones legales más completas y exhaustivas, no podía ocurrir menos cuando tales previsiones ni siquiera cumplen un mínimo de seguridad y rigor jurídico⁴²⁸.

trabajo los supuestos en que el representante asumía el riesgo y ventura de las operaciones”(…) El artículo 1 de la Ley 12/1992, no sólo permite pactar un contrato de agencia excluido del ámbito laboral aunque el representante no responda del buen fin de las operaciones, sino que, expresamente, establece como norma general que el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones que concierne, siendo necesario pacto en contrario para imponerle esta obligación”. A partir de estas premisas, las sentencias de los Tribunales Sociales establecen como criterio diferenciador el de la independencia del agente frente a la especial dependencia del representante. Entre otras, SSTSJ Cataluña 17 enero 1996 (Ar. 170); 9 mayo 1996 (Ar. 1640); 5 octubre 1996 (Ar. 3906); 14 noviembre 1996 (Ar. 4835); 12 febrero 1997 (Ar. 1208) y 3 abril 1997 (Ar. 2005).

⁴²⁷ “Cuestión que resulta aún más compleja desde el momento en que los artículos 7 y 9 del Real Decreto 1438/1985, al regular las obligaciones del empresario y el trabajador, vienen a establecer un régimen jurídico muy similar al contemplado en los artículos 9 y 10 de la Ley 12/1992, con lo que, de hecho, nos encontramos que no varía en lo fundamental la forma de prestación de la relación laboral de carácter especial y la sometida al contrato de agencia. Igualmente, respecto a otras materias, tales como sistema de remuneración, devengo de la comisión, muestrarios, pacto de no competencia; duración y extinción del contrato, indemnización por clientela, etc., la regulación de ambas normas es muy similar, sin grandes diferencias sustanciales. (...) El criterio de independencia a que se refieren los artículos 1 y 2 de la Ley 12/1992, no puede ser interpretado como absoluta y total autonomía para la realización de las labores de intermediación, al margen de cualquier orden, instrucción y control de la empresa por cuenta de la que se actúa. Y así lo entiende también el legislador, al establecer en el artículo 9 de la Ley 12/1992, como obligaciones del agente las de ocuparse con diligencia de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado, comunicando al empresario toda la información de que disponga y desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones recibidas del mismo. Ciertamente que en este último caso se dice <<siempre que no afecten a su independencia>>, pero esto no desvirtúa el hecho esencial de que el agente también se encuentra obligado a rendir cuentas y someterse a las órdenes e instrucciones generales del empresario, sin que la independencia exigida por el art. 2, pueda llegar al extremo de la total y absoluta libertad de actuación, ajena a cualquier condicionamiento de la empresa”. Entre otras, SSTSJ Cataluña 12 febrero 1997 (Ar. 1208) y 3 abril 1997 (Ar. 2005).

⁴²⁸ En este sentido SORIA FERRRANDE, J. V.: *El agente de comercio*, op. cit., pág. 63, establece que no es la existencia o la intensidad de las instrucciones, sino el contenido de las mismas, lo que permite diferenciar al representante del agente de comercio. “Es cierto que la distribución de

De decisivo valor a estos efectos, como ocurría ya antes de la entrada en vigor de la Ley 12/1992, se revela también en la actualidad el dato de la prestación de la actividad a través de una estructura organizativa propia, diferenciada de la organización del empresario principal, entendida ahora como una manifestación de la dependencia del trabajador representante de comercio⁴²⁹. En este sentido, la STSJ de Galicia de 6 abril 1995 (Ar. 1500) establece que la independencia de actuación a la que se refiere la Ley 12/1992 está referida a personas que ostentan su propia organización o que asumen la obligación de constituirla, al margen por completo de la empresa principal, y con base en ello, declara la relación enjuiciada como relación laboral de carácter especial, porque de los datos proporcionados se deriva la existencia de una situación de dependencia de la empresa principal que excluye la posibilidad de organización de la actividad profesional al margen de la demandada⁴³⁰.

Con mayor claridad y rotundidad se pronuncia la STSJ del País Vasco de 8 de abril de 1997 (Ar. 1784), que interpreta la independencia requerida por el contrato de agencia (art. 2.2 Ley 12/1992) en el sentido de actuar fuera del ámbito de organización del empresario, esto es, que el desarrollo de la actividad venga organizado por el agente, sin intervención del empresario principal, de tal manera que las instrucciones que éste emita sobre las operaciones que se promuevan o concierten en su nombre no revelen o impliquen dependencia del mediador respecto del empresario, sino que deriven de la situación de prestar servicios para otro, sin que tales órdenes desnaturalicen el contrato mercantil, de tal manera que constituirán manifestaciones de dependencia y, por lo

determinados productos se realiza bajo el control de los canales o circuitos de distribución por el productor o el mayorista. Pero, la fijación de horarios, de rutas predeterminadas, de reuniones periódicas, la realización de informes con periodicidad predeterminada, etc... es incompatible con el carácter independiente del agente comercial”, op. cit., pág. 65.

⁴²⁹ SORIA FERRANDO, J. V.: *El agente de comercio*, op. cit., pág. 68.

⁴³⁰ En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Comunidad Valenciana 5 marzo 1995 (Ar. 555), al establecer que “lo decisivo a efectos de la diferenciación entre la relación mercantil y laboral especial será el presupuesto de la dependencia o subordinación del mediador a las órdenes e instrucciones del empresario, o lo que es lo mismo, la determinación de quién controla y dirige realmente la organización de modo que, si la misma está controlada por la empresa, para quien se realiza la actividad mediadora, se estará dentro del ámbito de la relación laboral especial y no, si sucede lo contrario. En definitiva, para diferenciar ambas figuras habrá que acudir al criterio de la independencia (...)”.

tanto, de relación laboral especial, las instrucciones del empresario que incidan en el modo de organización de la labor mediadora, tales como la fijación de rutas o número de visitas a realizar, mientras que las instrucciones relativas a la fijación del precio, formas de realizar los pedidos o condiciones de pago no pasan de ser condiciones generales para el correcto desempeño de los encargos.

Y en estrecha relación con la cuestión de la integración o no del mediador en la estructura organizativa del empresario comitente se encuentra un dato fundamental que preside y, por ello, explica la dualidad de categorías y regímenes jurídicos en esta materia de intervención en operaciones mercantiles, y es la cualidad de empresario que ostenta el agente mercantil como consustancial a su propia naturaleza. El sujeto del contrato de agencia mercantil ha de ser un empresario, mientras que el sujeto de la relación laboral especial es un trabajador. El problema de concurrencia viene planteado, entonces, porque de la regulación legal del contrato de agencia mercantil no se desprende la necesidad de que sea un auténtico empresario el mediador, sino más bien lo contrario, admite que la actividad de mediación se realice tanto por el propio agente personalmente como a través de una estructura organizativa autónoma, lo que lleva a la conclusión de que no es necesario en todo caso un soporte empresarial que respalde el desempeño de la actividad, y, además, la asunción de los riesgos empresariales tampoco es elemento esencial de este tipo contractual. Ello provoca los problemas de superposición de regulaciones y delimitación de categorías jurídicas que se plantean en este tipo de relaciones. Por ello sería aconsejable una fijación más estricta del sujeto susceptible de desempeñar las labores propias de un contrato de intermediación, y de forma consecuente con ello, la opción a la hora de la diferenciación de los regímenes jurídicos a favor de una delimitación más precisa a partir del sujeto prestador de la actividad o servicio.

La cualidad de empresario del agente comercial deriva de la propia significación jurídica e histórica de la figura. Los antecedentes del contrato de agencia lo sitúan en un momento de expansión económica en el que las necesidades productivas provocaron la evolución del contrato de comisión hacia una figura caracterizada por la permanencia o estabilidad de su prestación, lo que supuso desde el mismo nacimiento del agente su

catalogación jurídica dentro del ámbito mercantil, así como su configuración como un contrato de colaboración entre empresarios, porque empresario era también su antecedente, el comisionista, y empresario era, en el supuesto más típico y común, el agente que colaboraba con el empresario principal. Sin embargo, la evolución económica y jurídica de las actividades de mediación provocó en la práctica el surgimiento de las diversas formas de actuación que hoy se conocen y que culminó con la ampliación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo a algunos mediadores comerciales, a los que ejecutaban su prestación de forma tan cercana a la que regulaba el Derecho del Trabajo, que las finalidades proteccionistas que impulsan a éste llevaron a la promulgación de la lejana Ley de 21 de julio de 1962 que reformó la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

Por lo tanto, la entrada en vigor de la Ley 12/1992 ha conducido a la doctrina y a la jurisprudencia a una revisión importante en los criterios tradicionalmente utilizados a la hora de delimitar las figuras del agente trabajador y el agente mercantil, pues de la consideración de la ajenidad en los riesgos como criterio determinante de la naturaleza de una actividad mediadora se ha pasado a la consideración de la dependencia o subordinación del mediador respecto del principal como único elemento a tener en cuenta, gracias a la posibilidad que ofrece la Ley 12/1992 de compatibilizar un contrato mercantil con la no asunción de los riesgos de la operación. Sin embargo, no puede pasar inadvertido que una clasificación hecha con tal rotundidad no puede resultar válida con carácter general, por lo que será necesario el estudio y análisis de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, considerando indiciarios todos los elementos susceptibles de constituir una prestación de servicios calificable como laboral.

A esta revisión jurisprudencial contribuye de manera decisiva el tenor de la Disposición Transitoria de la Ley 12/1992, según el cual ésta no sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor hasta el día 1 de enero de 1994. La entrada en vigor de la ley, a falta de una manifestación en contrario en la misma, se produjo a los 20 días hábiles de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, tal y como dispone el artículo 2 del Código Civil, esto es, entró en vigor el día

18 de junio de 1992, por lo tanto, a partir de esa fecha había de ser aplicada, siempre y cuando se tratase de situaciones nacidas con posterioridad a la misma. Sin embargo, la ley establecía también una aplicación retroactiva a partir de un determinado momento temporal -el 1 de enero de 1994-, es decir, se iba a aplicar también la Ley 12/1992 a situaciones nacidas con anterioridad a la misma (18-junio-1992), reguladas en un principio, por tanto, por otra normativa, a partir del 1 de enero de 1994, situación que significa que la relación, al ser enjuiciada teniendo en cuenta otros criterios, puede ver variados su régimen jurídico y su naturaleza, si bien esta consecuencia no puede predicarse con carácter general de todos los supuestos, sino de aquellos en los cuales la determinación de la naturaleza de la actividad dependiera exclusivamente del dato de la asunción o no de los riesgos de las operaciones.

La jurisprudencia ha interpretado la Disposición Transitoria en el sentido de considerar que la Ley 12/1992 ha supuesto para la delimitación del contrato laboral especial de mediadores comerciales lo que la Ley 11/1994 para el contrato de transporte, es decir, la introducción en el ordenamiento jurídico de una exclusión del contrato de trabajo de carácter constitutivo, ante la concurrencia de las circunstancias expresadas en la misma, una reducción de su ámbito subjetivo de aplicación, pues si la retroactividad de la Ley 12/1992 permite enjuiciar actividades pasadas con arreglo a los nuevos criterios contenidos en ella, el resultado será la no calificación como laboral, sino como mercantil, de una relación que sin la existencia de la Ley 12/1992 hubiera sido laboral, y tal efecto se produce a través de una novación en la relación contractual operada por imperativo de la Disposición Transitoria de la Ley 12/1992⁴³¹, pues del criterio de la ajenidad en los riesgos se pasa al criterio de la dependencia del mediador como elemento determinante de la delimitación de las figuras.

Si bien es cierto que la operatividad de la Disposición Transitoria de la Ley 12/1992 puede provocar una novación en una relación contractual de mediación en actividades mercantiles, también es cierto que no tiene por qué elevarse tal

⁴³¹ ORTEGA PRIETO, E.: *Representantes comerciales y agentes de comercio*, op. cit., págs. 177-196. STSJ Cantabria 7 enero 1997 (Ar. 31); STSJ País Vasco 8 abril 1997 (Ar. 1784). ALEMANY ZARAGOZA, E.: <<Consideraciones sobre el contrato de agencia. Similitudes con los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 594.

consecuencia a principio general, pues hay situaciones en las que tal novación no se produce y, atendiendo a un criterio o a otro, el contrato es siempre el mismo, ya sea laboral especial o mercantil.

La promulgación de la Ley 12/1992 no ha podido suponer, en realidad, un cambio tan radical en la delimitación entre los representantes de comercio y los agentes comerciales. La Ley ha de ser entendida en el sentido, no de continuar con la misma línea apuntada por el Estatuto de los Trabajadores en 1980 y distinguir la actividad incluida de la excluida en función exclusivamente de un criterio, haciendo caso omiso de otros datos fundamentales, como son todos los requisitos que exige el propio Estatuto de los Trabajadores para la caracterización del trabajador incluido en su ámbito de aplicación, sino que, por el contrario, no es suficiente para establecer la naturaleza de la actividad atender únicamente al dato de la no asunción por el mediador del riesgo de la operación, sino que será necesario un análisis de la actividad y de las circunstancias de su ejecución para determinar su auténtica naturaleza, de tal manera que aún en el supuesto de producirse la no asunción de los riesgos de las operaciones, si el resto de las circunstancias de la actividad en cuestión mostraban una importante independencia en el desarrollo de la misma, o la prestación a través de alguna estructura organizativa separada de la del empresario comitente, o la posibilidad de prestación de forma no personal, la calificación de tal relación contractual no podía ser nunca laboral especial, pues no se efectuaba la prestación con arreglo a los requisitos necesarios para que se aplique un régimen jurídico laboral.

Por su parte, vigente ya la Ley 12/1992, y desplazado el criterio decisivo hacia la dependencia o subordinación del mediador respecto del empresario principal, no puede por ello establecerse un vínculo contractual laboral en un supuesto en el que, con una dependencia laboral suficientemente demostrada, se haya pactado, además, la asunción del riesgo por parte del mediador. Y ello porque tal asunción de riesgos es contraria e incompatible con la ejecución de un contrato de trabajo, aunque éste sea especial. En este caso habrá que concluir con la mercantilidad de la relación y su sometimiento, de acuerdo con las normas mercantiles, a los preceptos de la Ley 12/1992.

El cambio de naturaleza o la novación contractual se producirá, entonces, sólo en los supuestos en los que, concurriendo todos los requisitos necesarios para la calificación como laboral de la relación analizada, sobre todo, la no asunción del riesgo de la operación, recaiga en el criterio de la dependencia del mediador el peso de la decisión, de tal manera que a la vista de la evolución doctrinal, jurisprudencial y legal operada en la materia, actualmente se concluiría con la calificación mercantil, pero siendo conscientes de que la decisión hubiese sido la contraria si la Ley 12/1992 no existiera, y ello porque la vigente situación legislativa al respecto ya no permite una simple apreciación flexible de la subordinación del mediador, sino que su elevación a requisito diferenciador ha propiciado un análisis minucioso del mismo y la fijación de unos límites y perfiles que, junto con la debilidad con la que la misma se presenta en la relación de los representantes de comercio, ha llevado a la conclusión de entender que la Ley 12/1992 ha establecido una presunción de mercantilidad de la actividad de los mediadores mercantiles, por lo que la calificación de los mismos como trabajadores habrá de ser demostrada con la prueba de la existencia de la dependencia o subordinación exigida por el Real Decreto 1438/1985⁴³².

La novación se producirá siempre, claro está, desde el 1 de enero de 1994, no desde el inicio de la relación, por lo que los efectos que por el cambio en la naturaleza jurídica de la relación hayan de producirse, deberán hacerlo desde esa fecha⁴³³.

Otra cosa es que se produzca un cambio en la naturaleza del contrato, pero no por obra de la ley, sino de las partes, pues dada la identidad parcial existente en ambos contratos, muchos empresarios pueden optar por sustituir los contratos especiales de trabajo por contratos mercantiles de agencia, pactos que son completamente lícitos,

⁴³² Así ha sido interpretado por la STSJ País Vasco 8 abril 1997 (Ar. 1784), en la que se califica como mercantil la relación que une a las partes con base en que no se probó que la actividad fuese organizada por la empresa y en la apariencia externa de independencia que las partes mantuvieron: “Trabajo que organizaba a su criterio, en conclusión que se deduce, por vía de presunción humana (art. 1253 CC), de la ausencia de toda alegación y signo expresivo de que fuese organizado por la demandada y el hecho de que las partes mantuviesen una apariencia externa de que se acometía en forma independiente...”.

⁴³³ Por ejemplo, la afiliación del mediador al RETA, en lugar del al Régimen General de la Seguridad Social, STSJ Cantabria 7 enero 1997 (Ar. 31). En el mismo sentido, STSJ País Vasco 8 abril 1997 (Ar. 1784).

tanto si las condiciones de trabajo varían como si no lo hacen, siempre que realmente puedan reconducirse a la regulación establecida en la Ley 12/1992⁴³⁴.

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN LOS REGÍMENES JURÍDICOS -LABORAL Y MERCANTIL- DE LA INTERMEDIACIÓN EN OPERACIONES MERCANTILES.

La plena vigencia y aplicación de estos dos regímenes jurídicos distintos a esta actividad de intermediación en operaciones mercantiles provoca problemas de inseguridad jurídica, así como situaciones favorecedoras de defraudación a la ley, pues la parte económicamente más fuerte, el empresario principal, intentará en todo momento concertar contratos sometidos a regulación mercantil, pues el coste de tales contrataciones es menor que el de las sometidas al ordenamiento laboral, por lo que puede llegar a vulnerar la normativa laboral, más protectora y, por ello, más gravosa, amparándose en la posibilidad de contratación que le ofrece el ordenamiento jurídico mercantil.

Ahora bien, en el caso español las consecuencias de esta situación no llegan a extenderse hasta su máximo alcance porque el contenido de cada una de las regulaciones no es sustancialmente diferente. Tanto la normativa de contenido laboral como la de contenido mercantil regulan básicamente los mismos aspectos del contrato o relación individual de trabajo y, además, de modo similar, con una importante dosis de protección a la persona del agente, como parte débil de la relación.

Esta situación no puede resultar de ningún modo extraña, en la medida en que la normativa laboral, por sí misma, es una normativa protectora, si bien en el caso de los mediadores mercantiles, incluso más flexible, en función de la propia posición del mediador trabajador. Por su parte, la normativa sobre el contrato de agencia mercantil

⁴³⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: <<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., págs. 267-268. ALEMANY ZARAGOZA, E.: <<Consideraciones sobre el contrato de agencia. Similitudes con los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 600. STSJ Aragón de 13 de marzo de 1996 (Ar. 1189).

tiene también un marcado carácter protector del contratante más débil: la ley de agencia regula con exhaustividad el sistema de remuneración del agente, acudiendo a categorías jurídicas pertenecientes al campo laboral, como la retribución a comisión como modo de remuneración más común en este tipo de actividad mediadora que recuerda en su contenido la regulación que sobre la misma materia contiene el Real Decreto 1438/1985.

Del mismo modo, la Ley 12/1992 dedica sus artículos 23 a 31 a regular la extinción del contrato, partiendo para ello de la duración del mismo y distinguiendo, por tanto, la extinción de un contrato por tiempo determinado de la extinción de uno celebrado por tiempo indefinido, en cuyo caso, la ley regula unos mecanismos de protección de los derechos del agente: el deber de preavisar a cargo de cualquiera de las partes que quiera solicitar la extinción, así como una indemnización por daños y perjuicios a cargo del empresario que denuncie unilateralmente un contrato por tiempo indefinido. Además, establece la ley el derecho a una indemnización por clientela cuando el agente hubiese proporcionado nuevos clientes al empresario o hubiese incrementado sensiblemente el volumen de operaciones. Esta regulación no sólo coincide con la contenida en la normativa laboral especial, sino que recuerda, incluso, a la común regulada en la LET.

Asimismo, regula la ley de agencia un posible pacto de prohibición de competencia postcontractual en términos aún más estrictos que los que se ocupan de la misma materia en la normativa laboral especial y la posibilidad de formalización por escrito del contrato, haciendo constar las modificaciones que en su caso se hubieran introducido (art. 22 ley 12/1992).

Como cierre del sistema de protección del contratante más débil se establece en la normativa reguladora del contrato de agencia mercantil la imperatividad de los preceptos de la ley, salvo previsión legal expresa en contrario, establecida con carácter general en el artículo 3 de la misma. Esto significa la salvaguarda de todos los derechos reconocidos en la misma frente a posibles intentos empresariales de pactar condiciones de ejecución del contrato menos favorables para el agente mediador que las contenidas

en la ley. Tan sólo tendrá relevancia la voluntad de las partes manifestada en el contrato cuando la propia ley haya previsto la derogación de sus preceptos a favor del pacto contractual, y no en cualquier momento o con respecto a cualquier materia.

1.- EN LOS TIPOS CONTRACTUALES.

El contrato especial de trabajo de las personas que intervienen en operaciones mercantiles se formalizará necesariamente por escrito y por triplicado: un ejemplar para cada una de las partes y el tercero se registrará por la empresa en la Oficina de Empleo que corresponda por razón del domicilio del trabajador, aunque también puede ser presentado en la oficina correspondiente al domicilio de la empresa, la cual deberá remitirlo a la primera, en la que deberá quedar inscrito. En caso de discrepancias en cuanto al contenido del contrato, se presumirá la validez del contrato registrado en la Oficina de Empleo (art. 2.1 R. D. 1438/1985).

Por su parte, el artículo 22 de la Ley 12/1992 contiene el derecho de cada una de las partes del contrato de agencia a solicitar de la otra, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato, con constancia de su contenido y de las modificaciones que se hubieran producido en el mismo con posterioridad.

Las diferencias entre ambos pronunciamientos legales son de escasa trascendencia práctica: lo que el R. D. 1438/1985 establece es la fijación de un requisito de forma en el contrato laboral especial, sin embargo, el valor que tal requisito reviste es de prueba, esto es, la ausencia de forma escrita de la relación laboral de carácter especial determina exclusivamente la comisión de una falta administrativa por parte del empresario, nunca la nulidad del contrato especial de trabajo, ni su conversión en una relación laboral común⁴³⁵: el empresario que incumpla con su deber de formalización

⁴³⁵ En ese sentido se ha manifestado la generalidad de la doctrina, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: <<La relación laboral de carácter especial de los Representantes de Comercio>>, op. cit., pág. 132. CAMPS RUIZ, L. M.: <<La relación laboral especial de los representantes de comercio>>, en *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 262. HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 136. Para LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones*

por escrito del contrato podrá incurrir en la infracción tipificada en el artículo 7.1 del R. D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en virtud del cual constituye una infracción de carácter grave “No formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador”. A esta infracción puede corresponderle, según el artículo 40 del Texto Refundido de la LISOS, una multa, que puede abarcar desde 50.001 a 500.000 pesetas, en función del grado -mínimo, medio o máximo-que se fije.

Lo mismo cabe decir respecto del registro de una de las copias del contrato en la Oficina de Empleo y de la presunción de validez del contenido del contrato registrado. La omisión del registro no afecta de nulidad al contrato celebrado, sino que constituye, igualmente, una infracción laboral sancionable administrativamente. Por lo que se refiere a la presunción, se trata también de una presunción *iuris tantum*, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario⁴³⁶.

Sin embargo, con respecto a la forma escrita en el contrato de agencia mercantil, se ha señalado que, en el supuesto de que una de las partes ejercite su irrenunciable derecho (art. 3.1 Ley 12/1992) a solicitar, con posterioridad a la conclusión del contrato su formalización por escrito y la otra renuncie o no acceda al cumplimiento de esta facultad legal de documentarlo, la forma, entonces, se convierte en requisito esencial para la validez del mismo, porque si una de las partes exige a la otra el cumplimiento de esta formalidad, hace del mismo un requisito esencial para la prestación del consentimiento⁴³⁷, lo que puede convertir en aún más rígida la protección del agente frente a la del representante laboral. Sin embargo, este derecho a la obtención de la plasmación por escrito del contenido del contrato y el carácter meramente probatorio de la misma han sido cuestionados, en tanto que puede convertirse en un derecho de escasa

mercantiles, op. cit., pág. 294, además, puede llevar a la presunción *iuris tantum* de duración indefinida del contrato celebrado por tiempo determinado.

⁴³⁶ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 137.

⁴³⁷ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 100.

eficacia práctica ante la negativa del empresario comitente a acceder a tal petición, porque la única manera que tiene la parte interesada en la documentación del contrato de hacer valer su derecho es la vía judicial, ante la cual se le planteará el problema de probar la existencia y contenido del mismo⁴³⁸.

El contrato especial de trabajo por escrito debe contener, al menos, las siguientes menciones (art. 2.2 R. D. 1438/1985): identificación de las partes; tipo de operaciones mercantiles en las que intervendrá el trabajador, con expresión de los productos o servicios a los que se refieran; facultades atribuidas al trabajador, en especial, si puede concertar o no operaciones en nombre del empresario; si el trabajador se obliga o no a trabajar en exclusiva para el empresario; la delimitación de la zona, demarcación o categoría de clientes con relación a los cuales haya de prestar sus servicios, señalando si el empresario le otorga o no la exclusiva para ese ámbito de actuación; el tipo de retribución acordada, y, finalmente, la duración del contrato. Por su parte, en anexos al contrato se deberán reseñar el inventario y valor que se le atribuye al muestrario o relación de productos y a los restantes instrumentos de trabajo que se faciliten por el empresario, así como la relación de medios que el trabajador aporta para el desarrollo de su labor, siempre que tales hechos y circunstancias estén presentes en la relación en concreto.

Se trata de una relación no exhaustiva, de mero valor probatorio, a la que se pueden añadir otras menciones, como la posibilidad de que el trabajador gestione el cobro de las operaciones en las que interviene, la distribución o el reparto de los productos, quién corre con los gastos derivados de la gestión, etc.⁴³⁹, y que puede servir de ejemplo al modelo de contrato de agencia mercantil y de las menciones que en él puedan hacerse, a excepción de las que necesariamente hayan de estar presentes, como las modificaciones habidas en el desarrollo del contrato, o las que revistan carácter

⁴³⁸ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 202.

⁴³⁹ LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 297.

constitutivo, como el pacto de limitación de competencia o la cláusula de garantía (arts. 21 y 19 Ley 12/1992).

La formalización por escrito de la relación de intermediación tiene la finalidad de favorecer la prueba de las prescripciones contractuales y de crear un marco de seguridad jurídica en el ámbito de este tipo de relaciones⁴⁴⁰, así como un valor predominantemente protector de la parte más débil frente a eventuales modificaciones contractuales llevadas a cabo unilateralmente por el empresario, en cuanto que el mediador tiene la certeza sobre el alcance y contenido de las obligaciones asumidas en virtud del mismo, por lo que su prestación y las condiciones de ejercicio de la misma se ven protegidas frente a una posible voluntad modificadora de las misma.

El artículo 3.3 del R. D. 1438/1985 remite la procedencia y regulación del período de prueba a lo contenido en el artículo 14 LET. La Ley 12/1992, obviamente, no contiene ninguna mención al respecto, aunque, en virtud de la libertad contractual de las partes, nada impide que establezcan un período de prueba en términos similares a los contenidos en la normativa laboral⁴⁴¹. Y tanto en uno como en otro caso, si tal pacto no aparece por escrito, habrá de entenderse no existente.

El contrato especial de trabajo se puede concertar por el tiempo que las partes decidan. Si no se fija una duración temporal determinada, se entiende celebrado por tiempo indefinido. Además, contiene el artículo 3 del R. D. 1438/1985 unas precisiones en cuanto a la duración temporal del mismo y a las posibles prórrogas. Si el contrato se pacta por tiempo determinado, nunca podrá exceder de tres años, que será la duración máxima permitida. Y si se ha concertado por debajo de esta duración máxima, caben, por acuerdo de las partes, sucesivas prórrogas, de al menos 6 meses, hasta completar la duración máxima de tres años, duración que no se puede exceder en ningún caso. Lo mismo sucede ante la ausencia de pacto de prórroga o de denuncia del término final, si el contrato se había pactado por una duración inferior al máximo legal establecido y se

⁴⁴⁰ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 139.

⁴⁴¹ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente*, op. cit., pág. 124, entiende que el contrato estaría sometido a una condición resolutoria de carácter potestativo.

continúa prestando la actividad, se entenderá prorrogado hasta alcanzar tal duración máxima, consecuentemente, si la actividad deja de ejecutarse, la prórroga automática no entra en juego.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 12/1992 señala que el contrato de agencia podrá celebrarse por tiempo determinado o por tiempo indefinido, y que en ausencia de una duración determinada, se entiende celebrado con carácter indefinido. Además, si llegado el término final del mismo se continúa ejecutando la actividad por ambas partes, se considerará transformado en un contrato de duración indefinida (art. 24 Ley 12/1992)⁴⁴².

De una comparación entre ambas regulaciones puede deducirse incluso el carácter más protector de la regulación mercantil frente a la laboral, al favorecerse el principio de estabilidad en el empleo⁴⁴³, declarando la presunción del carácter indefinido del contrato desde que se incumpla por una sola vez el término máximo de vigencia. Por el contrario, la regulación contenida en el artículo 3 del R. D. 1438/1985 se encuadra en la misma línea que la LET, tendente a una promoción de la temporalidad, pues en ningún caso la duración máxima de un contrato celebrado por tiempo determinado podrá exceder del plazo de tres años, entendiéndose que el celebrado por tiempo determinado se prorrogará, en todo caso, hasta los tres años, nunca con carácter indefinido. Desde luego, llegado el plazo máximo legalmente establecido, entra en juego el mecanismo de la extinción del contrato (art. 49.1, c) LET, en virtud de la remisión contenida en el artículo 10.1 Real Decreto 1438/1985)⁴⁴⁴, pero si no ha habido denuncia de las partes y la actividad se continúa ejecutando, no habrá otra

⁴⁴² A pesar de los términos de la ley, se ha entendido que es admisible que las partes del contrato de agencia pacten una prórroga antes de la llegada del término pactado, o bien una renovación una vez que éste ha llegado, en cuyo caso el contrato continúa vigente sin perder su carácter de contrato de duración determinada, LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., págs. 203-204. Limita la posibilidad de las prórrogas, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas Sobre la nueva Ley de contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 800, que no admite las prórrogas automáticas ilimitadas, ni siquiera cuando las partes así lo hubieran establecido.

⁴⁴³ Vid. LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 200.

⁴⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, op. cit., pág. 164.

solución posible que entender entonces existente una presunción *iuris tantum* a favor del carácter indefinido de la relación⁴⁴⁵, aunque se ha destacado la imposibilidad de la prueba en contrario, de modo que la presunción podría considerarse *iuris et de iure*⁴⁴⁶.

2.- EN LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES.

Los artículos 4 a 9 del R. D. 1438/1985 regulan los derechos y deberes de empresario y trabajador mediador laboral. Entre ellos destacan, frente a la regulación mercantil, que los obvia, los relativos al disfrute de limitaciones de jornada de trabajo, vacaciones y permisos retribuidos, en atención al carácter laboral de la relación. Con respecto a ellos, se establecen una serie de particularidades en relación con su contenido en la relación laboral común, excepto por lo que se refiere a los permisos retribuidos, cuya fijación y régimen jurídico se remiten al artículo 37.3 LET. Se señala en estos preceptos que la relación de trabajo del mediador laboral no estará sujeta a jornada u horario de trabajo concreto, sin perjuicio de lo contenido en los pactos colectivos o individuales, que podrán establecer las menciones oportunas al respecto, de donde se deriva, no sólo la absoluta irrelevancia que tales circunstancias deberían tener en relación con la calificación laboral o mercantil de la figura, ya que su exigencia está ausente de ambas regulaciones, sino también la libertad absoluta de pactos en orden a su determinación, lo que implica la posibilidad de que se lleguen a pactar, tanto individual como colectivamente, condiciones de trabajo inferiores a las que rigen con carácter de mínimos de derecho indisponible en las relaciones laborales comunes⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 145. LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 309.

⁴⁴⁶ Para MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: <<La relación laboral de carácter especial de los representantes de comercio>>, op. cit., pág. 134, se habrá producido una novación objetiva, porque no es posible la prueba de la temporalidad de la relación porque la norma prohíbe una duración temporal por encima de los tres años. CAMPS RUIZ, L. M.: <<La nueva regulación de la relación laboral especial de los representantes de comercio>>, *AL*, 1985, n^o 48, pág. 2390, sostiene que si la duración supera los tres años, como no puede ser temporal la relación, habrá de ser considerada indefinida.

⁴⁴⁷ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 170.

Con respecto al derecho a las vacaciones, la norma sólo prescribe su carácter anual y retribuido, remitiendo a los pactos colectivos su duración, los criterios de orden económico y las fechas de disfrute. También pueden pactarse estos aspectos en el contrato individual de trabajo, pero entonces la norma fija la necesidad de que impliquen mejoras con respecto a las condiciones pactadas colectivamente. Finalmente, se establece con carácter subsidiario la aplicación de las normas laborales de carácter general, para el caso de ausencia de estipulaciones al respecto en los pactos, tanto individuales como colectivos (art. 4 R. D. 1438/1985). Este orden de prelación de fuentes muestra la posibilidad de fijar también aquí, condiciones de trabajo menos beneficiosas que las contenidas en la legislación laboral común⁴⁴⁸.

Los derechos laborales del trabajador especial se completan con las prescripciones relativas a la clientela y a los muestrarios e instrumentos de trabajo.

Reconoce el artículo 5 del R. D. 1438/1985 el derecho a la clientela y a la zona por parte de los trabajadores⁴⁴⁹: los mediadores laborales tendrán derecho al reconocimiento por parte de la empresa de la clientela que hayan conseguido como consecuencia de su trabajo, así como aquella asignada al inicio de la prestación laboral. El derecho al reconocimiento a la clientela proporcionada por el trabajador constituye el modo normativamente prescrito que sirve de base para el cálculo de la indemnización especial por clientela que le corresponde a todo trabajador, con independencia de cualquier otra a la que tuviera derecho, cuyo contrato haya sido extinguido por algún motivo ajeno al incumplimiento de sus obligaciones, cuando haya firmado un pacto de limitación de competencia postcontractual (art. 11 R. D. 1438/1996). Este derecho y su virtualidad para el cálculo de tal indemnización se materializan en la relación única de clientes que la empresa facilita al trabajador, relación que podrá ser adjuntada al

⁴⁴⁸ LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 334, la cual entiende también que son aplicables a estos trabajadores las normas generales relativas al descanso semanal, por la vía de la remisión genérica del artículo 12 del R. D. 1438/1985, que haría entrar en juego el artículo 37.1 LET y la posibilidad de fijar regímenes de descanso alternativos para actividades concretas, pág. 338. En contra, HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 170.

⁴⁴⁹ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 163.

contrato si cualquiera de las partes lo solicita y que deberá actualizarse anualmente y al terminar la relación laboral, incluyendo los clientes captados durante el desarrollo de su prestación de trabajo, haciendo constar la variación en el volumen de las operaciones realizadas durante el año. La norma realiza una serie de precisiones en relación con el tipo de clientes a incluir en las listas, con la intención de que las mismas sean lo más reales y actuales posible⁴⁵⁰: en el listado correspondiente a la finalización del contrato sólo se incluirán los clientes que hayan realizado operaciones en los últimos dos años, y en la inicial, sólo se considerarán clientes los que hubiesen concluido con la empresa alguna operación mercantil en los dos años anteriores a la fecha de contratación del trabajador.

Se establece que el cálculo de la indemnización se determinará en función del resultado obtenido a partir de la comparación entre las listas de clientes existentes al iniciar y al finalizar la actividad, tomando en consideración el incremento producido. La cuantía de la misma se determinará por acuerdo entre las partes, y, en caso de desacuerdo, se fijará judicialmente, sin que en este último caso, pueda exceder del importe total de las comisiones correspondientes a un año, “calculado por el importe medio del total de las comisiones percibidas durante los últimos tres años, o período inferior que hubiere durado la relación laboral” (art. 11.3 R. D. 1438/1985).

Asimismo, el artículo 5.4 y 5 del R. D. 1438/1985 reconoce el derecho del trabajador a que la clientela o la zona de trabajo que le ha sido asignada sea respetada por parte del empresario y no se asigne a otro trabajador o trabajadores, ni sea unilateralmente modificada, con la consecuencia de que la parte perjudicada genera el derecho a una compensación económica que será fijada, a falta de acuerdo entre las partes, por los tribunales de justicia, además de conceder al trabajador afectado la acción para solicitar la extinción de su contrato de trabajo, con derecho al percibo de la indemnización señalada en el artículo 41.3 LET, esto es, la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de trabajo solicitada por el trabajador ante la modificación sustancial y unilateral de sus condiciones de trabajo (veinte días de salario

⁴⁵⁰ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, op. cit., pág. 172.

por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de nueve mensualidades), indemnización que es, además, compatible con la de clientela.

La normativa sobre el contrato de agencia mercantil no contiene mención alguna respecto a este tipo de derechos en beneficio de los agentes, sin embargo, el artículo 28 de la Ley 12/1992 reconoce y regula una indemnización a favor del agente que denomina, de igual modo, indemnización por clientela, en unos términos que recuerdan en gran medida la regulación reglamentaria de la mediación laboral. En virtud de este precepto, cuando el contrato de agencia se extinga, el agente que hubiera aportado nuevos clientes al empresario o que hubiera incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. Se fija un límite máximo de tal indemnización, consistente en el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior. Este derecho existe también en caso de que la extinción se deba a muerte o declaración de fallecimiento del agente, lo que implica que el derecho del agente a la indemnización por clientela se transmite a sus herederos⁴⁵¹.

El derecho a la indemnización se pierde, según el artículo 30 de la Ley 12/1992, cuando el agente hubiera incumplido sus obligaciones legales o contractuales, cuando la extinción del contrato se deba a la denuncia del agente, salvo que ésta estuviese motivada en circunstancias imputables al empresario, o en la edad, invalidez o enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuación de sus actividades, y, finalmente, cuando el agente hubiera cedido a un tercero, con el consentimiento del empresario, los derechos y obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

⁴⁵¹ PORFIRIO CARPIO, L. J.: <<La extinción del contrato de agencia>>, op. cit., pág. 170.

La configuración de ambas indemnizaciones en ambos tipos de relación jurídica es homogénea y responde a la misma finalidad. La indemnización por clientela tiene su fundamento en el valor económico que el incremento de la clientela produce en sí mismo, y va destinada a compensar el perjuicio económico que supone para el mediador su salida involuntaria de la empresa o la imposibilidad de seguir prestando el mismo tipo de servicios que se ha impuesto mediante el pacto de no competencia⁴⁵².

Sin embargo, de los términos legales puede extraerse que tal derecho se recoge con mayor amplitud en la normativa mercantil que en la laboral. El R. D. 1438/1985 condiciona el derecho a la indemnización a la existencia de un pacto de limitación de competencia, mientras que la Ley 12/1992 lo reconoce en cualquier supuesto de extinción contractual no debida a la voluntad unilateral del agente, haciéndolo depender de razones de equidad por cualquier motivo, y no sólo por la existencia de una limitación de competencia⁴⁵³, por lo que el agente tendrá derecho a la indemnización por clientela cuando el contrato se extinga por llegar a su término, cuando se extinga por denuncia unilateral del empresario, siempre que el agente haya cumplido sus obligaciones, denuncia unilateral del agente por causas imputables al empresario o por motivos de edad, invalidez o enfermedad del propio agente, mutuo disenso entre las partes, así como por muerte o declaración de fallecimiento del agente⁴⁵⁴, siempre que razonablemente le corresponda la compensación, aún sin existencia de pacto de limitación de competencia.

El derecho del mediador laboral al muestrario e instrumentos de trabajo se reconoce en los artículos 6 y 7, b) del R. D. 1438/1985 con carácter potestativo: sólo si

⁴⁵² LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., págs. 458-459. Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela, vid. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 171-177.

⁴⁵³ 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*, 1993, n^o 7, pág. 104.

⁴⁵⁴ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 249. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 178-183.

se considera necesario para el ejercicio de su actividad el empresario deberá proporcionar al trabajador el muestrario o instrumentos de trabajo precisos, con una antelación tal que permita desarrollar normalmente su actividad (art. 6.5 R. D. 1438/1985), so pena de producirle al trabajador unos daños y perjuicios que éste podrá reclamar en función de la demora, y con el deber de no retenerlos más de quince días cuando los trabajadores requieran su actualización o modificación. Del mismo modo, el empresario deberá facilitar en tiempo oportuno las tarifas y las restantes condiciones para la contratación con los terceros (art. 6.6 R. D. 1438/1985) y deberá poner a su disposición con la adecuada antelación los documentos y materiales necesarios para el desarrollo de la actividad (art. 7, b) LET). En tal caso se elaborará un inventario de su contenido en anexo al contrato (en coherencia con lo establecido en el artículo 2.2 R. D. 1438/1985) si cualquiera de las partes lo solicita o su valor lo requiere. El régimen jurídico contenido en la normativa reglamentaria a este respecto se limita a señalar la responsabilidad del trabajador por las pérdidas o deterioros producidos en tales instrumentos y las obligaciones de comunicar al empresario en el plazo de diez días las pérdidas o deterioros sufridos que no se deban a su culpa o negligencia y de devolver los mismos, o su valor actualizado, a la finalización de la relación contractual, a falta de pacto en contrario.

Por su parte, la Ley 12/1992, señala entre las obligaciones del empresario comitente, que no suponen otra cosa que el reverso de los derechos del agente, la de poner a disposición del mismo, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.

En atención a la trascendencia de estos instrumentos de trabajo en orden al correcto desenvolvimiento de la actividad mediadora no podía suceder otra cosa que su previsión, regulación y garantía en ambos tipos de contrato, con independencia del vínculo mercantil o laboral que una a las partes. Se trata en este caso de garantizar que las obligaciones derivadas del contrato se cumplan y de que sean efectivamente realizables, y en una condiciones que impidan supuestos de manifiesta injusticia o desequilibrio negocial, porque la carencia de muestrario e instrumentos de trabajo puede

significar la imposibilidad de que el mediador realice efectivamente su prestación de trabajo⁴⁵⁵. La documentación por escrito de tales datos en la relación de naturaleza mercantil, a modo de lo previsto para el contrato laboral, contribuiría a favorecer la garantía de los derechos del agente.

Tanto el R. D. 1438/1985, como la Ley 12/1992 contienen un catálogo más largo de obligaciones o deberes a cargo del empresario: para la normativa laboral (art. 7 R. D. 1438/1985) el empresario deberá pagar la retribución pactada, haciendo las correspondientes liquidaciones, así como compensar los gastos de desplazamiento; comunicarle inmediatamente la aceptación o rechazo de las operaciones propuestas y cuantas circunstancias se refieran a una operación ya aceptada, justificando las razones del rechazo cuando éste se produzca; cumplir en los términos pactados las operaciones concertadas en firme con los clientes y mantener una relación correcta con los mismos; comunicar al trabajador las circunstancias de la actividad de la empresa que pueden incidir en la relación con los clientes, en especial ante cambios en los productos u otras condiciones de contratación y en el volumen de las operaciones que podrían ejecutarse, así como una relación completa de representantes y clientes en el ámbito de actuación comercial de la empresa; comunicarle los pedidos directamente recibidos de la clientela que tenga asignada, y cualesquiera otras que se hubiesen fijado en el contrato.

El artículo 10 de la Ley 12/1992 contiene una cláusula general en virtud de la cual el empresario deberá actuar lealmente y de buena fe; una serie de precisiones concretas relativas al abono de la retribución pactada, a la entrega de los muestrarios e instrumentos ya comentada y a la comunicación de todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar. Y, por último, señala la obligación del empresario de comunicar al agente, dentro del plazo de quince días la aceptación o el rechazo de la operación propuesta, así como, en el plazo más corto posible, el hecho de la ejecución, la ejecución parcial o la falta de ejecución de la operación.

⁴⁵⁵ Vid. HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediadores mercantiles en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 161.

Como puede observarse, la redacción de ambos preceptos contiene un elenco de obligaciones empresariales similares, tendentes a favorecer la leal y efectiva prestación de la actividad, que pueden llevar a pensar en que la ley del contrato de agencia pudo inspirarse en la normativa laboral para configurar un marco de protección y garantía de los derechos y de la actividad del mediador comercial.

La diferencia más significativa que se observa es la relativa al contenido del artículo 18 de la Ley 12/1992, en virtud del cual, salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional, en coherencia con la concepción de empresario mercantil que ha de asumir los riesgos empresariales que presiden la regulación del contrato de agencia, mientras que, debido a la naturaleza de trabajador salariado del mediador laboral, la regla general es que el empresario comitente asuma tales gastos, ya que incluso si se pacta la asunción de los mismos por parte del trabajador, tal circunstancia será, entonces, tenida en cuenta en la determinación de la retribución finalmente percibida (arts. 7, b) y 8.5 R. D. 1438/1985), y en caso de prestación en exclusiva, la norma reglamentaria prescribe la compensación inmediata al trabajador de los gastos por desplazamientos y dietas, en la cuantía fijada en el contrato individual o en el convenio colectivo⁴⁵⁶.

Finalmente, también las dos normativas contienen un catálogo de obligaciones del mediador en el desarrollo de su prestación de trabajo.

Por lo que se refiere a las obligaciones del mediador trabajador, la normativa reglamentaria señala la de desarrollar la actividad necesaria para promocionar la realización de las operaciones mercantiles a favor del empresario, defendiendo sus intereses y siguiendo sus instrucciones; desarrollar su actividad de manera correcta, evitando las actuaciones que puedan suponer competencia desleal con otras empresas o

⁴⁵⁶ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 118-120, admite que se puede distinguir, en los gastos del agente mercantil, entre gastos ordinarios, no reembolsables, y gastos extraordinarios, no nacidos directamente del contrato de agencia, sino de encargos posteriores del comitente, de los cuales podría predicarse su carácter reembolsable.

que pueda perjudicar el prestigio o los intereses del empresario; suministrar al empresario noticias inmediatas sobre la realización de las operaciones y sobre las circunstancias que puedan afectar a su ejecución; gestionar el cobro de las operaciones en que directa o indirectamente hubiese intervenido, si así lo dispone el contrato, así como abonar al empresario las cantidades cobradas, sin que puedan derivarse responsabilidades patrimoniales para el trabajador por este motivo, salvo que haya habido negligencia grave o dolo; mantener informado al empresario sobre su actividad, así como sobre las circunstancias que puedan afectar a la clientela y a la situación de la empresa en el mercado; no prestar servicios a empresas competidoras; dar a conocer al empresario las otras empresas a las que preste sus servicios y obtener la autorización de aquél para asumir nuevos compromisos con otras empresas, si así se hubiera pactado, y finalmente, se contiene una cláusula general de cumplimiento de los términos del contrato.

Las obligaciones del agente mercantil están contenidas en el artículo 9 de la Ley 12/1992: el agente deberá actuar lealmente y de buena fe en el ejercicio de su actividad. En particular, deberá ocuparse con la diligencia de un buen comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieran encomendado; comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de las operaciones y, en particular, la solvencia de los terceros con los que haya operaciones pendientes; desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia; recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamación por parte de los terceros en relación con los defectos o vicios en las operaciones en las que hubiera intervenido y llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

También resulta fácil apreciar la similitud entre las obligaciones del trabajador y del agente mercantil. Sobre todo, teniendo en cuenta que los catálogos legales tienen un carácter meramente enunciativo y que las partes pueden pactar libremente cualquier obligación extralegal, que no se oponga a la misma, de tal modo, que ante la ausencia de contradicciones básicas o esenciales en las obligaciones de los mediadores, se puede

concluir con la afirmación de una homogeneidad de las mismas⁴⁵⁷ y una clara finalidad tuitiva de los derechos del mediador, tanto económicos, como profesionales, en ambas regulaciones normativas.

Conviene señalar, sin embargo, que el agente comercial que concluye un contrato de agencia es un auténtico empresario mercantil, de ahí las menciones relativas a actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y la obligación de llevar contabilidades separadas, obligaciones que en un contrato de trabajo se traducen en la actuación con diligencia y buena fe, “de manera correcta”, en los términos del art. 9, b) del R. D. 1438/1985.

Por otro lado, hay que destacar el reconocimiento que contiene la Ley 12/1992 de la posibilidad del agente de desobedecer las instrucciones empresariales que pongan en cuestión o anulen su independencia⁴⁵⁸, ante la posibilidad de incurrir en responsabilidad por seguir instrucciones del empresario que puedan poner en peligro el éxito de las operaciones gestionadas, porque es ésta la obligación principal del agente, que es un profesional independiente que debe aplicar sus conocimientos técnicos y su diligencia empresarial en el desarrollo de su actividad⁴⁵⁹. Este hecho, si realmente se da, resolvería muchos problemas de calificación, porque el trabajador no puede rehuir las instrucciones empresariales relativas al desenvolvimiento de su actividad⁴⁶⁰.

3.- EN LA REMUNERACIÓN DEL MEDIADOR.

El pago de la retribución pactada es la obligación principal a cargo del empresario. Con respecto a esta cuestión, contienen las dos normativas, laboral y

⁴⁵⁷ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 783.

⁴⁵⁸ Esta prescripción es la versión española de la norma contenida en la Directiva 86/653 en virtud de la cual el agente deberá ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario, LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 137.

⁴⁵⁹ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 149.

⁴⁶⁰ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 62.

mercantil, un régimen jurídico similar, que distingue modos de retribución, nacimiento del derecho a la misma, liquidación de la retribución y circunstancias con base en las cuales no será exigible.

La retribución de los mediadores comerciales, sea cual sea la naturaleza jurídica del vínculo contractual que presida su relación, ha sido tradicionalmente satisfecha, aunque no con carácter exclusivo, mediante comisiones calculadas sobre el valor de las operaciones mercantiles en las que hubiera participado o con cargo a las cuales tuviese reconocido tal derecho, con la fijación, en su caso, de incentivos o primas una vez alcanzado un nivel determinado de ventas⁴⁶¹, práctica que por lo que se refiere a los mediadores laborales se recoge en el artículo 8.1 del R. D. 1438/1985, cuando establece que quedan incluidos en la retribución los incentivos y compensaciones que se hubieran pactado en el contrato.

Con base en ello y en la finalidad protectora de la posición jurídica del mediador, tanto el artículo 8 del R. D. 1438/1985, como el 9 de la Ley 12/1992, contienen hasta tres modos posibles de retribuir la actividad de los agentes o trabajadores, sin perjuicio de que, en puridad, las cantidades que recibe el trabajador constituyan auténtica retribución o salario, mientras que las que recibe el agente mercantil constituyen remuneración o contraprestación contractual: la remuneración podrá consistir exclusivamente en una cantidad fija, en comisiones exclusivamente, o en una combinación de ambos sistemas, una cantidad fija y otra consistente en comisiones⁴⁶². La decisión sobre el sistema a utilizar se deja al pacto entre las partes, si bien la Ley 12/1992 señala que en defecto de pacto se aplicarán los usos del comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad o, en caso de que estos no existieran,

⁴⁶¹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A.: <<La relación laboral especial de los viajeros de comercio>>, op. cit., pág. 108. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 77-78.

⁴⁶² Se ha señalado que el hecho de que la retribución del agente mercantil consista exclusivamente en una cantidad fija puede atentar contra la propia naturaleza de la categoría del agente, que es un empresario y que, por ello, debe asumir riesgos empresariales, y que permitiendo tal sistema de remuneración se acerca esta figura al trabajador representante de comercio, vid. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 76-77.

“percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.

Además, el artículo 11.2 de la Ley 12/1992 contiene también una noción acerca de lo que deba entenderse por comisión: cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente. Noción que coincide, no sólo con la que deriva de los términos del artículo 8.1 del R. D. 1438/1992 (comisiones sobre las operaciones en las que hubiese intervenido el trabajador y fuesen aceptadas por el empresario, siempre que en el contrato se haya establecido la necesidad de aprobación), sino también con la noción que de la retribución mediante comisión contiene el ordenamiento jurídico laboral⁴⁶³.

El mediador tiene derecho al percibo de comisiones desde que la operación haya sido concluida entre el empresario comitente y el cliente o tercero, tanto si la conclusión la realiza el propio mediador, con la posterior aprobación empresarial de la operación concluida, como si la realiza el empresario principal, lo que implica que cuando el mediador no tiene atribuida la facultad de concluir el negocio directamente en nombre del empresario, el nacimiento del derecho a la comisión no se produce con la mera promoción contractual efectuada por el agente, sino con la conclusión de la operación por parte del principal (arts. 8.3 R. D. 1438/1985 y 12 y 13 de la Ley 12/1992)⁴⁶⁴.

Establece el artículo 8.3 R. D. 1438/1985 que, salvo pacto en contrario, el derecho a comisión se devengará en el momento del pago por el cliente en ejecución del contrato celebrado con la empresa. Por su parte, la Ley 12/1992 fija dos sistemas para el devengo de la comisión, uno a partir de la ejecución del mismo por parte del empresario

⁴⁶³ Se trata de una modalidad de salario a rendimiento, donde la medida de la productividad radica no sólo en la actividad del trabajador, sino en el resultado final del negocio, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 872. En una labor de mediación entre el empresario y el mercado puede pactarse el percibo de una cantidad por participación en los negocios en que hubiese mediado el trabajador (art. 42 LCT).

⁴⁶⁴ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 156. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 80.

y otro a partir de la ejecución por parte del tercero con el que se contrata, supuesto que parece referido a los casos en los que no sea necesaria la intervención del empresario, porque el agente tenga poder de representación para concluir en firme el negocio o por cualquier otra causa, en cuyo caso el derecho a comisión depende de la ejecución total o parcial por parte del tercero⁴⁶⁵. Sin embargo, por lo que al primero de ellos se refiere, se señala que el devengo de la comisión a favor del agente se produce cuando el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, razón por la cual se ha estimado que la comisión se devenga a favor del agente a partir del momento en que el empresario hubiera realizado la ejecución del contrato, con independencia de que el tercero haya satisfecho la contraprestación, ésta se produzca con retraso, o tenga lugar a través de la puesta en marcha de los procedimientos de ejecución forzosa⁴⁶⁶. La normativa laboral parece entonces más rígida que la mercantil, en tanto que deja claro que el momento del nacimiento del derecho a comisión es el del pago por el tercero. En esta consideración se basa la teoría jurisprudencial en virtud de la cual se distingue entre la asunción del buen fin de la operación, que significa asumir el pago del producto o servicio contratado cuando el tercero no lo haga, de la no percepción de la comisión correspondiente cuando tal cosa sucede, es decir, cuando la operación resulta fallida porque el cliente no abona el precio, hecho que la jurisprudencia no duda en calificar como “parte del sistema habitual de retribución por comisión, que sólo se devenga en las operaciones llegadas a buen fin” (STSJ La Rioja de 18 de septiembre de 1991, Ar. 4942). Si un sistema así se considera normal en una relación laboral de carácter especial, no puede menos que resultar sorprendente que con respecto a los agentes mercantiles el nacimiento del derecho a la comisión se haga depender exclusivamente del cumplimiento del negocio por parte del empresario comitente, y no del tercero con el que se contrata. La única manera de condicionar el devengo de la comisión al pago por parte del tercero de la mercancía o los servicios servidos sería que así se hubiera establecido mediante pacto, individual o colectivo, al respecto.

⁴⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 795.

⁴⁶⁶ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 172.

Pacto que, por otro lado, no aparece como posible en la Ley 12/1992, en virtud de una interpretación conjunta de la ausencia de mención escrita en tal sentido y del carácter imperativo de los preceptos de la ley, afirmado en el artículo 3.1 de la misma⁴⁶⁷. A estas afirmaciones hay que añadir el hecho de que la normativa laboral fija tal sistema para la determinación del devengo del derecho a la comisión, salvo pacto en contrario, pacto al que si se llega, en virtud del poder económico del empresario, supondrá más un perjuicio para los derechos económicos de los trabajadores que una promoción de su capacidad y autonomía contractual.

La solución de la cuestión planteada viene dada desde el propio texto legal: es cierto que de las redacciones de los preceptos correspondientes al devengo o derecho a la obtención de la comisión en la relación jurídica del agente mercantil no se deriva la exigencia del cumplimiento contractual por parte del cliente, sino exclusivamente por parte del empresario comitente⁴⁶⁸. Pero también es cierto que, en virtud de las cláusulas contenidas en el artículo 17 de la Ley 12/1991, el mediador mercantil perderá el derecho a la comisión si el negocio no llega a buen fin, es decir, si el negocio no es pagado por el tercero o cliente, por causas no imputables al empresario, hecho que se dará en la mayor parte de los incumplimientos contractuales imputables exclusivamente a la inactividad de los terceros⁴⁶⁹.

En efecto, el artículo 8.3, segundo párrafo del R. D. 1438/1985, en coherencia con su párrafo primero, refleja el carácter de auténtico trabajador asalariado del mediador laboral, al señalar que si la operación no se perfecciona por culpa probada del empresario principal, aquél tendrá derecho a la comisión de igual modo, como si el tercero o cliente hubiera realizado el pago correspondiente. Asimismo, cobran

⁴⁶⁷ La redacción presente en la Ley 12/1992 tiene su origen en el artículo 10.2 de la Directiva comunitaria, que establece que “se devengará la comisión a más tardar cuando el tercero haya ejecutado su parte de la operación o debiera haberla ejecutado si el empresario hubiera ejecutado su parte de la operación”. Norma que tiene carácter imperativo y que faculta al agente a reclamar el devengo de la comisión, aunque el contrato no haya sido ejecutado por el tercero, LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 178.

⁴⁶⁸ Vid. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op cit., pág. 94.

⁴⁶⁹ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op cit., pág. 98.

relevancia y justificación las obligaciones establecidas en el artículo 7, b) y d) del Real Decreto 1438/1985, en virtud de las cuales el empresario debe proporcionar noticia inmediata al trabajador de la aceptación o rechazo de las operaciones, de los motivos que justifican el rechazo, en el caso de que éste se produzca, y de cumplir en los términos pactados las operaciones contratadas en firme con los clientes, manteniendo con estos una relación correcta⁴⁷⁰.

Previsiones similares se encuentran en la normativa mercantil: el artículo 14 de la Ley 12/1992 señala que el devengo de la comisión se producirá en el momento en el que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o estos hubieran debido ser ejecutados total o parcialmente por el tercero. Por su parte, el artículo 17 establece la pérdida del derecho a la comisión por parte del agente cuando el empresario pruebe que el acto u operación concluido no ha sido ejecutado por circunstancias no imputables a sí mismo, de donde se extrae que el derecho a la comisión lo adquiere el agente aun cuando el acto u operación concluido por él no se ejecute por circunstancias imputables al empresario, en claro paralelismo con la regulación contenida en el R. D. 1438/1985 para los mediadores trabajadores. Sin embargo, en la relación jurídico mercantil es el empresario quien ha de probar su no culpabilidad en la no ejecución de la operación, a diferencia de lo que sucede en la relación jurídico-laboral, en la cual se exige que la culpa del empresario sea probada por el trabajador (STS de 27 de abril de 1989, Ar. 2987), de donde resulta que el ordenamiento ha sancionado una especie de presunción en virtud de la cual el agente percibirá su comisión, y sólo si el empresario es capaz de probar que la no ejecución no se debió a su conducta, deberá el agente restituirle la comisión (art. 17 Ley 12/1992)⁴⁷¹. La redacción que en la misma materia contiene el artículo 8.3 del R. D. 1438/1985 parece contener la circunstancia contraria: el trabajador no ha recibido su comisión, y sólo si es capaz de probar la culpabilidad del empresario en la no ejecución del contrato tendrá derecho a que se le abone. Lo que parece claro con respecto a ambos regímenes jurídicos es que tanto el trabajador como el agente mercantil, responden por las

⁴⁷⁰ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 158.

⁴⁷¹ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., págs. 196-197.

inejecuciones que se deban a causas imputables a terceros, tanto si son los interesados en la operación, como si ésta ha dejado de cumplirse debido a cualquier tipo de acto que no dependa de la voluntad del empresario comitente.

Todo ello implica una mayor protección del agente frente al trabajador, y ello a pesar de que el agente es un auténtico empresario, uno de cuyos medios de prueba sitúa la doctrina mercantil en el hecho de que toda la actividad promocional que haya desarrollado sólo llegue al resultado buscado si desemboca en la conclusión final del negocio⁴⁷².

El trabajador sujeto de un contrato de trabajo tiene derecho al percibo de las comisiones por todas las operaciones que se realicen en su zona, o con la clientela a él asignada, y que se perfeccionen por su mediación, así como las realizadas directamente por las empresas, si así se hubiera pactado, por lo cual las mismas vendrán obligadas a dar a conocer a los trabajadores el importe de las mercancías o servicios que se hayan proporcionado directamente a los clientes.

Por su parte, los artículos 12 y 13 de la Ley 12/1992 contienen un examen más detallado y exhaustivo de los supuestos en los cuales se devenga el derecho a comisión por parte del agente. Se distingue entre las comisiones derivadas de operaciones concluidas durante la vigencia del contrato y operaciones concluidas una vez finalizada la relación contractual. En el primer caso, el agente tiene derecho al percibo de la comisión por todas las operaciones que se hayan concluido como consecuencia de su actividad profesional o cuando se haya concluido la operación con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y concluido, en su caso, operaciones de análoga naturaleza con anterioridad. Si el agente tuviera la exclusiva sobre alguna zona o grupo determinado de clientes, tendrá derecho a la comisión siempre que la operación se concluya durante la vigencia del contrato, aunque no hubiera intervenido personalmente en la misma.

⁴⁷² FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 80.

Por los actos y operaciones concluidos con posterioridad a la finalización del contrato de agencia, nacerá el derecho al cobro de las misma si la conclusión de la operación se debió principalmente a la labor mediadora del agente, vigente el contrato, y se hubiera concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción del mismo. Si el agente recibió el encargo antes de la extinción del contrato y hubiera tenido derecho a recibir la comisión de haberse concluido la operación durante la vigencia del mismo.

De modo consecuente con esta regulación, niega el artículo 13.2 de la Ley 12/1992 el derecho a la comisión de un agente con contrato en vigor cuando dicha comisión corresponda a un agente anterior, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, resulte equitativo distribuirla entre ambos agentes.

La normativa laboral que contempla los supuestos de devengo de la comisión parece, además de más pobre, incluso menos garantista de los derechos económicos del trabajador, aunque, en tanto salario, habría que analizar si comparte el régimen jurídico del mismo contenido en la normativa laboral común, como la garantía de una cantidad mínima en concepto de salario mínimo interprofesional o los privilegios del mismo en cuanto crédito.

La ausencia de regulación legal en materias tales como el derecho al percibo de la comisión tras la extinción del contrato de trabajo no implica, sin embargo, que no sea posible entender existente tal derecho o, al menos, la expectativa del mismo. El artículo 8.2 del R. D. 1438/1985 menciona las operaciones perfeccionadas por su mediación, como aquellas que hacen nacer su derecho a la retribución, con independencia de la vigencia del contrato de trabajo, por lo que, cumplidas las circunstancias que señala la norma correspondiente, la mediación del trabajador con sus clientes o en su zona, no queda más remedio que reconocer el nacimiento del derecho. Tales ausencias pueden deberse a la simple inercia laboral de considerar, al menos en el tiempo en el que fue dictado el Real Decreto, que lo natural es la relación de trabajo concertada por tiempo indefinido, por lo cual no se planteó la posibilidad de la sucesión de mediadores en un mismo negocio jurídico, con los mismos clientes o en la misma zona, debiéndose la

conclusión final del negocio a la actividad promotora del trabajador sucedido, hecho que no justifica la concesión de la comisión al sucesor.

La primera de las cuestiones planteadas, el régimen jurídico de la retribución mediante comisiones, precisa analizar el problema de las denominadas comisiones indirectas, es decir, aquellas que se devengarían por operaciones realizadas en la zona del mediador o con clientes obtenidos por él, pero sin su personal intervención, porque el mediador tiene la exclusiva, ya sea ésta territorial o personal⁴⁷³. La normativa reglamentaria contiene un planteamiento restrictivo de los derechos de los mediadores, en la medida en que sienta el principio general en virtud del cual el trabajador no tiene derecho a las mismas, excepto que expresamente se haya pactado lo contrario⁴⁷⁴, y ello a pesar de ciertas menciones legales a partir de las cuales pueden extraerse datos que faciliten o favorezcan la reclamación de tales comisiones, como la obligación del empresario de comunicar al mediador los pedidos directamente recibidos de los clientes que éste tiene atribuidos (art. 7, f) R. D. 1438/1985), la obligación empresarial de dar a conocer a los trabajadores el importe de las mercancías o servicios que se hayan proporcionado directamente a los clientes (art. 8.2 R. D. 1438/1985), y, finalmente, la obligación empresarial de poner en conocimiento del mediador la relación completa de representantes y clientes en todo el ámbito de actuación comercial de la empresa (art. 7, e) R. D. 1438/1985)⁴⁷⁵. El único supuesto en el que el mediador tiene derecho a la comisión indirecta de modo automático, sin necesidad de pacto al respecto, es cuando tiene asignada una zona o un grupo de clientes en exclusiva: recibirá la comisión, tanto si interviene en la conclusión de la operación como si no⁴⁷⁶.

⁴⁷³ El pacto de exclusiva territorial implica la determinación de una zona geográfica concreta en la que el agente promoverá y, en su caso, concluirá operaciones de comercio por cuenta de su principal, con exclusión de cualquier otro agente y del propio principal. La exclusiva personal implica la atribución de un grupo de personas, respecto de las cuales el agente promoverá y, en su caso, concluirá las operaciones de comercio objeto de la agencia, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 793.

⁴⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: <<La relación laboral especial de los viajantes de comercio>>, op. cit., pág. 169.

⁴⁷⁵ En ese sentido se pronuncia HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 156.

⁴⁷⁶ Vid. HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 157.

Por su parte, el agente mercantil tiene derecho, en virtud del artículo 12.2 de la Ley 12/1992, al percibo de la comisión cuando tuviera asignada la zona o el grupo de clientes con carácter exclusivo, y siempre que el contrato de agencia esté vigente, de donde se extrae en una interpretación en contrario, que el percibo automático de la comisión indirecta se produce en este caso, bajo las mismas circunstancias que en el de los mediadores trabajadores, excepto que se dé el supuesto contemplado en la letra b) del artículo 12.1 de la normativa mercantil, que reconoce el derecho a la comisión cuando la operación se haya concluido con una persona con respecto a la cual el agente había ya promovido y concluido operaciones previamente, de tal modo que parece que se sanciona legislativamente una especie de derecho a la comisión indirecta cuando se trata de un cliente ya conocido y el contrato del agente continúa en vigor, porque no se exige la intervención personal del agente en la conclusión de la operación⁴⁷⁷.

La segunda de las cuestiones planteadas es la que hace referencia a la aplicación al régimen salarial del representante de comercio, en tanto salario, de las garantías contenidas en los artículos 27, 31 y 32 LET, esto es, la garantía del Salario Mínimo Interprofesional, para los casos en los que se haya pactado una retribución exclusivamente basada en comisiones sobre las operaciones en las que se intervenga, los privilegios de los créditos por salarios y el Fondo de Garantía Salarial. Al respecto se han mantenido en la doctrina laboralista las dos opciones posibles.

Algún autor ha defendido la inaplicación de la normativa estatutaria en materia de régimen salarial a la relación laboral de carácter especial de los representantes de comercio en atención, precisamente, a la especialidad de su prestación, ya que se trata de una relación laboral en la que no se exige una jornada ni un horario determinado, siendo ése el parámetro normativamente establecido para al cálculo y procedencia de un

⁴⁷⁷ Supuesto con respecto al cual se ha señalado que puede dar lugar a conflictos, puesto que si el agente originario tiene derecho a la comisión sobre la base del artículo 12.1, b), el agente que con posterioridad goce de la exclusiva sobre la zona en cuestión tendrá derecho a la misma con base en el artículo 12.2, sin que se cuente en este caso con una norma que prescriba el reparto equitativo entre ambos, vid. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 88-89.

salario mínimo. Según esta opinión, la única manera posible de instrumentar el derecho constitucional a un salario suficiente será acudiendo a la negociación colectiva, que será la encargada de fijar las tablas de salarios mínimos para este tipo de trabajadores⁴⁷⁸.

Parece más razonable, sin embargo, entender que, aun a pesar del silencio de la normativa reguladora al respecto, la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura de las mismas goza de la protección legal en materia de Salario Mínimo Interprofesional, derecho reconocido a nivel constitucional, y cuya vigencia y aplicación a esta concreta relación de trabajo se muestra coherente con el régimen jurídico diseñado para ella y con el derecho a vacaciones y permisos retribuidos expresamente regulados en la norma correspondiente; del mismo modo, debe gozar de los privilegios del salario como crédito, así como la protección del Fondo de Garantía Salarial, que es la única garantía que cuenta con cobertura normativa explícita (el R. D. 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integró el Régimen Especial de los Representantes de Comercio en el Régimen General de la Seguridad Social, BOE de 30 de diciembre)⁴⁷⁹.

El régimen jurídico de la remuneración de los mediadores mercantiles se cierra en ambas disposiciones con la regulación de la liquidación y pago de las comisiones: el artículo 8.3, párrafo segundo del R. D. 1438/1985 dispone que la empresa liquidará y pagará al trabajador las comisiones a que éste tenga derecho en el plazo de un mes, plazo que podrá ampliarse por pacto expreso hasta tres meses. En un sentido similar, el artículo 16 de la Ley 12/1992 ordena que el pago de la comisión se haga no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiera devengado, salvo que se hubiese pactado un plazo inferior.

El número 4 del artículo 8 del R. D. 1438/1992 señala la obligación empresarial de entregar a los trabajadores recibo de pago sellado y firmado, en el que aparezcan detalladas las operaciones y, correlativamente, las cuantías de las comisiones que se

⁴⁷⁸ LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato especial de trabajo de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 166-172.

⁴⁷⁹ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 153-154.

comprendan en dicho pago. El artículo 15 de la Ley 12/1992 contiene un derecho de información a favor del agente en relación con las comisiones devengadas por cada operación: dispone tal precepto que el empresario entregará al agente una relación de las comisiones devengadas por cada acto u operación, el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubieran devengado, en defecto de pacto que establezca un plazo inferior. En la relación se consignarán los elementos esenciales con base en los cuales haya sido calculado el importe de las comisiones. Asimismo, el agente tendrá derecho a exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan y en la forma prevenida en el Código de Comercio. Igualmente, tendrá derecho a que se proporcionen las informaciones de que disponga el empresario y que sean necesarias para verificar su cuantía.

Tanto el momento del pago de las liquidaciones como el de su devengo tienen, en ambas regulaciones jurídicas, una clara inspiración en el contenido del artículo 29.2 LET, y, consecuentemente, una clara intención tuitiva. En este artículo se señala cuándo se produce el devengo de las comisiones, el derecho del trabajador a tener acceso a las informaciones relativas a tales devengos, así como el momento en el cual han de pagarse las comisiones, si bien, como ha observado la doctrina, parte de la situación normal de un trabajador con un régimen mixto de salario, en el cual las comisiones sólo constituyen una parte, y tal es la razón de que establezca el plazo de un año para la liquidación y pago de las mismas⁴⁸⁰. Por el contrario, tanto la normativa mercantil como la laboral establecen un plazo más corto en orden a la liquidación y pago del salario a comisión: un mes prorrogable hasta tres en el contrato especial de trabajo y hasta cuatro meses, excepto que se pacte un plazo menor, en el contrato de agencia mercantil.

El derecho del agente mercantil a acceder a la información relativa a los devengos y cuantías de sus comisiones, así como a la contabilidad del empresario en lo relativo a los mismos datos viene específicamente detallado en el artículo 15 de la Ley 12/1992. Por el contrario, el R. D. 1438/1985 nada establece al respecto, sin embargo,

⁴⁸⁰ HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 159.

ya se ha señalado con anterioridad que, en tanto salario, legalmente procede la aplicación a tales comisiones del régimen jurídico contenido en la LET, aun a pesar de que la aplicación supletoria de la normativa laboral común no proceda con carácter general en ninguna de las relaciones laborales especiales, excepto que en su normativa específica se disponga lo contrario. En el artículo 29.2 LET se recoge el derecho del trabajador y de sus representantes legales a solicitar “en cualquier momento comunicaciones de la parte de los libros referentes a tales devengos”.

4.- EN EL PACTO DE LIMITACIÓN DE COMPETENCIA.

La limitación de la competencia, o la prohibición de concurrencia es una cláusula contractual que beneficia de modo directo al empresario comitente, ya que pretende evitar que el agente mediador perjudique al empresario al que ha representado, poniendo los conocimientos y clientela que ha obtenido trabajando para éste al servicio de otros empresarios competidores, así como impedir que el agente se aproveche para sí de una clientela de una actividad anterior ya finalizada⁴⁸¹.

El artículo 10.4 del R. D. 1438/1985 sanciona la validez del pacto en virtud del cual el trabajador se obliga a no competir con el empresario, ni a prestar sus servicios a otro empresario competidor del mismo, para después de extinguida la relación laboral, y lo condiciona a la concurrencia de una serie de requisitos. Por su parte, los artículos 20 y 21 de la Ley 12/1992 regulan la posibilidad de que en el contrato de agencia mercantil se pacte una prohibición de competencia o “una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato”.

El régimen jurídico de este pacto presenta algunas diferencias por lo que respecta a la naturaleza de la relación jurídica de que se trate. En primer lugar, la normativa laboral no contiene ninguna disposición que aborde la cuestión de la forma del mismo, de donde se deriva que tal pacto no está sometido a ninguna formalidad

⁴⁸¹ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 208.

estricta, ni determinada, excepto que sea expreso y la que se deriva del artículo 2 del R. D. 1438/1985, esto es la obligatoriedad de que el contrato y todas sus cláusulas figuren por escrito⁴⁸², formalidad que, en todo caso, no revestirá carácter constitutivo, por lo que despliega toda su eficacia en el plano probatorio. Por el contrario, el artículo 21 de la Ley 12/1992 condiciona la validez de tal pacto a su formalización expresa y por escrito. Sin embargo, como nada se menciona en las normativas reguladoras correspondientes, lo que sí es posible es llegar a tal acuerdo en cualquier momento, incluso después de extinguida o finalizada la relación de trabajo⁴⁸³.

Con respecto a esta prohibición de competencia, hay que señalar que ambas regulaciones jurídicas se refieren al ámbito material de la prohibición, al ámbito temporal de la misma, así como a la compensación económica a favor del mediador que haya suscrito el pacto.

La validez de la prohibición de competencia postcontractual está condicionada en el caso de la relación laboral de carácter especial a la concurrencia simultánea de una serie de circunstancias: que la extinción del contrato se deba a causas distintas del incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones que le corresponden, que éste tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello y que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada. En este punto, el R. D. 1438/1985 señala que se entiende satisfecha tal compensación económica cuando se hubiera indemnizado al trabajador por la clientela conseguida por él, de tal modo que la relación que se establece entre la indemnización por clientela y la compensación económica de prohibición de competencia es una relación de reciprocidad, porque el derecho a la indemnización sólo nacerá si existe pacto y la compensación a abonar en éste se entenderá cumplida si se ha producido aquella indemnización, de tal manera que con

⁴⁸² Cuestión sobre la que la doctrina laboralista expresa sus dudas, LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato especial de trabajo de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 470.

⁴⁸³ LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato especial de trabajo de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 468 para la relación laboral de carácter especial, pero nada impide que sea así también en el contrato mercantil de agencia.

una sola indemnización se entiende compensado tanto el incremento de clientela, como la abstención de competencia por parte del trabajador⁴⁸⁴.

La Ley 12/1992 no contiene ninguna disposición en la que haga exigible algún tipo de indemnización a favor del agente sujeto a un pacto de limitación de competencia, aunque en el artículo 28, cuando establece los supuestos a tener en cuenta para que proceda conceder la indemnización por clientela, menciona la existencia de pactos de no concurrencia, y esa es la razón por la cual la doctrina mercantilista ha destacado la posibilidad y la conveniencia de que se conceda una indemnización económica, que debe ser la de clientela, al modo de lo resuelto en el caso del trabajador representante de comercio, ya que, por un lado, ningún precepto lo prohíbe, sino que, por el contrario, se favorece, ni, por otro, parece justificado que reciban la misma indemnización los que han firmado un pacto de no competencia que quienes no lo hayan hecho⁴⁸⁵.

El artículo 21 de la Ley 12/1992 contempla de modo taxativo el ámbito material al que puede referirse la limitación de competencia, sólo podrá extenderse tal prohibición a la zona geográfica confiada al agente, o a éste y al grupo de personas asignado, y sólo con respecto a los tipos de bienes o servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente, de tal modo que el agente es totalmente libre para ejercer su profesión con respecto a otras zonas, o a otros productos o servicios.

Por su parte, al artículo 10.4 del R. D. 1438/1985 se refiere a la obligación asumida por el trabajador de no competir con el empresario, por sí mismo, o prestando servicios para otro empresario competidor del mismo. No se señala expresamente el tipo de clientela o el tipo de operaciones con respecto a las cuales se compromete a

⁴⁸⁴ HUERTAS BATOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 166. LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, op. cit., pág. 466.

⁴⁸⁵ En ese sentido se pronuncia FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 210.

abstenerse de negociar, pero la expresión prohibición de competencia indica de modo claro que tal obligación se va a asumir con respecto a las operaciones y los clientes que llevaba para el empresario comitente, porque de lo contrario, si se ocupara de negocios de distinto tipo con terceros distintos no entraría en concurrencia.

Finalmente, la duración máxima de los pactos de no competencia postcontractual viene regulada en los mismos términos en cada una de las regulaciones jurídicas: el R. D. 1438/1985 señala una duración máxima de dos años. Como no expresa término inicial, habrá que entender que la duración del pacto no puede exceder de dos años, mientras que la Ley 12/1992, señala con más precisión que tal pacto no podrá tener una duración superior a dos años contados a partir de la extinción del contrato de agencia, con la excepción de que si el contrato de agencia se hubiera pactado por un tiempo inferior a dos años, el pacto de limitación de concurrencia, entonces, no podrá exceder de un año, lo que implica que el pacto de no concurrencia puede resultar más corto en el tiempo en el caso de los agentes mercantiles que en el de los mediadores laborales.

5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA CALIFICACIÓN - LABORAL O MERCANTIL- DE LAS RELACIONES DE MEDIACIÓN.

En todos estos aspectos del contenido de los contratos las regulaciones mercantil y laboral son en gran medida coincidentes, por lo que se puede llegar a la conclusión de que el estatuto jurídico del agente mercantil y del representante de comercio o agente laboral no presenta en cuanto a su contenido material importantes diferencias, de donde se podría extraer que resulta irrelevante una u otra calificación. Sin embargo, tales aspectos de contenido no son los únicos que configuran el régimen jurídico de las instituciones, revisten la misma importancia otros, como las cuestiones procesales, la protección social de los sujetos, o, incluso, el tratamiento fiscal de ambas actividades, además de la trascendental cuestión de la suspensión y extinción contractual, materia en la que el Derecho del contrato de trabajo refleja su máximo nivel de tutela de los trabajadores, y cuyo régimen jurídico resulta de aplicación en la relación laboral especial de los representantes de comercio por expreso mandato del artículo 10.1 del R. D. 1438/1985, en todo lo que no se oponga a las específicas prescripciones contenidas

en el mismo, aplicación que, consecuentemente con el régimen jurídico mercantil del agente comercial, no está presente en la Ley 12/1992. Y todo ello sin perjuicio de las posibles diferencias en aspectos regulados por ambas normativas, como la cuantía de las indemnizaciones en caso de extinción anticipada del contrato por iniciativa del empresario.

Por lo tanto, un adecuado examen de la regulación jurídica de ambas instituciones jurídicas exige el tratamiento de tales cuestiones.

A. La suspensión y extinción del contrato.

El R. D. 1438/1985 establece en su artículo 10 que tanto la suspensión como la extinción del contrato especial de trabajo se regirán por lo contenido en la LET, por lo que serán de aplicación los preceptos de los artículos 45, 46, 47 y 48, así como el principio de la causalidad del despido (art. 49 LET) y las correspondientes indemnizaciones en caso de que el mismo se declare improcedente por el Juzgado de lo Social (art. 10.3 R. D. 1438/1985).

Con respecto a la suspensión del contrato de agencia, nada se dice en su normativa reguladora, ni nada puede aplicarse, dado que tal categoría, en su sentido jurídico-laboral, es desconocida para el derecho común de los contratos, tanto de régimen civil, como de régimen mercantil. Por lo tanto, ante la concurrencia de alguna de las causas que en el Derecho del Trabajo justifican una suspensión temporal de las obligaciones derivadas del contrato, en lugar de una extinción de la relación, el medidor mercantil, en cuanto trabajador autónomo, verá seriamente perjudicada su actividad profesional, sin que sea difícil que llegue a romperse la relación que le unía al empresario comitente, el cual podrá solicitar la resolución del contrato con base en un incumplimiento contractual del agente o en una onerosidad sobrevenida, según las circunstancias concurrentes en el caso, a salvo siempre, claro está, de los posibles pactos o acuerdos a los que las partes hayan llegado. Así, a título de ejemplo, no puede tener las mismas consecuencias la suspensión temporal de la actividad mediadora debida a una enfermedad del trabajador, que un abandono de la misma por la producción del

supuesto contemplado en el número 1 del artículo 46 (excedencia voluntaria o excedencia forzosa por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo).

A este respecto conviene recordar la doctrina del Tribunal Supremo que distingue los supuestos en los que la imposibilidad de la prestación sea definitiva e insuperable de aquellos otros en los que los cuales se trate únicamente de un impedimento transitorio o temporal, en cuyo caso el Tribunal ha llegado a establecer la existencia de un supuesto de imposibilidad con efectos suspensivos⁴⁸⁶. A estos efectos, el Tribunal Supremos ha venido teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el fin del negocio y el interés del acreedor. Si bien se puede afirmar la existencia en el Derecho español de una resolución de las relaciones obligatorias sinalagmáticas por imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación a cargo de una de las partes, y no sólo en el caso de que el incumplimiento deba ser culpable o imputable al deudor, también sucede que el ordenamiento se ha mostrado flexible con las circunstancias ajenas a la voluntad del deudor, y así, se ha afirmado que se justifica el ejercicio de una acción resolutoria cuando se haya frustrado el fin práctico del negocio o sea inexigible una continuación de la vinculación del acuerdo por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (SSTS de 4 de marzo de 1986 y de 5 de junio de 1989, Ar. 1098 y 4293)⁴⁸⁷.

La aplicación de esta doctrina al supuesto de la extinción de un contrato sinalagmático y de tracto sucesivo, como es el contrato de agencia mercantil, así como el contenido del artículo 26.1, a) de la Ley 12/1992, en virtud del cual el contrato de agencia se podrá dar por finalizado en cualquier momento y sin preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido total o parcialmente las obligaciones legal o contractualmente establecidas, interpretado en sentido contrario, permiten afirmar que la concurrencia de interrupciones temporales de la prestación por causas no imputables al agente no puede dar lugar en todo caso a la resolución del contrato, sino que habrá que ponderar las

⁴⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 661.

⁴⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 662.

circunstancias concurrentes y la conveniencia de su ejercicio en función de la finalidad perseguida con el negocio y la carga que pueda suponer para el empresario comitente.

La extinción de la relación laboral de carácter especial se remite por el R. D. 1438/1985 a la regulación estatutaria, excepto en las materias específicamente tratadas en el mismo, de tal modo que la relación se extinguirá por la causas previstas en el artículo 49 LET, y con respeto de los procedimientos formales y materiales regulados en la misma.

Las excepciones al régimen común que contiene la normativa reglamentaria se refieren, por un lado, al preaviso que debe realizar el trabajador cuando presente su dimisión, que en este caso será de, al menos, tres meses, mientras que la LET remite su duración al convenio colectivo o a la costumbre del lugar. Y en segundo y último lugar, establece el artículo 10.3 del R. D. 1438/1985 que el salario mensual que sirva de base para el cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente o casos asimilados (se refiere la norma a las indemnizaciones por extinciones colectivas, objetivas no colectivas y por fuerza mayor) vendrá constituido por el promedio de ingresos de los dos últimos años anteriores al despido o resolución del contrato o período inferior, en su caso. Por lo tanto, la indemnización que recibirá el sujeto del contrato laboral especial en caso de extinción del contrato sin la concurrencia de una causa justificada será la general de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un límite máximo de 42 mensualidades, calculado el salario mensual de la forma establecida en la norma reglamentaria (art. 56 LET).

La Ley 12/1992 contiene un extenso capítulo relativo a la extinción del contrato, en el cual se regulan aspectos de la misma muy similares a los contenidos en la legislación laboral común, ya que el contrato de agencia es, como el contrato de trabajo, un contrato de colaboración de carácter estable o duradero. Se diferencia entre la extinción de los contratos celebrados por tiempo determinado y la extinción de los contratos celebrados o convertidos en contratos por tiempo indefinido (arts. 24 y 25 Ley 12/1992). Se contiene una prescripción en virtud de la cual la muerte o declaración de fallecimiento del agente es causa de extinción del contrato, pero no lo será la muerte o

declaración de fallecimiento del empresario comitente, a menos que así lo quieran y comuniquen debidamente, con el preaviso correspondiente, sus sucesores⁴⁸⁸, hecho que, además, indica el carácter *intuitus personae*⁴⁸⁹ del contrato de agencia, al menos cuando el agente es una persona física que utiliza o se vale de una organización poco desarrollada y que contribuye a enturbiar la diferenciación entre las dos categorías, agentes mercantiles y agentes laborales⁴⁹⁰.

Se aleja de modo inexorable de la regulación tuitiva típicamente laboral en que el sistema de protección del agente en el que descansa toda la regulación jurídica contenida en la ley se basa en el plazo y forma del preaviso que tiene que ejercitar la parte que quiera dar por concluida la relación, admitiendo, así, la resolución prácticamente libre del contrato de agencia, aunque sin llegar a admitir la revocación *ad nutum*, es decir, a voluntad del comitente, porque la conclusión de un contrato de agencia implica la creación por parte del agente de una organización, con la consiguiente formación de una clientela o el incremento del volumen del negocio con la ya existente, de tal modo que el ordenamiento jurídico se ve en la necesidad de proteger la relación establecida con el contrato de agencia, fundamentalmente a través de la disciplina que contiene la Ley 12/1992 en materia de extinción⁴⁹¹.

La extinción del contrato de agencia viene fijada en la ley a partir de la duración del mismo, y así, se establecen unas causas y modos de extinguir el contrato cuando tiene una duración determinada y otros cuando tiene una duración indefinida. Causa común a ambos tipo de modalidad de contrato, aunque la ley no la mencione, ha de considerarse el mutuo disenso entre las parte, que de común acuerdo, deciden dar por

⁴⁸⁸ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 129.

⁴⁸⁹ PORFIRIO CARPIO, L. J.: <<La extinción del contrato de agencia>>, op. cit., pág. 1263. O *intuitu negotii*, como indica la doctrina, queriendo significar que el contrato se celebra en atención a las características de la empresa, vid, entre otros, MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 202. Por su parte, CÁMARA BOTÍA, A.: <<Los representantes de comercio>>, *REDT*, 2000, nº 100, pág. 104, señala que el contrato de agencia aparece caracterizado por la idea de *intuitu instrumenti*, en la que lo relevante no son tanto las condiciones del agente, sino la idoneidad de su organización.

⁴⁹⁰ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas sobre la nueva Ley de contrato de Agencia>>, op. cit., págs. 798-799.

⁴⁹¹ PORFIRIO CARPIO, L. J.: <<La extinción del contrato de agencia>>, op. cit., pág. 1253.

terminada la relación contractual, con las consecuencias económicas que las mismas pacten y las que procedan, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso⁴⁹².

El contrato de agencia concertado por tiempo determinado se extingue por el cumplimiento del término pactado, sin necesidad de que medie preaviso y sin que ninguna de las partes tenga derecho a indemnización⁴⁹³, y si llegado tal término continúa siendo ejecutado por ambas partes se considerará transformado en contrato de duración indefinida (art. 24 Ley 12/1992). La cuestión que plantea este supuesto es la denuncia del contrato antes de la llegada del término final, cuestión que en opinión de la doctrina obliga a fundamentar la denuncia en una justa causa, porque las partes deben respetar la duración pactada, en ausencia de la cual el denunciante habrá de indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la revocación, configurada como un incumplimiento contractual⁴⁹⁴.

El régimen jurídico de la extinción del contrato de agencia concertado por tiempo indefinido permite al empresario, también al agente, la extinción del mismo sin alegar ninguna causa, con la única carga de comunicarlo por escrito a la otra parte con una antelación de, al menos, un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses, o de un mes en el caso de que el contrato se haya extinguido antes del transcurso de un año -preaviso-. Si el contrato se había transformado en indefinido por mandato de la ley, se computará para la determinación del plazo de preaviso el tiempo inicialmente pactado, añadiendo al mismo el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación. Continúa la Ley 12/1992 señalando que las

⁴⁹² VALENZUELA GARACH, F.: <<La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo>>, op. cit., pág. 3. PORFIRIO CARPIO, L. J.: <<La extinción del contrato de agencia>>, op. cit., pág. 1264. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 130.

⁴⁹³ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 200.

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas sobre la nueva Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 800, indemnización que pudiera abarcar el importe de las comisiones a devengar entre la fecha de la extinción anticipada y la del vencimiento pactado (lucro cesante). LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., págs. 206-207, la indemnización tendrá que abarcar las comisiones dejadas de percibir a consecuencia de la resolución, incluyendo las indirectas, en caso de que el denunciante fuera el empresario. Si se tratara del agente, entraría en juego la aplicación del artículo 1124 Cc. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 143-144.

partes podrán fijar plazos mayores de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior en ningún caso al establecido para el preaviso del empresario, lo que implica que sólo cabe que sea más amplio el preaviso exigido al empresario principal, no a la inversa⁴⁹⁵. Salvo pacto en contrario, el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes. En tales casos el agente no tendrá derecho al percibo de ningún tipo de indemnización. Con esta regulación, la Ley 12/1992 ha tipificado un supuesto de desistimiento unilateral del contrato de agencia, ejercitable mediante denuncia expresa y respetando un plazo de preaviso, con base jurídica en la exigencia de que las relaciones obligatorias de carácter indefinido no se prolonguen a perpetuidad.

Cabe preguntarse qué eficacia tiene el preaviso en la configuración legal de la extinción, así como el significado de la exigencia de forma escrita y del incumplimiento de sus requisitos de plazo y forma. El preaviso se configura con respecto a la extinción del contrato de agencia como un requisito esencial de carácter legal consistente en una declaración de voluntad de carácter recepticio, para cuya eficacia es innecesaria la aceptación del destinatario, basta con que llegue a su conocimiento⁴⁹⁶. En su virtud, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos legales del preaviso implica el incumplimiento de las normas arbitradas para dotar de un régimen de seguridad jurídica y respeto de la buena fe contractual a las relaciones entre las partes, de modo que un incumplimiento en tal sentido ha de ser tenido en cuenta a la hora de analizar la procedencia de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la parte que soporta el desistimiento⁴⁹⁷.

El artículo 26 de la Ley 12/1992 contiene las que denomina excepciones a la regla general en virtud de la cual el contrato de agencia se extingue por la decisión

⁴⁹⁵ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas sobre la nueva Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 802.

⁴⁹⁶ LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, op. cit., pág. 214.

⁴⁹⁷ Así, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas Sobre la nueva Ley de Contrato de Agencia>>, op. cit., pág. 804. MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 213. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 158.

unilateral de las partes, debidamente formalizada y comunicada a la parte afectada. Estas excepciones consisten en que, producido alguno de los supuestos de hecho que la norma enumera con carácter exhaustivo, cada una de las partes del contrato de agencia, tanto en los de carácter temporal como en los indefinidos, puede dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, y con efectos desde la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlos por extinguidos y la causa de la extinción, lo que exige que la notificación se realice por un medio que permita garantizar la recepción, “acreditar que tuvo lugar, y la fecha”⁴⁹⁸.

Constituyen causas de extinción en este caso, el incumplimiento total o parcial de la otra parte de las obligaciones legal o contractualmente establecidas y la declaración de quiebra o la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos, tanto en el empresario principal como en el agente, supuesto que nuevamente refleja el carácter de empresario mercantil con el que la Ley 12/1992 ha pretendido investir al agente comercial y refuerza carácter *intuitu personae* del contrato de agencia, ya que estas situaciones patrimoniales pueden quebrar la confianza inherente a la relación, por lo cual aparece justificado que cualquiera de las partes pueda poner fin a la relación. Con base en ese motivo se ha señalado una nueva causas de extinción del contrato de agencia no incluida en la Ley 12/1992, la transmisión de la empresa del agente o del empresario representado, a menos que se manifieste por la parte afectada el consentimiento en orden a la continuación de la relación, es decir, que tanto el agente como el empresario podrán hacer uso de la facultad de denunciar el contrato como consecuencia del cambio de titularidad producido. Tanto si es el empresario quien transmite su empresa, como si es el agente el que lo hace, la sucesión no puede operar de modo automático en ninguno de los dos supuestos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 208.

⁴⁹⁹ VALENZUELA GARACH, F.: <<La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo>>, op. cit., pág. 5. PORFIRIO CARPIO, L. J.: <<La extinción del contrato de agencia>>, op. cit., pág. 1265. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección judicial del agente mercantil*, op. cit., págs. 141-142.

Si la extinción tuviera lugar por decisión del empresario, se abonarán al agente las indemnizaciones que pudieran corresponderle, tanto la indemnización por clientela como la indemnización por daños y perjuicios.

La indemnización por clientela tiene la finalidad de compensar al agente el beneficio que ha producido para el empresario principal al aumentar la clientela o el nivel de operaciones con la misma, de tal modo que el empresario va a seguir beneficiándose de ésta a la finalización del contrato, mientras que al agente la extinción le produce un perjuicio económico, que la ley reconoce, cuantifica y concede al agente en los términos ya señalados.

Contiene el artículo 29 de la Ley 12/1992 otra posible indemnización a favor del agente mercantil: “el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”.

Esta indemnización a favor del agente mercantil tendrá lugar únicamente en el caso de denuncia del contrato celebrado por tiempo indeterminado, por lo que la denuncia anticipada de un contrato de duración temporal no llevará aparejada indemnización a favor del agente, excepto la que pudiera corresponderle si, en virtud de lo ya expuesto, se hubiesen producido daños al agente⁵⁰⁰. Por otro lado, la ley la configura como una indemnización limitada exclusivamente a los gastos necesarios efectuados a sugerencia del empresario comitente, hecho cuya determinación ofrecerá dudas de interpretación y prueba⁵⁰¹, y a los gastos no amortizados que se le hayan

⁵⁰⁰ Limitación que ha sido cuestionada por VALENZUELA GARACH, F.: <<La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo>>, op. cit., pág. 8. SORIA FERRANDO, J. V.: *El agente de comercio*, op. cit., pág. 125.

⁵⁰¹ VALENZUELA GARACH, F.: <<La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo>>, op. cit., pág. 8.

ocasionado al agente⁵⁰², es decir, se trata de resarcir el daño emergente, lo que ha de ponerse en relación con el contenido del artículo 18 de la Ley 12/1992, en virtud del cual rige el principio general de que el agente no tiene derecho al reembolso de los gastos ocasionados por el ejercicio de su actividad profesional, de tal modo que la indemnización del artículo 29 de la Ley 12/1992 comporta una excepción justificada en el hecho de que al agente no se le ha permitido, en el ejercicio normal de su actividad, resarcirse de tales gastos porque el empresario solicitó “por sorpresa” la extinción del contrato⁵⁰³.

No cabe duda de que se trata de una indemnización reconocida y regulada con un carácter mucho más restrictivo que las indemnizaciones que la normativa laboral reserva tanto a los supuestos de despido declarado improcedente, como a los restantes supuestos de extinción de la relación laboral ajenos a la voluntad o comportamiento del trabajador. Aún así, su inclusión en la norma viene a significar que ante la extinción unilateral del contrato de agencia decidida por el empresario, aun cumpliendo todos los requisitos establecidos al efecto en la norma en materia de preaviso, el agente tiene derecho a una indemnización cuya cuantía se calcula en función de los gastos habidos con ocasión de la celebración del contrato y que aún no hubieran sido amortizados. Y ello con total independencia de la procedencia o no de la indemnización por clientela, cuyo fundamento se encuentra en otras causas, y de la indemnización de daños y perjuicios que pueda corresponder con arreglo al régimen de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, si las circunstancias la hacen procedente, en los términos ya indicados o por otras causas⁵⁰⁴. Tal construcción se inspira de modo importante en la normativa laboral y no es más que una consecuencia del carácter permanente o estable de la relación que el contrato de agencia disciplina y de la necesidad de protección de tal situación que en la teoría general de la contratación aparece insuficientemente tratada.

⁵⁰² SORIA FERRANDO, J. V.: *El agente de comercio*, op. cit., pág. 126.

⁵⁰³ MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, op. cit., pág. 216. En contra, opina FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., pág. 200, que los gastos a los que hace referencia la norma son gastos extraordinarios y atípicos, surgidos al margen de la actividad normal del agente y que han sido asumidos como consecuencia de las instrucciones del empresario representado.

⁵⁰⁴ Vid. FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, op. cit., págs. 197-198.

El régimen jurídico que La Ley 12/1992 diseña para la extinción del contrato de agencia concluye con una precisión sobre los supuestos en los cuales se excluye el abono de ambas indemnizaciones, la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios: cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por incumplimiento del agente; cuando fuese el agente quien denunciase el contrato, salvo que tal denuncia estuviera motivada por incumplimientos contractuales por parte del empresario o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente, o, finalmente, cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

De lo expresado hasta ahora resulta que en materia de extinción del contrato, a pesar del esfuerzo realizado por el legislador en los mecanismos de protección que incorporó a la ley reguladora del contrato de agencia, la normativa laboral es más favorable para el agente en términos generales, salvando la circunstancia de que la regulación de la indemnización por clientela prevista en la legislación mercantil es más abierta que la contenida en la normativa laboral⁵⁰⁵.

B. Los derechos colectivos.

La posibilidad de que los representantes laborales de comercio ejerciten sus derechos colectivos y cuenten con órganos de representación y defensa de sus intereses, o con representantes en tales órganos constituidos ya en la empresa o en el centro de trabajo, y con instrumentos de determinación de sus condiciones de trabajo o menciones específicas relativas a los mismos en los instrumentos que se negocien en su ámbito de trabajo⁵⁰⁶, así como la posibilidad de plantear conflictos colectivos de trabajo, deriva no

⁵⁰⁵ 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*, 1993, nº 7, pág. 104.

⁵⁰⁶ Señala HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, op. cit., pág. 188 la mayor operatividad que en el ámbito de esta especial relación de trabajo pueden tener los convenios franja.

sólo de su consideración como auténticos trabajadores por cuenta ajena, sino también de las prescripciones contenidas a lo largo del articulado del R. D. 1438/1985, al referirse de modo reiterado a los pactos o acuerdo colectivos como instrumento de concreción de la regulación jurídica de sus condiciones de trabajo, y, de modo específico, en el artículo 12 de la misma norma, que remite al Estatuto de los Trabajadores, la regulación de los derechos y deberes laborales básicos: derecho a la libre sindicación, derecho a la negociación colectiva, derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, derecho a la huelga, derecho de reunión y derecho a la participación en la empresa.

Los mediadores sometidos a normativa y régimen mercantil, por su parte, no constituyen sujeto de aplicación del denominado Derecho colectivo del Trabajo, por lo cual carecen, en principio, de este tipo de derechos sociales. Sin embargo, no se puede olvidar que con respecto a la libertad sindical el artículo 3.1 LOLS considera a los trabajadores autónomos no empleadores sujetos de este derecho, si bien con la limitación de que no pueden fundar sindicatos de categoría, “que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares”. Y que cualquier ciudadano o colectivo, al amparo del artículo 22 CE, puede ejercer su derecho de asociación, y puede constituir organizaciones o asociaciones profesionales con la finalidad de velar por los intereses de sus miembros.

C. El régimen de Seguridad Social aplicable.

El régimen de Seguridad Social en el que encuadrar a los mediadores mercantiles es diferente, también, en función del tipo de relación jurídica que une al agente con el empresario principal.

El mediador trabajador está incluido en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, desde la integración en el mismo de los representantes de comercio producida por el R.D. 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se regula la protección por desempleo de los jugadores profesionales de fútbol, representantes de comercio, artistas y toreros integrados en el Régimen General de la Seguridad Social. Por el contrario, el agente comercial sujeto a una relación mercantil está incluido en el

campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, regulado por el D. 2530/1970, de 20 de agosto (BOE de 15 de septiembre), según se desprende de los artículos 3 del mismo Decreto y 2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 (BOE de 30 de septiembre), que establecen la obligatoria inclusión en el RETA de, entre otros, los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, siempre que en los mismos concurren los requisitos reglamentarios y que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio español y los profesionales que ejerzan su actividad por cuenta propia, tanto si se les exige su colegiación oficial como si no. A los efectos de su inclusión en el RETA, se considerará trabajador por cuenta propia al que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, como medio fundamental de vida, sin sujeción a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. Para ser calificado como trabajador por cuenta propia no bastará con ser titular de una empresa, sino que será preciso que realice un trabajo efectivo, habitual y directamente, sin que constituya un obstáculo la utilización de servicios ajenos⁵⁰⁷. Por ello, tanto si el agente presta servicios como titular de una organización empresarial, como si lo hace como profesional libre, estará incluido en el campo de aplicación del RETA.

Las diferencias entre ambos regímenes de protección social son claras: el Régimen General de la Seguridad Social es el de más amplia cobertura, mientras que el Régimen de Trabajadores Autónomos no incluye las contingencias de Desempleo y Fondo de Garantía Salarial, siendo, además, la cotización por incapacidad temporal optativa. Por otro lado, la cotización en el Régimen General es una obligación compartida entre el empresario y el agente mediador y en el RETA la obligación de cotizar corresponde exclusivamente el agente, por lo que la cuota que efectivamente corresponde ingresar al mediador será para el agente trabajador más baja que para el agente autónomo.

Sin embargo, el régimen de Seguridad Social en el que se encuadra al representante laboral presenta algunas particularidades en relación con el de un

⁵⁰⁷ BLASCO LAHOZ, J. F.: *Sujetos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 23.

trabajador común, particularidades que lo acercan al régimen de autónomos, como el hecho de que sea el propio representante de comercio quien deba instar directamente la formalización de su afiliación y alta a la Seguridad Social, para lo que debe presentar una copia de su contrato de trabajo con la empresa o empresas por cuya cuenta actúe, así como la identificación de la entidad que cubra las contingencias profesionales y la incapacidad temporal, en su caso. Asimismo, el representante es el obligado al cumplimiento de la obligación de cotizar, de tal manera que es él quien debe abonar la totalidad de la cuota, tanto su aportación como la del empresario, para lo cual éste le entregará su parte en el momento de abonarle la retribución.

La cuestión del encuadramiento de los mediadores mercantiles en el régimen correspondiente de Seguridad Social, si bien es un aspecto de la regulación de su actividad derivado de la naturaleza jurídica de la misma, esto es, del tipo de relación jurídica, mercantil o laboral que una al mediador con su empresario dependerá su encuadramiento en uno u otro régimen de protección social, sin embargo, ha sido tratada por la jurisprudencia de manera totalmente opuesta, y, en ocasiones, se ha dado el valor de indicio a la afiliación del mediador al RETA, a la hora de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la relación existente entre un mediador mercantil y un empresario⁵⁰⁸. Sin embargo, tal interpretación no es definitiva ni predominante en la jurisprudencia de nuestros tribunales, pues en la mayoría de las sentencias se destaca su inoperancia en cuanto a la calificación de la relación jurídica en cuestión⁵⁰⁹.

D. Las obligaciones fiscales del mediador.

La prestación de la actividad de mediación a través de un contrato calificable como laboral especial no conlleva más obligación tributaria para el trabajador que la de

⁵⁰⁸ Entre otras, STSJ La Rioja 31 mayo 1991 (Ar. 3069); STSJ Galicia 27 julio 1993 (Ar. 4326).

⁵⁰⁹ STS 27 enero 1994 (Ar. 383); STSJ Murcia 11 abril 1991 (Ar. 2836); STSJ Cantabria 22 noviembre 1991 (Ar. 6021); STSJ Castilla y León/Valladolid 4 mayo 1992 (Ar. 2597); STSJ Andalucía/Granada 14 diciembre 1993 (Ar. 5457); STSJ Comunidad Valenciana 28 enero 1997 (Ar. 62).

la declaración de sus ingresos como rendimientos del trabajo por lo que se refiere al impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Por el contrario, cuando la actividad se presta mediante un contrato de agencia mercantil, el mediador, en cuanto trabajador autónomo, posible titular de una organización específica, viene obligado a tributar por varios conceptos: en primer lugar, por los rendimientos obtenidos, que tendrán la consideración de rendimientos profesionales o empresariales, en función de si el agente asume o no el riesgo de las operaciones en las que media. Tal es así en virtud de la Resolución de la Dirección General de Tributos de 7 de julio de 1993 al señalar en el caso de los contratos de agencia sometidos a la Ley 12/1992 que, dada la posibilidad de que en el contrato se pacte la asunción por el agente del riesgo y ventura de las operaciones, la existencia de tal pacto conllevaría, en cuanto al IRPF, la calificación de los rendimientos obtenidos como empresariales, mientras que si el riesgo no es asumido por el agente, los rendimientos son calificados como profesionales, con un distinto tratamiento, por tanto, a la hora de declararlos como renta personal. En segundo lugar, el agente tiene la obligación de repercutir el IVA tanto si sus actividades son consideradas fiscalmente como profesionales o empresariales, y ello en virtud del artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 de diciembre), que señala que estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad. Finalmente, el agente mercantil debe darse de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en epígrafes diferentes en función del modo, empresarial o profesional, de ejercer la actividad⁵¹⁰.

Es evidente que las obligaciones tributarias del agente mercantil son más, y más complejas que las del representante de comercio, circunstancia derivada de la condición empresarial del agente mercantil, lo que supone una mayor carga impositiva consecuencia de su mayor capacidad económica.

⁵¹⁰ BORRÁS CABACÉS, M.: <<Representantes de comercio y agentes comerciales>>, *RL*, 1997, nº 11, págs. 27-28.

Al igual que ocurría con la protección social del agente, también respecto de las circunstancias impositivas en las que el mediador ha realizado su actividad ha pretendido encontrar indicios la jurisprudencia, en alguna ocasión, a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la relación que unía al mediador con el empresario por cuya cuenta actuaba. Y también en esta ocasión se ha concluido con su inoperancia en tal sentido, en cuanto que este tipo de aspectos accesorios de las relaciones jurídicas no pueden ser utilizados para averiguar la naturaleza de las mismas, sino que constituyen la consecuencia derivada de lo que en realidad sea la categoría jurídica en cuestión. El hecho de descontar el IVA en las facturas, o de estar en alta en el IAE, no implica que en realidad el contrato que une a las partes sea mercantil. La operación correcta es la contraria: habrá que determinar primero, y con base en circunstancias materiales que tengan auténtico valor de indicios, la naturaleza del vínculo contractual y después, aplicar el régimen jurídico adecuado al mismo⁵¹¹.

E. La normativa procesal aplicable.

La relación laboral especial del representante de comercio, como cualquier contrato de trabajo, común o especial, está sometida jurisdiccionalmente al orden social⁵¹², mientras que el contrato mercantil de agencia tiene asignado el orden jurisdiccional civil para la resolución de los conflictos que pueda generar su desarrollo.

El proceso laboral o social se incluye actualmente como uno de los órdenes jurisdiccionales existentes dentro de la organización judicial unitaria proclamada por la

⁵¹¹ STS 27 enero 1994 (Ar. 383). La STSJ Cantabria 22 noviembre 1991 (Ar. 6021) establece que el alta en la Licencia Fiscal, el tipo de retención del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la forma de liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido carecen de valor concluyente, “pues se trata de situaciones administrativas cuya proyección no necesariamente ha de corresponder con la realidad de la relación inter partes, tal y como fue querida y consentida por ellas.”

⁵¹² En el caso de los mediadores mercantiles, si bien no directamente, la atribución al orden social viene efectuada por vía incidental, al contener el artículo 11 del Real Decreto 1438/1985 un precepto según el cual la determinación de la indemnización por clientela compete, en caso de desacuerdo entre las partes, al Magistrado de lo Social. MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; RÍOS SALMERÓN, B.: *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 35.

Constitución. Sin embargo, su origen y evolución revela su “especialidad”, pues “nace como obligada alternativa de mejor justicia y eficacia frente a la situación que ofrece el proceso civil, lento, formalista y enraizado en los hábitos forenses de una clase profesional (jueces, abogados, procuradores) poco pertrechada para responder a los nuevos requerimientos que demanda también en este punto, la transformación social operada, entre violencias y concesiones o reconocimientos, por los movimientos obreros”⁵¹³. Por ello, el procedimiento laboral se basa en los principios, enumerados en el artículo 74.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, de intermediación, oralidad, concentración y celeridad, que pretenden alejarse del formalismo estricto del procedimiento civil y convertirse en un cauce más útil y práctico de obtener la tutela de los tribunales del orden social. De ellos, el que caracteriza el procedimiento laboral de modo fundamental es el principio de la oralidad, del cual constituyen una manifestación o consecuencia los demás⁵¹⁴. Así, supone en primer lugar, que en la expresión y comunicación entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso predomina lo hablado sobre lo escrito. En segundo lugar, implica que el juez esté en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que existan elementos interpuestos entre ellos. La oralidad significa también concentración, en cuanto que ésta tiende a que la mayor parte de los actos procesales se realicen en una sola audiencia, en la que se discutirán todas las cuestiones y se resolverán en la misma sentencia, sin dar lugar a la celebración de procedimientos independientes⁵¹⁵. Por todo ello, el procedimiento laboral, es, además, más rápido, con lo que se cumple la última característica enumerada en el artículo 74 LPL.

Por el contrario, el proceso civil se articula sobre el principio de la forma escrita de las actuaciones, con lo que ello implica de lentitud, formalismo y rigidez del

⁵¹³ ALMAGRO NOSETE, J. y SAAVEDRA GALLO, P.: *Lecciones de Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 21.

⁵¹⁴ MONTERO AROCA, J.: *Introducción al proceso laboral*, J.M. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 55-56.

⁵¹⁵ MONTERO AROCA, J.: *Introducción al proceso laboral*, op. cit., págs. 56-57.

procedimiento⁵¹⁶. Conforme con este principio de escritura, es común al proceso civil el principio de mediación, es decir, el desarrollo del proceso con escasa comunicación de las partes entre sí y con el juez, pues debido al excesivo volumen de trabajo de los Juzgados, el juez suele delegar la práctica de la prueba en el personal auxiliar de juzgado, resolviendo posteriormente con base en la transcripción escrita de la misma que dicho personal ha realizado en las correspondientes actas⁵¹⁷. Con respecto a los principios de concentración y publicidad, el proceso civil se caracteriza por su tendencia a la concentración, si bien, en la actualidad aún dista mucho de serlo, y la publicidad, en conexión estrecha con la oralidad del proceso, está presente con respecto a terceros tan sólo parcialmente en la fase probatoria⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Ello sin perjuicio de la evolución hacia la oralidad del proceso civil señalada por CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil*, Colex, 2ª edición, Madrid, 1997, págs. 34-39.

⁵¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 41.

⁵¹⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil*, op. cit., págs. 42-45.

CAPÍTULO III: NUEVOS LÍMITES EN LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO: UN LUGAR PARA LA INTERMEDIACIÓN MERCANTIL.

Si el contrato de trabajo -y el propio Derecho del Trabajo- aparecieron con la finalidad de dar cauce jurídico a una determinada manera de prestar trabajo, que se desarrolló a partir de un determinado momento histórico porque los cambios sufridos por los sistemas de producción y el éxito de una determinada opción política hicieron aparecer nuevos trabajos y nuevas formas de trabajar y entender el trabajo, no llama la atención que en la actualidad, y ya desde hace algunas décadas, ante los cambios que los sistemas productivos están sufriendo como consecuencia de la evolución de las estructuras sociales, económicas y culturales ese derecho regulador cuyas respuestas y soluciones respondían a un determinado modo de organización productiva, se encuentre con problemas de adaptación a la realidad a la que va dirigido y que pretende regular y proteger⁵¹⁹. Si el trabajo es considerado como la traducción concreta de la relación entre el hombre y la máquina, entre el hombre y el sistema de producción, cuando el trabajo se transforma, exige también una transformación en el Derecho del Trabajo y su papel en su función de proteger los derechos de los trabajadores⁵²⁰.

La empresa fordista, surgida del modelo industrial de relaciones laborales, ha dado paso a otro tipo de empresa, que se orienta a la consecución de sus fines

⁵¹⁹ Vid., entre otros, LYON-CAEN, G.: <<The Evolution of Labour Law>>, en AA.VV.: *Labour Law in the post-industrial Era*, Dartmouth, Aldershot, 1994, págs. 93-104. TERRY, M.: <<The industrial relations context for new labour>>, *Industrial Law Journal*, 1999, vol. 28, nº 1. ANDREONI, A.: <<Nuovi lavori, garanzia dei diritti e promozione sociale. Note per una riflessione>>, *RGLPS*, 1998, nº 4, págs. 727-736. MONEREO PÉREZ, J. L.: <<El Derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo>>, *Revista de Relaciones Laborales (Lan Harremanak)*, 2000, nº 2, págs. 239-300. PLÁ RODRÍGUEZ, A.: <<La actual coyuntura del Derecho Laboral>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000, págs. 1161-1180. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 169-187. OIT: *El Trabajo en el mundo 1997-1998: relaciones laborales, democracia y cohesión social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997, págs. 73-113. Asimismo, TREU, T.: <<Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)>>, *GDLRI*, 1987, nº 36, págs. 685-732.

⁵²⁰ AUBRY, M. et RÉMY, P. L.: <<Le droit du travail á l'épreuve des nouvelles technologies>>, *DS*, 1992, nº 6, pág. 522. En el mismo sentido se preguntaba RAY, J. E.: <<Nouvelles technologies, nouveau droit du travail?>>, *DS*, 1992, nº 6, pág. 519, cómo recibiría el Derecho del Trabajo el cambio que las nuevas tecnologías habían introducido en el contenido del trabajo.

planteando sus estrategias de producción de manera distinta a la conocida y tenida en cuenta por el Derecho del Trabajo tradicional, porque las necesidades del mercado, de las relaciones de producción y de la sociedad ya son otras. De una consideración de la empresa eficaz como aquella de grandes dimensiones y estructura vertical, que se encargaba de todas las fases del proceso de producción -la gran empresa industrial del siglo XIX-, se ha pasado a una división del proceso productivo en varias fases y en la fragmentación del mismo entre varias unidades empresariales y su distribución entre las mismas, de modo que sea más fácil y menos costosa la adaptación a las crisis y a los cambios tecnológicos y productivos cada vez más frecuentes y más profundos. El mismo cambio de necesidades ha ocurrido con respecto a la organización del trabajo en el seno de las empresas, de una organización jerárquica con un alto grado de especialización (determinación exhaustiva de tareas) y basado en la abundancia de trabajo sencillos y repetitivos, se ha pasado a una situación en la que es necesario que el personal cuente con un mayor nivel de estudios y cualificación y sea, en consecuencia, más adaptable a los cambios en la organización del trabajo y capaz de participar en la toma de decisiones y facilitar, así, su integración en el “proyecto común” que la empresa constituye.

El sistema *taylorista* de organización del trabajo implicaba una excesiva rigidez que no estaba en sintonía con las necesidades de una flexibilidad creciente, pues no se acomodaba a los imperativos de gestión de las empresas, enfrentadas a mercados fluctuantes y a tecnologías cambiantes, así como a las propias actitudes y expectativas de los asalariados, “a la vez más exigentes con respecto su trabajo y más atentos a lo que les rodea: actividad profesional del cónyuge, vida social y familiar, tiempo de ocio”⁵²¹. La empresa tradicional era la gran empresa en la que se desarrollaban una serie de prestaciones mecánicas y no cualificadas que asemejaban a todos los sujetos objeto de protección, por lo cual la delimitación de la realidad social a cubrir no presentaba excesivos problemas: trabajo parcelado, asimilado a una fuerza o a un material en buena parte sustituible, modos de consumo y de vida normalizados, conflictos sociales de masa y de clases, generalización de derechos universales. En esta empresa uniforme

⁵²¹ AA. VV.: *El Estado protector en crisis*. Informes OCDE, MTSS, Madrid, 1985, pág. 386.

prestaba trabajo el trabajador tipo, adulto, varón, padre de familia, con escasa o corta formación, por tiempo indefinido y a tiempo completo, con un nivel alto de estabilidad y protección y con la prestación de jubilación al final de su vida laboral. Esta uniformidad era favorecida por el Derecho del Trabajo, cuya finalidad se orientaba a la búsqueda de la igualdad y a la compensación de las diferencias económicas y sociales a través de una regulación uniformadora, basada en la idea de la preeminencia de lo colectivo sobre lo individual⁵²². Pero esta uniformidad ha sido sustituida por la diversidad surgida de una especie de movimiento cíclico compensatorio, de la propia fragmentación de la realidad social y la pluralidad de situaciones que caracteriza el actual modelo de relaciones laborales, así como de la evolución del propio Derecho del Trabajo. Esta es la situación socio-económica de la que parte el documento de la Unión Europea sobre la Cooperación para una nueva organización del trabajo (Libro Verde), 1997, que reconoce la incapacidad de la organización tradicional del trabajo en la sociedad actual y pretende una mejora del empleo y la competitividad a través de una mejor organización del trabajo en el contexto más amplio de las diversas iniciativas comunitarias relacionadas con el empleo, la competitividad y las nuevas tecnologías⁵²³.

En ese sentido se ha definido la transformación global producida en la sociedad actual como el “paso de una sociedad que produce homogeneidad a una civilización marcada por la heterogeneidad”⁵²⁴. La proliferación de la contratación temporal y a tiempo parcial, los contratos formativos, las relaciones triangulares, la incorporación de mujeres y jóvenes al mercado de trabajo, las nuevas formas de empleo derivadas de la aplicación de las nuevas tecnologías y de los procesos de reestructuración empresarial, etc., justifican sobradamente la incidencia en la diversidad como característica del

⁵²² Vid. BAYLOS GRAU, A.: <<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, *RDS*, 1998, nº 1, págs. 11-12.

⁵²³ Vid. el texto en el Suplemento 4/97 del Boletín de la U.E.

⁵²⁴ FOUCAULD, J. B.: <<Sociedad posindustrial y seguridad económica>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6, pág. 734.

nuevo Derecho del Trabajo⁵²⁵ y anuncia el camino por el que tendrá que adentrarse la disciplina para una correcta determinación y regulación de su contenido.

A la sociedad post-industrial se la conoce como sociedad de la información y de los servicios, haciendo una clara referencia a dos de los fenómenos que la caracterizan o incluso, que la impulsan: las denominadas globalización y terciarización de la economía y el desarrollo de la tecnología informática. Junto a ellos hay que destacar otros fenómenos típicos de su configuración, como la utilización de la energía atómica, las técnicas avanzadas en los campos de la química y la biología, en especial los aplicados a la manipulación genética, y la generalización de la electrónica y la robótica. Pero el post-industrialismo supone, ante todo, cambios que afectan a los diversos tipos de trabajo, un trasvase de la fabricación a los servicios (principalmente, de tipo humano y profesional), así como una nueva presencia del conocimiento teórico en la innovación económica y en el orden político. Se producen cambios en la estructura social que no determinan, sin embargo, otros paralelos en el ámbito político o en el cultural⁵²⁶. La nueva organización del trabajo se basa fundamentalmente en la polivalencia, en la flexibilidad y en una mayor cualificación de los trabajadores individualmente considerados. Las profundas transformaciones en las estructuras productivas hacen totalmente improbable la conservación por parte de cada trabajador de la misma función, las mismas tareas y de la misma categoría durante períodos de larga duración.

Se han señalado los siguientes como los cambios más significativos en el entorno competitivo: la desregulación económica, la creación de nuevos espacios económicos, la internacionalización del capital, las discontinuidades tecnológicas, el desarrollo de las comunicaciones y los transportes, la reducción del ciclo de vida del

⁵²⁵ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: <<Diversificación *versus* uniformidad en el Derecho español del Trabajo>>, *REDT*, 1994, nº 63, págs. 71-102. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 86-110. BAYLOS GRAU, A.: <<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, *RDS*, 1998, nº 1, págs. 11-37.

⁵²⁶ SALCEDO LÓPEZ, S.: *Industrialización y Modernización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 104.

producto, los cambios en las pautas de consumo y en los procesos productivos⁵²⁷. La producción aumenta intensamente como consecuencia de la automatización y el control numérico (producción controlada por ordenador). Se incrementan los salarios reales y la renta per cápita. El proceso productivo se hace cada vez más largo y complejo y es elaborado científicamente. Importa más la calidad de vida que el nivel de vida⁵²⁸.

La consideración social del trabajo ha cambiado de modo importante con respecto al modelo de sociedad precedente: el trabajo es concebido como un medio de integración social y autodesarrollo, y pierde su sentido individual y colectivo: aparecen núcleos de personas que no tienen experiencia de trabajo, los desempleados; el colectivo “clase trabajadora” como clase única y representativa se fracciona en múltiples grupos; se produce una descualificación del trabajo mismo a consecuencia de las nuevas tecnologías; se produce un cambio en el concepto de productividad, lo importante no es producir más, sino producir para una determinada demanda del mercado⁵²⁹.

Pueden señalarse como causas de los nuevos cambios que el Derecho del Trabajo debe afrontar dos fenómenos principales: la denominada globalización o mundialización⁵³⁰ de la economía y la introducción de las denominadas nuevas

⁵²⁷ CASANI, F.; LUQUE, M^a A.; RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P.: <<Outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos>>, *RL*, 1998, nº 14, pág. 52.

⁵²⁸ A ella se refiere BAYLOS GRAU, A.: <<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 26.

⁵²⁹ MORALES NAVARRO, J.: *Sociología de las relaciones industriales*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 71.

⁵³⁰ Los conceptos de mundialización y globalización no son, sin embargo, sinónimos. La globalización es, en puridad, una noción que hace referencia a la culminación de un proceso previo de mundialización, pues indica “el avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, lo político, lo cultural y lo comunicacional”. Y es cierto que la Humanidad se encuentra en una situación de interdependencia, pero la mundialización se ha venido desarrollando en un marco claramente desigualitario, bajo unas relaciones de poder claramente asimétricas que han acentuado la dominación de clase y de género preexistente. Por ello, se destaca que la noción de globalización pretende esconder ese carácter asimétrico y desigualitario de la mundialización, presentándose como “un proceso de aproximación creciente e irreversible a un mundo regido por un único orden “lógico” y “racional” tanto en lo económico, como en lo social, político, lo cultural y lo identitario”. MORENO, I.: <<Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de estado-nación>>, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, nº VI, págs. 16-19. Sobre el concepto de globalización, vid. FEATHERSTONE, M.: *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*, Sage, London, 1991. ROBERTSON, R.: *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, London, 1992.

tecnologías⁵³¹ que han dado lugar a que se hable de una tercera revolución industrial⁵³². El cambio tecnológico y las concepciones dominantes en las empresas sobre el empleo, en virtud de las cuales éste constituye un coste que hay que reducir, lleva a las reestructuraciones productivas, de forma que prácticamente se asocia innovación técnica con mejora productiva, reducción del empleo y revalorización financiera de los activos. El ciclo se completa porque el desarrollo de la tecnología de la información y la comunicación ha sido el factor clave en la difusión de los sistemas de producción mundializados, la máxima tecnologización implica también el triunfo de la economía financiera internacional sobre las políticas industriales y sociales nacionales, de tal manera que la competitividad internacional se asocia a la posibilidad de una selección tecnológica totalmente libre, y a la no intromisión de cualquier mecanismo de protección social, público o privado, en los márgenes de movilidad financiera de las empresas y, por ello, su absoluta facilidad para seguir capitalizando -y sobrecapitalizando- el proceso productivo y los modos de vida⁵³³. La reestructuración es concebida como un proceso de ajuste de la economía, cuyo efecto más inmediato es el aumento de la productividad y de la tasa de beneficio. Por su parte, el aumento de productividad depende del cambio tecnológico, de las innovaciones sufridas en los factores de producción como consecuencia de la aplicación del conocimiento, la energía y las técnicas de la información⁵³⁴.

⁵³¹ Vid. AA. VV.: *Trabajo y nuevas tecnologías*, Fundesco, Madrid, 1985. DORMIDO BENCOMO, S., MORALES NAVARRO, J. y ABAD MÁRQUEZ, L.: *Sociedad y nuevas tecnologías*, Trotta, Madrid, 1990. HYMAN, R. y STREECK, W. (comps.): *Nuevas tecnologías y relaciones industriales*, MTSS, Madrid, 1993.

⁵³² GHERA, E.: <<La flessibilità: variazioni sul tema>>, *RGLPS*, 1996, nº 2, pág. 125, constata que la combinación de estos dos elementos determina la crisis del modelo garantista de tutela del trabajo subordinado.

⁵³³ ALONSO, L. E.: *Trabajo y sociedad*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 148-149.

⁵³⁴ Vid. ROMAGNOLI, U.: <<Del Derecho “del” trabajo al Derecho “para” el trabajo>> *RDS*, 1998, nº 2, pág. 18. También, <<Globalización y Derecho del Trabajo>>, *RDS*, 1999, nº 5, pág. 11 y <<Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale>>, *LD*, 1999, nº 2, págs. 209-220. JEAMMAUD, A.: <<Les droits de travail à l'épreuve de la mondialisation>>, *Droit Ouvrier*, 1998, nº 598, pág. 241. REY GUANTER, S.: <<Globalización y relaciones de trabajo>>, *REDT*, 1998, nº 92, pág. 870. CARBY-HALL, J.: <<La crisi del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Gran Bretagna>>, *RGLPS*, 1996, nº 1, págs. 3-29. MÜCKENBERGER, U.: <<La crisi del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Germania>>, *RGLPS*, 1996, nº 1, págs. 30-51. SUPLOT, A.: <<La crisi del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Francia>>, *RGLPS*, 1996, nº 1, págs. 52-68. VENEZIANI, B.: <<La crisi del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Italia>>, *RGLPS*, 1996, nº 1, págs. 69-120. PERSIANI, M.: <<Crisi e riforma del *Welfare state*>>, *RGLPS*, 1998, nº 2,

Estos acontecimientos llevan a que no pueda causar asombro que la regulación de las actividades de intermediación mercantil, esto es, las relaciones de difusión y distribución de bienes o servicios para el mercado, constituya una de las cuestiones más discutidas y debatidas en el panorama doctrinal y jurisdiccional, a la vista de la dificultad de su identificación, de la similitud de su tratamiento jurídico actual y de su especial encaje en la zona en la cual se manifiestan más claramente los problemas de adaptación de las normas laborales a la realidad a la que van dirigidas.

La regulación del contrato de agencia que contempla la Ley 12/1992 tiene una clara inspiración protectora que no parece arriesgado situar en los preceptos de la normativa laboral, contenidos en el R. D. 1438/1985, como ya ha puesto de manifiesto algún autor⁵³⁵, y que se aleja de las tradicionales concepciones jurídico-privadas en materia de contratación. La marcada situación de desigualdad entre las dos partes de la relación, el agente y el empresario comitente, ha sido esgrimida como la razón fundamental que inspiró la regulación en tal sentido: la necesidad, reiteradamente denunciada por el colectivo de agentes de comercio, de dotar a la profesión de unas condiciones de regularidad y seguridad jurídica de las que carecía, sobre todo en un país que en el cual el contrato de agencia continuaba siendo atípico, lo que suponía acudir por analogía a regulaciones que en atención a las circunstancias pudieran serle de

págs. 229-238. GONZALO GONZÁLEZ, B.: << Globalización económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del Euro >>, *RL*, 2000, nº 2, págs. 13-15. LEE, E.: <<Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate >>, *RIT*, 1997, vol. 116, nº 2, pág. 199. BAYLOS, GRAU, A.: <<Gobalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto >>, *CRL*, 1999, nº 15, págs. 29-38. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Política, globalización y condiciones de trabajo >>, *RL*, 2000, nº 11, págs. 1-11. DÄUBLER, W.: <<Nuove tecnologie: un nuovo diritto del lavoro >>, *GDLRI*, 1985, nº 25, págs. 65-83. CARINCI, F.: <<Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro >>, en *Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro. Atti dell'VIII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986, págs. 3-48. En el mismo volumen, PERONE, G. C.: <<Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro >>, págs. 49-86. VENEZIANI, B.: <<Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato >>, op. cit. págs. 1-60. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 17-18. CASAS BAAMONDE, M^a E.: <<Las transformaciones del Derecho del Trabajo y su futuro previsible >>, *Responsa Iurispritorum Digesta*, Salamanca, 2000. WIECZOREK, J.: <<Movimientos intersectoriales en el empleo mundial y agrandamiento del sector de los servicios >>, *RIT*, 1995, vol. 114, nº 2, pág. 241. GORZ, A.: *Metamorfosis del trabajo*, Sistema, Madrid, 1997. JIMÉNEZ GARCÍA, J.: *Los senderos hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, UGT-FUNDESCAN-Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996. OZAKI, M.: <<Relaciones laborales y globalización >>, *RL*, 1999, t. I, págs. 180-186. JAMES, H.: *La globalizzazione dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1999.

⁵³⁵ FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente mercantil*, op. cit., págs. 14-31.

aplicación. A ello se le unía la existencia de una normativa comunitaria que, con la finalidad de favorecer la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Europea, proponía la homogeneización de las legislaciones de los estados miembros en cuanto a condiciones de ejercicio de la actividad, derechos y deberes de las partes y naturaleza jurídica de la relación, cuestión sobre la que la propia normativa comunitaria limitaba su ámbito de aplicación y desarrollo, al reducir sus preceptos a la mediación de carácter independiente y perpetuar, con ello, la tradicional dicotomía que se observaba en las distintas legislaciones desde que un sector importante de los trabajadores que se dedicaban a las labores de intermediación mercantil fue, en atención al modo de desarrollar su actividad, incorporado, total o parcialmente, al ámbito del contrato de trabajo o, al menos, fue dotado de un estatuto particular semejante en derechos y deberes de las partes y régimen de tutela, al propio del Derecho del Trabajo.

El problema que en España se plantea con la promulgación de la Ley 12/1992 se refiere principalmente a una ruptura en una tendencia legal en virtud de la cual las actividades de mediación realizadas por una persona física, con escasa o poco relevante organización, en unas condiciones de dependencia compatibles, sin embargo, con el respeto a sus propios criterios en cuanto profesional cualificado, había venido siendo considerada como una actividad laboral sujeta a la regulación de la relación laboral de carácter especial tipificada en el artículo 1.2, f) ET. El propio ET mantenía la dualidad de regímenes jurídicos, además de la relación de carácter común, porque al mismo tiempo excluía de su ámbito de aplicación la actividad de intermediación que se realizara al margen de las circunstancias y requisitos que tipifican una relación de trabajo como laboral.

Pero la mediación de carácter independiente se encontraba en la práctica inmersa en el terreno de la inseguridad jurídica, al carecer de una regulación específica de su régimen de ejecución. Las lagunas se colmaban acudiendo por analogía a otros contratos mercantiles, como el contrato de mediación o el contrato de comisión e, incluso, se había propuesto desde la doctrina mercantilista la aplicación analógica de los

preceptos de la normativa laboral, en atención a la cercanía entre ambas figuras jurídicas⁵³⁶.

La regulación del contrato de agencia que finalmente vio la luz siguió fielmente las demandas de tutela y seguridad jurídica que se habían exigido, hecho que no puede menos que ser felizmente recibido en todos los sectores jurídicos, pero su ámbito personal de aplicación se diseñó del modo más amplio posible, fijando unos criterios para la separación o delimitación entre los agentes mercantiles y laborales que estaban dotados de la suficiente ambigüedad para que en la práctica y en determinados supuestos se presente como una tarea de imposible ejecución la separación o identificación entre ambas categorías.

A ello hay que añadir que el contenido jurídico-obligacional de la relación de agencia, tal y como ha quedado reflejado en las páginas anteriores, coincide en bastantes puntos con la regulación que de la mediación mercantil contiene el R. D. 1438/1985. Sin embargo, la relación laboral tiene un ámbito de cobertura mucho mayor que la relación mercantil, porque ésta se ocupa exclusivamente del régimen jurídico individual. La consecuencia lógica es que ambas regulaciones no coincidan en todos sus aspectos, porque el régimen jurídico aplicable a cualquier tipo de relación no se limita al contenido de una norma aislada, sino que se extrae del conjunto del ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico laboral despliega su eficacia protectora en todos los aspectos de las relaciones de trabajo asalariado: el contenido jurídico-obligacional, los derechos colectivos, la tutela jurisdiccional, la cobertura en materia de Seguridad Social; por el contrario, la protección que el contrato de agencia otorga al colectivo al que va destinada se ciñe exclusivamente al contenido obligatorio, a lo que con términos jurídico laborales se denomina relación individual del trabajo, dejando al amparo de la regulación común, es decir huérfanos de protección específica, los

⁵³⁶ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: <<La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado>>, *ADC*, 1985, págs. 69-70. <<Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990>>, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, nº 23, pág. 596.

aspectos referidos, fundamentalmente, a la tutela jurisdiccional y a la cobertura de la Seguridad Social, a lo que se añade la peculiar regulación que en materia de extinción del contrato se ha elaborado desde la normativa laboral.

Desde una perspectiva puramente funcional no aparece suficientemente justificado el hecho de que otras relaciones jurídicas de trabajo situadas al margen del Derecho del Trabajo, pero asimilables a las que son objeto de regulación por su parte, en atención a las características de la prestación, se encuentren desprovistas de toda una serie de institutos de tutela que no persiguen otra finalidad que intentar compensar la debilidad económica y social de una de las partes del contrato.

Tales hechos y consideraciones son los que han conducido últimamente los debates en torno a las fronteras del contrato de trabajo y a la bondad y conveniencia del mantenimiento del principio en virtud del cual se produce esta drástica inclusión o exclusión de las relaciones jurídicas de trabajo en el ámbito de la cobertura protectora del Derecho del Trabajo.

I. TRANSFORMACIONES EN EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

1.- DE LA TENDENCIA EXPANSIVA A LA CONTRACTIVA.

A. Las relaciones laborales especiales.

El contrato de trabajo viene definido en el ordenamiento jurídico español con arreglo a una serie de notas y características, ante la presencia de las cuales la relación de que se trate tendrá la consideración de un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

Su ámbito de aplicación, y por extensión, el ámbito de aplicación de la normativa laboral, se completa en el panorama legal español con una serie de exclusiones, en su mayor parte declarativas, por no reunir los requisitos de laboralidad que la propia ley tipifica, y con una serie de inclusiones expresas constituidas por relaciones de trabajo consistentes en auténticas prestaciones de servicios por cuenta ajena, cuya consideración laboral ha sido discutida y que han estado situadas en una zona fronteriza en virtud de la concurrencia de determinadas peculiaridades que impedían su encuadramiento inmediato en el tipo legal, y que determinaban que la calificación laboral dependiera de la voluntad del legislador o de la decisión judicial. Es el caso de las que se han conocido como *zonas grises* del contrato de trabajo, una expresión que ha hecho fortuna en la generalidad de la doctrina laboralista⁵³⁷, y cuyo ámbito de extensión varía según los criterios legales y jurisprudenciales vigentes en cada momento y en cada ordenamiento jurídico. La dificultad de su consideración laboral ha estribado normalmente en la difusa presencia de las notas que configuran el contrato de trabajo, en especial, de la subordinación, entendida en su sentido más clásico de sujeción a horarios, jornada y órdenes estrictas, con exclusión absoluta de la capacidad decisoria del trabajador. Por ello, a medida que la subordinación se ha ido flexibilizando, las más tradicionales de las relaciones fronterizas han ido siendo introducidas en la normativa laboral. Así ha sucedido con el contrato de trabajo a domicilio o con la relación de los representantes de comercio. Y es que allí donde se ha realizado un trabajo personal por cuenta ajena y dentro de un ámbito de poder también ajeno, el Derecho del Trabajo ha intentado penetrar y acaparar la regulación jurídica de su prestación, porque es en este tipo de relaciones en las que se revelan las notas que motivaron el nacimiento del Derecho del Trabajo y fundamentan su naturaleza tuitiva, la subordinación o dependencia de quien trabaja con respecto al perceptor del resultado de su esfuerzo, fundamentalmente puesta de manifiesto en la debilidad económica del trabajador frente al poder de su empleador.

⁵³⁷ Esta expresión ha sido atribuida al Profesor Mario DEVEALI, en su obra *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1956, según cita de BAYÓN CHACÓN, G.: <<El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo>>, *RPS*, nº 71, 1966, pág. 6 y también de CORIA, J. C.: <<El Trabajador>>, en la obra colectiva *Estudios sobre Derecho individual del Trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 273.

De aquí deriva la ya conocida y tradicional tendencia del ordenamiento laboral a ampliar sus fronteras con el objeto de introducir en la regulación de la normativa protectora cuantas relaciones de trabajo precisaran de tal protección, y que, en la actualidad se circunscribe en la mayor parte de las legislaciones laborales a las relaciones de trabajo subordinado, a las cuales se les van añadiendo otras relaciones en las que destaca el elemento de la dependencia económica o de la ausencia de una total autonomía por parte del trabajador en el desarrollo de la prestación⁵³⁸.

El fenómeno de extensión del objeto de atención propio de la disciplina laboral fue tempranamente puesto de manifiesto por la doctrina, y su trayectoria no parece haber cambiado sustancialmente. Así, se acudía a hechos como la aparición de nuevas formas de realización del trabajo que, sin reunir las notas de dependencia y ajenidad en sentido propio, sin embargo, creaban relaciones que en nada se diferenciaban de las jurídico-laborales, la penetración dentro del ámbito de las relaciones jurídico-públicas, el proceso de socialización de las profesiones liberales o la incorporación de grandes núcleos o sectores de individuos que no constituían el modelo de trabajador subordinado⁵³⁹, así como a la generalización de la necesidad de trabajar para las clases medias y la tecnificación del trabajo en las empresas, con la consecuente disminución de distancias entre el trabajador manual y el intelectual⁵⁴⁰.

⁵³⁸ El Profesor BAYÓN CHACÓN, G.: <<El ámbito de aplicación personal de las de Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 5-6, comparaba esta tendencia expansiva con las ondas concéntricas que produce la piedra que cae sobre el agua: se produce un impacto fuerte, directo, rotundo, que en nuestra disciplina fue la protección legislativa del obrero manual (...), luego advertimos una expansión de aquellas ondas que se producen posteriormente, pero de forma claramente perceptible: es la protección posterior del empleado administrativo o del trabajador intelectual; por fin, hay otras ondas más extensas, pero débiles y un tanto borrosas, que son equiparables a la protección de las zonas grises: de los representantes de comercio, de los trabajadores a domicilio, ...que marcan la frontera entre el agua agitada y el agua inmóvil, donde también aventuraba otras ondas no visibles, que pueden encerrar el futuro del Derecho del Trabajo.

⁵³⁹ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 2ª edic., Ariel, Barcelona, 1967, págs. 64-65. VILLA GIL, L. E.: <<La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71, pág. 193 se refiere al crecimiento de su ámbito personal de aplicación como una de las más acusadas constantes del Derecho laboral. En la misma obra se pronuncian en el mismo sentido, CABRERA BAZÁN, J.: <<Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo>>, pág. 38. PESO Y CALVO, C.: <<El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo>>, pág. 111.

⁵⁴⁰ BAYÓN CHACÓN, G.: <<El ámbito de aplicación personal de las de Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 6-14.

Esa ampliación del ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo se ha llevado a cabo en España a través de la categoría de creación legal de las relaciones laborales de carácter especial⁵⁴¹ y de la adaptación, “a veces hasta extremos inverosímiles” de la regulación común del trabajo asalariado y dependiente contenida en el Estatuto de los Trabajadores a las peculiaridades de la propia actividad que se incluye en su ámbito de regulación⁵⁴². Se trata de determinadas relaciones de trabajo en las que, a pesar de reunir los presupuestos básicos de una relación jurídico laboral⁵⁴³, porque así lo exige el legislador⁵⁴⁴, sus perfiles y configuración no concuerdan plenamente con el modelo de relación de trabajo regulado por el contrato de trabajo. Revisten algunas especialidades y singularidades de carácter material que desaconsejan la aplicación del régimen común. La existencia de contratos de trabajo especiales se ha ligado, así, a la progresiva incorporación de nuevas categorías profesionales al ámbito de la legislación laboral, y se conecta con el propio proceso de formación del Derecho del Trabajo, y con el proceso evolutivo de delimitación de su centro de imputación y de sus caracteres esenciales⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Para OJEDA AVILÉS, A.: <<Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria>>, *RL*, 1990, nº 6/7, págs. 77-80, la categoría de las relaciones especiales de trabajo no produce una ampliación subjetiva del ámbito personal de aplicación del Derecho del Trabajo, ampliación que llevan a cabo el legislador y la jurisprudencia, al margen de esta categoría, determinado la laboralidad común o la extralaboralidad de determinadas relaciones en función de la interpretación flexible de las notas configuradoras del contrato de trabajo. Su significación se reduce a la diferenciación de situaciones atípicas y los Decretos reguladores se limitan a adaptar la normativa a las especialidades de cada supuesto.

⁵⁴² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 623.

⁵⁴³ Sin embargo, la concepción doctrinal inicial partía del hecho de que la especialidad de los contratos de trabajo nace de la falta de presencia o de las anomalías que se observan respecto de los requisitos generales exigidos por la legislación para una cierta clase de contrato de trabajo que por ser el más general se considera como tipo, BAYÓN CHACÓN, G.: <<Contratos especiales de trabajo. Concepto>>, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Madrid, 1965, pág. 19.

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.: *La Ley de Relaciones Laborales*, Deusto, Bilbao, 1976, pág. 34. ALONSO OLEA, M.: <<Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales>>, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, op. cit., pág. 49.

⁵⁴⁵ MORENO VIDA, M^a N.: <<Relaciones laborales de carácter especial>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pág. 73.

Esta progresiva ampliación de las relaciones sometidas al régimen jurídico laboral ha determinado que se haya creado un género, el contrato de trabajo, dentro del cual se distingue un contrato de trabajo común y unos contratos de trabajo especiales⁵⁴⁶, cuya regulación se aparta de la general contenida en la LET, que sólo será de aplicación en algunos casos de modo subsidiario y siempre que la especial remita a ella expresamente, regulación especial que emana del Gobierno y que estará sujeta, en todo caso a “los derechos básicos reconocidos por la Constitución” (art. 2.2 LET)⁵⁴⁷. Esta innecesaria mención ha provocado la discusión en torno al posible condicionamiento de la regulación reglamentaria a los derechos y deberes laborales contenidos en la LET. La respuesta más acertada parece ser la negativa, aunque no sin ciertas reservas⁵⁴⁸, sin embargo, en lo no regulado por la normativa especial, y cuando ésta no ha remitido a ninguna otra, ha parecido aconsejable mantener la supletoriedad de la normativa laboral común para todas aquellas relaciones que no la excluyan expresamente y siempre que su aplicación no afecte a sus peculiaridades específicas, y que han motivado su caracterización especial⁵⁴⁹.

Esta específica vía de ampliación de la cobertura del contrato de trabajo se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español por la Ley de Relaciones

⁵⁴⁶ BAYÓN CHACÓN, G.: <<Contratos especiales de trabajo. Concepto>>, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, op. cit., pág. 10. Vid. sobre el género contrato de trabajo y las diversas subespecies que incluye, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias>>, *RPS*, 1983, nº 139, págs. 241-244.

⁵⁴⁷ La constitucionalidad de las diferencias de régimen jurídico en que se traduce la existencia de relaciones laborales de carácter especial ha sido expresamente declarada por el Tribunal Constitucional, que entiende que las disparidades normativas se deben “a las especiales características del trabajo que cada norma viene a regular, bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo, bien por el tipo de funciones que se realizan”, SSTC 26/1984, de 24 de febrero y 56/1988, de 26 de marzo. La regulación de las relaciones especiales debe respetar no sólo los derechos constitucionales, sino también los elementos esenciales que permitan identificar el tipo contrato de trabajo, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores*, 3^a edición, Civitas, Madrid, 1991, pág. 33. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias>>, op. cit., págs. 245-246.

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias>>, op. cit., pág. 245-246., cuestiona la legitimidad de la normativa reguladora de las distintas relaciones especiales que contradigan o nieguen derechos reconocidos en el LET, que es la norma común de las relaciones laborales, según la CE.

⁵⁴⁹ MORENO VIDA, M^a N.: <<Relaciones laborales de carácter especial>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 83.

Laborales de 1976, que contenía un extenso catálogo de relaciones de trabajo: el trabajo al servicio del hogar familiar, el trabajo a domicilio, el trabajo de las personas con capacidad física o psíquica disminuida, el trabajo en el mar, el trabajo en la navegación aérea, el aprendizaje en la artesanía, el trabajo de los deportistas profesionales, el trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos de militares, el trabajo de los representantes de comercio, el trabajo de los artistas en espectáculos públicos, el trabajo de alta dirección o alta gestión en la empresa no excluido del ámbito laboral, las actividades laborales de los internos de los centros penitenciarios, así como cualquier otro trabajo profesional que fuera declarado relación laboral de carácter especial por una ley.

En la actualidad la LET contiene una lista de relaciones laborales de carácter especial más reducida que la que tipificó en su día la LRL. Considera tales las actividades siguientes: el personal de alta dirección (regulado en el RD 1382/1985, de 1 de agosto), el servicio del hogar familiar (RD 1424 71985, de 1 de agosto), la relación de los penados en instituciones penitenciarias (LO 1/1979, General Penitenciaria y RD 190/1996, de 9 de febrero), los deportistas profesionales (RD 1006/1985, de 26 de junio), los artistas en espectáculos públicos (1435/1985, de 1 de agosto), los mediadores mercantiles que no asuman el riesgo y ventura de la operación (RD 1438/1985, de 1 de agosto), los trabajadores minusválidos que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo (1368/1985, de 17 de julio), los estibadores portuarios que prestan sus servicios a través de sociedades estatales, o sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas (RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo y RD 371/1987, de 13 de marzo), así como cualquier otra relación laboral que fuera expresamente declarada especial por una ley.

La Ley de Relaciones Laborales incluía tanto relaciones laborales que venían denominándose con anterioridad contratos especiales de trabajo (el contrato de trabajo de embarco, de aprendizaje, a domicilio y la regulación del trabajo de mujeres y menores, arts. 17 a 26 LCT), como otras modalidades que venían excluidas de la contratación laboral, como la relación del personal de alta dirección, el servicio del hogar familiar o el contrato de trabajo de los deportistas profesionales. Esta posible

disparidad y desorden a la hora de denominar la categoría jurídica obedecía a un intento de sistematización de la materia y fue objeto de un nuevo tratamiento por parte del Estatuto de los Trabajadores, que incluyó en la sección cuarta del Título I las modalidades de contrato de trabajo (trabajo en común y contrato de grupo, el auxiliar asociado, los contratos formativos, el contrato a tiempo parcial y el contrato de trabajo a domicilio), y reservó la categoría de los contratos especiales para las que se han denominado auténticas relaciones especiales de trabajo⁵⁵⁰, en tanto que revestían auténticas peculiaridades con respecto al considerado tipo legal, al mismo tiempo que reducía su número y reincorporaba a la regulación común algunas de las especiales, como el trabajo de las mujeres, exigencia derivada de la consagración constitucional del principio de igualdad en el artículo 14 CE, o bien, sistematizaba de modo adecuado las prescripciones relativas al trabajo de los menores⁵⁵¹.

La categoría de las relaciones laborales de carácter especial es una categoría que ha sido calificada de artificiosa, en tanto que obedece más a una finalidad práctica, dotar a ciertas relaciones de una regulación distinta de la general, que a una razón o fundamento teórico⁵⁵². Este hecho implica, además su carácter diverso, no vinculado a un patrón de acuerdo con el cual sea posible hallar un criterio aglutinador en torno al cual el legislador construyó esta categoría aparentemente unitaria. Sin embargo, se ha llegado a ubicar la razón de la especialidad en la contraposición con el trabajador tipo, que efectúa su prestación laboral en el establecimiento y bajo la organización y dirección directa de su empleador. En efecto, se ha señalado que las relaciones laborales especiales se expresan y desarrollan en un ambiente laboral distinto al del establecimiento, de tal modo que han sido definidas en atención al atípico lugar de la prestación, estando referidas a colectivos que efectúan sus tareas en ámbitos distintos al

⁵⁵⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: <<En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial>>, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pág. 124.

⁵⁵¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias>>, op. cit., pág. 236.

⁵⁵² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias>>, op. cit., págs. 243-244. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3^a edic., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 32.

del establecimiento empresarial y por ello bajo unos parámetros de organización y dirección no habituales⁵⁵³. Sin embargo, hay que reconocer que tal interpretación parece un tanto forzada, con base en que la razón última y la consecuencia de la especialidad de una determinada relación no es más que la exclusión, en mayor o menor medida, del régimen laboral considerado común, incluido en la LET y en el resto de la normativa jurídico-laboral⁵⁵⁴, para dotarlas de una regulación específica, y el criterio locativo no parece justificación suficiente para una exclusión de tal magnitud. En efecto, la especialidad y la consecuente diversidad de regímenes jurídicos no responde siempre a razones sustanciales, sino que en muchas ocasiones se hace depender de valoraciones de política legislativa que no siempre tienen su fundamento en rasgos diferenciales que justifiquen jurídicamente la especialidad, razón por la cual hay que señalar la inexistencia de una construcción unitaria de las mismas, heredada de la legislación histórica en la materia y paliada en la medida de lo posible por la LET.

Con respecto a su regulación específica, contenida en las normas reglamentarias al efecto, se ha valorado de forma positiva, afirmando que ha buscado conciliar la aplicación en su ámbito de los derechos y deberes básicos, comunes al conjunto de la normativa laboral, con la valoración de las peculiaridades que han determinado su especialidad, facilitando el desarrollo posterior de la negociación entre las partes, a partir del marco que proporciona la norma⁵⁵⁵.

La LET exige declaración legal expresa para la ampliación del catálogo de relaciones laborales de carácter especial, sin embargo, el ordenamiento laboral español contempla un régimen especial para determinadas relaciones de trabajo, aún sin considerarlas de modo expreso integrantes del catálogo. Tal es lo que sucede con la prestación de los denominados socios de trabajo de las sociedades cooperativas, los

⁵⁵³ OJEDA AVILÉS, A.: <<Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria>>, op. cit., pág. 72.

⁵⁵⁴ MORENO VIDA, M^a N.: <<Relaciones laborales de carácter especial>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 71.

⁵⁵⁵ GONZÁLEZ DE LENA, F.: <<Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores>>, *RL*, 1986, t. I, pág. 120.

socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra.

El artículo 13.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE de 17 de julio) establece que los estatutos de las sociedades cooperativas “podrán prever la admisión de socios de trabajo, personas físicas, cuya actividad cooperativizada consistirá en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa”, remitiendo la regulación jurídica de su participación a las normas contenidas para la prestación de trabajo de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado. Por su parte, el artículo 95 de la misma ley contiene el régimen de los socios de las denominadas Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra, dentro de los cuales distingue socios personas físicas o jurídicas, cedentes del goce de bienes inmuebles a la cooperativa y socios que, tanto si ceden tal uso como si no, son personas físicas que prestan su trabajo en la misma, a los cuales les otorga la denominación y condición de socios trabajadores, y cuya regulación jurídica remite, de igual forma, y con carácter general, a las normas establecidas en la ley para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

De tal manera que la vigente ley de cooperativas contiene un régimen jurídico específico para los socios trabajadores de determinados tipos de cooperativas, sin que se haya producido una tipificación legal expresa a favor de la consideración como relación laboral especial de este tipo de actividad de trabajo. Sin embargo, la existencia de un régimen jurídico específico para este tipo de actividad laboral no prejuzga su condición de relación laboral de carácter especial, porque el tipo legal relación laboral especial ha de reunir una serie de requisitos materiales o de fondo, además del de declaración formal.

La relación de trabajo de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado constituye una especial relación caracterizada por la aportación de trabajo que realizan los socios trabajadores, cuya naturaleza no es cuestión cerrada en la doctrina⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Vid. SANTIAGO REDODONDO, K. M.: *Socio de Cooperativa y relación laboral*, Ibidem, Madrid, 1998.

Se ha puesto de manifiesto que su naturaleza no puede ser la de una relación de trabajo, sino la de una relación de otro tipo, ya que en su configuración conceptual no están presentes las notas que determinan la laboralidad de las relaciones de trabajo: ajenidad, dependencia y remuneración. La relación que une al socio trabajador con la cooperativa es una relación de naturaleza societaria, que no puede ser calificada como jurídico-laboral, en tanto que la obligación de trabajar del socio trabajador nace del vínculo asociativo, y aunque en determinados supuestos puede entenderse que la prestación laboral del socio reúne los presupuestos de laboralidad, tal calificación vendría desvirtuada por el hecho de que la obligación de trabajar deriva exclusivamente del vínculo societario, y no de otra relación independiente del mismo⁵⁵⁷. Partiendo de la misma consideración, del negocio jurídico societario en el que la relación tiene su origen y de la desvirtuación que sufre la nota de la ajenidad, se ha calificado como una relación situada en una zona límite entre el trabajo autónomo y el asalariado, y se ha señalado que la especialidad de su régimen jurídico se debe a su equiparación parcial a los trabajadores dependientes, con la cobertura que proporciona la Disposición Final primera LET⁵⁵⁸, respondiendo con ello a una posición que entendía que esta actividad constituía una de las relaciones laborales de carácter especial⁵⁵⁹.

La vigente Ley de Cooperativas regula en los artículos 80 a 87 las normas relativas a las cooperativas de trabajo asociado, entendiendo por tales las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. Señala expresamente el artículo 80.1 LC

⁵⁵⁷ En este sentido señalaba VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Las cooperativas de producción*, Montecorvo, Madrid, 1975, págs. 263-277.

⁵⁵⁸ ORTIZ LALLANA, M^a C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de Trabajo Asociado*, Bosch, Barcelona, 1989, págs. 34-49. En un sentido similar se manifestaban PEDRAJAS PÉREZ, F. y PRADOS DE REYES, F. J.: <<Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado>>, *RT*, 1975, nº 52, págs. 214-215.

⁵⁵⁹ En ese sentido se pronunciaba ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: <<La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción>>, *RPS*, 1975, nº 107, págs. 95-114. Sin embargo, hay que señalar que este autor se basaba para ello en el proyecto de Ley de Relaciones Laborales, cuyo artículo 3.1, e) tipificaba como relación laboral especial el trabajo de los socios trabajadores en las cooperativas de producción, mención que desapareció en el texto definitivamente aprobado.

que la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria. Por su parte, el número 4º del mismo artículo reconoce el derecho de los socios trabajadores a recibir periódicamente, en un plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos societarios “que no tienen la consideración de salario”, según su participación en la actividad cooperativizada, lo que implica una exclusión tajante de su consideración jurídico-laboral efectuada desde la propia ley, que zanja la cuestión de su naturaleza.

Ahora bien, el régimen jurídico de la prestación laboral de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, así como, por remisión, la de los socios de trabajo y la de los socios de trabajadores de las Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra es muy similar al régimen jurídico regulado en la LET, lo que implica un régimen protector equivalente al de los trabajadores por cuenta ajena en salud laboral y prevención de riesgos laborales (art. 80.5 LC), y equiparable en materias como período de prueba (art. 81 LC), régimen disciplinario (art. 82 LC), jornada, descansos, fiestas, vacaciones y permisos (art. 83 LC), suspensión y excedencias (arts. 84 y 85 LC) y sucesión de empresas, contratación y concesiones (art. 86 LC).

En materia de protección jurisdiccional y social, el artículo 87.1 LC remite las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores relacionadas con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada al orden jurisdiccional social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2, ñ) LPL. Por su parte, la Disposición Adicional 4ª LGSS establece la cobertura social de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado: la cooperativa podrá optar entre dos modalidades: bien, como trabajadores asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, en cuyo caso las cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o, en alguno de los Especiales, si procede por razón de la actividad de la cooperativa, bien, como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente. Para los socios de trabajo y los socios trabajadores de las Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra contempla el número 2 de la misma disposición la asimilación a los trabajadores por cuenta ajena. Finalmente, el número 3 excluye para estos tres tipos de

actividades la aplicación de las normas en materia de cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

La relación de trabajo de los socios trabajadores no es una relación laboral, no sólo porque así lo haya declarado la Ley de Cooperativas, sino porque el negocio jurídico del que emana la relación no es un contrato de trabajo, es un negocio jurídico distinto, un contrato de sociedad. La causa es distinta en ambos supuestos y las notas que configuran la relación laboral, están ausentes en la prestación del socio trabajador⁵⁶⁰. Es paradigmático el caso de la ajenidad: la cooperativa de Trabajo Asociado ofrece a quienes participan de esta fórmula empresarial, en cumplimiento de mandato constitucional (art. 129.2 CE), la propiedad sobre los medios de producción utilizados en la empresa, de forma plenamente autogestionada y duradera, aunque con una acusada función comunitaria o social⁵⁶¹.

Sin embargo, la cuestión de su naturaleza se ha enriquecido con una tercera propuesta: al lado de las dos posiciones extremas, la afirmación⁵⁶² y la negación de su naturaleza laboral se sitúa la teoría intermedia, que considera que la relación de trabajo del socio trabajador constituye un *tertium genus*, una relación de naturaleza mixta en virtud de la cual el socio, vinculado jurídicamente a la sociedad cooperativa mediante una relación societaria, se obliga a realizar para la misma una prestación laboral

⁵⁶⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Las cooperativas de producción*, op. cit., págs. 266-267. ORTIZ LALLANA, M^a C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de Trabajo Asociado*, op. cit., pág. 48. SSTS de 12 de junio de 1987 (Ar. 434) y de 6 de mayo de 1988 (Ar. 3571). OJEDA AVILÉS, A.: <<Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria>>, *RL*, 1990, nº 6/7, pág. 76. CAVAS MARTÍNEZ, F.: <<Diversificación versus uniformidad en el Derecho español del Trabajo>>, op. cit., pág. 82. LUJÁN ALCARAZ, J.: <<El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas>>, *AS*, 1999, vol. V, pág. 129-133 se refiere a una exclusión constitutiva, llevada a cabo ya por la Ley General de Cooperativas de 1987.

⁵⁶¹ MERCADER UGUINA, J. R. y PORTELLANO DÍEZ, P.: <<La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial>>, *RL*, 1997, t. I, pág. 1157.

⁵⁶² Entre otras, STS de 9 de mayo de 1990 (Ar. 3734). SANTIAGO REDONDO, K. M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, op. cit., págs. 291-302. SANTIAGO REDONDO, K. M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, op. cit., págs. 291-302.

dependiente y por cuenta ajena en nada distinguible de la que lleva a cabo el trabajador asalariado (STSJ Cataluña de 8 de febrero de 1999, Ar. 887)⁵⁶³.

La determinación de la naturaleza jurídica de una determinada relación tiene la trascendencia que deriva de su incardinación en una rama o sector del ordenamiento jurídico y de la subsiguiente aplicación de sus normas y principios inspiradores. La determinación de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado y la cooperativa para la que trabaja y a la que pertenece tiene, por tanto, una importante repercusión en el ámbito de la cobertura de las lagunas de las que el régimen jurídico diseñado por la norma correspondiente pueda adolecer. Y en esta materia es donde encuentra su mejor justificación la doctrina que predica la naturaleza doble y compleja, de relación laboral y societaria de esta específica prestación de trabajo, pues correspondería, entonces, la aplicación subsidiaria de la normativa laboral para el enjuiciamiento y resolución de las cuestiones de esta naturaleza⁵⁶⁴.

Sin embargo, aun partiendo de su naturaleza extralaboral, de carácter societario, es posible integrar los supuestos no previstos por la regulación específica de la LC, acudiendo a la analogía y a la racionalidad jurídica, con los preceptos de la LET. La relación de trabajo de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado no es una relación de carácter laboral intrínsecamente, materialmente, pero aparece en el tráfico jurídico con los rasgos típicos de un contrato de trabajo y presenta las mismas necesidades de protección que un contrato de trabajo. Si a ello se añade que el contenido de su régimen jurídico coincide de modo importante con el régimen jurídico laboral, porque así lo ha querido el legislador, importantes razones de lógica jurídica aconsejan

⁵⁶³ MONTOYA MELGAR, A.: <<Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado>>, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 145. ALONSO SOTO, F.: <<Las relaciones en las cooperativas en España>>, *REDT*, 1984, nº 20, págs. 543-544.

⁵⁶⁴ Tal es lo que sucede con el caso enjuiciado por la STSJ Castilla y León/Burgos de 20 de septiembre de 1999 (Ar. 44789) donde, a partir de la consideración del doble carácter del socio trabajador, paralelo a la naturaleza híbrida de la cooperativa de trabajo asociado, la Sala concluye aplicando la normativa laboral de la LET a la resolución del supuesto, en tanto que el conflicto había surgido en materia de salario y esta cuestión remite inmediatamente a la faceta laboral de la relación.

que las posibles lagunas de regulación y los principios inspiradores de interpretación sean los jurídico-laborales⁵⁶⁵.

Distinto es el supuesto que contempla la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (BOE de 25 de marzo)⁵⁶⁶, que actualmente comprende en el concepto tanto las sociedades anónimas como las sociedades de responsabilidad limitada, y que considera tales aquellas en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ella servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido, y, además, concurren una serie de requisitos establecidos en la ley (art. 1.1 y 5.3 LSL).

Y el supuesto es radicalmente distinto porque la condición jurídico-laboral del socio trabajador es una exigencia y un presupuesto de la categoría jurídica sociedad laboral. En el socio trabajador de este tipo de empresas concurre la doble cualidad de trabajador dependiente y de socio de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada, cada una de las cuales se rige por su propia normativa, y ambas se mantienen independientes y autónomas, de tal modo que resultaría perfectamente posible que extinguida la relación laboral por cualquiera de las causas admitidas legalmente, se conservara la condición de accionista de la sociedad⁵⁶⁷. Si bien, es preciso incidir en que la relación laboral es siempre previa, el socio trabajador es socio porque previamente era trabajador de esa sociedad, es la relación laboral la que

⁵⁶⁵ En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A.: <<Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado>>, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, op. cit., pág. 154.

⁵⁶⁶ Este tipo de sociedades tienen un fundamento, si no totalmente distinto, al menos no coincidente con el de las tradicionalmente consideradas empresas de economía social -las cooperativas-. El surgimiento de las sociedades laborales ha venido históricamente ligado a dos fenómenos principalmente: la recuperación de empresas en crisis y el fomento del empleo, especialmente, el autoempleo, si bien, en la Ley 4/1997 se trata de las situaciones de crisis empresariales y refuerza su vertiente de verdadera sociedad capitalista, y, consecuentemente, la aleja de su tradicional inclusión dentro del género de economía social, MERCADER UGUINA, J. R. y PORTELLANO DÍEZ, P.: <<La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial>>, op. cit., págs. 1156-1161.

⁵⁶⁷ MERCADER UGUINA, J. R. y PORTELLANO DÍEZ, P.: <<La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial>>, op. cit., pág. 1164.

condiciona la relación societaria⁵⁶⁸, por eso la determinación de su naturaleza no puede ofrecer dudas, al menos de aplicación práctica, porque conceptualmente se pone de manifiesto la desvirtuación de la nota de ajenidad⁵⁶⁹.

Otra relación de trabajo cuya naturaleza presenta dudas es la que se da en las relaciones de aparcería agrícola (aparcería sobre tierras de labor o fincas rústicas, art. 1.579 Cc). Inicialmente concebidas como arrendamientos de cosas, el problema que se plantea es la posible elusión mediante esta figura de la normativa laboral y de la protección mínima que proporciona el contrato de trabajo⁵⁷⁰, pues, en atención a la introducción por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 de una serie de situaciones que remiten a una zona fronteriza entre la aparcería civil y el contrato de trabajo reviste cierta dificultad la distinción entre ciertos supuestos de aparcería y un contrato de trabajo retribuido a la parte. La regulación que proporciona la LAR coloca a esta figura en una situación similar a la producida con respecto a los socios trabajadores de las cooperativas, pues tras definir en su artículo 102.1 el contrato de aparcería, establece en el apartado segundo que, salvo pacto en contrario, tal contrato no comprenderá una relación laboral, por lo cual se ha interpretado que sólo será aplicable esta regulación si existe pacto, y en la medida que el mismo contenga⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E. M^a y BARBERENA BELZUNCE, I.: *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 246.

⁵⁶⁹ Sin embargo, a efectos de su encuadramiento en el sistema protector de la Seguridad Social se revela la peculiar naturaleza de su relación de trabajo, ya que el artículo 21 LSL determina su asimilación a trabajadores por cuenta ajena y ordena su encuadramiento en el Régimen General o en el especial que corresponda por razón de la actividad, de todos los socios trabajadores, excepto que por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la misma y sean retribuidos por ello, estén o no vinculados a la misma por una relación laboral común o especial, o bien, no reciban remuneración y su vinculación sea a través de una relación laboral de personal de alta dirección, en cuyo caso, no gozarán de la protección por desempleo y de la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial. Por su parte, el número 3 del mismo artículo ordena la inclusión e el RETA de los socios cuya participación en el capital social, junto con la de su cónyuge, parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el 50%, salvo que acredite que el control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.

⁵⁷⁰ SAAVEDRA ACEVEDO, J.: <<El contrato de trabajo a la parte>>, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, op. cit., pág. 223.

⁵⁷¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: <<Diversidad versus uniformidad en el Derecho español del Trabajo>>, op. cit., pág. 84.

El artículo 108.1 LAR establece la garantía del salario mínimo que corresponda al tiempo de su actividad y la remisión general a lo previsto en la legislación laboral y de Seguridad Social cuando el aparcerero aporte exclusivamente trabajo personal. Por su parte, el artículo 110.1 LAR vuelve a contener la garantía del salario mínimo aplicable al tiempo que dure el contrato por la actividad realizada, así como el derecho a un anticipo semanal a cuenta de lo que le corresponda en la liquidación final en un tipo de aparcería de duración inferior a un año en la que el aparcerero aporta solamente su trabajo personal en una tierra preparada por el cedente.

De la redacción de estos preceptos se deriva el carácter no laboral del contrato de aparcería agrícola, si bien es verdad que la LAR permite que en los supuestos mencionados su régimen jurídico sea el régimen jurídico-laboral, incluida la protección por Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad⁵⁷². Ante el silencio con respecto a la tutela jurisdiccional, habrá que responder, atendiendo a la naturaleza de la relación de que se trata, que el orden jurisdiccional competente será el orden civil (art. 121.1 LAR), si bien no han faltado pronunciamientos en la doctrina a favor de su tutela a cargo de orden social⁵⁷³. Ello ha motivado que se propugne su carácter mixto, laboral y civil⁵⁷⁴, o más propiamente, se entienda que la LAR ha llevado a cabo una especie de inclusión en el campo del contrato de trabajo por la vía de extender, mediante pacto, la aplicación de la legislación laboral, además de la propia contenida en la LAR, a aquellos aparceros cuya posición económica sea asimilable a la de los trabajadores asalariados, pero sin que se opere un cambio de naturaleza en la relación, que seguiría siendo de

⁵⁷² El aparcerero común está comprendido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social Agraria como trabajador por cuenta propia, por lo cual se ha entendido que la remisión que contiene la LAR en estos supuestos específicos debe significar la inclusión en el régimen agrario por cuenta ajena. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 448.

⁵⁷³ Postura sostenida por GARCÍA ABELLÁN, J.: <<El contrato de aparcería laboral agraria>>, *REDT*, 1984, nº 20, págs. 514-523, donde califica el contrato de aparcería contenido en la LAR como una relación laboral de carácter especial a añadir a las enumeradas en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, y, consecuentemente, la atribución al orden social del conocimiento de las cuestiones suscitadas.

⁵⁷⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: <<Diversidad versus uniformidad en el Derecho español del Trabajo>>, op. cit., pág. 84.

aparecería y, por tanto, extralaboral: “se trataría, así de una calificación de las aparcerías fronterizas y una extensión a las mismas de la legislación laboral puramente oportunista y sin molestarse en intentar encuadrar su solución en ninguno de los modelos que el ordenamiento laboral ponía a su disposición”⁵⁷⁵.

La relación de trabajo de las personas que prestan sus servicios a favor de profesionales revestidos de potestad para el ejercicio de funciones públicas, esto es, notarios, registradores y oficinas de similar naturaleza (agentes de cambio y bolsa, corredores colegiados de comercio) ha presentado, también, tradicionalmente, dificultades de calificación. Tras una tradicional exclusión del ámbito laboral de esta específica relación de trabajo, cuyo régimen jurídico se encontraba contenido en reglamentos específicos⁵⁷⁶, se produjo, fundamentalmente a instancias de la doctrina, que venía criticando su exclusión⁵⁷⁷, el reconocimiento de su carácter jurídico-laboral por los tribunales y, consiguientemente, su sujeción a la legislación y al orden jurisdiccional social.

La STS de 16 de enero de 1986 (Ar. 232), reconoció la laboralidad de la relación que une al notario con sus empleados, pues “No ofrece duda, sin embargo, que tal relación reúne todos los requisitos a que se refiere el artículo 1.1 ET, definidor de lo laboral, pues es obvio que existe prestación de servicios remunerados, por cuenta ajena, y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, en este caso el

⁵⁷⁵ PERALTA DE LA CÁMARA, J. L.: <<Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos>>, en *Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, op. cit., pág. 369.

⁵⁷⁶ Art. 559 Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (BOE de 16 de abril), Decreto de 21 de agosto de 1956 (BOE de 12 de octubre), por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Régimen de Empleados de Notarías. Por su parte, el Decreto de 16 de junio de 1950 (BOE de 28 de junio), con respecto a la relación de trabajo del personal de los agentes de Cambio y Bolsa y Corredores colegiados de Comercio, sustituido, en virtud de la D.A. 5ª LRL, por la Orden de 23 de mayo de 1977, (BOE de 2 de junio), que aprobó la ordenanza laboral que contenía el régimen jurídico de la relación de trabajo del personal de los Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio y Colegios Profesionales respectivos, lo que suponía reconocer su naturaleza laboral.

⁵⁷⁷ GALIANA MORENO, J. Mª: <<Jerarquía normativa y reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. (Un estudio de la exclusión del personal auxiliar de los Registros de la Propiedad, Notarías y otras oficinas similares)>>, *RPS*, 1974, nº 104, págs. 35-54.

Notario”, e incluso, se pronuncia en el sentido de que, en atención a sus peculiaridades, podría haber dado lugar a una relación laboral de carácter especial, sin embargo, ante el silencio de la ley a este respecto, nada impide declarar su naturaleza de relación laboral común⁵⁷⁸.

Por lo que respecta a la relación de trabajo de los empleados de los registros, la similitud con el supuesto de los empleados de notarías no condujo a un pronunciamiento semejante, sino que hubo de esperarse hasta la STCT de 13 de septiembre de 1988 (Ar. 5677) primero y la STS de 19 de marzo de 1990 (Ar. 2174), para su declaración laboral expresa⁵⁷⁹.

La relación de trabajo del personal de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación ha sido considerada como un contrato de trabajo, sometido al ordenamiento jurídico laboral, en atención a que en su prestación concurren las notas tipificadas en el artículo 1.1 LET y a que no se había producido ninguna exclusión, de carácter constitutivo, a través de la única norma que podía llevarla a efecto, una ley⁵⁸⁰. La Ley 3/1993, de 22 de marzo, básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (BOE de 23 de marzo) fijaba de modo indubitado su carácter laboral, pero contenía una disposición que hacía pensar en una deslaboralización de cierto tipo de personal con una cierta antigüedad en su empleo: la Disposición Transitoria octava de la Ley establece “Al personal que a la entrada en vigor de la presente Ley se encuentre al servicio de una Cámara, o del Consejo Superior, al amparo del Decreto de 13 de junio de 1936, y figure incluido en la plantilla establecida por el art. 2º del mismo, le será aplicable dicho régimen de personal. Al resto de los empleados de las Cámaras y del Consejo Superior,

⁵⁷⁸ Vid. comentario de GALIANA MORENO, J. M^a: <<Sobre la naturaleza laboral de la relación que vincula a los notarios con sus empleados>>, *RL*, 1986, t. I, págs. 459-463.

⁵⁷⁹ Vid. LUJÁN ALCARAZ, J.: <<El reconocimiento jurisprudencial de la relación laboral de los empleados de Registros>>, *RL*, 1990, n° 22, págs. 27-43. Por su parte, SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *La relación de trabajo de los empleados de registros*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 342-343, considera que concurren razones que justifican su consideración como relación laboral de carácter especial por vía convencional, no legal.

⁵⁸⁰ En ese sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: <<Naturaleza jurídica de la relación de los empleados de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación>>, *AL*, 1989, n° 4, págs. 35-45. STS de 10 de diciembre de 1991 (Ar. 9045).

así como a los que se contrate a partir de la entrada en vigor de esta Ley, les será de aplicación la legislación laboral”. Se ha interpretado a este respecto que lo que la Ley 3/1993 pretendía era conservar para un determinado sector de la plantilla un régimen jurídico que se estimaba más favorable que el jurídico-laboral, sin embargo, lo cierto es que incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/1993, la relación de trabajo de los empleados de las Cámaras era una relación auténticamente laboral y que la pretendida extralaboralidad amparada en el Decreto de 1936 no podía menos que ser calificada de ilegal, y en ese sentido se había pronunciado la jurisprudencia (STS de 13 de julio de 1992, Ar. 5610), por lo cual ningún empleado de la Cámara estaba prestando servicios al amparo del Decreto mencionado cuando la Ley 3/1993 entró en vigor. De tal modo que ante esta clara contradicción se ha optado por la inaplicación de tal norma de derecho transitorio y entender, razonablemente, “la global y clara sujeción al Derecho del Trabajo de los empleados al servicio de las Cámaras, al margen de cuál sea su fecha de ingreso en tal actividad”⁵⁸¹.

Se ha opinado recientemente, sin embargo, que la intención del legislador era en ese punto rehabilitar una regulación sobre el régimen de trabajo de los empleados de estas entidades, que había sido desplazada por la afirmación jurisprudencial de la laboralidad de la relación y que un adecuado entendimiento de la disposición permite interpretar la laboralidad del régimen contractual establecido entre las Cámaras y el grupo de empleados afectados, el reconocimiento de la posibilidad de una aplicación actualizada del Decreto de 1936 como norma laboral especial y la traducción de los reenvíos a la legislación administrativa que el Decreto efectúa en especialidades del régimen laboral especial diseñado en el mismo, de tal manera que el resultado sea la configuración de un régimen transitorio de carácter laboral que incluya para los empleados de las Cámaras incorporados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/1993, como derechos adquiridos, los derechos reconocidos al amparo de una normativa anterior⁵⁸².

⁵⁸¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: <<Una exclusión constitutiva y confusa: el personal de las Cámaras de Comercio preexistente a la Ley 3/1993>>, *TL*, 1993, nº 28 pág.28.

⁵⁸² RIVERO LAMAS, J.: <<Aplicación del Derecho del trabajo a los empleados de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, nº 23, págs. 543-547.

B. El trabajo autónomo prestado personal, continuada y coordinadamente.

La Ley nº 533, de 11 de agosto de 1973, relativa a las controversias individuales de trabajo y a las controversias en materia de previsión y asistencia obligatoria, dio nueva redacción al artículo 409.3 del Código de Procedimiento Civil italiano, sentando así las bases para la creación doctrinal de una expresión con la que se pretendió delimitar una parcela del trabajo prestado por cuenta propia, que era individualizada por la ley y dotada de una serie de especialidades sustantivas y procesales, dando así origen a lo que la doctrina denominó trabajo parasubordinado, que no constituye una nueva categoría de relaciones de trabajo, un género intermedio entre la subordinación y la autonomía, sino que se refiere a un específico ámbito del trabajo autónomo, dotado de un régimen también específico. Se pretendía aglutinar así una serie de relaciones heterogéneas, cuyo único elemento en común puede ser genéricamente individualizado en el vínculo de dependencia sustancial y desigualdad contractual del prestador de la obra o servicio con respecto al sujeto en beneficio del cual se trabaja⁵⁸³.

El artículo 409 c.p.c. contiene las relaciones cuya tutela jurisdiccional se solventará de acuerdo con las normas establecidas en el código para las controversias en materia de trabajo, entre las cuales menciona en primer lugar la relación privada de trabajo subordinado. El número 3 del mismo artículo incluye entre las relaciones sometidas al proceso laboral las relaciones de agencia, de representación comercial y otras relaciones de colaboración que se concretan en una prestación de obra continuada y coordinada, prevalentemente personal, aunque no tengan carácter subordinado. El artículo 6 de la misma Ley modificó el artículo 2.113 del Codice civile y lo sustituyó por el que establece la nulidad de la renuncia y transacción que se refieran a los derechos de los trabajadores derivados de las disposiciones inderogables de la ley, los contratos o los acuerdos colectivos concernientes a las relaciones contenidas en el artículo 409 del c.p.c., equiparando, por tanto, las relaciones de trabajo independientes,

⁵⁸³ LEONARDI, S.: <<Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e aspetti problematici>>, op. cit., pág. 517.

caracterizadas por la prestación personal, coordinada y continuada a las relaciones de trabajo subordinado.

La doctrina jurídica italiana acuñó un término para referirse a este tipo de relaciones, autónomas, pero dotas legalmente de una parte de la protección del trabajo subordinado, el trabajo *parasubordinado*⁵⁸⁴.

Sin embargo, con anterioridad, la Ley nº 741, de 14 de julio de 1959, había llevado a cabo una especie de equiparación entre los trabajadores subordinados y los autónomos en materia de negociación colectiva, porque propugnaba la extensión *erga omnes* de los convenios y acuerdos económicos colectivos a todas las categorías afectadas por tales tipos de acuerdos, que tuvieran por objeto la regulación de las condiciones de trabajo, incluidas las relaciones de colaboración no subordinada que se concretaran en ejecuciones continuadas y coordinadas de obras, de tal modo que se operaba la extensión de los convenios colectivos a la regulación de condiciones de trabajo y de tratamientos económicos mínimos a los trabajadores autónomos, sujetos a relaciones entonces caracterizadas por las notas de coordinación y continuidad, extensión que se consolida con la ley de 1973, al establecer el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la ley y en los convenios a estos trabajadores, lo que determina la importancia decisiva del poder contractual colectivo para conformar el régimen jurídico de cada una de las específicas relaciones de parasubordinación⁵⁸⁵.

En un sentido similar, se produjo la reforma alemana de 1974 (art. 12 a, 1 de la Ley sobre contratos colectivos), que introdujo el concepto de *cuasi-empleado o cuasitrabajador*⁵⁸⁶. Se establecía que constituían *arbeitnehmerähnliche Personen* las personas económicamente dependientes y necesitadas de protección social de modo

⁵⁸⁴ Vid. con carácter general, SANTORO PASSARELLI, G.: *Il lavoro "parasubordinato"*, Franco Angeli, Milano, 1979. BALLESTRERO, Mª V.: <<L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato>>, *LD*, 1987, nº 1, págs. 41-67.

⁵⁸⁵ PEDRAZZOLI, M.: <<Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo en Italia>>, *RL*, 1989, t. I, pág. 208. RUIZ CASTILLO, Mª M.: <<Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado">>, *RL*, 1991, nº 15/16, pág. 44.

⁵⁸⁶ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, Trad. castellana MTSS, Madrid, 1994, págs. 919-929.

análogo a un trabajador dependiente, que presta actividad a favor otros, mediante un contrato de servicios o un contrato de obra, fundamentalmente sin el auxilio de terceros. Posteriores disposiciones relativas a este tipo de prestación de trabajo se referían exclusivamente a personas económicamente dependientes, lo que condujo a especificar que la dependencia económica es una condición necesaria, pero no suficiente para la individualización de las relaciones de trabajo parasubordinadas⁵⁸⁷. Otras normas legales incluían específicamente dentro de esta categoría los trabajadores a domicilio, los colaboradores libres en el ámbito de los medios de comunicación y los representantes de comercio. El Derecho alemán contiene, así, la peculiaridad de que no tipifica un concepto unitario de trabajador parasubordinado, sino tres conceptos ligados a profesiones concretas y un concepto general y abstracto, común a la categoría⁵⁸⁸. De tal modo que, a diferencia del Derecho italiano, donde se configura un tipo abierto, capaz de integrar en su seno cualquier prestación de trabajo que se corresponda con su perfil⁵⁸⁹, el derecho alemán restringe el concepto de parasubordinación a los tres supuestos señalados.

La categoría de la parasubordinación no constituye, por tanto, una ampliación subjetiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo con carácter general a ciertos tipos de trabajo autónomo, al modo de lo que suponen en España las relaciones laborales de carácter especial, sino que, en atención a determinadas circunstancias que concurren en el modo de efectuar la prestación de trabajo en ciertas actividades profesionales, el legislador extiende a cualquier relación de trabajo en la que puedan apreciarse esas circunstancias (actividad personal, continuada y coordinada con la del empleador), la tutela jurisdiccional de los tribunales laborales y el carácter irrenunciable

⁵⁸⁷ PAGOTTO, M.: <<Il lavoro parasubordinato nella Repubblica Federale Tedesca>>, *DRI*, 1998, nº 2, págs. 229-231.

⁵⁸⁸ Vid. el régimen jurídico aplicable a esta categoría de trabajadores en materia procesal, días festivos, contratación colectiva PAGOTTO, M.: <<Il lavoro parasubordinato nella Repubblica Federale Tedesca>>, *DRI*, op. cit., págs. 236-241.

⁵⁸⁹ El artículo 409.3 c.p.c. menciona con carácter enumerativo la agencia y la representación comercial, pero son susceptibles de constituir relaciones de parasubordinación otras prestaciones de trabajo, y así ha sido entendido, como la de los agentes de publicidad, los agentes teatrales, deportistas, pequeños empresarios cuando es efectiva su debilidad económica frente al comitente, profesionales libre, etc., vid. SANTORO PASSARELLI, G.: *Il lavoro "parasubordinato"*, op. cit., págs. 163-174.

de los derechos que las normas les reconozcan, de modo que se ha seguido la misma técnica de delimitación del ámbito de aplicación que con el trabajo subordinado del artículo 2.094 Cc: es una determinada manera de prestar el trabajo lo que justifica la tutela y regulación jurídica que el ordenamiento laboral proporciona, por tanto, es, con base en el mismo razonamiento, una determinada manera de prestar trabajo, más independiente o más autónoma que la anterior la que demanda tutela, que será atendida con uno u otro contenido por cada ordenamiento jurídico⁵⁹⁰. Es en consideración al carácter personal de la obra prestada de modo continuado y coordinado por lo que el legislador señala y formalmente registra una situación de debilidad económica del trabajador autónomo en ciertos aspectos análoga a aquella del trabajador subordinado⁵⁹¹, y antes que permitir una ampliación indiscriminada del ordenamiento protector, con la consiguiente puesta en cuestión del criterio de la subordinación, selecciona un sector del trabajo autónomo y le aplica ciertas normas de tutela propias del trabajo subordinado.

El encuadramiento de la categoría de la parasubordinación exige la constatación de su ámbito de aplicación en sentido objetivo, esto es, determinar los requisitos que se exigen por el legislador italiano para considerar una determinada prestación de trabajo como parasubordinada y determinar el alcance de la protección o regulación que concede a este tipo de trabajo autónomo.

Por lo que al primer punto se refiere, son tres los requisitos exigidos por el artículo 409.3 c.p.c.: continuidad, coordinación y carácter predominantemente personal de la colaboración. El requisito de continuidad es interpretado en un sentido amplio, incluyendo dentro del trabajo parasubordinado relaciones no coincidentes estrictamente con los contratos de duración, acentuando la importancia de la continuidad del hecho básico de la prestación, frente al sentido técnico de la misma, reducido a las relaciones dirigidas a satisfacer intereses prolongados de la otra parte, de tal modo que nada

⁵⁹⁰ En el mismo sentido, RUIZ CASTILLO, M^a M.: <<Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”>>, op. cit., pág. 40.

⁵⁹¹ PERULLI, A.: <<Le premese. Il contratto d'opera>>. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale. Il lavoro autonomo*, t. I, Giuffrè, Milano, 1996, págs. 214-215.

impide encuadrar dentro de la categoría tanto ejecuciones de obras o servicios, fácticas o contractuales, como relaciones que se concretan en el desenvolvimiento de una actividad de trabajo⁵⁹², superando en cierta medida la distinción entre obligaciones de medio y resultado que suele presidir el estudio de los contratos de obra, so pena de incurrir en una contradicción interna, ya que las ejecuciones de obra se caracterizan precisamente, por constituir el tipo básico de la obligación de resultado. La continuidad referida, puede estar presente, por lo tanto, ya en la reiteración de la misma prestación, en la reiteración de prestaciones diversas, o, en fin, en la ejecución de una única obra, donde la actividad necesaria para el cumplimiento ocupa una cierta duración en el tiempo, pero, para que tal ficción se produzca, es necesario que al mismo tiempo se dé una coordinación funcional entre la obra y la actividad⁵⁹³, de tal modo que ambos criterios, deben integrarse y calificarse mutuamente⁵⁹⁴. Esta coordinación exigida, por su parte, no puede interferir con la organización autónoma de la actividad de trabajo. El poder de dirección de la contraparte se reduce al poder de conformación de la prestación debida o a la simple petición o solicitud de cumplimiento de la prestación debida en el contrato. Se trata de la coordinación implícita en la propia naturaleza del tipo contractual elegido y acordado por las partes, de tal modo que no se confunde con la relación de colaboración que caracteriza el trabajo subordinado. Así se ha afirmado que la prestación de trabajo es coordinada cuando la actividad se encuentra caracterizada por la ausencia de dirección del comitente y, al mismo tiempo, por la concatenación de las prestaciones y de su conexión teleológica con el fin perseguido por la parte con respecto a la que son debidas⁵⁹⁵.

Del tercer y último requisito exigido por la norma se ha predicado su carácter decisivo a la hora de reconducir una concreta relación de trabajo al área de incidencia de

⁵⁹² SANTORO PASSARELLI, G.: *Il lavoro "parasubordinato"*, op. cit., pág. 64.

⁵⁹³ BALLESTRERO, M^a V.: <<L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato>>, op. cit., pág. 61.

⁵⁹⁴ FERRARO, G.: <<Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo>>, *GDLRI*, 1998, n° 79, pág. 461.

⁵⁹⁵ SANTORO PASSARELLI, G.: *Il lavoro "parasubordinato"*, op. cit., pág. 70.

la categoría de la parasubordinación⁵⁹⁶. Se trata de excluir de la previsión del artículo 409. 3 c.p.c. aquellas relaciones en las cuales la actividad de colaboración asume un auténtico carácter empresarial (como las colaboraciones en forma societaria o cuando el agente o el representante ostentan la titularidad de una organización propia, con estructura, personal a su servicio, capital), así como aquellas en las cuales el deudor del trabajo no está personalmente implicado⁵⁹⁷, de tal modo que el trabajo personal del prestador debe prevalecer sobre el de otros colaboradores y sobre otros factores necesarios para el cumplimiento de la prestación: es la disposición de energía a favor de un comitente durante un cierto tiempo lo que configura una situación de dependencia económica que trasciende inmediatamente en dependencia personal⁵⁹⁸.

El efectivo régimen jurídico que se diseña para el trabajo parasubordinado viene delimitado por el conocimiento de las controversias relativas a su desarrollo, atribuido a los tribunales de lo social, y por la indisponibilidad individual de las disposiciones reguladoras de condiciones de trabajo reconocidas en las normas legales o convencionales. Sin embargo, no acaba aquí la materia relativa a las garantías de este tipo de trabajo. Se afirma con relativa tranquilidad la equiparación completa, al menos de hecho, en cuanto a la negociación y a la autotutela colectiva⁵⁹⁹, a la vista de los términos en los que se pronuncia el reformado artículo 2.113 c.c., aunque con respecto a la tutela individual, y pese al llamamiento aparentemente estricto del legislador, se aprecia hasta una triple posición doctrinal, que, en esencia responde a una doble opción: se propugna la extensión de todos los institutos jurídicos del trabajo subordinado al parasubordinado, en cuanto sean compatibles, ya por la vía de limitar el poder empresarial que puede hacer inefectivos los derechos derivados de la regulación garantista, ya por la vía de extender analógicamente el contenido inderogable del

⁵⁹⁶ PERULLI, A.: <<Le premese. Il contratto d'opera>>. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale. Il lavoro autonomo*, op. cit., pág. 224. RUIZ CASTILLO, M^a M.: <<Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado">>, op. cit., pág. 47.

⁵⁹⁷ PERULLI, A.: <<Le premese. Il contratto d'opera>>. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale. Il lavoro autonomo*, op. cit., pág. 225.

⁵⁹⁸ BALLESTRERO, M^a V.: <<L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato>>, op. cit., pág. 63.

⁵⁹⁹ SANTORO PASSARELLI, G.: *Il lavoro "parasubordinato"*, op. cit., págs. 119-123. GHEZZI, G., ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, op. cit., pág. 35.

ordenamiento laboral a los trabajadores parasubordinados, o bien, se propugna la limitación estricta al trabajo parasubordinado de las garantías sustanciales derivadas del sometimiento de las controversias a la normativa procesal laboral y el principio de la indisponibilidad de derechos establecidos legal o convencionalmente⁶⁰⁰.

La cobertura de la protección proporcionada a las relaciones de trabajo que se definieran con base en una relación de colaboración coordinada y continuada se vio ampliada por el artículo 2, c. 26, de la Ley n. 335 de 1995, por medio de la cual se introducen tales prestaciones de trabajo, así como el trabajo autónomo⁶⁰¹, en el campo de aplicación de la cobertura social obligatoria, en una medida inferior a la establecida para el trabajo propiamente subordinado, en tanto se permitía la inscripción, desde el 1 de enero de 1996, previa solicitud expresa al Inps, a los efectos de la extensión de la protección general obligatoria por invalidez y vejez⁶⁰².

El trabajo parasubordinado pretende abarcar las prestaciones de trabajo caracterizadas por la efectiva debilidad económica del prestador del trabajo⁶⁰³. Pero tal hecho constituye el presupuesto sobre el que se asienta la regulación legal, no una conclusión con base en la cual pueda sostenerse una extensión de la tutela del trabajo subordinado al parasubordinado, a modo de una especie de superación de la clásica distinción entre el trabajo autónomo y el subordinado. La razón de política legislativa

⁶⁰⁰ Vid. los términos de la opción en RUIZ CASTILLO, M^a M.: <<Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”>>, op. cit., págs. 39-45.

⁶⁰¹ Además de efectuarse una enumeración no exhaustiva de relaciones de trabajo integradas en la misma que producen un efecto desilusionante y distorsionante, en tanto repasa una parte del trabajo autónomo continuado, deforma la categoría del artículo 409.3 c.p.c. y contiene relaciones muy afines al trabajo subordinado. Delimita, así, una categoría aproximada al trabajo autónomo, con una finalidad predominantemente impositiva, que no coincide con la parasubordinación, por lo que no puede ser utilizada a los efectos generales de extensión de la misma a sujetos homogéneos, FERRARO, G.: <<Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo>>, op. cit., págs. 472-475.

⁶⁰² Vid. CINELLI, M.: <<Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia: quale ruolo per previdenza sociale>>, *RIDL*, 1996, n° 4, págs. 399-407. CONTE, E.: *Autonomia o subordinazione?. Attualità di un dilemma giuslavoristico nella diversità delle tutele previdenziali*, DeLillo, Milano, 1997, págs. 44-114.

⁶⁰³ SANTORO PASSARELLI, G.: *Il lavoro “parasubordinato”*, op. cit., págs. 59-60. Del mismo autor, <<Chiose sulla parasubordinazione>>, *Il Diritto del Lavoro*, 1989, p. I, págs. 201-202. GRIECO, A. M.: <<Lavoro “parasubordinato e “giusta retribuzione”>>, *Lavoro 80*, 1986, t. II, págs. 745-747.

que guió al legislador fue la de reequilibrar la diferencia contractual entre las partes del contrato parasubordinado, con el objeto de contener la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, más que corregir el ámbito de aplicación del trabajo subordinado definido en el artículo 2.094 Codice civile⁶⁰⁴.

Sin embargo, es posible constatar en la actualidad una progresiva dilatación del radio de acción de la norma, en varias direcciones, hasta la reciente tentativa de abarcar aquellas relaciones de trabajo que no se corresponden con el esquema clásico del trabajo dependiente, en atención a los cambios operados en los sistemas organizativos de las empresas, o bien, a las diversas modalidades de articulación de las actividades de colaboración que dan lugar a prestaciones de trabajo, coincidiendo con una presunta crisis de la categoría del contrato de trabajo dependiente, así descrito en el Codice civile, y favorecida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que han enfatizado el dato sociológico de afinidad económica y social con respecto al trabajador dependiente, propiciando así una aplicación indiscriminada de la tutela y la creación de una categoría conceptual ambigua y artificial, de colaboradores estables de la empresa, colocados fuera de su estructura básica y sustancialmente privados de las principales garantías del trabajo dependiente⁶⁰⁵. De tal forma que la parasubordinación ha ido evolucionando hasta representar la expresión más acabada de la ya tradicional y conocida tendencia expansiva del Derecho del Trabajo que se revela como un elemento de fisura en la coherencia del sistema protector: aspira, por una parte, a delimitar el área de la dependencia y por otra contiene elementos de erosión de los espacios de tutela de los sujetos integrados en el sistema productivo, lo que lleva a que su generalización, o su entendimiento como superación de la dicotomía clásica autonomía-subordinación, se

⁶⁰⁴ PEDRAZZOLI, M.: <<Prestazione d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3 c.p.c.)>>, *RIDL*, 1984, n° 3, pág. 553. BALLESTRERO, Mª V.: <<L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato>>, op. cit., pág. 48.

⁶⁰⁵ FERRARO, G.: <<Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo>>, op. cit., págs. 465-467 y 475, destaca la elaboración jurisprudencial, que ha incluido en la categoría relaciones de carácter societario, del tipo de socios de cooperativas de producción, socios de trabajo, administradores de sociedades, etc.

inserten en un contexto de flexibilización alimentado por las nuevas tecnologías y la difusión de las nuevas modalidades organizativas⁶⁰⁶.

La forma de trabajo autónomo que se define como parasubordinada o como coordinada y continuada se coloca en la actualidad en el centro de un amplio debate sobre una redefinición del objeto científico del Derecho del Trabajo, en un principio iniciado por la doctrina italiana y ya generalizado a la generalidad de países de la Unión Europea, que pasa por la aplicación, por vía legal, de medidas de tutela propiamente jurídico-laborales a las relaciones de trabajo tradicionalmente incluidas en la categoría de las ejecuciones de obra, y, por ello, situadas extramuros del ámbito de extensión del contrato de trabajo⁶⁰⁷, a lo que ya se viene denominando en la literatura jurídica italiana trabajo coordinado, expresión con la que se pretende englobar la categoría de la parasubordinación y que reclama una intervención legislativa tendente a desplazar hacia este tipo de trabajo normas mínimas de tutela propias del trabajo subordinado⁶⁰⁸.

A propósito de esa demanda se ha iniciado el trámite de aprobación de una ley (la propuesta legislativa nº 2.049 de los senadores Smuraglia, De Luca Michele, Pelella, Gruoso, Piloni, Larizza, Tapparo, Arlacchi, y Battafarano), relativa a normas de tutela de los trabajadores atípicos, especialmente en materia de derecho colectivo, en la que se contiene un reconocimiento de derechos de representación sindical a favor de trabajadores autónomos, pero fundamentalmente centrada en el trabajo parasubordinado⁶⁰⁹. En el mismo sentido cabría señalar propuestas anteriores, como la

⁶⁰⁶ FERRARO, G.: <<Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo>>, op. cit., págs. 504-505.

⁶⁰⁷ PERA, G.: <<Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato>>, *RIDL*, 1998, p. I, págs. 371-385. SCARPONI, S. e BANO, F.: <<Lavoratori "parasubordinati" e rappresentanza sindacale>>, *LD*, 1999, nº 4, pág. 543.

⁶⁰⁸ PICCININNO, S.: <<Esigenza dell'intervento legislativo per superare la dicotomia subordinazione-autonomia e per dislocare le tutele anche per il lavoro coordinato>>, en AMATO, F. (a cura di): *I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, Franco Angeli, Milano, 1998, págs. 128-132. PERA, G.: <<Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato>>, *RIDL*, 1998, p. I, págs. 371-385.

⁶⁰⁹ El artículo 1, 1º c. de la propuesta aprobada por el Senado en febrero de 1999 señalaba la necesidad de regulación observada con respecto a las relaciones de colaboración, de carácter no ocasional, coordinadas con la actividad del comitente, desarrolladas sin vínculo de subordinación, de modo personal y sin empleo de medios organizativos. SCARPELLI, F.: <<Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati>>, *LD*, 1999, nº 4,

nº 2.470 de 1996, sobre el teletrabajo; la nº 3.423, de 1997 sobre normas para el encuadramiento jurídico y para la tutela de la parasubordinación y del trabajo autónomo no reglamentado; la propuesta del mismo año nº 3.972 sobre disciplina del contrato de trabajo coordinado, o la elaborada en 1998, sobre materia cooperativa, con particular referencia al socio trabajador⁶¹⁰.

Todas las propuestas pretenden la extensión a un área del trabajo autónomo, que se corresponde con el concepto de parasubordinación, de un núcleo más o menos amplio de tutela inderogable garantizada, pero difieren en la técnica normativa para llevar a cabo la extensión y en los resultados de política legislativa que se pretenden. Y esos resultados van por dos caminos fundamentalmente: la tipificación de un *tertium genus*, colocado en una área intermedia entre el trabajo autónomo y el subordinado, o bien la construcción de un estatuto jurídico del trabajador parasubordinado, como parte integrante de un proyecto más amplio de remodelación de la tutela que ostentan todas las relaciones de trabajo⁶¹¹.

C. Las actuales exclusiones legales y jurisprudenciales.

El ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo ve frenada simultáneamente su tradicional tendencia expansiva ante el cambio cualitativo que se observa en la conformación de la clase trabajadora y las nuevas formas de trabajo que la sociedad postindustrial ha desarrollado.

págs. 553-567, advierte nuevamente de los riesgos que la negociación colectiva en el terreno del trabajo autónomo puede conllevar, en el sentido de producir una erosión por la vía contractual del área del trabajo subordinado a favor del trabajo autónomo, pág. 563. Vid. LEONARDI, S.: <<Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e aspetti problematici>>, op. cit., págs. 533-542.

⁶¹⁰ Vid. los textos de las propuestas en AA.VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, Torino, 1998, págs. 285-373.

⁶¹¹ Vid. al respecto, BIAGI, M., TIRABOSCHI, M.: <<Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un *tertium genus* o codificazione di uno “Statuto del lavoro”>>, LD, 1999, nº 4, págs. 583-589.

Al lado de las iniciativas que pretenden una reorganización desde la base, proponiendo un nuevo ámbito de incidencia de la normativa laboral, más amplio y capaz de adaptarse a las necesidades de protección que las modernas relaciones de producción han provocado, se colocan tendencias legislativas y jurisprudenciales más modestas, que pretenden la resolución de situaciones concretas sin proponerse una reforma con un alcance global, sino planteándose una visión parcial de los problemas y las necesidades que presenta el mundo de las relaciones industriales. Estos problemas se refieren sobre todo a la difícil caracterización laboral de ciertas actividades, ante la insuficiencia de los criterios tradicionales para encuadrar los supuestos. Se trata fundamentalmente de trabajos externalizados y producto del avance del sector terciario, en los que no se aprecian con nitidez los rasgos del contrato laboral típico, sobre todo, los rasgos con los que se identifica la subordinación al poder organizativo del empleador. Se trata, en definitiva, de los trabajos y actividades que, por encontrarse, al mismo tiempo, en una zona fronteriza del contrato de trabajo y en una situación de dependencia económica y debilidad contractual, han motivado los actuales debates sobre la redefinición del ámbito y el nivel de protección del Derecho del Trabajo. Y estos problemas de calificación que presentan estos tipos de trabajos con el actual sistema normativo se han resuelto por la vía de su consideración como prestados en régimen de autonomía y, por ello, se ha llevado a cabo su exclusión del ámbito laboral, exclusión que produce sus efectos radicales de absoluta desprotección y agudiza, con ello, el problema de cobertura y adaptación que en la actualidad presenta la disciplina del contrato de trabajo.

En esta línea se sitúan las recientes exclusiones “constitutivas” producidas en el Derecho español de la mano de la promulgación de la Ley 12/1992, reguladora del contrato de agencia⁶¹², y la de la Ley 11/1994, de modificación de determinados preceptos de la LET, en virtud de la cual se expulsó del ámbito contractual laboral la actividad de los transportistas desarrollada según los requisitos tipificados en la propia ley. En la misma línea se encuadra la presunción de no laboralidad de ciertas

⁶¹² Vid. capítulo II.

profesiones⁶¹³, por lo tanto, presunción de independencia, llevada a cabo por la denominada Ley Madelin en Francia. Y de la mano de la autonomía individual de la voluntad, se encuentran los fenómenos de exclusión o deslaboralización fruto de un pacto de una relación extralaboral cuya configuración real se acomoda a la prestación de servicios que tipifica el artículo 1.1 LET, pero que, sin embargo, permanece fuera de la normativa laboral por decisión de las partes manifestada nominalmente en la categoría contractual pactada.

En el ordenamiento jurídico español la relación de trabajo realizada personalmente por cuenta ajena y a cambio de una retribución económica en la actividad de transporte de mercancías (art. 100 Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte terrestre, BOE de 31 de julio) constituye uno de los supuestos cuya calificación jurídica a los efectos de determinar su naturaleza laboral o extralaboral ha sido más discutida, ya que en atención al objeto del contrato, la persona física que realiza las tareas de transporte con un vehículo del que sea titular puede quedar vinculada a quien contrata sus servicios mediante un contrato mercantil de transporte (art. 349 Código Comercio), o bien, mediante un contrato de trabajo, en atención a que cuando los servicios se prestan de forma directa, personal y reiteradamente para un mismo comitente o cargador y el transportista tiene que atenerse a órdenes e instrucciones en la realización de su trabajo, concurren indicios suficientes para hacer entrar en juego la presunción de laboralidad del artículo 8.1 LET⁶¹⁴.

Inicialmente, la jurisprudencia se inclinó por considerar que este tipo de actividad se colocaba extramuros del Derecho del Trabajo, pero, sobre todo a partir de la STS de 26 de febrero de 1986 (Ar. 834), se produjo un cambio significativo en la orientación jurisprudencial que comenzó con la calificación laboral de los pequeños

⁶¹³ GARCÍA RUBIO, M^a A.: <<Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa>>, *RL*, 1996, n^o 18, págs. 26-42.

⁶¹⁴ Vid. PEDRAJAS MORENO, A., VALDÉS DAL-RE, F.: <<Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la jurisprudencia?>>, *DL*, 1986, n^o 19, págs. 97-140. RIVERO LAMAS, J. y GARCÍA BLASCO, J.: <<Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo>>, *RL*, 1987, t. II, págs. 507-536. ZORZANO TOVILLAS, J. J.: <<La figura del transportista autónomo>>, *RL*, 1994, n^o 24, págs. 83-104. GARCÍA TESTAL, E.: <<La naturaleza jurídica de la prestación de servicios de los transportistas con vehículo propio>>, *RL*, 1999, t. I, págs. 761-774.

transportistas (mensajeros), y que evolucionó hacia la laboralización de los servicios de transporte que se realizaban en determinadas circunstancias, a partir de la consideración de dos datos: en primer lugar, una concepción moderna de la nota de la dependencia en el trabajo, que otorgaba extraordinario valor a los indicios, como la fijación de horario, del itinerario, la continuidad de la prestación, la inserción de publicidad del cargador en el vehículo, etc; y, en un segundo momento, las características del vehículo utilizado para el transporte, su dimensión y su valor económico, de tal modo que se elaboró una acabada doctrina jurisprudencial en torno a la determinación de la laboralidad de la actividad, la cual se hacía depender de todo un sistema de indicios para individualizar la situación de subordinación y de la consideración auxiliar del vehículo en la prestación personal del transportista, frente a su posible consideración como inversión de capital en una organización⁶¹⁵.

Tal construcción jurisprudencial contribuyó a elaborar un cierto marco de certeza alrededor de la calificación de la actividad de transporte, desligando los supuestos en los que de las circunstancias se derivaba una intención empresarial de los supuestos en los que el carácter de la prestación era asalariado, sin embargo, no logró resolver todas las cuestiones planteadas, y terminó favoreciendo una laboralización generalizada de la actividad de transporte.

Así las cosas, la Disposición Final 7ª de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, incorporó una nueva relación de trabajo excluida del ámbito laboral a la lista del artículo 1.3 LET: “la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostente, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”. Sin embargo, lejos de haber resuelto todas las dudas y esclarecido la situación, la aplicación e interpretación de este precepto se ha visto también salpicada de innumerables problemas. Su redacción presentaba, fundamentalmente, problemas de delimitación del supuesto y ámbito de

⁶¹⁵ GARCÍA MURCIA, J.: <<El transporte de mercancías y su régimen jurídico>>, *TS*, 2000, nº 113, págs. 14-16.

aplicación, que terminaron provocando dudas incluso sobre su propia constitucionalidad, dudas que fueron finalmente resueltas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 227/1998, de 26 de noviembre, en la cual el TC señalaba la no concurrencia de ninguno de los motivos de inconstitucionalidad alegados, sancionando así el perfecto acomodo constitucional del artículo 1.3, g), párrafo segundo, LET⁶¹⁶. El TC reconoció en esta sentencia que lo que el legislador había llevado a cabo era una clarificación de los ámbitos laboral y mercantil que no podía considerarse ilícita, consistente en una delimitación negativa que excluía del ámbito laboral las actividades de transporte en las que concurrían acumulativamente los requisitos mencionados al efecto. Señala que el legislador no es totalmente libre en el cumplimiento de su tarea de delimitar el ámbito subjetivo de la legislación laboral, configurando un “estatuto de los trabajadores”, sino que debe atenerse a los principios y valores constitucionales, entre los cuales se encuentran los de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, principios que no considera vulnerados por la exclusión llevada a cabo por la ley. El principio de igualdad ni implica la exigencia de un tratamiento igualitario en todos los casos, sin atender a los elementos diferenciales que pudieran concurrir. El tratamiento diferenciado de situaciones jurídicas encuentra acomodo constitucional siempre que la diferencia obedezca a una justificación objetiva y razonable y las medidas adoptadas sean proporcionadas a la especialidad de la situación. El TC estimó en este caso que “la delimitación negativa efectuada por el legislador respondía a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habitualidad requerida por las normas administrativas”, ni puede considerarse desproporcionado el resultado de que el transportista administrativamente habilitado para el trabajo autónomo se someta a un régimen jurídico distinto del laboral. Finalmente señala el TC que la norma no produce una deslegalización del concepto de trabajador, a la vista de que son los reglamentos de

⁶¹⁶ Las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas denunciaban que la exclusión realizada a través del artículo 1.3, g) LET podía atentar, en primer lugar, contra los principios básicos de la ordenación legal de las relaciones de trabajo, deducibles del artículo 35.2 CE. En segundo lugar, afectaba al principio de igualdad y no discriminación, pues el criterio que sirve de base a la exclusión no respeta los principios de razonabilidad y objetividad exigibles para justificar la diferencia de trato; y, en tercer lugar, incidía en el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, porque al tener éstas competencias en materia de transporte, se podía dar lugar a que una determinada actividad fuera laboral en función del territorio, violando así al artículo 149.1.7 CE.

transporte los que determinan en qué supuestos se exige autorización administrativa, porque es la propia ley la que contiene la exclusión del ámbito laboral, y la remisión reglamentaria que lleva a cabo la legislación de transporte no es totalmente libre, sino que tiene que atenerse a las pautas preestablecidas por el legislador⁶¹⁷.

De la redacción del precepto estatutario parece desprenderse que se trata de una exclusión de carácter constitutivo que, dejando a un lado los presupuestos de la laboralidad, decide extraer de tal ámbito una determinada relación de trabajo desarrollada de acuerdo con los criterios o requisitos allí mencionados⁶¹⁸. Y, al mismo tiempo, se entiende que la presunción de no laboralidad que contiene es una presunción *iuris et de iure* con efectos automáticos desde su entrada en vigor, de tal forma que los trabajos incluidos en su ámbito de aplicación quedan de forma automática excluidos de la legislación laboral si se prueba la existencia de los requisitos establecidos al efecto. De este modo, por medio de una modificación legislativa se introducía en el ámbito de tales prestaciones de trabajo una novación contractual, por medio de la cual, si bien hasta el momento de la entrada en vigor de la norma la relación podría haber sido considerada laboral, a partir de tal momento, si se cumplían los requisitos mencionados en la LET, se operaba una recalificación en la prestación de trabajo, que pasaba a constituir una relación de carácter mercantil, recalificación posible, incluso, con respecto a relaciones jurídicas declaradas previamente como laborales en sede judicial⁶¹⁹.

⁶¹⁷ El último motivo de inconstitucionalidad planteado por las cuestiones acumuladas no es objeto de discusión por parte del TC, ya que estima que ninguna de las cuestiones se articula como un conflicto real de competencias, y, por ello, no procedía "efectuar pronunciamiento alguno dirigido a solventar futuros e hipotéticos que el precepto cuestionado pueda deparar, ni anticipar los criterios que, eventualmente y en función de las concretas circunstancias, hubieran de adoptarse para resolver aquellos, teniendo en cuenta, además, que tanto el legislador estatal como el autonómico, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrían impedir, llegado el caso, la eventual aplicación diversificada en el territorio del cuestionado precepto", STC 227/1998.

⁶¹⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 641. En contra, consideran que se trata de una exclusión declarativa SANTIAGO REDONDO, K. M.: <<La concreción subjetiva de la relación laboral>>, *RL*, 1999, n° 8, pág. 50. GARCÍA MURCIA, J.: <<El transporte de mercancías y su régimen jurídico>>, op. cit., pág. 18.

⁶¹⁹ Vid. PEDRAJAS MORENO, A.: <<Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3, g) del Estatuto de los Trabajadores>>, *AL*, 1995, t. II, pág. 320. POLO SÁNCHEZ, M^a C. y BAZ RODRÍGUEZ, J.: <<La exclusión de la laboralidad de los transportistas con vehículo propio: un

El requisito más importante alrededor del cual gira toda la concepción de la exclusión de tal tipo de prestación laboral que realiza la LET es el dato de la titularidad de la autorización administrativa o “tarjeta de transporte” expedida a nombre del transportista habilitante del desarrollo de la actividad. Ese es el dato con base en el cual el legislador entiende que lo que el transportista pretende no es el desarrollo de una relación subordinada de trabajo, sino que tiene otro carácter. La autorización administrativa no es un requisito exigible en relación con cualquier tipo de transporte, sino que su legislación específica⁶²⁰ la requiere cuando se trata de transportes de ciertas dimensiones, lo que parece indicar, a juicio del legislador, según interpretación jurisprudencial, que la relación está más cerca de constituir una actividad de carácter empresarial o profesional que una de carácter laboral⁶²¹.

Con el objeto de combatir el desempleo a través del fomento de la empresa individual, haciendo más atractivo el estatuto de las empresas de pequeñas dimensiones y el trabajo independiente, así como de luchar contra las denominadas “recalificaciones abusivas”⁶²², práctica jurisprudencial caracterizada por la declaración de laboralidad de modo indiscriminado de situaciones que nada tenían que ver con el trabajo asalariado⁶²³, se promulgó en Francia la ley nº 94-126, de 11 de febrero de 1994, relativa a la iniciativa y a la empresa individual (conocida como Ley Madelin), uno de cuyos efectos ha sido la limitación de la calificación laboral con respecto a una serie de actividades y

primer estudio jurisprudencial>>, *AL*, 1996, t. I, págs. 161-172. STS de 5 de junio de 1996 (Ar. 4994). STC 58/2000, de 28 de febrero.

⁶²⁰ Ley 16/1987, de 30 de julio (BOE de 31 de julio). RD 1.211/1990, de 28 de septiembre (BOE de 8 de octubre), y OM de 24 de agosto de 1999 (BOE de 7 de septiembre), modificada por la OM de 28 de febrero de 2000 (BOE de 9 de marzo).

⁶²¹ STS de 18 de julio de 1996 (Ar. 6159), a raíz de la cual se ha estimado que el carácter laboral de una relación de transporte viene determinada por el peso del vehículo (dos toneladas). Vid. SUÁREZ CORUJO, B.: <<La controvertida figura de los transportistas con vehículo propio y su exclusión del ordenamiento laboral>>, *REDT*, 1999, nº 94, págs. 265-277.

⁶²² BARTHÉLÉMY, J.: <<Contrats de travail et d'entreprise: nouvelles frontières. Réflexions sur la loi Madelin>>, *SJ*, JCP-E, 1994, nº 21, pág. 256.

⁶²³ Vid. al respecto, DUPEYROUX, J. J.: *Droit de la Sécurité Sociale*, 12ª edit., Dalloz, Paris, 1993, págs. 289-292. ARSEGUEL, A., ISOUX, Ph.: <<Des limites à la dérive de la notion de service organisé>>, *DS*, 1992, nº 3, págs. 298-300.

prestaciones de servicios cuyos titulares estuvieran inscritos en determinados registros, así como su encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social, a menos que se demostrara la presencia de una auténtica relación de subordinación con su empleador. El artículo 49 de la Ley daba nueva redacción al artículo 120-3 del *Code du Travail*, en virtud del cual se establece la presunción de inexistencia de contrato de trabajo respecto de las prestaciones de actividad desarrollados por personas físicas que se hallen inscritas en el registro de comercio y de sociedades, en el repertorio de oficios, en el registro de agentes comerciales, o en las uniones para la recaudación de cotizaciones de la seguridad social y de las prestaciones familiares, en relación con la recaudación de cotizaciones por prestaciones familiares. Se introdujo un segundo párrafo que fijó el carácter *iuris tantum* de la presunción, ante la prueba de un “vínculo de subordinación jurídica permanente” entre las partes.

El ámbito de aplicación de la exclusión quedaba, así, referido a las personas físicas que se dedicaran a las profesiones artesanales, industriales, comerciales o liberales y que se hubieran inscrito en el registro correspondiente a esa actividad desarrollada y que es objeto de discusión.

Esta ley incidió de igual modo en el trabajo a domicilio, provocando un cambio de sentido en su regulación, producido por el reenvío que su artículo regulador efectúa al artículo 120-3 *Code du Travail*, de tal modo que el principio general en virtud del cual el trabajador a domicilio no tenía que demostrar la naturaleza subordinada o dependiente de su prestación se ha visto parcialmente modificado con respecto a los sujetos que se hallen inscritos en los registros determinados.

A pesar de que ha sido puesta en cuestión la novedad y la innovación de esta regulación, en atención a la debilidad de la presunción, que admite prueba en contrario⁶²⁴, es cierto, sin embargo, que por vía de la ley queda fuera del contrato de trabajo un importante sector de actividades que no se diferencian radicalmente de las que dan lugar a una relación laboral. Se produce una exclusión a todos los efectos (la

⁶²⁴ ARSEGUEL, A., ISOUX, Ph.: <<Loi “Initiative et entreprise individuelle”>>, *BJ*, 1994, n° 5, pág. 142. DOROY, F.: <<La vérité sur le faux travail indépendant>>, *DS*, 1995, n° 7/8, pág. 641.

ley también reformó la normativa sobre Seguridad Social, disponiendo la no afiliación de las personas consideradas en el artículo 120-3 *Code de Travail* al régimen general de la Seguridad Social) de esa zona de frontera cada vez más ancha gracias a la introducción de los nuevos modos de trabajo, y a la necesidad de que concurra, para desvirtuar la presunción, un vínculo de subordinación jurídica, lo que descarta toda posibilidad de intentar una declaración de laboralidad a través de la subordinación o la dependencia económica⁶²⁵. Además, la ley introduce el calificativo “permanente” para determinar qué tipo de vínculo de subordinación jurídica destruirá la presunción. Salvadas las opiniones doctrinales que refieren el calificativo, bien al vínculo, bien a la subordinación⁶²⁶, parece claro que su finalidad es excluir del ámbito de la laboralidad prestaciones que se limiten a colaboraciones esporádicas u ocasionales⁶²⁷, de tal modo que se aparten conceptualmente de su consideración laboral.

No cabe duda del alcance contrario a la finalidad tradicional del Derecho del Trabajo que estas normas y técnicas significan, lo que no hace otra cosa que poner de manifiesto la necesidad de adaptar los viejos moldes a las nuevas necesidades y a las nuevas demandas del mercado de trabajo.

2.- EL RECURSO AL TRABAJO AUTÓNOMO Y LA FRONTERA CON EL TRABAJO SUBORDINADO.

No resulta extraña al lenguaje jurídico-laboral la categoría de los “falsos autónomos” o “falsos independientes”, expresión con la que se quiere denominar una serie de supuestos caracterizados por el hecho de que determinadas prestaciones de servicios aparecen en el tráfico jurídico amparadas por la legislación civil o mercantil, bajo la denominación de arrendamientos de servicios, de obras, de contratos de

⁶²⁵ CHAUCHARD, J. P.: <<Travail salarié ou travail indépendant: les questions soulevées par la loi Madelin>>, *LS*, 1995, nº 100, pág. 84.

⁶²⁶ PRÉTOT, X.: <<Comment peut-on être travailleur indépendant...ou quelques réflexions sur la loi Madelin>>, *BS*, 1995, nº 8/9, pág. 401.

⁶²⁷ ARSEGUEL, A., ISOUX, Ph.: <<Loi “Initiative et entreprise individuelle”>>, op. cit., pág. 142. PRÉTOT, X.: <<Comment peut-on être travailleur indépendant...ou quelques réflexions sur la loi Madelin>>, op. cit., pág. 401.

transporte o suministros, pero que en la realidad encubren auténticos contratos de trabajo, prestados en régimen de ajenidad y subordinación, cuya regulación se ve privada de la tutela laboral por iniciativa individual, ya que son las propias partes de la relación las que han pactado el carácter y la naturaleza del contrato. En la realidad de la situación, lo que ha ocurrido es que el poder económico del empleador se impone a la debilidad contractual del trabajador a la hora de la calificación de la relación, tradicionalmente, han sido considerados como fraude o evasión de las reglas laborales y de las cargas sociales⁶²⁸.

Entre este tipo de fenómenos elusivos del Derecho del Trabajo se encuentran el trabajo irregular o trabajo negro, prestaciones al margen de la normativa legal, convencional y de la protección social, y el intento de imputar la relación laboral y la condición de empresario a un falso empleador, pero ocupa el papel más importante el trabajo en régimen laboral simulado bajo la apariencia de otro tipo contractual⁶²⁹, ampliamente generalizado gracias al desarrollo del sector servicios y a la exteriorización de actividades, y que ya no se encuentra exclusivamente en el terreno del fraude y la simulación, sino que aparece bajo la permisividad del propio ordenamiento jurídico, que adopta una actitud positiva ante los mismos, porque la huida del Derecho del Trabajo no tiene por qué ser solamente una perversión del funcionamiento del ordenamiento jurídico, sino que en algunos casos puede aparecer como una reacción contra normas restrictivas que puede suponer un impedimento para la operatividad y la competitividad de las empresas y puede responder, por ello, a supuestos de adaptación a nuevas exigencias del sistema productivo⁶³⁰, al mismo tiempo que se ha considerado un campo apto para la promoción de nuevos empleos y la lucha contra el paro, en tanto que desde

⁶²⁸ CERDÁ MICO, A.: <<La ingeniería laboral del *outsourcing*>>, *AS*, 1998, vol. V, págs. 1205-1206, apunta diversos indicios para la determinación de la auténtica naturaleza de la relación: ausencia o ambigüedad del contrato escrito, confusión del presunto autónomo con el resto de los trabajadores de plantilla del comitente, adecuación de su prestación a la organización empresarial, retribución por unidad de tiempo, prestación del trabajo con los instrumentos del comitente, exclusividad de la prestación.

⁶²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<La huida del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1992, nº 12, págs. 1-2.

⁶³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Economía sumergida y empleo irregular>>, *RL*, 1985, nº 6, págs. 1004-1006.

esta perspectiva, el trabajador por cuenta propia tiene un empleo, no es un desempleado⁶³¹.

El ordenamiento jurídico ha reaccionado tradicionalmente contra estas prácticas elusivas y defraudatorias a través de distintos mecanismos, el más importante de los cuales viene configurado por la presunción de laboralidad del artículo 8.1 LET en relación con el reconocimiento de la naturaleza intrínseca de las categorías jurídicas, al margen de la denominación manifestada por la autonomía individual de las partes. Así, son comunes los casos presentados ante los tribunales en los cuales el juzgador ha de recordar que la naturaleza de una determinada relación jurídica deriva de su contenido y su modo de desarrollo y ejecución, y no de la denominación otorgada por las partes, por lo cual, ante la prueba de los presupuestos de la laboralidad, es común la producción de “recalificaciones” de contratos de cualquier otra naturaleza en contratos de trabajo sometidos al ordenamiento laboral. Sin embargo, recientemente, y ante la toma de conciencia en virtud de la cual ha de reconocerse que no todo el recurso al trabajo autónomo o independiente pretende la elusión de la protección otorgada por el Derecho del Trabajo, está produciéndose un fenómeno de revitalización de la capacidad calificadora de las relaciones de trabajo de la autonomía individual, en el marco de la tendencia que se conoce como individualización de las relaciones de trabajo⁶³².

El auge del sector terciario y el fenómeno de la descentralización productiva han provocado que el número de trabajadores independientes lícitos que siempre ha existido a la sombra del modelo social dominante, el trabajo subordinado, aumente considerablemente, al satisfacer mejor las exigencias empresariales y productivas y, contribuir, al mismo tiempo, a disminuir los costes salariales y cargas sociales, tan

⁶³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Nuevos empleos y Derecho del Trabajo>>, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1995, nº 29-30, pag. 105. Se han enumerado hasta tres tipos de trabajo autónomo presentes en la realidad socio-económica actual, trabajo por cuenta propia en sentido estricto, trabajo parasubordinado y el falso trabajo autónomo, VALDÉS ALONSO, A.: <<Trabajo por cuenta propia (En torno a la Disposición Final 1ª)>>, *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, vol. II, op. cit., págs. 1707-1709.

⁶³² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo>>, *RL*, 1996, nº 18, págs. 1-7.

ansidados en situaciones de crisis económicas y transformación de sus estructuras⁶³³. Es en este ámbito de la descentralización productiva y de la externalización de servicios donde se encuentra el mayor número de ejemplos del aumento de la contratación en régimen extralaboral, de arrendamientos civiles de obras y servicios, como la actividad de los colaboradores de los medios de comunicación, los encuestadores, los guías turísticos, los modelos publicitarios, los repartidores y mensajeros, etc, cuya relación de trabajo presenta dudas de calificación jurídica, en atención a la dificultad para apreciar las notas de dependencia y ajenidad, de tal modo que la jurisprudencia ha de realizar una continua labor de análisis casuístico para determinar, en cada caso, y, en ocasiones con el único apoyo de una declaración expresa en convenio colectivo, si concurren los presupuestos que convierten la relación en jurídico-laboral⁶³⁴. A ello debe añadirse el ejercicio profesional de las denominadas actividades liberales, que, si bien se vio impulsada hacia el arrendamiento de servicios y el contrato de mandato, en las ocasiones en las que no se desarrollaba de forma totalmente libre, sino dentro de la organización de un empleador, comenzó también a ser admitida su contratación en régimen laboral, de tal modo que este tipo de actividad se convirtió en una de las más litigiosas. Sin embargo, se ha destacado la reciente tendencia jurisprudencial a orientar de nuevo su calificación hacia el arrendamiento de servicios, sobre todo debido a la incorporación al mercado de trabajo de un contingente relativamente nuevo, las profesiones en materia de gestión, organización y administración de empresas, favorecida, a su vez, por los procesos de descentralización productiva⁶³⁵.

El trabajo autónomo hoy en auge y que presenta una zona de conexión con el trabajo subordinado no es el que se configura como una actividad empresarial hacia el

⁶³³ MARTÍN VALVERDE, A.: <<El discreto retorno del arrendamiento de servicios>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de del Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, op. cit., págs. 235-236.

⁶³⁴ Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 40-84.

⁶³⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: <<El discreto retorno del arrendamiento de servicios>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, op. cit., págs. 229-232, que señala un último supuesto de aumento del trabajo autónomo en ciertos tipos de trabajos atípicos, como las tareas de recogida de envases, profesores de centros privados, etc, págs. 232-235.

mercado de bienes y servicios, sino que es un trabajo que se presta principalmente de modo personal para las empresas comitentes, que prestan ciertos tipos de servicios, no a través de la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino a través de la contratación externa con colaboradores independientes, en una situación, no de subordinación, sino de coordinación de actividades en el marco de un específico programa negocial y cuyas relaciones adquieren una cierta duración y estabilidad en el tiempo, de tal modo que se genera una situación de dependencia económica entre la empresa comitente y sus colaboradores externos, y, al mismo tiempo, una similitud o asimilación al trabajo prestado en régimen laboral⁶³⁶.

Es necesario reconocer esta nueva realidad que se ha instalado y ha conformado la sociedad actual. Y corresponde al reconocimiento de esta realidad una segunda toma de conciencia, el conflicto social propio del sistema capitalista de producción se ha instalado en otras formas de trabajo distintas del asalariado y dependiente, las cuales han desarrollado las consiguientes necesidades de tutela⁶³⁷.

La frontera entre el trabajo autónomo personalmente prestado y en condiciones de dependencia económica y el trabajo subordinado será siempre una frontera de contornos difusos y móviles, porque las categorías que las definen no son absolutas, ni estáticas, sino que son conceptos esencialmente históricos, y los tipos de actividades en cuestión no responden a formas de trabajo esencialmente diferentes, sino que los hechos que van a orientar la calificación en uno u otro sentido no son de una entidad tal que justifiquen la inclusión o exclusión drástica que el ordenamiento otorga ahora. Éste es el dato fundamental que habrá de ser tenido en cuenta a la hora de preguntarse por el futuro del Derecho y del contrato de trabajo, la necesidad de protección se mantiene y se extiende actualmente más allá de las fronteras tradicionales.

⁶³⁶ VALDÉS, ALONSO, A.: <<Trabajo por cuenta propia (En torno a la Disposición Final 1ª)>>, op. cit., pág. 1704.

⁶³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M^a E.: <<El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo>>, *RL*, 2000, n^o 7/8, pág. 2.

“Es imposible desconocer que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, en su caso, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social, así como tampoco el casuismo de la materia, que obliga a atender a las específicas circunstancias de cada caso concreto”, recordaba la STS de 27 de mayo de 1992 (Ar. 3678). No sólo no ha estado siempre en el mismo lugar, sino que tampoco ha estado nunca rodeada de una certeza absoluta⁶³⁸. La profunda transformación del modo de producir y de trabajar ha introducido una creciente permeabilidad del confín entre el trabajo autónomo y el subordinado que, aunque no permita hablar de un fenómeno nuevo, ciertamente se acompaña de una nueva realidad, porque los cambios tecnológicos que se van produciendo con una rapidez sorprendente están en la base de la tendencia a la ampliación del área de trabajo autónomo y a la consecuente restricción del área de trabajos subordinado. El mismo tipo de profesionalidad puede ser objeto, indiferentemente, en el mismo ciclo productivo de una relación de trabajo subordinada o autónoma, porque en el ámbito del trabajo subordinado se encuentran situaciones de autonomía de ejecución, mientras que en el trabajo autónomo pueden encontrarse, a su vez, elementos de subordinación, en la medida en que el comitente puede controlar de diversas formas la ejecución del trabajo. De tal modo que se producen situaciones en las que el legislador califica de forma oportunista como autónomas o subordinadas ciertas relaciones, ampliando o reduciendo el ámbito de cobertura del contrato de trabajo sin atender a criterios generales sistemáticos, sino a razones de carácter socio-económico⁶³⁹.

El contrato de trabajo se encuentra ahora más que nunca en una zona de choque continuo con los arrendamientos civiles de obras y servicios, con el contrato de sociedad

⁶³⁸ Vid. VICECONTE, M.: <<Sulla distinzione tra contratto di lavoro autónomo e contratto di lavoro subordinato>>, *LPO*, nº 12, 1981, págs. 2189-2197. LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail non salarié*, op. cit., pág. 1.

⁶³⁹ RUIZ CASTILLO, M^a M.: <<Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”>>, op. cit., pág. 15. DE CICCIO, G.: <<Subordinazione nell’ambito di particolari rapporti di lavoro. Ricerca sui nuovi aspetti della qualificazione giuridica della prestazione di lavoro>>, *LPO*, 1995, nº 5, pág. 833.

y con otras figuras contractuales del Derecho Mercantil, ya clásicas en la práctica laboral, con las que siempre ha compartido una zona de incertidumbre. En teoría estas categorías son fácilmente definibles y diferenciables, pero hay que partir de la dificultad que supone el hecho del origen común de las figuras contractuales que en un principio regularon el trabajo, lo que implica que las notas de ajenidad y subordinación que califican el contrato de trabajo suelen también estar presentes en algún grado y medida en las zonas conflictivas, porque el fundamento de su evolución y emancipación no tuvo su origen, como se sabe, en una contraposición conceptual, sino en una imposibilidad jurídica.

El contrato de trabajo se diferencia de los arrendamientos civiles de servicios y obras fundamentalmente por el carácter subordinado o dependiente de las órdenes, el interés y el poder disciplinario del empleador o comitente de la prestación cubierta mediante un contrato de trabajo frente a la autonomía con la que desarrolla su actividad el ejecutor de una obra o un servicio en un contrato de arrendamiento. Por su parte, ambos arrendamientos se diferencian entre sí en el hecho de que en un arrendamiento de servicios se pacta la realización de un trabajo, una obligación de actividad, mientras que en el contrato de ejecución de obra se busca solamente el resultado, por lo tanto, se ha pactado una obligación de resultado. En el arrendamiento de servicios es relativamente pacífico afirmar que se trabaja por cuenta ajena, en tanto que los frutos del trabajo realizado benefician de modo directo al comitente, lo que remite a la dependencia la única diferencia con el contrato de trabajo, la cual, debido a su configuración flexible, implica que sea ésta la zona de oscuridad más amplia en la delimitación de las fronteras del contrato de trabajo; sin embargo, con el contrato de arrendamiento de obras se puede recurrir también a la ajenidad para efectuar la distinción, porque, en principio, el ejecutor de la obra, al tener una obligación de resultado, es el directo receptor de los frutos de su trabajo, que cede al comitente en un momento posterior.

El contrato de sociedad se diferencia del contrato de trabajo en el hecho de que los socios que trabajan para la sociedad lo hacen por cuenta propia, y no por cuenta ajena, pero se presentan problemas de calificación, aparte los casos en los que la ley

permite expresamente la convivencia de ambos vínculos, societario y laboral, cuando se trata de socios empleados en sociedades familiares de pequeñas dimensiones⁶⁴⁰.

El aumento de las zonas oscuras no implica que la elaboración dogmática sobre el concepto del contrato de trabajo haya perdido su virtualidad calificadora, sino la dificultad para su apreciación que introduce el desarrollo de nuevas relaciones de trabajo y de nuevas formas de trabajar⁶⁴¹, que exigen variaciones y modulaciones en la configuración clásica de los conceptos, y no sólo en la dependencia, noción esencialmente histórica, sino también en el concepto de ajenidad. Todo ello lleva a una revalorización de la labor de la jurisprudencia en la delimitación de las propias fronteras del Derecho del Trabajo, que ha terminado por elaborar casuísticamente una definición de contrato de trabajo cuyos perfiles tampoco son inamovibles, y que tiene como base el estudio y análisis de las varias manifestaciones que en la realidad revisten las notas calificadoras de la relación laboral.

La ajenidad se ha calificado como una nota o cualidad definitiva de las relaciones de trabajo, existe o no existe, pero no admite graduación. Sin embargo, el ordenamiento jurídico laboral conoce situaciones en las cuales esta cualidad no aparece definida con certeza, aunque lo haya encubierto bajo la ficción de considerar compatibles e independientes dos relaciones distintas, una relación societaria y una relación laboral, como ha hecho en el caso de las sociedades laborales. O bien, bajo la figura de relación laboral de carácter especial del trabajo de los altos cargos, que viene definido en la propia norma reguladora como el prestado por “aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas

⁶⁴⁰ Sobre la distinción entre el contrato de trabajo y figuras afines, vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 625-629. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 53-67. ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 204-208. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 39-43.

⁶⁴¹ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamiento de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte>>, op. cit., pág. 27.

por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. Del mismo modo, se ha señalado la atenuación que padece la nota de la ajenidad en el supuesto regulado en el artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual, en virtud del cual se cede al empleador sólo una parte de los resultados o derechos (los derechos de contenido patrimonial) derivados de una obra tutelada. En ausencia de pacto expreso, el empresario ostenta la exclusiva en el ejercicio de aquellos derechos de explotación sobre las obras o prestaciones producidas por el trabajador en el marco de su contrato de trabajo, que sean necesarios para el desarrollo de la actividad habitual de la empresa⁶⁴².

El ejemplo paradigmático que se sitúa en una zona fronteriza con el contrato de trabajo por la dificultad para apreciar la ajenidad es el de los socios empleados en las sociedades de carácter familiar o de pequeñas dimensiones, incluidas también las sociedades laborales, aun teniendo en cuenta las circunstancias especiales que concurren en ese caso, pues esa reconocida separación de ámbitos y de independencia de las dos relaciones no se mantiene inalterable en todo caso.

Así, se ha señalado que no siempre que el accionista de una sociedad presta sus servicios para ella concurre la doble condición de socio y trabajador, pues puede suceder que pese a la diferente personalidad jurídica creada por la sociedad, el socio participe en su propio interés y beneficio, aparte del que recibe del capital aportado, lo que impide la apreciación de la ajenidad, “supuesto que normalmente se da en sociedades de pequeña dimensión económica, en las que su capital se encuentra distribuido entre un reducido número de socios, en los que es nota cualificadora sus cualidades personales y, consecuentemente con ello, estatutariamente la transmisión de acciones se encuentra muy limitada...”, (STS de 6 de junio de 1990, Ar. 5026). Y es que

⁶⁴² VALDÉS ALONSO, A.: <<La nota de la ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados>>, en *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, op. cit., págs. 108-112. SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: <<Relación Laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos>>, *RL*, 1999, nº 21, pág. 23. DURÉNDEZ SÁEZ, I.: <<Sobre la dependencia y la ajenidad en el contrato de trabajo de colaboración periodística>>, *AS*, 2000, nº 6, págs. 25-28.

siendo posible la contratación laboral del socio, tal posibilidad debe excluirse cuando la prestación de servicios se realice sin los requisitos del artículo 1.1 LET, lo que sucederá, a juicio de la jurisprudencia, cuando: se trate de un socio mayoritario cuya titularidad de más del 50 % de las acciones o participaciones en que esté dividido el capital social le otorgue una posición real de predominio en la formación de la voluntad social. Que se trate de un socio mayoritario en una sociedad de base familiar, aunque el porcentaje de sus acciones o participaciones sea inferior al 50% del total en que esté dividido el capital social. O cuando el socio en cuestión esté integrado en el órgano de administración de la sociedad y su trabajo para la misma consista, precisamente, en el ejercicio de funciones propias de dicho órgano (SSTS de 29 de abril de 1991, Ar. 3393)⁶⁴³.

La existencia de vínculos de carácter familiar es un elemento que dificulta la apreciación de la ajenidad y, consecuentemente, la calificación laboral de la relación (entre otras, SSTS de 7 de noviembre de 1990, Ar. 8556; de 18 de marzo 1991, Ar. 1868; de 18 de julio de 1991, Ar. 5152). Sin embargo, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de abril de 1996 (Ar. 1325) estimó la laboralidad de la relación de un socio, integrante y presidente con voto de calidad en caso de empate del Consejo de Administración de la sociedad anónima laboral que había fundado con sus tres hijos, cuyas acciones estaban repartidas al 25% para cada uno. Ante la relación familiar existente, parece razonable concluir que es el padre el que ocupa la posición de dominio en la sociedad y que, por ello, su relación no es laboral. La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 14 de enero de 1999 parte de la especialidad que revisten las sociedades en las que existen vínculos familiares, y declara no laboral la relación de trabajo de una socia fundadora con base en que la trabajadora y su marido, con el que convivía, eran los propietarios del 40% de la empresa. Por su parte, la STSJ Galicia, de 20 de abril de

⁶⁴³ La STS de 17 de mayo de 1999 (Ar. 4830) señala que la laboralidad de la relación de un socio trabajador con su sociedad laboral queda cuestionada cuando prevalecen las funciones de dirección y gerencia retribuidas frente a las funciones de la relación común. Sólo cuando el trabajador tiene facultades de decisión en la sociedad, ya por poseer una participación social directa o indirecta que permite que su criterio condicione la adopción de acuerdos, ya por ejercer actividades de administración determinantes de la expresión de la voluntad social, es posible mantener la incompatibilidad de la condición de trabajador con la de socio, quedando la primera desvirtuada ante la ausencia de los requisitos de laboralidad del artículo 1.1 LET (STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de mayo de 1999, Ar. 1606).

1999, declara la laboralidad de la relación de las dos esposas de los dos únicos socios y administradores solidarios de una sociedad, con base en el hecho de que las codemandadas mantenían una relación laboral con la empresa jurídica (auxiliares administrativas), no directamente con sus esposos y no considera que la existencia de régimen matrimonial de gananciales entre los cónyuges pueda, automáticamente, excluir la ajenidad y la dependencia de la relación⁶⁴⁴.

El presupuesto de la dependencia, por su parte, es el más discutido a la hora de la calificación laboral o extralaboral de una relación de trabajo y, consecuentemente, es el más estudiado en el ámbito de las zonas fronterizas y el llamado a distinguir el contrato de trabajo del arrendamiento de servicios y del arrendamiento de obras (STS de 19 enero de 1987, Ar. 59). Así, es la existencia o no de la dependencia, la inserción del trabajador en el ámbito de dirección y disciplina del empresario, la que incluye o excluye las nuevas actividades que la descentralización productiva favorece en el ámbito de cobertura del contrato de trabajo. La dependencia significa la facultad del empresario de intervenir en cualquier momento sobre la modalidad de desarrollo de la prestación, aunque no se ejercite de modo continuado. “Lo decisivo es que en la estructura jurídica de la obligación exista esa facultad de dirigir, y del deber del trabajador de atenerse a la orden dada, orden que afecta al qué, al cómo, al dónde y al cuándo del servicio a prestar”⁶⁴⁵.

Las actividades realizadas por los peritos tasadores de seguros, los modelos publicitarios y de bellas artes, algunos becarios, los encuestadores, los guías turísticos, los colaboradores de los medios de comunicación, etc. son continuamente objeto de análisis jurisprudencial, que califica la relación en virtud de los indicios que demuestren la prestación de la actividad en condiciones de subordinación o dependencia⁶⁴⁶. Así, a

⁶⁴⁴ Vid. comentario a estas dos últimas sentencias en la sección <<Crónicas de jurisprudencia>> de *Justicia Laboral*, 2000, nº 2, págs. 75-77.

⁶⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros>>, *RL*, 1997, nº 3, pág. 8.

⁶⁴⁶ Vid. LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, op. cit., págs. 411-606. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros>>, op. cit., págs. 1-10. SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.:

menos que se haya producido algún pronunciamiento expreso en relación con el tipo de contrato con arreglo al cual haya de prestarse la relación⁶⁴⁷, la jurisprudencia analiza las circunstancias en las que se produce el desarrollo de la actividad laboral, acudiendo para ello a los indicios tradicionales y a nuevos aspectos derivados de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso: sujeción a horario y jornada, remuneración por honorarios, libertad en la ejecución del trabajo, prestación de la actividad dentro o fuera de las instalaciones de la empresa, exclusividad en el trabajo, propiedad o disponibilidad de los instrumentos de trabajo, etc., no otorgando un valor decisivo y universal a ninguno de ellos aisladamente considerado, sino al conjunto de los mismos, y, sobre todo, no otorgando un valor determinante a elementos y requisitos formales como la afiliación al RETA, el alta en el IAE, la emisión de facturas con IVA o cualquier otro elemento de carácter fiscal o administrativo, como la inscripción en el censo profesional o la colegiación, porque este tipo de elementos no tiene virtualidad definitoria de las relaciones en cuestión, ni

<<Relación Laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos>>, op. cit., págs. 7-26. AHUMADA VILLALBA, B.: <<La beca de formación práctica con prestación de servicios>>, *RL*, 1999, nº 2, págs. 68-88. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: <<La delimitación del concepto de contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina>>, en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 101-154. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F.: <<Las relaciones laborales en los medios de comunicación>>, en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, op. cit., págs. 236-273. En la misma obra, GARRIDO PÉREZ, E.: <<Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos>>, págs. 335-355. IRURZUN UGALDE, K.: <<La prestación de los árbitros: asunto pendiente en la industria del fútbol>>, *AS*, 1999, vol. I, págs. 2611-2616. LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, op. cit., págs. 35-87. GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transportes, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos*, Comares, Granada, 1999. Vid. MENGHINI, L.: <<Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza>>, en el volumen colectivo *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, op. cit., págs. 143-232. DOCKÈS, E.: <<La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail>>, *DS*, 1997, nº 2, págs. 140-151. RIERA VAYREDA, C.: <<El contrato de trabajo en las llamadas zonas grises>>, *TS*, 1993, nº 35 y 36, págs. 87-106 y 85-106, respectivamente. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: <<Sobre la laboralización de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol>>, *REDT*, 2000, nº 101, págs. 271-286. NOGLER, L.: <<La doppia nozione giuslavoristica di parasubordinazione>>, op. cit., págs. 1024-1038.

⁶⁴⁷ Como en el supuesto de los encuestadores, en cuyo caso, si la relación está incluida en el ámbito de aplicación del convenio, se tratará de una relación laboral porque así lo establece el convenio colectivo estatal que laboraliza la relación, aprobado por Resolución de 23 de mayo de 1988 (BOE de 21 de junio). Si cae fuera del ámbito del convenio la jurisprudencia analiza la concurrencia de la nota de la dependencia, cuya ausencia ha extraído de la no sujeción a horarios ni jornada y de la obligación de resultado que la caracteriza (presentación del resultado de la encuesta en el plazo fijado), STSJ Andalucía de 19 de abril de 1994 (Ar. 1658).

contribuyen a esclarecer su naturaleza, sino que constituyen consecuencias de una previa determinación de la naturaleza y de una previa calificación. Tampoco constituye un criterio autosuficiente para la calificación la forma de retribución, porque en el concepto de salario caben todas las formas retributivas posibles⁶⁴⁸, sin embargo, una retribución fija, periódica e independiente de los servicios prestados suele calificarse como salario y contribuye a sostener una relación laboral, mientras que una retribución que se califique de honorario y esté en función de cada acto de trabajo suele considerarse indicativo de una relación de carácter civil⁶⁴⁹.

En este sentido, se priman los indicios de dependencia sobre rasgos típicos de trabajos prestados en régimen de autonomía, de tal modo que la jurisprudencia ha señalado que en el actual sistema productivo, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., (STS de 8 de octubre de 1992, Ar. 7622), y que la existencia de una dirección estricta de la actividad de trabajo, el poder sancionador del comitente en casos de incumplimiento y la disponibilidad empresarial del producto del trabajo realizado demuestran la laboralidad de una determinada relación, frente a datos puramente formales, como el alta en el impuesto de actividades económicas, la afiliación al RETA, el cobro de honorarios con aplicación de IVA y deducción de IRPF, la realización del trabajo en la oficina del prestador de los servicios y con sus propios medios y organización, la ausencia de jornada, horario y vacaciones pagadas (STS de 22 de abril de 1996, Ar. 3334), porque estos caracteres son compatibles tanto con el trabajo subordinado como con el trabajo autónomo, mientras que la existencia de subordinación como vínculo de naturaleza personal que someta al trabajador al poder directivo,

⁶⁴⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamiento de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte>>, op. cit., pág. 25.

⁶⁴⁹ Sobre todo en el análisis de las prestaciones de trabajo de los profesionales liberales, vid. ESTEVE SEGARRA, A.: <<La prestación de servicios médicos: criterios jurisprudenciales de delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios>>, *RGD*, 1999, n° 660, págs. 10637-10661.

organizativo y disciplinario del empresario sólo es posible constatarla en un determinado tipo de relaciones de trabajo⁶⁵⁰.

La exigencia de prestación personal de la actividad y la imposibilidad de sustitución del trabajador ha sido también interpretada de manera flexible por la jurisprudencia, de tal modo que hay casos en los que el trabajador era sustituido por otra persona en determinadas ocasiones, sin que la jurisprudencia estimara desvirtuada la relación laboral. Es relativamente común esta situación en el caso del personal de limpieza, así lo estiman las SSTS de 2 de febrero de 1990 (Ar. 738) y de 22 de abril de 1997 (Ar. 3184) e, incluso, en la relación de trabajo de los servicios médicos, con respecto a los cuales se ha llegado a declarar la naturaleza laboral de una relación en la cual el médico puede ser sustituido⁶⁵¹.

Las intervenciones legales y las elaboraciones jurisprudenciales han contribuido a aclarar la naturaleza de las relaciones de trabajo en algunos casos, en otros, las dudas siguen planteadas, porque la jurisprudencia aún no ha unificado sus pronunciamientos, y en otros las dudas no serán aclaradas jamás, porque la frontera entre la laboralidad y la extralaboralidad, trazada de acuerdo con los criterios vigentes, ha resultado ser “movediza”⁶⁵² e imposible de más concreción que la actual por su propia naturaleza⁶⁵³. Y es este hecho el que provoca las situaciones de injusticia, inseguridad, insuficiencia de la configuración actual y desprotección de un número importante de relaciones de

⁶⁵⁰ DE BERNARDI, D.: <<I confini fra lavoro subordinato e lavoro autónomo>>, *NL*, 1993, nº 29, pág. 2054.

⁶⁵¹ La jurisprudencia suele tener en cuenta en estos casos la trascendencia del hecho de la sustitución, considerando que cuando tal hecho no repercute en la persona del trabajador de modo importante, no constituye un hecho que excluya la laboralidad. Así, los tribunales atienden a criterios como la habitualidad de la sustitución o a quién corresponde la designación del sustituto, vid. STSJ Castilla y León de 31 de mayo de 1994 (Ar. 2220).

⁶⁵² SUPLOT, A.: <<Introducción a las reflexiones sobre el trabajo>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6, pág. 662.

⁶⁵³ Se ha destacado la dificultad que comporta encontrar términos válidos para el contraste que la unificación de doctrina requiere cuando lo esencial del caso radica en valorar circunstancias fácticas muy concretas, SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Jurisprudencia Social. Unificación de doctrina*, Aranzadi, Pamplona, febrero, 2000, pág. 16.

trabajo que en la actualidad se denuncia. La flexibilización de las notas configuradoras de la relación de trabajo ha llegado prácticamente a su límite y no ha resuelto los problemas planteados. Y es la constatación de este hecho lo que ha obligado a las corrientes doctrinales a dar un paso más largo y poner de manifiesto la necesidad de que las normas laborales abarquen también ciertas prestaciones de trabajo en las cuales ya no concurren los presupuestos de laboralidad, pero que mantienen la necesidad de protección, porque “el área de las prestaciones sometidas y heterodirigidas no coincide en absoluto con el área en la cual se manifiesta una exigencia de tutela del trabajador”, y el intento de resolver la cuestión llevado a cabo por el legislador italiano acudiendo a una subordinación de connotaciones meramente sociológicas de inferioridad socio-económica y de necesidad de tutela, al margen de la heterodirección de la actividad de trabajo (art. 409. 3 c.p.c.), puede vulnerar la norma que en cada ordenamiento tipifica el trabajo dependiente y subordinado que constituye el objeto de protección del Derecho del Trabajo⁶⁵⁴, lo que implica la necesidad de plantear desde la propia norma la diversidad de situaciones y la consecuente exigencia de una diversidad de tutelas.

3.- ALGUNOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA QUE INCIDEN EN EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Actualmente se está en presencia de un proceso de transformación en las empresas que pasa por la reorganización interna y su relación con el entorno y la consideración de la ciencia y la tecnología como primera fuerza productiva⁶⁵⁵. Se observa una tendencia hacia el fortalecimiento de las grandes empresas, organizadas en redes de cooperación en torno a sistemas de información. Las empresas están desarrollando una organización más centralizada de sus actividades fundamentales, con estructuras de gestión, sin embargo, más descentralizadas, con una distribución de responsabilidades más amplia y exigiendo a sus trabajadores competencias nuevas,

⁶⁵⁴ ICHINO, P.: <<Vecchi e nuovi problemi nella qualificazione della prestazione lavorativa come autonoma o subordinata>>, *DL*, 1988, p. I, pág. 58.

⁶⁵⁵ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: <<Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales>>, en *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, op. cit., págs. 29-45. VALDÉS DAL-RE, F.: <<La descentralización del mercado de trabajo>>, *RL*, 2000, nº 12, págs. 1-10.

crecientes y diversificadas, de tal modo que se privilegia el aumento de profesionalidad como condición prioritaria para realizar la posibilidad de ejecutar tareas diversas en el marco de su actividad laboral. Al mismo tiempo, se observa que el tipo de empresa mediana y pequeña que sustituyó a las grandes empresas integradas en las economías de escala y que cobraron una considerable importancia tanto en la producción como en la creación de empleo, se ven también en la necesidad de disminuir sus dimensiones y recurrir a políticas de descentralización y subcontratación, para favorecer su posición competitiva en el mercado⁶⁵⁶.

Los cambios en las estructuras empresariales implican, por lo tanto, un doble tipo de organización: se ha distinguido entre una descentralización vertical, traducida en la exteriorización de la producción a través del establecimiento de contratos con terceros para realizar parte de las actividades que la empresa necesita para funcionar, y una descentralización horizontal, que se concreta en la existencia de redes empresariales en cuyo seno se establecen relaciones de cooperación y que actúan desde posiciones de relativa igualdad⁶⁵⁷. De tal modo que se observa una tendencia contrapuesta, mientras que algunas organizaciones buscan el aumento de sus dimensiones, mediante alternativas de crecimiento estratégico, a través de procesos de fusiones o absorciones, otras, en cambio, optan por el “adelgazamiento” de sus estructuras, reduciendo sus dimensiones hasta las que se consideran competencias básicas de la empresa⁶⁵⁸.

Inicialmente referido a aquellos casos en los que una empresa cuyo objeto no es la informática propiamente dicha transfiere a empresas informáticas especializadas ese tipo de servicios, el término *outsourcing*, traducido al castellano como descentralización productiva, aunque su significado literal alude exclusivamente al uso de fuentes

⁶⁵⁶ DURÁN LÓPEZ, F.: <<Globalización y relaciones de trabajo>>, *REDT*, 1998, nº 92, pág. 871, se refiere a estos acontecimientos como aparentemente contradictorios.

⁶⁵⁷ RIVERO LAMAS, J.: <<La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000, pág. 28.

⁶⁵⁸ CASANI, F.; LUQUE, M^a A.; RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P.: <<*Outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos>>, op. cit., pág. 52.

externas a la hora de la ordenación del proceso productivo, se ha generalizado a la cesión a terceros de cualquier tipo de servicio o actividad, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye su actividad nuclear, como la publicidad, la gestión de la contabilidad, la asistencia técnica, la proyección, etc., e, incluso, se va admitiendo el uso del término a fórmulas clásicas de contratación externa de ciertas fases o parcelas de trabajos complementarios de los efectuados por la empresa contratante, como las funciones de vigilancia, limpieza, mensajería, etc.⁶⁵⁹. La descentralización productiva se incardina dentro del proceso de cambios que desde la perspectiva económica se vienen produciendo en el campo de la organización empresarial conducente a un nuevo modelo caracterizado por la flexibilidad. Obedece a una necesidad de las empresas de reestructurarse con vistas a procurar su adaptación y su progresión en una situación económica que no respondía a su primitiva organización y que exigía cambios en los sistemas de producción para defender su competitividad y ser capaces de desenvolverse satisfactoriamente en el mercado libre.

No se trata de un mero mecanismo coyuntural de supervivencia individual adoptado para contrarrestar la crisis, sino que forma parte de una transformación de mayor alcance. La descentralización no deja de ser, desde un punto de vista jurídico-laboral, una medida flexibilizadora con la que se pretende ajustar el volumen de empleo a las variaciones de la producción y reducir costes salariales. Sin embargo, partiendo de una perspectiva objetiva, hay que señalar que actualmente no es posible considerar los procesos de descentralización productiva como una manifestación de los fenómenos de patología del sistema empresarial, reducidos al único objetivo de disminuir costes laborales y riesgos empresariales, desarrollando fases de la producción menos rentables que, sin embargo, contaban con la contrapartida de realizarse en un contexto de incumplimiento de las normas tributarias, laborales y de protección social⁶⁶⁰. Hoy en día, las experiencias descentralizadoras responden a otras razones, necesidades y

⁶⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: <<Outsourcing y relaciones laborales>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op cit., págs. 251-252.

⁶⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: <<Descentralización productiva y sistemas de relaciones laborales>>, *RTSS*, 1994, nº 13, pág. 13.

objetivos que no son otros que los que las transformaciones sociales y económicas consustanciales a cualquier tipo de proceso histórico imponen. Las nuevas tecnologías y los cambios en los mercados de producción y de consumo, e incluso, la necesidad de articular vías para hacer frente a la crisis económica, favorecen prácticas de externalización de servicios y actividades que no tienen como objetivo la vulneración de normas protectoras⁶⁶¹, sino una más racional organización del sistema productivo y una más adecuada prestación de los servicios, manifestados en una mayor disposición a la adaptación al cambio y a la especialización, así como en una menor dificultad a la hora de afrontar los costes de inversión.

La descentralización productiva es una expresión que ha sido definida como “una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando”⁶⁶², de tal modo que la descentralización es un fenómeno que facilita que la empresa se centre en su núcleo de actividad y externalice lo que no lo componga. Sin embargo, ante la extensión de la utilización de esta técnica empresarial, se ha afirmado que también sería posible la externalización de cualquier fase del proceso productivo, y que más que una prohibición de tal tipo de descentralización, debería regularse su utilización en función de los bienes jurídicos afectados, de tal modo que habría que centrar el debate en la suficiencia de las garantías existentes y en la protección de los derechos que pudieran resultar afectados⁶⁶³.

⁶⁶¹ Sobre la patología de la descentralización productiva, vid. BLAT GIMENO, F.: <<El marco socio-económico de la descentralización>>, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 19-24.

⁶⁶² RIVERO LAMAS, J.: <<La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 23.

⁶⁶³ REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: <<Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, nº 23, págs. 469-471.

La descentralización implica, por un lado, la división del trabajo entre varias empresas, y por otro, la exteriorización de las funciones que una empresa podría desarrollar, probablemente haya desarrollado, pero que decide comenzar a prestar recurriendo a fórmulas de cooperación entre empresas. Las posibles fórmulas jurídicas a utilizar son múltiples y variadas, y van desde las fórmulas más tradicionales de celebración de contratos y subcontratos de obras y servicios hasta las formas más modernas de creación de empresas filiales, dependientes o no de la principal, la constitución de grupos y redes de empresas y la contratación de franquicias, pasando por la contratación de determinadas actividades con personal ligado a la empresa por vínculos no laborales -trabajadores autónomos que son titulares de contratos de arrendamiento o de contratos mercantiles de prestación de servicios- o bien ligados a otras empresas -trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal⁶⁶⁴-. De este modo, este tipo de fenómeno plantea problemas relativos a la contratación con organizaciones o personas externas, así como supuestos de agrupación y colaboración empresariales que conllevan la división o el agrupamiento de la empresa matriz.

Junto a estas manifestaciones de descentralización, se producen también fenómenos de descentralización interna, caracterizados por proporcionar una mayor autonomía a las unidades funcionales dentro de una misma empresa y por la creación de estructuras matriciales, que responden a los mismos fines y exigencias organizativas que la descentralización externa, pero que en el plano de las relaciones laborales se refieren a problemas de flexibilidad en las condiciones de trabajo, movilidad interna, polivalencia funcional y a la diversificación en las fórmulas de contratación. Ambos procesos, la descentralización interna y la externa aparecen estrechamente vinculados y constituyen una respuesta global y coordinada de las empresas a las nuevas exigencias productivas y de mercado. Ambas responden a idénticas causas y pretenden alcanzar objetivos similares aunque por vías bien diferenciadas, porque en un caso se trata de una descentralización del trabajo asalariado, manteniéndose la unidad empresarial, y en el

⁶⁶⁴ CASANI, F.; LUQUE, M^a A.; RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P.: <<Outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos>>, op. cit., pág. 52, distinguen un *outsourcing* operativo, o mera subcontratación, consistente en la externalización de actividades poco importantes para la empresa, y un *outsourcing* estratégico, que pasa por la externalización de actividades muy importantes a través de una relación de cooperación con el proveedor.

otro se trata de una descentralización empresarial, estableciéndose vínculos ajenos a los de carácter laboral⁶⁶⁵.

Desde la perspectiva que aquí interesa, hay que centrar el estudio de la descentralización en la cuestión de los instrumentos jurídicos utilizados para la reorganización productiva, instrumentos que el Derecho del Trabajo ya conocía y cuya utilización ha aumentado drásticamente, y en la articulación y salvaguarda de los derechos de los trabajadores ante las nuevas formas de organización, sin descuidar el contrapunto de los deberes del empresario y la imputación de responsabilidades. Porque la descentralización productiva, al tiempo que cumple una función de adaptación de las empresas a los cambios producidos en los sistemas económicos, implica también una práctica flexibilizadora de gestión de la mano de obra que conlleva un abaratamiento de costes de personal, así como una reducción de la seguridad, la estabilidad y las garantías de igualdad que las normas laborales trataron de generalizar en otro contexto económico⁶⁶⁶, lo cual lleva al ordenamiento jurídico laboral a buscar y arbitrar fórmulas para introducir un régimen de tutela jurídica para los trabajadores en las relaciones triangulares que la descentralización provoca e introduce en los sistemas de relaciones laborales. Amparada en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE, la norma laboral no puede impedir su utilización y desarrollo, pero sí puede establecer los cauces y las vías para que tales formas de organización empresarial no impliquen la desprotección jurídica del trabajador asalariado y la pérdida de sus derechos sociales.

La descentralización entendida desde este segundo punto de vista plantea el problema de la situación jurídico-laboral de los trabajadores empleados en las tareas, las funciones o los departamentos que van a ser objeto de exteriorización, es decir, que van a ser desempeñados fuera de la estructura organizativa de la empresa primitiva, que, por esa razón, va a sufrir un proceso de segregación o, al menos, de disminución de su

⁶⁶⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: <<Descentralización productiva y sistemas de relaciones laborales>>, op. cit., pág. 9.

⁶⁶⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: <<Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna>>, *REDT*, 1999, nº 94, pág. 168.

entidad y volumen de plantilla interna. Se han señalado hasta cuatro posibles modos de actuación con respecto a estos trabajadores: su permanencia en la empresa en la misma área de actividad para coordinar o controlar el trabajo de la empresa proveedora, su cambio de puesto de trabajo a otros departamentos de la empresa, es decir, la modificación de sus condiciones de trabajo (arts. 39, 40 y 41 LET), la extinción de sus contratos de trabajo por las vías oportunas (arts. 47, 51 y 52, c) LET), o bien, que sean objeto de una especie de transferencia a la empresa que se va a hacer cargo de la actividad, con o sin el soporte de bienes materiales precisos para su prestación, de acuerdo con el convenio firmado entre ambas empresas y según las vías jurídicas que cada ordenamiento instrumenta y legaliza (art. 43 LET)⁶⁶⁷, lo cual provocará una situación de inseguridad jurídica para los trabajadores, pues difícilmente van a mantener las mismas condiciones de trabajo en su nueva empresa o en sus nuevos puestos. Y, consecuentemente, similares problemas plantean las nuevas formas de vinculación con respecto a las actividades descentralizadas y la relación jurídica de carácter individual con arreglo a la cual se va a producir la prestación de esas actividades y servicios.

Por lo que al Derecho español se refiere, las posibles formas jurídicas de las que puede valerse una empresa para descentralizar o externalizar parte de sus actividades están reguladas, de modo deficiente e insuficiente, en los artículos 42, 43 y 44 LET⁶⁶⁸,

⁶⁶⁷ CASANI, F.; LUQUE, M^a A.; RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P.: <<Outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos>>, op. cit., pág. 57. RIVERO LAMAS, J.: <<La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 38-39.

⁶⁶⁸ Sobre la insuficiencia de la regulación vigente y los problemas que plantea su generalización, vid. MOLINER TAMBORERO, G.: <<Las contrataciones y las subcontratas desde la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo>>, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, op. cit., pág. 421. REY GUANTER, S.: <<A propósito de los requisitos del artículo 42.1 TRET, y en especial sobre la “propia actividad”>>: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 325-352. MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas*, Fundación Confemetal, Madrid, 1998. MARTÍN VALVERDE, A.: <<Art. 42>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pág. 525. Del mismo autor, <<La protección jurídica del trabajo en contrataciones: delimitación de los supuestos de hecho>>, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 119-120. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: <<El concepto de “propia actividad” empresarial>>, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, op. cit., págs. 166-171. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<El lugar de ejecución de la

si la descentralización se efectúa acudiendo a organizaciones existentes o creando algunas nuevas, y por la vía de los contratos de arrendamientos de obra y servicios (arts. 1583 y 1588 Cc) y de los contratos con prestación de trabajo regulados por el Derecho Mercantil, como el contrato de agencia o el contrato de comisión, si se acude a trabajadores sin organización, es decir, por medio de la prestación personal y no laboral de los servicios externalizados, cuyo régimen jurídico se coloca por ello en el mundo del derecho privado. A ello deben añadirse nuevas figuras y relaciones que el Derecho está empezando a conocer y regular, como el contrato de franquicia y las agrupaciones de empresas en red⁶⁶⁹, así como una forma de prestar trabajo ya conocida y regulada en el ordenamiento laboral, como es el contrato de trabajo a domicilio, pero que, sin embargo, presenta en la actualidad caracteres y perfiles propios en la nueva manifestación que la tecnología informática ha proporcionado, el teletrabajo.

A la diversidad de formas y métodos a través de los cuales puede una empresa descentralizar o externalizar parte o, incluso, la totalidad de sus actividades o funciones ha de añadirse la dificultad que para una adecuada defensa y protección de los derechos de los trabajadores afectados supone que las empresas que establezcan relaciones de colaboración o cooperación desarrollen sus actividades en Estados diferentes. La dificultad deriva en estos casos de la determinación de la norma aplicable en el espacio, pues cada uno de los Estados implicados contará con una respectiva regulación al

contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores>>, *RL*, t. II, 1996, pág. 34. CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Empresa de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

⁶⁶⁹ Vid. ARAGÓN MEDINA, J.: <<Los grupos de empresa como unidad económica dominante>>, en BAYLOS, A. y COLLADO, L. (edit.): *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, págs. 25-26. HERRERA DUQUE, M^a J.: *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, CISS-Praxis, Valencia-Barcelona, 2000. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: <<El “desvelo” de los grupos de empresa>>, *AS*, 1998, vol. 5, pág. 448. Del mismo autor, <<Filialización. Grupo de empresas>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, op. cit., pág. 629-630. SANTILLÁN, S.: <<Repercusiones laborales de los grupos de empresa>>, *CDJ*, 1994, XXII, pág. 227. CRUZ VILLALÓN, J.: <<Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales>>, op. cit., pág. 12. MONEREO PÉREZ, J. L.: <<Grupo de empresas y subcontratación>>, en BAYLOS, A. y COLLADO, L. (edit.): *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 257. CAMPS RUIZ, L. M.: *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. Del mismo autor, <<Problemas laborales de la fusión de empresas>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1980, pág. 615. VALDÉS DAL-RE, F.: <<Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa>>, *RL*, 1996, t. I, págs. 18-20.

efecto, lo que conduce a acudir a las reglas de Derecho Internacional Privado y a las soluciones que éste haya acuñado, que serán imprecisas e insuficientes, puesto que “con ellas se pretende reaccionar aplicando normas de extensión territorial nacional para hacer frente a un fenómeno transnacional como es el de la dislocación territorial de la segmentación productiva”⁶⁷⁰.

La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE de 30 de noviembre) introduce en el Derecho español las prescripciones de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, y su finalidad es la articulación de medidas para favorecer, mediante la garantía de unas condiciones mínimas de trabajo a los trabajadores temporalmente desplazados a España por parte de las empresas establecidas en un Estado miembro o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión Europea, pues las decisiones empresariales, descentralizadoras o no, en ciertas ocasiones llevan a desplazar a sus trabajadores al territorio de otros países miembros durante el tiempo necesario para la prestación de un servicio o una actividad determinada⁶⁷¹.

La reorganización empresarial que la descentralización productiva implica puede afectar al objeto del contrato de trabajo, porque está favoreciendo el aumento de un tipo de trabajador que está convirtiendo en insuficiente la cobertura clásica que el contrato de trabajo proporciona. Incide de manera decisiva en tal cuestión el hecho de que se favorezca la prestación de servicios profesionales mediante la utilización, no de contratos de trabajo, sino de otras figuras contractuales que colocan al prestador de los servicios en una situación de indefensión y debilidad jurídica, pues la absoluta vigencia,

⁶⁷⁰ Tal cuestión ha sido puesta de manifiesto por CRUZ VILLALÓN, J.: <<Outsourcing y relaciones laborales>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 310-314.

⁶⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE>>, *RL*, 1999, t. I, págs. 78-85. JUÁREZ PÉREZ, P.: <<El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado>>, *RL*, 1999, t. I, págs. 1260-1283.

sin ningún tipo de limitación legal, del principio de igualdad entre las partes impide que el trabajador disfrute y ejercite un auténtico poder contractual. Y la producción de tales hechos pone en tela de juicio la conveniencia del mantenimiento sin modificaciones del modelo tradicional de prestación del trabajo, cubriendo exclusivamente situaciones de clara subordinación jurídica del trabajador al empresario, dejando, sin embargo, al margen, situaciones de dependencia económica e independencia funcional, tan necesitadas de protección en el momento actual como en los albores del siglo XX lo fue el trabajo que se prestaba en las fábricas, como las que se producen en el Derecho español con la promulgación de la Ley 12/1992 reguladora del contrato de agencia mercantil.

Resultan especialmente significativas a estos efectos las consecuencias jurídico laborales de la generalización de dos categorías que han favorecido el aumento del trabajo autónomo, la primera de ellas, el contrato de franquicia, porque puede alejar definitivamente la actividad de intermediación mercantil del ámbito laboral, al concebirse jurídicamente como un contrato de distribución comercial celebrado entre empresas independientes, que exige un mayor coste al empresario o trabajador auxiliar, y el teletrabajo, porque dificulta la apreciación de la subordinación, facilitando así la consideración autónoma del trabajo que se puede prestar a través de la tecnología informática.

A. El contrato de franquicia.

El contrato de franquicia es un contrato atípico en virtud el cual el productor o propietario de una marca intenta llevar a cabo un proceso de descentralización de su ciclo productivo en beneficio de otros empresarios, pero intenta conservar un determinado control sobre sus productos o servicios desde su gestación hasta su consumo final, desvinculándose de ciertos riesgos, y también beneficios, que quedan atribuidos a los empresarios que asumen los pasos productivos que el propietario de la marca descentraliza: el propietario de la marca o franquiciador consigue así establecer una red comercial para distribuir sus productos eludiendo los costes y gastos de la propia distribución, que son asumidos por el franquiciado, el cual se integra en la red

comercial del franquiciador, del cual recibe el sustrato tecnológico, el aprovisionamiento y la asistencia comercial necesarias⁶⁷².

El contrato de franquicia se encuentra definido en el Reglamento 4087/88 CEE como el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho de explotación de una franquicia, entendiéndose por tal un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos, modelos de utilidad y *know how*. El artículo 2 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1998 (BOE de 26 de noviembre), en desarrollo del artículo 62.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996 (BOE de 17 de enero), define esta actividad comercial como aquella que se lleva a cabo en virtud de un contrato por el cual una empresa cede a otra a cambio de una prestación financiera el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios.

La cuestión que tiene interés para el Derecho del Trabajo es, como en todos los supuestos de colaboraciones entre empresas en la producción, comercialización o distribución de actividades o servicios, la relativa al aseguramiento de los derechos de los trabajadores, a través de la vía principal de atribuir responsabilidad a todas las empresas que directa o indirectamente se benefician del trabajo prestado por estos, ya sea quien aparece formalmente como empresario, ya quien realmente recibe el resultado del trabajador. En el caso específico de los contratos de franquicia, habrá que partir de la determinación del tipo de relación existente entre el franquiciador y el franquiciado, relación cuya calificación aparente no presenta dificultades, en tanto que se trata de una relación entre empresarios económica y jurídicamente independientes⁶⁷³, o, sobre todo, entre un empresario y un trabajador autónomo, también económica y jurídicamente

⁶⁷² Vid. GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: <<Franchising>>, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3153-3158. HERNANDO JIMÉNEZ, A.: *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000.

⁶⁷³ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: <<Aspectos jurídico-laborales de las franquicias>>, *REDT*, 1999, nº 97, págs. 678-679. HERNANDO GIMÉNEZ, A.: *El contrato de franquicia de empresa*, op. cit., pág. 149.

independiente⁶⁷⁴, razón por la cual sería difícil aplicar por analogía las soluciones arbitradas para los supuestos de contratación y subcontratación, caracterizados por una mayor interconexión entre las empresas implicadas, y justificar la atribución de responsabilidad a ambos en materia de deberes derivados del contrato de trabajo. El mismo resultado se obtiene de su posible encuadramiento o consideración como grupo de empresas, pues, aun ampliando la noción hasta esos extremos, la regla general es la no comunicabilidad de responsabilidades entre las mismas. E, incluso, se ha intentado su incardinación en el supuesto regulado en el artículo 42 LET⁶⁷⁵, pero tampoco parece adecuarse a la realidad sobre la que descansa el contrato de franquicia.

Sin embargo, y partiendo de que la franquicia es una relación que admite una pluralidad de formas, se ha señalado igualmente que no parece irracional pensar en situaciones en las que la fórmula jurídica franquicia se utilice para encubrir relaciones de real dependencia entre el franquiciador y el franquiciado, de tal modo que se podría estar dando la apariencia de una relación entre empresarios y en la realidad de los hechos podría tratarse de una relación laboral entre el franquiciador y el franquiciado, realidad que tendría que ser descubierta por la jurisprudencia atendiendo a los elementos o caracteres reales de la prestación, fundamentalmente, dependencia e inserción en el ámbito organizativo del franquiciador⁶⁷⁶.

Tal situación podría responder a la práctica empresarial consistente en la descentralización de funciones, no hacia otras organizaciones productivas, sino hacia la contratación de las mismas con personas físicas que realizan la prestación laboral en régimen de autonomía, personalmente o a través de una mínima organización, es decir, acudiendo a figuras propias del Derecho civil, como los contratos de arrendamiento de servicios y ejecución de obras, o a figuras contractuales de reciente aparición en el

⁶⁷⁴ En el mismo sentido, REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: <<Trabajador autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia>>, *RL*, 2000, nº 7/8, pág. 122.

⁶⁷⁵ ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P.: <<Responsabilidades empresariales en los contratos de franquicia>>, *CDJ*, 1992, XX, pág. 287.

⁶⁷⁶ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: <<Aspectos jurídico-laborales de las franquicias>>, op. cit., págs. 664-671.

panorama jurídico, como los contratos de logística, *factoring*, etc. En la medida en que la frontera entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado está sufriendo en la actualidad un desplazamiento de nuevo signo y de mayor calado que los habidos con anterioridad, se están planteando problemas relativos, no ya a la diferenciación entre una y otra manera de prestar trabajo y a la búsqueda de criterios delimitadores infalibles, sino también derivados del hecho de que la disciplina jurídica laboral ha de enfrentarse a la nueva situación dejando a un lado viejas consideraciones que concebían el recurso al trabajo autónomo como una práctica excepcional fundada exclusivamente en la búsqueda de la elusión de la rígida normativa protectora del trabajo asalariado.

El supuesto reviste especial interés desde la perspectiva que aquí se trata, pues el contrato de franquicia aparece como un estadio más avanzado que el contrato de agencia mercantil en la distribución comercial. El franquiciado tiene una organización empresarial más desarrollada, está sometido a un rígido control por parte del empresario principal, soporta los riesgos derivados de su actividad empresarial y, al mismo tiempo, exige del franquiciador el cumplimiento de una serie de deberes en materia de apoyo técnico y de provisión del material y del equipamiento, rótulos, nombre comercial, etc., reconduciendo estos contratos al ámbito de la colaboración mercantil o colaboración empresarial, y alejándolos definitivamente del ámbito del Derecho del Trabajo y la protección del contratante débil.

B. El teletrabajo.

El teletrabajo ha sido definido como una nueva modalidad de contrato de trabajo a domicilio que, por causas del impacto tecnológico ha sufrido una transformación cualitativa que ha originado la aparición de un nuevo trabajador “cuyas funciones se integran en un proceso de complementación industrial o comercial, que se efectúa individualmente a través de una computadora y un teléfono, en un lugar <<descentralizado>> de la gran empresa”⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ VEGA RUIZ, M^a L.: *El trabajo a domicilio: un análisis comparativo de la legislación y de práctica*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, pág. 1.

El teletrabajo constituye una nueva forma de prestación laboral a distancia, generalizada a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y caracterizada por la multiplicidad de formas que adopta y por la presencia de tres tipos de elementos comunes: el espacio físico en que se desarrolla la actividad se encuentra fuera de la empresa, la utilización de la tecnología informática y la producción de un cambio en la organización y realización del trabajo debido a la utilización de estos elementos⁶⁷⁸.

Es precisamente la diversidad en los modos de prestación del trabajo⁶⁷⁹ lo que hace a esta categoría, aún atípica en España, objeto de atención desde el mundo del Derecho del Trabajo, a la vista de que plantea dos tipos de situaciones: según su modo de realización o prestación, el teletrabajo es susceptible de encuadramiento en distintos ámbitos jurídicos: dentro del trabajo subordinado regulado por el Derecho del Trabajo, si se presta en las condiciones legales al efecto; dentro del trabajo autónomo, en las categorías contractuales civiles o mercantiles correspondientes (contrato de arrendamiento de servicios, ejecución de obras, franquicia, etc.), si no se dan los requisitos de ajenidad y dependencia que convierten la prestación laboral en un contrato de trabajo; e incluso, puede ser calificado el teletrabajador como empresario o empleador, tanto desde un punto de vista jurídico-laboral como desde uno jurídico-mercantil⁶⁸⁰. La primera cuestión que sugiere el teletrabajo es, por tanto, su

⁶⁷⁸ GAETA, L.: <<Teletrabajo Y Derecho: la experiencia italiana>>, *DL*, 1996, n° 49, págs. 36-38. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: <<Teletrabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 764-777. THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000, pág. 25.

⁶⁷⁹ Se suelen distinguir distintas modalidades de teletrabajo en función del lugar de prestación del mismo y en función de la conexión técnica existente entre la empresa y el trabajador. En primer lugar, se distingue entre el teletrabajo a domicilio (modalidad del conocido trabajo a domicilio), el teletrabajo móvil (caracterizado porque carece de una base operativa fija) y teletrabajo en agencias, sedes o centros descentralizados de la empresa controladas por el empresario. En atención al criterio comunicativo, el teletrabajo se puede prestar *off line* (el teletrabajador presta su actividad desconectado su ordenador del ordenador central de la empresa), *on line* (con conexión continua e interactiva con el ordenador central de la empresa), *one way line* (conexión en sentido único, que no permite una intervención directa desde el ordenador central al periférico), *two way line* (permite un diálogo directo e interactivo entre la computadora central y los demás ordenadores).

⁶⁸⁰ Vid. GAETA, L.: <<La qualificazione del rapporto>>, en GAETA, L. e PASCUCI, P. (a cura di): *Telelavoro e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, págs. 1-20.

consideración dentro de las categorías jurídicas ya existentes en el ordenamiento jurídico. La segunda es, consecuentemente, su consideración jurídica autónoma, con independencia de las actuales categorías legales con arreglo a las cuales el ordenamiento contempla la prestación de trabajo humano, de tal modo que se plantea la cuestión de una regulación autónoma del teletrabajo y de la creación de un estatuto protector del teletrabajador, ante la realidad de un trabajo cuyos rasgos no permiten “encasillamientos demasiado rígidos”, sin perjuicio del mantenimiento o respeto de un nivel de protección relacionado con la modalidad de prestación⁶⁸¹.

Desde una perspectiva estrictamente jurídico-laboral, el desarrollo del teletrabajo y, en general, la implantación de las nuevas tecnologías de la información en los modos de ejecución del trabajo, han influido de modo decisivo en lo que se ha denominado la crisis de la subordinación a la hora de delimitar el tipo de trabajo objeto de esta parcela del ordenamiento jurídico, porque las condiciones del trabajo a distancia tradicionalmente han venido siendo consideradas como incompatibles con los signos típicos de exteriorización de la misma. Sin embargo, ha sido unánimemente reconocido, e incluso al margen de la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a la concepción de la nota de la dependencia, que la prestación laboral en lugares distintos de los locales de la empresa a través de ordenadores personales y terminales informáticas, no sólo no disminuye o desvirtúa el poder de dirección del empresario, sino que en ocasiones lo hace aún más incisivo e intenso sobre la persona del trabajador, porque el ordenador puede actuar simultáneamente como medio de trabajo y como medio de control de la actividad del trabajador⁶⁸². De tal modo que la simple prestación de trabajo a distancia no impide la calificación jurídico laboral de una prestación de trabajo, si en realidad el trabajador se somete a la dirección y control de un empresario⁶⁸³. Y así, se ha entendido que existe poder de dirección y subordinación cuando el programa informático es

⁶⁸¹ GAETA, L.: <<Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana>>, op. cit., págs. 38-50. RAY, J. E.: <<Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur>>, *DS*, 1996, n° 2, págs. 121-127.

⁶⁸² THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo*, op. cit., pág. 44.

⁶⁸³ Vid. GAETA, L.: *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizione Scientifiche Italiane, Università degli Studi di Napoli, 1993, págs. 109-154.

elaborado y controlado por el empresario (STS de 22 de abril de 1996, Ar. 3334), y por ello puede elegirlo y sustituirlo a su voluntad, cuando la empresa se reserva el posterior control de la actividad mediante el análisis de los datos registrados en el ordenador, si el trabajador ha de estar a la disponibilidad de la empresa en determinadas horas o situaciones, que éste tenga acreditación de la empresa, etc.; y la ajenidad en el trabajo se considera existente cuando los instrumentos con los que el trabajador opera, el *software*, terminal informático, línea de teléfono, etc., son proporcionados por la empresa⁶⁸⁴.

La generalización de este tipo de trabajo ha favorecido el resurgimiento de una clásica modalidad de contrato de trabajo, el contrato de trabajo a domicilio, poco frecuente y relegado casi exclusivamente al sector textil, había venido siendo sinónimo de marginalidad y escasa cualificación, hasta la evolución y desarrollo de las tecnologías de la información. No presenta ninguna duda que la fisonomía del teletrabajo lo hace especialmente apto para que quepa en esta categoría contractual, y en ese sentido ha habido algún pronunciamiento⁶⁸⁵, aunque es cierto que la figura del teletrabajo es más amplia, al menos, de acuerdo con las regulaciones nacionales al respecto, pues si lo determinante del trabajo a domicilio es que la prestación laboral se realiza fuera de los locales de la empresa y en el lugar elegido por el trabajador, las distintas modalidades de teletrabajo admiten la prestación del mismo en áreas específicas controladas por la empresa.

En la vía de una renovación de esta clásica categoría jurídica ha de situarse el Convenio OIT nº 177, sobre el trabajo a domicilio, firmado en 1996 y aún no ratificado por España, en el que se contiene una regulación básica del trabajo a domicilio destinada a mejorar la situación de estos trabajadores y a promover su igualdad de trato con respecto a los demás trabajadores asalariados, especialmente en cuanto al derecho de libertad sindical, discriminación en el empleo y en la ocupación, protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, en Seguridad Social, incluida la maternidad, remuneración, formación y edad mínima de acceso al empleo (art. 4.2). Se contiene un

⁶⁸⁴ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo*, op. cit., págs. 50-58.

⁶⁸⁵ GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*, Ibidem, Madrid, 1998, págs. 47-94.

concepto amplio de trabajador a domicilio definido con arreglo a tres especificaciones: que el trabajo se realice en el domicilio del trabajador o en otro lugar escogido por él, distinto de los locales del empleador, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales (art. 1, a). Este concepto de trabajador a domicilio incluye tal categoría dentro del trabajo asalariado y dependiente que es objeto de atención por parte del Derecho del Trabajo y destaca la irrelevancia de la propiedad de los instrumentos de trabajo a la hora de la calificación de la prestación de trabajo, haciéndola depender de la nota de la dependencia o independencia en el modo de desarrollar el trabajo, en la línea tradicional de la definición de las fronteras del contrato de trabajo.

II. LA CRISIS DEL CONTRATO DEL TRABAJO. ¿HACIA UN NUEVO OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO O HACIA UN NUEVO GÉNERO INTERMEDIO ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA SUBORDINACIÓN?.

La situación en la que se encuentra actualmente el Derecho del Trabajo es una situación caracterizada por el cambio rápido, profundo y continuo de los hechos sociales que está destinado y obligado a regular, lo que provoca, a su vez, cambios en las soluciones y respuestas normativas que éste ha de adoptar. Y es que “ha cambiado el “trabajo” que adjetiva la disciplina a la vez que el “Derecho” o rama jurídica que lo regula”⁶⁸⁶. No es una situación extraña, teniendo en cuenta que los modelos sociales no son instituciones estáticas y permanentes, y que cualquier rama del ordenamiento jurídico, y en especial el Derecho del Trabajo, debe caracterizarse precisamente por su

⁶⁸⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<El Derecho del Trabajo a fin de siglo>>, *RL*, 1999, nº 24, pág. 1.

naturaleza flexible y dinámica⁶⁸⁷ y por ser receptivo a las modificaciones derivadas de cambios en la realidad social que le sirve de base⁶⁸⁸.

Sin embargo, se han alzado voces de alarma ante los fenómenos que están sucediéndose en los ordenamientos jurídicos de los países industrializados: desempleo masivo, flexibilizaciones orientadas a la desregulación, nuevas formas de organización empresarial y, sobre todo, nuevas formas de prestar trabajo cuyo molde jurídico no puede ser ya el contrato de trabajo tradicional, porque los caracteres que lo configuran no se adaptan a los nuevos modos de prestación, voces que aventuran la marcha del Derecho del Trabajo hacia la desregulación y la absoluta “privatización” del contrato de trabajo, cuestión en la que, por absurda y desconocedora de gran parte de la realidad y de la razón de ser del Derecho del Trabajo, merece ser citada cierta opinión que sostiene la conveniencia de devolver al Derecho Civil la regulación del contrato de trabajo, “como especie sobresaliente” del arrendamiento de servicios, ya que los cambios operados en la conformación de la clase trabajadora y del mercado de trabajo, así como la progresiva preocupación del Derecho Civil por la persona y el desarrollo e incorporación de la teoría de las condiciones generales de la contratación a esta rama del ordenamiento, hacen innecesaria la regulación especial del contrato de trabajo que hoy lleva a cabo la disciplina del Derecho del Trabajo, porque tales hechos permiten un tratamiento plenamente satisfactorio de los intereses del trabajador desde el derecho común⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: <<La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1987, nº 21, pág. 27. Destaca PLÁ RODRÍGUEZ, A.: <<El Derecho Laboral ante una encrucijada>>, en BELLACE, J. R. and ROOD, M. G. (eds.): *Labour Law at the crossroads: changing employment relationships*, Kluwer Law International, London, 1997, págs. 133-134, la flexibilidad intrínseca del Derecho del Trabajo y previene de su confusión con la desregulación.

⁶⁸⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: <<Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho del Trabajo* del profesor Alonso Olea>>, *REDT*, 1996, nº 77, pág. 411. DUEÑAS HERRERO, L. J.: <<¿Transgresión o transformación en el derecho del Trabajo?>>, *RL*, 1998, nº 2, pág. 33. Vid., BELLACE, J. R. and ROOD, M. G. (eds.): *Labour Law at the crossroads: changing employment relationships*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

⁶⁸⁹ BUSTOS PUECHE, J. E.: <<Sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil>>, *DL*, 1997, nº 52, págs. 99-104. A los argumentos esgrimidos en tal sentido responde contundentemente GONZÁLEZ MOLINA, M^a D.: <<Algunas reflexiones sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, nº 23, señalando que lo que caracteriza a las relaciones laborales es la imposibilidad de aplicar a una de las partes los principios de base del sistema contractual -el principio de autonomía de

Se ha señalado que el Derecho del Trabajo en su forma actual ha sido el motor y, al mismo tiempo, la consecuencia de la estabilización de las relaciones de trabajo. Porque ha procurado los instrumentos jurídicos eficaces para luchar contra la precariedad en el empleo y la arbitrariedad patronal que caracterizaron la relación de trabajo asalariada desde la industrialización, pero, al mismo tiempo, se impuso con fuerza en una coyuntura dominada por las relaciones de trabajo estructuradas por el peso de la gran empresa, cuyo funcionamiento hizo posible la constitución de sindicatos fuertes, la estandarización de la producción, la hegemonía del contrato de trabajo por tiempo indefinido, etc. El Derecho del Trabajo, “por definición o por construcción”, impone regulaciones generales y homogéneas, por ello se comprende fácilmente que las actuales transformaciones del sistema productivo, en el sentido de la individualización, optimización, rentabilidad, y con las exigencias de flexibilidad, adaptabilidad, polivalencia de la fuerza de trabajo, etc., desafíen su construcción clásica⁶⁹⁰ e, incluso, sus presupuestos morales sustanciales, porque el Derecho del Trabajo incorpora como recurso normativo la más fundamental de las convicciones morales: la convicción del valor central del trabajo productivo, tanto para la definición de la vida individual como para el mantenimiento de una integración colectiva perdurable de la sociedad, de tal modo que el Derecho del Trabajo imponía al ciudadano un estilo de vida en el que se conjugaban la responsabilidad individual y las protecciones colectivas⁶⁹¹.

Al mismo tiempo, se observa la desaparición creciente de uno de los rasgos más típicos del Derecho del Trabajo en su elaboración clásica: la uniformidad, en una doble manifestación, la uniformidad de la situación social de la que parte y, consecuentemente, la uniformidad del tratamiento jurídico correspondiente. El contrato de trabajo considerado común se ha diversificado, y está siendo sustituido por una multiplicidad de modalidades de contrato, con regulaciones y motivaciones

la voluntad individual-, por lo que “el mejor camino para tutelar los intereses de los trabajadores sigue siendo la normativa laboral”, págs. 104-105.

⁶⁹⁰ CASTEL, R.: <<Droit du travail: redéploiement ou refondation?>>, *DS*, 1999, n° 5, pág. 438.

⁶⁹¹ DE MUNCK, J.: “Les trois crises du droit du travail”, *DS*, 1999, n° 5, pág. 444.

diferenciadas. Tal y como se ha expresado en varias ocasiones⁶⁹², la diversidad se ha instalado dentro de sus fronteras y a ella tendrá que responder la disciplina si no quiere dejar de ser útil y perder su razón de ser. La diversidad implica que si hay situaciones desiguales, éstas sean tratadas de modo distinto, y también implica la introducción de una diverso grado de tutela en la protección que el Derecho del Trabajo dispensa⁶⁹³. No debe implicar necesariamente la desregulación, es decir, el abandono de los mínimos legales o convencionales inderogables a favor de la vuelta al dominio de la voluntad unilateral de las partes de la relación. El Derecho de Trabajo de la actualidad no debe replantearse ciertos postulados y principios de actuación, porque su objeto de regulación no ha desaparecido, ni se ha transformado de modo radical, simplemente ha evolucionado de acuerdo con los modos de producción y con el modelo de sociedad. El Derecho del Trabajo debe adecuar su regulación a las circunstancias vigentes en cada momento. Y las circunstancias que rigen en la actualidad pasan por la adaptación a un nuevo marco productivo, por la fragmentación de lo que hasta hace pocas décadas había sido una realidad uniforme, por la búsqueda de un nuevo equilibrio entre la lógica empresarial y la protección social, pero no pasan por la desarticulación de sus principios fundamentales y de su razón de ser⁶⁹⁴. Y es que la función social típica del Derecho del

⁶⁹² ROJO TORRECILLA, E.: <<Diversidad y desigualdad en el mercado de trabajo>>, *Documentación Social*, 1888, págs. 139-153. Del mismo autor, <<Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1997, nº 18, pág. 34. CAVAS MARTÍNEZ, F.: <<Diversificación versus uniformidad en el Derecho español del Trabajo>>, op. cit., págs. 71-102. BAYLOS GRAU, A.: <<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 32-37.

⁶⁹³ En ese sentido se pronunciaba ya en 1966 BAYÓN CHACÓN, G.: <<El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 23: “no es posible regular uniformemente todos los tipos de actividad laboral bajo las normas rígidas y únicas de un solo modelo de contrato de trabajo, aunque sí establecer los diversos modelos con respeto siempre de unos principios básicos y fundamentales de carácter general”.

⁶⁹⁴ ROOD, M.: <<Labour Law in the 21st century>>, en AA. VV.: *Labour Law in the post-industrial era. Essays in Honour of Hugo Sinzheimer*, Dartmouth, Aldershot, 1994, págs. 81-91. PLÁ RODRÍGUEZ, A.: <<El Derecho Laboral ante una encrucijada>>, op. cit., págs. 136-138. DURÁN LÓPEZ, F.: <<El futuro del Derecho del Trabajo>>, *REDT*, 1996, nº 78, pág. 609. IGLESIAS CABERO, M.: <<El Derecho del Trabajo para el siglo XXI>>, *DL*, 1997, nº 53, págs. 51-67. JEAMMAUD, A.: <<Il diritto del lavoro alla prova del cambiamento>>, *LD*, 1997, nº 3, págs. 339-369. ACKERMAN, M.: <<Parole chiave per un dibattito: lavoro, diritto. Un futuro per il diritto del lavoro>>, *LD*, 1997, nº 4, págs. 549-556. Señala en ese mismo sentido D'ANTONA, M.: <<Diritto del Lavoro di fine secolo: una crisi di identità?>>, *RGLPS*, 1998, nº 2, pág. 319, algunas notas que caracterizarán los cambios que el Derecho del Trabajo debe tener en cuenta: no se tratará ya de un derecho cuya base sea el estado-nación, sino que conocerá una compleja desnacionalización. Ni tendrá su centro de gravedad exclusivo en la relación de trabajo de los trabajadores estables, y que no busca solamente proteger las necesidades materiales de los trabajadores, sino que atribuya importancia creciente al trabajador en cuanto persona portadora de una propia identidad que debe ser respetada. BLANPAIN, R.: <<The Changing World of

Trabajo, que en su momento le otorgó carta de naturaleza, “sigue siendo *cualitativamente* la misma en la actualidad (la integración del conflicto estructural del sistema de producción basado en la prestación generalizada de trabajo asalariado)”. Lo que no puede ser inamovible, no lo ha sido nunca, es el contenido institucional del mismo, las soluciones concretas que ha otorgado a cada problema en cada momento histórico, ese contenido se subordina “a las contingencias históricas y políticas, interpretando así variablemente el equilibrio estructural que lo sustenta”, y el resultado obtenido no es otro que la legitimación del sistema social y de su orden económico⁶⁹⁵. Del mismo modo, puede afirmarse que los esquemas sociales no han cambiado tanto como para que ya no sea esencial a los mismos la necesidad del mantenimiento de un principio, el principio de estabilidad en el empleo o la estabilidad en las relaciones laborales: su crisis, su aparente abandono en aras de la competitividad y la productividad empresariales no puede elevarse a rasgo definidor de las sociedades modernas, por la simple razón de que aún no es posible para la generalidad de la población mantener sus condiciones de vida no ligadas, o independientemente, de la realización de una actividad retribuida que le proporcione los medios de subsistencia necesarios. Sin embargo es verdad que su formulación inicial ya no parece adaptarse a las relaciones de trabajo que la práctica está viendo surgir y desarrollarse. Pues bien, habría de ser tenido en cuenta este hecho, su imposible abandono, la necesidad de la estabilidad en el empleo, so pena de caer en situaciones ya superadas, a la hora de

Work>>, en BLANPAIN, R. and ENGELS, C.(eds.): *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, págs. 23-50. BLANPAIN, R.: <<Il diritto del lavoro nel XXI secolo: l’era dei lavoratori del “portafoglio” creativo>>, *DRI*, 1998, nº 3, págs. 333-334.

⁶⁹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, op. cit., págs. 18 y 19. Del mismo autor, <<La función y la refundación del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 2000, nº 13, págs. 21-31. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: << El Derecho del Trabajo a fin de siglo>>, op. cit., pág. 9 afirma que han cambiado el trabajo y algunas funciones e instrumentos del Derecho del Trabajo, pero permanecen los valores, principios y derechos fundamentales que dieron lugar a su surgimiento y que siguen justificando su persistencia como instrumento indispensable para asegurar una regulación jurídica del trabajo a la medida de las mujeres y de los hombres. Vid. GAETA, L.: <<Qualità totale e teorie de la subordinazione>>, *Diritto delle relazioni industriali*, 1994, nº 1, págs. 10-12. Con anterioridad, VILLA GIL, L. E.: <<La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea>>, *RT*, 1984, nº 76, págs. 19-20, y recientemente, en <<El concepto de trabajador>>, op. cit., págs. 57-58.

plantearse el debate en torno a la nueva configuración del mercado de trabajo y a la significación de la propia noción de trabajo y de su relevancia social⁶⁹⁶.

Por ello el Derecho del Trabajo de la actualidad se enfrenta una vez más de modo decisivo con una de sus cuestiones más debatidas y una de sus más antiguas reivindicaciones: su ámbito subjetivo de aplicación. Y es precisamente el análisis histórico de esta cuestión lo que proporciona un principio de respuesta al debate que se produce en torno a la diversificación o graduación de su contenido protector, en función de los sujetos a los que se va a aplicar. Tradicionalmente, el contrato de trabajo ha buscado la ampliación de su ámbito de aplicación personal, del obrero fabril o industrial pasó a proteger otros tipos de trabajadores, trabajadores del campo, del comercio, los denominados trabajadores intelectuales, trabajadores a domicilio, etc., porque si su objeto era la protección y tutela del trabajo asalariado y subordinado, toda relación de trabajo que se desarrollara en esas condiciones debía caer dentro de su ámbito personal de protección. Por ello, se va a desarrollar una regulación homogénea y uniforme, a todos los efectos, de las relaciones en las que concurren “los rasgos de la ajenidad en los frutos, en la utilidad patrimonial, en los riesgos, en la titularidad de la organización, en el mercado de bienes y servicios, así como una rígida subordinación del trabajador al poder directivo del empleador”⁶⁹⁷, de tal manera que se produce una inclusión total o una exclusión radical del ámbito de cobertura del contrato de trabajo.

El punto de inflexión del que se parte en la actualidad se produjo con la creación de la categoría de la parasubordinación en el Derecho italiano, o con la más suave decisión española de introducir en el Derecho del Trabajo los contrato de trabajo de carácter especial, cuya regulación se escapaba en importantes aspectos de la regulación común contenida en el Estatuto de los Trabajadores, para ser llevada a cabo con arreglo

⁶⁹⁶ DURÁN LÓPEZ, F.: <<El futuro del Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 611-612. ICHINO, P.: <<Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas>>, *RIT*, 1998, vol. 117, nº 3, pág. 320: “Sigue habiendo razones profundas de interés general (...) para que el contrato de trabajo conserve su función de garantizar un tanto de seguridad al asalariado (...). Sigue siendo necesaria una red de seguridad que ampare a todos los que viven de su trabajo, incluso fuera de la esfera del trabajo por cuenta ajena”.

⁶⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: <<El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 171.

a otras normas, incluso las civiles, mercantiles, o la propia autonomía individual de la voluntad. La calificación de una determinada prestación de servicios o relación de trabajo como dependiente o autónoma se presentaba de un trascendencia excesivamente decisiva y no siempre justa y justificada: implicaba la inclusión o exclusión de la misma en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo y de la normativa protectora. El criterio definitorio por excelencia del contrato de trabajo, la subordinación o la dependencia del trabajador, sufrió la evolución correspondiente a los cambios producidos en los modos y medios de prestar trabajo, y en gran medida la comprensión de este hecho llevó a la creación de ciertas relaciones especiales de trabajo y a la invención de una de las expresiones más gráficas con las que cuenta el Derecho del Trabajo, “las zonas grises”⁶⁹⁸.

La perspectiva que ahora se abre al derecho del contrato de trabajo no es nueva, pero responde a una naturaleza distinta⁶⁹⁹. Se trata simplemente de la misma situación más evolucionada. Y del mismo modo que han sido creadas relaciones laborales especiales, o que han sido excluidas legal o jurisprudencialmente determinadas relaciones del ámbito del contrato de trabajo, corresponde ahora, llegado un determinado momento en la evolución de la sociedad y del Derecho, optar por uno u otro camino en la elaboración dogmática de un Derecho del Trabajo que, definitivamente, se ha quedado obsoleto e ineficaz para regular y proteger una gran parte del trabajo dependiente que en la realidad se presta.

El camino que aquí se defiende tampoco es original. Últimamente han proliferado los estudios que plantean diversas maneras de reorientar la aplicación personal del derecho del contrato de trabajo en la línea también propuesta aquí. La

⁶⁹⁸ El debate en torno a la noción de subordinación y una posible redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, ante la diversidad de situaciones y regulaciones de las relaciones de trabajo se inició en la década de los años 80, vid. los comentarios de ROMAGNOLI, U., D'ANTONA, M. y DE LUCA TAMAJO, R., sobre el tema en <<Proposta di discussione: il lavoro e i lavori>>, *LD*, 1988, nº 3, págs. 401-422. También, GHERA, E. y BALANDI, G. G.: <<Il lavoro e i lavori>>, *LD*, 1988, nº 4, págs. 569-584.

⁶⁹⁹ Vid. CABRERA BAZÁN, J.: <<Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 51-52. PESO Y CALVO, C.: <<El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 114. En cierto sentido, MONTOYA MELGAR, A.: <<El ámbito personal del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 97.

opción más racional parece la apertura del régimen protector, o de una parte del mismo, a ciertos tipos de trabajadores tradicionalmente considerados autónomos, pero económicamente dependientes de una organización empresarial, que asemeja de modo importante su relación de trabajo con el contrato de trabajo común⁷⁰⁰, o dicho de otro modo, extender el Derecho del Trabajo más allá de los confines del trabajo subordinado, sin que se pretenda, sin embargo, homogeneizar lo que es una realidad plural y diversificada⁷⁰¹. Tampoco esta vía estaba muy alejada de las orientaciones jurídico-laborales en nuestro país, pues el propio Estatuto de los Trabajadores de 1980 contenía la disposición necesaria para aplicar ciertas normas laborales al trabajo denominado autónomo: la Disposición Final primera establecía que “el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente lo contrario” y con la misma redacción se ha mantenido hasta el momento⁷⁰². Y una vía menos clara, destinada a relaciones no autónomas, sino subordinadas, aunque difícilmente encuadrables en el molde común, venía dada en el artículo 2.1, g), al establecer que por ley podría abrirse la lista de relaciones laborales de carácter especial y ser declarado como tal “cualquier otro trabajo” (actual art. 2.1, i LET).

La cuestión de las fronteras del contrato de trabajo ha sido siempre, por tanto, una cuestión abierta, con vocación de expansión y de introducción de posibles

⁷⁰⁰ Vid., a título de ejemplo, ALLEVA, P.: <<Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale>>, *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 1994, nº 8, págs. 781-782. MÜCKENBERGER, U.: <<Ideas para redefinir la relación de trabajo>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6, pág. 745. Del mismo autor, <<La crisi del Welfare State e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Germania>>, op. cit., pág. 34. D'ANTONA, M.: <<Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità>>, op. cit., pág. 322. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 106. PERULLI, A.: <<Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo>>, *LD*, 1997, nº 2, pág. 184. DUEÑAS HERRERO, L. J.: <<¿Transgresión o transformación en el derecho del Trabajo?>>, op. cit., págs. 26-28. LANDA ZAPIRAIN, J. P.: <<Constitución y futuro del modelo español del Derecho del Trabajo del próximo siglo>>, *Revista de Relaciones Laborales (Lan Harremanak)*, 2000, nº 2, pág. 172.

⁷⁰¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: <<Sobre la “globalización” y el futuro del Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1999, nº 60, págs. 28-30.

⁷⁰² Se trata de un peculiar modelo legislativo de exclusión general-laboralización excepcional existente entre el trabajo autónomo y el ordenamiento laboral. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: <<El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 2000, nº 7/8, pág. 51.

especialidades, sobre una base común, con presencia de la diversidad de regímenes que tanto preocupa a los que cuestionan la validez de las soluciones laborales para el mundo del trabajo contemporáneo. Las tendencias constrictivas que han proliferado recientemente en la generalidad de países desarrollados, motivadas por las crisis económicas y favorecidas por las tendencias productivas, no han conseguido demostrar que fuese la “rígida” normativa común laboral la causante de las altas tasas de desempleo y de las dificultades económicas de las empresas, por el contrario, se están volviendo a producir situaciones de desprotección y explotación de los trabajadores y de deterioro de las condiciones de vida y trabajo que se entendían superadas en una sociedad avanzada.

El trabajo prestado por determinados trabajadores en condiciones de autonomía jurídica y organizativa, pero bajo un control de carácter genérico y una dependencia económica de un empresario no puede permanecer por más tiempo alejado, si no ya del contrato de trabajo, al menos de ciertas normas protectoras en materia laboral y de Seguridad Social.

El paso que la realidad está exigiendo es un poco más largo que los dados hasta el momento presente. Es cierto que el Derecho del Trabajo ha acotado históricamente una parte de las relaciones de trabajo caracterizadas por tratarse de un trabajo productivo, voluntario, por cuenta ajena y dependiente o subordinado, y que la inclusión en el mismo de determinados aspectos de trabajo autónomo parece que fuerza sus esquemas y desnaturaliza su propia existencia. No sucede en realidad tal cosa, la existencia de transformaciones o de cambios de contenido en las normas laborales originadas por causas políticas y económicas es absolutamente consustancial al Derecho del Trabajo, “de las que ha dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación”⁷⁰³. Se ha defendido siempre, y se defiende cada vez más, la idea de la ampliación del ámbito subjetivo del ordenamiento laboral: actualmente a otros tipos de relaciones laborales en los que

⁷⁰³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: <<El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 61.

quebrar la nota de la subordinación jurídica de un trabajador con respecto a un empresario, pero que, sin embargo, se caracterizan por una marcada dependencia económica, que se traduce en el aspecto social en una casi absoluta desprotección. No se trata de cuestionar la virtualidad delimitadora del ámbito subjetivo del contrato de trabajo de la nota o característica de la dependencia, sino de todo lo contrario, a partir de su adaptación a las nuevas situaciones y formas de empleo se demuestra la íntima conexión existente entre la dependencia y la propia razón de ser del Derecho del Trabajo, y con base en esa proximidad, se propone dar un paso más y plantearse “si el Derecho del Trabajo debe seguir excluyendo completamente el trabajo independiente o autónomo”⁷⁰⁴.

Una reivindicación en tal sentido no puede contar con menos legitimidad que la que ha presidido la reciente tendencia legal que ha recortado el ámbito subjetivo de aplicación del contrato de trabajo, basada en criterios de oportunidad, nunca de justicia material. Por el contrario, razones poderosas y sobradamente justificadas presiden la propuesta de esta ampliación de fronteras que se propone: no sólo se trata de responder a las exigencias de atención derivadas de la amplia importancia práctica que está adquiriendo el trabajo prestado por cuenta propia, lejos ya del carácter esporádico o marginal con que este tipo de trabajo se realizaba anteriormente, sino incluso de favorecer la promoción de este tipo de trabajo y hacerlo atractivo, regulando una adecuada cobertura social, a la vista de la fragmentación de la relación de trabajo hasta ahora considerada como típica y paradigma de la ocupación social, y ante el hecho de añadir, a las incertidumbres económicas propias del mismo, la perspectiva de una mala protección social⁷⁰⁵. Pero ante todo, se trata de adoptar una posición con respecto a la realidad social representada por el trabajo prestado por cuenta propia, pero al servicio de un empresario del que se depende económicamente: con fundamento en los valores sociales que representa y los principios y derechos en los que se basa⁷⁰⁶ parece

⁷⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<El Derecho del Trabajo a fin de siglo>>, op. cit., pág. 7.

⁷⁰⁵ SUPLOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, op. cit., págs. 38-46.

⁷⁰⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<El Derecho del Trabajo a fin de siglo>>, op. cit., pág. 8.

justificado propugnar que el Derecho del Trabajo no puede desconocer por más tiempo esta realidad.

El objetivo es claro: la situación económica y social, el propio mercado de trabajo y los propios intereses de los trabajadores vienen exigiendo una diversificación de las relaciones laborales incompatible con el modelo tradicional de contrato de trabajo, y vienen exigiendo una toma de conciencia de las circunstancias en juego, la temporalidad, el desempleo, el escaso nivel de formación y de recualificación profesional de los trabajadores, etc. Hay que asumir la inadecuación del tipo clásico de contrato de trabajo e introducir en su universo nuevos fenómenos. Ante esta situación, hay, por lo tanto, dos cuestiones que determinar: el alcance de esta ampliación de la cobertura del contrato de trabajo y el modo en el que tal extensión se va a llevar a la práctica. Ambas ideas se refunden en los debates actuales sobre la reconfiguración del Derecho del Trabajo, y, en particular, sobre al ámbito subjetivo de aplicación de las normas protectoras del contrato de trabajo⁷⁰⁷.

La consideración de la extensión del ámbito subjetivo de cobertura del contrato de trabajo plantea varias posibilidades, una extensión total o asimilación de cierto tipo de trabajo autónomo al trabajo subordinado y la consiguiente aplicación de la totalidad de la normativa protectora, con la misma intensidad o no, con la que se aplica a la relación de trabajo dependiente, opción que plantea la idea de una transformación profunda del esquema contractual y del propio Derecho del Trabajo. Y una extensión parcial, de determinadas normas protectoras, al modo de lo que ha venido sucediendo en materia de libertad sindical y seguridad y salud laborales, sin forzar, por tanto, el esquema contractual clásico, por la vía conocida de las especialidades⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ VALDÉS ALONSO, A.: <<Trabajo por cuenta propia (En torno a la Disposición Final 1ª)>>, op. cit., pág. 1710.

⁷⁰⁸ Disyuntiva magníficamente reflejada en el trabajo de CASTEL, R.: <<Droit du travail: redéploiement ou refondation?>>, op. cit., págs. 438-442.

La primera de las vías mencionadas se presenta como una labor de política legislativa de una magnitud considerable, que implicaría una ingente reforma del propio concepto del contrato de trabajo y un replanteamiento de su configuración dogmática e institucional, y ello sin entrar en el contenido concreto de que deba dotarse a sus instituciones básicas, esto es, siempre cabría la posibilidad de elaborar un régimen escalonado de protección en función de las distintas variables en presencia: grado de sujeción/autonomía, grado de responsabilidad, cualificación, etc. Por su parte, la segunda de las vías previsibles supone adentrarse por caminos conocidos e, incluso, en cierto modo vislumbrados por el actual panorama normativo. Sin embargo, ambos caminos buscan el objetivo común de la recuperación de la eficacia cualificatoria de la categoría protegida, así como su modulación y diversificación⁷⁰⁹.

1.-SOBRE UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

En un sentido cercano a la primera de las vías mencionadas parecía pronunciarse un sector doctrinal anglosajón que proponía la conveniencia de la sustitución del *contract of service* por una definición más amplia de una *employment relationship* entre el trabajador y la empresa para la que presta sus servicios. Esta relación de empleo tendría su origen en un acuerdo voluntario y oneroso entre ambas partes, que la alejaría de la consideración de *status*, pero que, en cualquier caso, identificaría un nuevo tipo de contrato que abarcaría no sólo situaciones contractuales continuas, sino también, situaciones intermitentes de intercambio de trabajo por remuneración, y cuyo ámbito subjetivo de aplicación incluiría también a los demandantes de empleo. Se señalaban como características de esta relación que el trabajo incluido sería la prestación personal de servicios para otro, con algunas consideraciones especiales en relación con los trabajadores que precisan de ayudantes o asistentes, y también comprendiendo aquellos trabajadores que se encuentran en una posición de dependencia esencialmente similar a la de los trabajadores dependientes, como los agentes de ventas, pero excluyendo a los genuinamente independientes. Y se concluía afirmando el carácter abierto de la

⁷⁰⁹ TOSI, P.: <<La distinzione tra autonomia e subordinazione>>, en AA. VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, op. cit., pág. 42.

definición de trabajador dependiente, deducida de un número variable de factores, ninguno de ellos concluyente por sí mismo, pero del conjunto de los cuales habría de presumirse la cobertura de la legislación protectora: subordinación al poder de organización del empleador, aportación de los medios materiales de trabajo, riesgo del negocio, “centro de gravedad” de la relación⁷¹⁰.

En la doctrina europea se ha propuesto más recientemente una especie de disolución del contrato de trabajo en una nueva figura contractual amplia y versátil, cuyo objeto es englobar y dotar de una protección adecuada a todas las formas de lo que se ha denominado trabajo atípico, así como las nuevas formas derivadas de los nuevos procesos de ordenación de la producción. Se trata de la creación de un nuevo marco jurídico para el trabajo, materializado en un nuevo contrato, denominado “contrato de actividad”⁷¹¹, que consistiría en una nueva clase de contrato de trabajo, ante la inadecuación de éste para ordenar las diferentes formas de actividad del trabajador. Se propone la construcción de un contrato con un objeto más amplio, prestación subordinada y autónoma, que incluiría el contrato de trabajo tradicional, no lo sustituiría, y que permitiría al trabajador cambiar de condición laboral, conservando una protección social homogénea durante todo su desarrollo, y su particularidad vendría dada porque permitiría al trabajador pasar de una situación de actividad laboral a otra diferente con más facilidad que el sistema actual, de tal modo que el trabajador pudiera pasar durante su vida laboral por varios tipos de actividad, como ampliaciones o reducciones de jornada, formación y readaptación, experiencias de trabajo por cuenta propia, sin perder por ello una protección social adecuada, redefinida en función de la actividad⁷¹². Se propone que se trate de un contrato de duración no indefinida, sino temporal, plurianual, pero con una duración mínima garantizada, que deberá ser

⁷¹⁰ HEPPLÉ, B.: <<Restructuring employment rights>>, *ILJ*, 1986, vol. 15, nº 2, págs. 74-75. Aventurando una ampliación de la cobertura del Derecho del Trabajo más allá de la relación de subordinación, Lord WEDDERBURN: *Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa*, MTSS, Madrid, 1994, pág. 166, publicado por primera vez como <<Labour Law: from here to autonomy?>>, en *ILR*, 1987, vol. 16, nº 1, págs. 1- 29.

⁷¹¹ BOISSONNAT, J.: *Le travail dans vingt ans*, Odile Jacob, Paris, 1995, págs. 278-304. También en <<Lucha contra el desempleo y reconstrucción del trabajo en Francia>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 1, págs. 13-15. En el mismo sentido, SIMITIS, S.: <<Le droit du travail a-t-il encore un avenir>>, op. cit., pág. 663.

⁷¹² GAUDU, F.: <<Du statut de l’emploi au statut de l’actif>>, *DS*, 1995, nº 6, págs. 535-544.

respetada independientemente de la forma de actividad concretamente adoptada⁷¹³, que se firmaría con una entidad “red”, que agruparía distintas empresas, instituciones de formación, organismos territoriales, como cámaras de comercio, etc. y que exigiría compromisos recíprocos. Se califica como una manera diferente de “establecer un término medio entre la flexibilidad que necesita el mercado y la legítima protección de las personas”⁷¹⁴. Con él se persigue un doble objetivo, por un lado, obtener la flexibilidad que las tecnologías de la información y la comunicación demandan, sin poner en tela de juicio el carácter sinalagmático de “la utilización de la mano de obra” y, por otro lado, evitar una asunción unilateral de los riesgos del empleo⁷¹⁵.

Esta opción parece no desconocer una tendencia ya antigua en la doctrina jurídico-laboral que abogaba por la consecución de un derecho de la actividad profesional y un contrato profesional de servicios⁷¹⁶, un Derecho de un “trabajo sin adjetivos”⁷¹⁷, que englobara todas las formas de prestación de actividad profesional del hombre, y que actualmente vuelve a ponerse de relieve con más fundamento que nunca, ante las necesidades de protección y tutela que el sistema productivo provoca. Tal reconsideración del ámbito de aplicación del derecho protector no implica ahora una uniformidad en la tutela dispensada, ni un alargamiento ilimitado de la noción de subordinación, sino que el cuerpo normativo del Derecho del Trabajo se disgregue y reorganice alrededor de tres consideraciones básicas: la garantía general del trabajo como instituto, unas reglas comunes al contrato de trabajo y una garantía específica de la relación de trabajo subordinada, en la cual encuentra “aplicación integral e

⁷¹³ SIMITIS, S.: <<Le droit du travail a-t-il encore un avenir>>, op. cit., pág. 663.

⁷¹⁴ BOISSONNAT, J.: <<Lucha contra el desempleo y reconstrucción del trabajo en Francia>>, op. cit., pág. 15.

⁷¹⁵ SIMITIS, S.: <<Le droit du travail a-t-il encore un avenir>>, op. cit., pág. 663.

⁷¹⁶ DURAND, P.: <<Du Droit du Travail au Droit de l'activité professionnelle>>, *DS*, 1952, nº 7, págs. 437-441. BAYÓN CHACÓN, G.: <<Contratos especiales de trabajo. Concepto>>, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, op. cit., pág. 20, en especial, en la misma obra, <<Del contrato de trabajo al contrato profesional de servicios>>, págs. 368-372.

⁷¹⁷ La expresión es de D'ANTONA, M.: <<Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del Lavoro>>, *ADL*, 1995, nº 1, pág. 88. También, y del mismo autor, <<Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità>>, op. cit., págs. 321-324.

incondicionada el Derecho del Trabajo históricamente transmitido”, y que se reconoce atendiendo a una serie de indicativos que en esencia coinciden con los índices que actualmente contribuyen a delimitar el ámbito del trabajo subordinado⁷¹⁸.

En la misma línea se ha realizado otra propuesta de redefinición del contrato de trabajo que, ante la generalización del trabajo autónomo personalmente prestado, pretende una resistematización de la prestación de trabajo inspirada en la unidad y continuidad. Se parte de una concepción del contrato de trabajo *sans phrase*, que abarca cualquier colaboración de trabajo y reclama la necesidad de los oportunos institutos de garantía, y a la que se añaden diversas opciones o cláusulas que provocan una diversificación de los efectos del contrato mismo, pero con ánimo de superar la distinción tajante y *fossilizada* entre el trabajo autónomo y el subordinado, de tal modo que correspondería un zócalo mínimo de tutela a la colaboración predominantemente personal y continuada en beneficio de otro y con una conexión funcional con su organización. Por su parte, el “contrato de trabajo con pacto de integración en la plantilla de la empresa” constituiría una categoría más amplia que el actual contrato de trabajo subordinado, porque es suficiente para desencadenar la protección con renunciar a una organización propia y con el alejamiento del mercado, sin que a ello haya de añadirse una subordinación rígida y estricta a las órdenes y a la organización del empleador⁷¹⁹. Se pretende una ampliación de la tutela proporcionada por la normativa laboral al trabajo parasubordinado, por medio de la extensión de la noción de subordinación, acentuando el elemento funcional de la prestación respecto al desenvolvimiento de la actividad en la empresa⁷²⁰.

⁷¹⁸ D'ANTONA, M.: <<Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro>>, en GHEZZI, G.(a cura di): *La disciplina del mercato di lavoro. Proposte per un Testo Unico*, EDIESSE, Roma, 1996, pág. 196. Del mismo autor, <<Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del Lavoro>>, op. cit., pág. 89. Señala GHEZZI, G.: <<Proposta di un “Testo Unico” in tema di mercato del lavoro>>, págs. 39-40, en la misma obra, que esta orientación no implica la difuminación de la noción de trabajo dependiente, sino una graduación, que se correspondería con una modulación de las garantías y tutelas, más intensas y fuertes cuando a la subordinación económica y funcional se une una de carácter personal.

⁷¹⁹ ALLEVA, P.: <<Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro>>, en GHEZZI, G.(a cura di): *La disciplina del mercato di lavoro. Proposte per un Testo Unico*, op. cit., págs. 188-189.

⁷²⁰ En este sentido, ALLEVA, P.: <<Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale>>, op. cit., págs. 780-782. NAPOLI, M.: <<Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto del lavoro>>, *DRI*, 1998, nº 3, pág. 304, se pregunta si la categoría del trabajo parasubordinado debe ser,

Una reelaboración de estas propuestas doctrinales parte de una concepción de la categoría trabajo como un *contiuum* dotado de protección variable, colocando en la base de la progresión las categorías a las que se aplica la mínima protección, toda prestación de trabajo humano prestado a favor de otros, cualquiera que sea el tipo de trabajo, y sólo se pasa a un nivel superior cuando en el círculo más amplio de las relaciones de trabajo a todas ellas se les haya aplicado la tutela mínima común. “Sólo cuando para todos se ha sancionado una base común mínima e indiscutible de tutela, es lícito pasar a una clase más restringida de relaciones de trabajo en las cuales se establecen tratamientos desiguales en el sentido de que se les aplica una tutela mayor”, regulación que se estima ya delineada en la combinación de los preceptos 2222 c.c. y 409, n° 3, c.p.c.⁷²¹.

En esta línea se ha propuesto en España la configuración de un nuevo Derecho del Trabajo basado en un derecho común de la persona del trabajador, con o sin empleo, a partir de un estatuto o norma básica de orden público social. El contrato de trabajo se considera una figura instrumental de la definición de trabajador que contiene el artículo 1.1 LET y no coincidente con la misma, de tal forma que el trabajador podrá formalizar distintos tipos de relaciones de trabajo que serán relevantes para el Derecho del Trabajo con independencia de su calificación jurídica y que tendrán un núcleo de derechos indisponibles como contenido regulador básico de la disciplina y recibirá una regulación laboral, mercantil, civil o administrativa en los demás aspectos de su contenido, según el tipo de relación de trabajo de que se trate. A partir de ese nivel mínimo de garantía, articulada como una garantía pública o de orden público social, el Derecho del Trabajo procedería a integrar una pluralidad de niveles, técnicas y regulaciones diferenciadas, procediendo por círculos concéntricos, en atención a distintos tipos de parámetros,

independientemente de su carácter autónomo, fuente de derechos con respecto a la empresa por el hecho de tratarse de una prestación coordinada con la actividad del comitente. MAGNANI, M.: <<Verso un “Statuto dei lavori”>>, *DRI*, 1998, n° 3, pág. 313 propone que la aplicación mínima del Derecho del Trabajo se corresponda con el llamado trabajo coordinado, entendiendo por tal el contrato que realiza la integración onerosa de la prestación de trabajo en la actividad del empleador, tanto porque existe ya en el derecho italiano una tipificación legislativa al efecto en el artículo 409, n° 3 c.p.c., como por la razón por la cual existe tal tipificación, esto es, la realidad de una prestación de trabajo continuada, dependiente en sentido amplio y que presenta rasgos análogos a los del trabajo subordinado.

⁷²¹ PEDRAZZOLI, M.: <<Lavoro *sans phrase* e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autónomo>>, *Scritti in onore Giuseppe Federico Manzini*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1998, págs. 450-456.

como el sector profesional o la dimensión o clase de la empresa, el primero de los cuales estaría integrado por el derecho del contrato de trabajo y de sus modalidades, y así se procedería sucesivamente, pasando por otros tipos de trabajadores, incluidos los autónomos no empleadores, y diferenciando regulaciones jurídicas, trabajadores activos, inactivos, jóvenes en formación, etc⁷²².

Estas opciones pretenden un alargamiento de la noción de contrato de trabajo más allá de la concepción *taylorista* o industrial del mismo. De tal modo que se sustituiría la noción de “trabajo industrial” por la de “trabajo industrial”, y el Derecho del Trabajo se convertiría en “el Derecho de la ciudadanía laboriosa”⁷²³ o de la ciudadanía social como idea inherente a la condición de trabajador o persona en condiciones de prestar una actividad económicamente evaluable, en la misma medida en que el derecho del trabajo ha sido el derecho de la ciudadanía “industrial” y que identificaba un sistema secundario de ciudadanía paralelo y complementario a la ciudadanía civil y política de la que eran garantes y artífices las grandes organizaciones de trabajadores y las correspondientes macro-estructuras de la producción en masa⁷²⁴. Se propone de este modo la garantía de unas tutelas mínimas y comunes al *status* de ciudadano trabajador y, a partir de ahí, se tendería a establecer una modulación o graduación de las compensaciones jurídicas y materiales en función de las necesidades puestas de manifiesto⁷²⁵.

Con el objeto de superar la crisis de la noción clásica de subordinación y su dificultad denunciada para la regulación del trabajo y, al mismo tiempo, procurar una adaptación de la prestación de trabajo a las necesidades del sistema productivo se han

⁷²² LANDA ZAPIRAIN, J. P.: <<Constitución y futuro del modelo español del Derecho del Trabajo del próximo siglo>>, op. cit., págs. 177-181.

⁷²³ ROMAGNOLI, U.: <<Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural>>, *RL*, 1997, nº 1, pág. 16.

⁷²⁴ ROMAGNOLI, U.: <<Del Derecho “del” trabajo al derecho “para” el trabajo>>, op. cit., pág. 19.

⁷²⁵ ROMAGNOLI, U.: <<Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural>>, op. cit., pág. 18.

propuesto en la doctrina italiana otras opciones cuyos planteamientos no puede menos que verse con recelos, en tanto presentan rasgos que pueden llevar a una pérdida de protección para lo que se ha denominado el “núcleo duro” del trabajo subordinado. Una primera posición reclamaba el carácter disponible de un sector de la tutela del trabajo subordinado, de tal manera que quedara asegurada una red de seguridad de base, inderogable, común al trabajo subordinado y al autónomo, a partir de la cual debía procederse a una retirada de las fuentes heterónomas, dejando a los trabajadores libres en la negociación de sus respectivos intereses por encima de ese nivel mínimo⁷²⁶. Se parte de la unidad de toda “colaboración de trabajo”, dotada de un mínimo de protección, a la cual se añaden, mediante pacto entre las partes, sucesivas cláusulas y sucesivos niveles de tutela⁷²⁷.

Una segunda propuesta pretendía la creación de un área intermedia entre el trabajo subordinado y el autónomo, denominada “trabajo coordinado”, en la que tendrían cabida las múltiples prestaciones de trabajo que implican una interdependencia con una actividad empresarial sin presentar todos los rasgos de la subordinación, caracterizadas por una acentuada profesionalidad, creatividad y autorregulación. Se pretende reducir los efectos definitivos de la dicotomía autonomía-subordinación, por la vía de reconocer al trabajo coordinado un “zócalo mínimo de tutela”, en cualquier caso superior al que actualmente se le reconoce al trabajo parasubordinado, centrada en una protección social mínima obligatoria y en una adecuada tutela de los derechos de la persona del trabajador, aunque se señala expresamente, por exigencias constitucionales, la necesidad del nivel de tutela ya predispuesto cuando se incluyan en el trabajo coordinado “posiciones tradicionalmente comprendidas en el ámbito del trabajo subordinado”⁷²⁸. Esta propuesta de creación de una categoría intermedia, de un *tertium*

⁷²⁶ ICHINO, P.: *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, págs. 54-77.

⁷²⁷ Vid. GHEZZI, G., PUGLIESE, E., SALVATI, M.: <<Tre commenti a *Il lavoro e il mercato* di Pietro Ichino>>, *GDLRI*, 1997, nº 1, págs. 163-193, así como los comentarios a la misma obra en el artículo titulado <<Il lavoro e il mercato>>, *RIDL*, 1997, p. I, págs. 241-271.

⁷²⁸ DE LUCA TAMAJO, R., FLAMMIA, R., PERSIANI, M.: <<La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un *tertium genus*: il lavoro coordinato>>, *Lavoro Informazione*, 1996, nº 15-16, pág. 87.

genus entre el trabajo autónomo y el subordinado ha sido, no obstante, criticada por su ambigüedad y generalidad, que corre el riesgo de reconducir el tratamiento jurídico propuesto a una noción de parasubordinación dotada de un mínimo de derechos, de modo análogo a lo sucedido en su momento con la categoría del trabajo subordinado⁷²⁹, pero produciéndose una reducción de la tutela de los derechos de los trabajadores, a través de la atracción hacia tal término medio de las relaciones hoy calificadas como subordinadas⁷³⁰. Pero sobre todo, se le ha criticado el aparente desconocimiento de una categoría que ya existe en el derecho italiano, la parasubordinación, en la cual cabe integrar el trabajo coordinado sin ninguna dificultad, pues se define en la propuesta como la colaboración coordinada y continuada que se presta de forma parasubordinada o no subordinada con obligación de resultado, de modo funcional y organizativamente vinculado a la estructura empresarial y sometido al poder de dirección y control del comitente. Sin embargo, más que un olvido o un desconocimiento, el proyecto parte de la institucionalización de esa categoría de creación doctrinal y pretende una mayor, mejor y más clara regulación y protección a través de su sustitución por la de trabajo coordinado⁷³¹.

Se ha señalado últimamente otra orientación en la doctrina italiana, que constituye la culminación de los intentos expansivos de la tutela más allá de la subordinación, y que pretende una “reescritura” del *Statuto dei lavoratori* para convertirlo en un *Statuto dei lavori*. Se basa esta idea en una consideración unitaria, pero articulada, del trabajo subordinado, parasubordinado y autónomo, con el objeto de alargar la tutela que el ordenamiento laboral proporciona, pero no unificando las categorías, sino diferenciándolas, proporcionando una tutela “modulada”, en función del grado de subordinación de cada relación, a partir de una doble fase: la fase de la

⁷²⁹ INNOCENTI, R.: <<Un progetto politico per la riforma delle regole del lavoro>>, *DRI*, 1998, nº 3, pág. 309. También, NAPOLI, M.: <<Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto del lavoro>>, op. cit., págs. 303.

⁷³⁰ PERULLI, A.: <<Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo>>, op. cit., págs. 193-199. MAGNANI, M.: <<Verso un “Statuto dei lavori”>>, op. cit., pág. 312.

⁷³¹ PEDRAZZOLI, M.: <<Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro>>, en AA.VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, op. cit., pág. 21.

certificación de la relación de trabajo, que implica una especie de procedimentalización del momento de instaurar y calificar la relación de trabajo con la intervención de un sujeto neutro ante el cual las partes proceden a una preventiva certificación del tipo de relación o contrato que suscriben, y la fase de la remodulación de la tutela, que discurre a grandes rasgos por la misma línea que las otras propuestas⁷³².

Todas estas propuestas doctrinales giran alrededor de una idea central y básica: una consideración global del trabajo humano prestado de forma personal, que necesita una tutela adecuada en función de su nivel de dependencia o autonomía. Y todas ellas buscan una intervención legislativa al efecto, entendiendo insuficiente el marco normativo en el que se insertan las relaciones de trabajo. Sin embargo, se ha señalado recientemente la conveniencia de orientar el giro de las discusiones hacia una categoría legal, ya presente en algunos países europeos, como Italia y Alemania, la parasubordinación, noción que engloba los dos grandes objetivos: la búsqueda de una ampliación de la cobertura protectora del contrato de trabajo y la protección de las cada vez más amplias zonas de trabajo autónomo, pero económicamente dependiente que se presta de forma personal al servicio de una organización empresarial. En este sentido se ha afirmado que el objetivo último de las propuestas italianas de un trabajo sin adjetivos, o incluso una categoría intermedia denominada trabajo coordinado no es otro que proporcionar al trabajo parasubordinado la cobertura que actualmente ostenta el trabajo subordinado⁷³³.

Esta idea de refundación del Derecho del trabajo sobre una nueva relación de empleo ha sido vista con recelo desde un sector de la doctrina española, que la ha calificado como una nueva teoría relacionista, de signo bien diferente a la de tiempos

⁷³² Esta propuesta está recogida en AA. VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, op. cit., págs. 347-373, redactada por Marco Biagi en el ámbito del Ministerio de Trabajo italiano. Vid. en ese mismo volumen PEDRAZZOLI, M.: <<Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro>>, págs. 24-26. NAPOLI, M.: <<Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto del lavoro>>, op. cit., págs. 303-305, a la cual cuestiona su falta de precisión y de originalidad, pues parece no aportar nada nuevo a la tradicional tendencia expansiva del Derecho del Trabajo. Por otro lado, pone de manifiesto M. NAPOLI que la desviación de la atención que se propone desde la figura del trabajador como base del Derecho del Trabajo hacia el trabajo, objetivamente considerado, entronca con la cualificación de la prestación de trabajo como arrendamiento de obras.

⁷³³ PEDRAZZOLI, M.: <<Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autónomo>>, op. cit., págs. 437-440.

pasados, cuya posición se orienta a la afirmación de las exigencias flexibilizadoras de la nueva organización económica y productiva, y que puede tender a concebir el ámbito de cobertura del contrato de trabajo en sentido inverso a su tradicional tenencia expansiva, en tanto que “lo que ahora se postula es, por el contrario, la disolución del contrato de trabajo nominado en una difusa relación de actividad cuyos perfiles laborales sean cada vez más borrosos” y, consecuentemente, tal tendencia llevaría a la reducción de sus fronteras⁷³⁴, siempre que se entienda, y así lo hace esta opinión doctrinal, que las nuevas formas de prestar trabajo ya no deban “encorsetarse” en el tradicional calificativo de laborales. Sin embargo, lo que se postula no parece querer ir referido a una contracción del ámbito protector de la normativa laboral, sino todo lo contrario, su ampliación a supuestos actualmente excluidos por no tener cabida dentro de las fronteras “laborales” del contrato, lo que pretende resolverse ampliando el número de relaciones y situaciones a incluir. Para ello se propone un cambio de denominación que indique una cobertura más amplia, pero, al mismo tiempo, una protección social extendida, aunque previsiblemente ponderada, a las relaciones nuevamente incorporadas por efecto del cambio de configuración.

Sin embargo, no deja de ser cierto que una extensión excesiva de un Derecho protector uniforme puede caer en el contrasentido de producir un efecto contrario al deseado y diseñar un contrato que incluya situaciones y relaciones tan diferentes terminará siendo tan ineficaz como la ausencia de cobertura, porque, efectivamente, favorecerá la desregulación. Así, se ha señalado que el contrato de actividad no tiene por finalidad reemplazar al contrato de trabajo tradicional, de duración indefinida y a tiempo completo, sino la construcción de un itinerario profesional y un estatuto social de larga duración, en lugar del “destierro” profesional al que están condenados en la actualidad todos aquellos que están fuera del contrato por tiempo indefinido, y que una innovación normativa del tipo que se propone cuenta con sobrada justificación, a la vista de la pérdida de entidad de la noción distintiva del contrato de trabajo, la subordinación, que ha ido diluyendo los criterios jurídicos de distinción de los dos

⁷³⁴ GALIANA MORENO, J. M.: <<Crisis del contrato de trabajo>>, *RDS*, 1998, nº 2, págs. 61-62.

estatutos de trabajo en cuestión, el asalariado y el autónomo, hasta favorecer su alternancia organizada en el seno de un contrato de actividad⁷³⁵.

Un contrato de trabajo que incluya cualquier forma de prestación personal de actividad en beneficio de otro ha de ser necesariamente un contrato diversificado, no uniforme, que englobe distintos tipos de reglas y grados de cobertura, y que deje fuera de su ámbito relaciones que no sean asimilables al objeto de protección por excelencia, al trabajador subordinado. Si lo que se demanda es una asimilación a efectos de tutela de ciertas prestaciones que tienen en común con la asalariada su mismo nivel de dependencia y su ubicación a expensas de decisiones empresariales y fuerzas económicas más poderosas, correlativamente ha de optarse por mantener extramuros de la nueva relación situaciones cuyas características las coloquen en niveles no asimilables. Esto implica que estas propuestas sobre un contrato de actividad o una relación de empleo de amplias fronteras, que conllevan la creación de un nuevo cuadro de organización jurídica e institucional de las relaciones de trabajo, sean tenidas en cuenta rodeadas de todo tipo de cautelas y aconsejan una toma de postura menos drástica, al menos mientras las prácticas empresariales de adaptación a las crisis y a las demandas de los mercados no vayan en la misma línea y comiencen a crear empleo estable y cualificado sin temor a los costes laborales⁷³⁶. Porque si bien es verdad que las formas de trabajo han sufrido transformaciones considerables y la configuración tradicional del contrato de trabajo, al estar basado en la noción de subordinación, ya no responde a las necesidades de cobertura del sistema, también es verdad que junto, a las nuevas relaciones de empleo, caracterizadas por una mayor autonomía del trabajador y un aumento de su responsabilidad y capacidad de decisión con base en su más alta cualificación profesional, coexisten trabajos y trabajadores cuyas características y condiciones de prestación no han acusado los cambios, y no parece probable que los

⁷³⁵ PRIESTLEY, T.: <<À propos du “contrat d’activité” proposé par le rapport Boissonnat>>, DS, 1995, n° 12, págs. 958-959.

⁷³⁶ En este sentido señalan LYON-CAEN, G. PÉLISSIER, J. et SUPIOT, A.: *Droit du Travail*, op. cit., pág. 1, que un Derecho que comprenda la reglamentación de todas las actividades profesionales, dependientes e independientes (Derecho de la actividad o Derecho de profesional) es difícilmente concebible, porque hay demasiadas diferencias entre unas y otras, lo que no implica que, si bien, no de un derecho común de la actividad, sí se puedan señalar unos principios comunes a ambos tipos de actividad LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1990, págs. 8-9.

vayan a acusar. Junto a los trabajadores de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, perviven trabajadores del campo y obreros fabriles, que, no sólo necesitan la protección que otorga el contrato de trabajo tradicional, sino que, ante todo, son los que más rápida y decididamente sufren las consecuencias de los cambios y los efectos perversos de las medidas de adaptación. El trabajo asalariado tradicional continúa ocupando una “porción demasiado grande” del trabajo que se presta en la sociedad y no parece posible afirmar que en su “versión fordista” haya sido totalmente desplazado⁷³⁷.

En este sentido, la extensión parcial del contrato de trabajo a determinadas fórmulas de trabajo autónomo o prestado por cuenta propia, se plantea como la vía más fácil para la modernización del contrato de trabajo y del propio Derecho del Trabajo y, al menos por el momento, la más razonable. Se trata, simplemente, de dar un paso más en la configuración dogmática del concepto de contrato de trabajo, y a partir de la reelaboración continua de la noción básica del sistema, la noción de subordinación, a la que se debió la creación de numerosas relaciones laborales especiales, retomar la idea de su progresiva extensión hasta hacerla coincidir con la idea de una dependencia económica que justifique una extensión parcial de ciertos preceptos del contrato de trabajo a las formas de trabajo autónomo que han venido generalizándose de modo directamente proporcional a la disminución del contrato de trabajo común: desde las relaciones normativamente excluidas del contrato de trabajo, como los agentes mercantiles o los transportistas de mercancías, a los nuevos tipos de trabajadores que abandonan la sujeción jurídica, pero no son completamente independientes, ni capaces de asumir riesgos empresariales.

Por esta senda de una “reconfiguración” del Derecho del Trabajo, en lugar de una refundación del mismo, se encamina una propuesta cuyo objeto se centra en proponer un Derecho del Trabajo que regule “formas de trabajo distintas de las del

⁷³⁷ CASTEL, R.: <<Droit du travail: redéploiement ou refondation?>>, op. cit., pág. 442.

trabajo asalariado, y especialmente el trabajo de algunos autónomos”⁷³⁸. Esta posición parece encuadrarse, así, en una vía intermedia entre un derecho de la actividad y un derecho del trabajo sin calificativos. Propone, no una superación del modelo establecido, sino “una *adaptación activa* a las mutaciones del trabajo, la fijación de nuevas reglas que permitan la creación de “espacios de negociación” para los “agentes colectivos” para conseguir una prolongación de la seguridad del trabajador más allá de las fronteras del empleo⁷³⁹. Parte de la existencia de tres modos de realizar el trabajo, que se traducen en tres categorías jurídicas: los trabajadores asalariados subordinados, sujetos a un contrato de trabajo, otros contratos que remuneran la realización de un trabajo y los empresarios independientes, y constata la ampliación de la categoría mencionada en segundo lugar, ante lo cual previene del peligro que supone su exclusión total de la tutela otorgada por el contrato de trabajo, según una concepción clásica del mismo. Se propone, por lo tanto, ampliar el campo de aplicación de la norma laboral en algunos casos, para incluir otros tipos de contratos o relaciones de trabajo, lo cual lleva a la proposición de un Derecho común del trabajo, algunas de cuyas ramas se adaptarían a la diversidad de las situaciones del trabajo. Al mismo tiempo, se señala la conveniencia de no separar las cuestiones del Derecho del Trabajo y del de la Seguridad Social⁷⁴⁰.

En definitiva, se trata de la conclusión de una lenta y progresiva ampliación del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo, que englobaría las relaciones caracterizadas por un vínculo claro de subordinación, alargado hasta incluir las situaciones de integración en una organización ajena, el trabajo prestado por cuenta ajena y, también, los trabajadores autónomos que realicen personalmente un trabajo a cambio de una remuneración, y que, propiamente, no serían sujetos de un contrato de

⁷³⁸ JEAMMAUD, A.: <<Programa para que un devenir se convierta en un porvenir>>, *RL*, 1999, nº 19, pág. 104.

⁷³⁹ LOJKINE, J.: <<A propo du rapport Supiot. Dépassement du marché du travail ou simple adaptation du droit du travail aux nouvelles stratégies des entreprises capitalistes>>, *DS*, 1999, nº 7/8, pág. 669.

⁷⁴⁰ SUPLOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, op. cit., pág. 62. Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: <<Informe de la Comisión Europea sobre los cambios en el trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo en Europa>>, *RMTAS*, 1999, nº 17, págs. 293-316.

trabajo, “que dependerían sólo parcialmente de las reglas establecidas para los trabajadores asalariados en materia de relaciones de trabajo y de protección social”⁷⁴¹.

Esta nueva configuración de la relación de trabajo lleva implícita una nueva configuración del estatuto del trabajador, que vaya más allá de la vinculación subordinación-seguridad, para abarcar también situaciones intermedias. Se pretende pasar de un Derecho que vincula subordinación y seguridad a un nuevo Derecho que vincule libertad, seguridad y responsabilidad⁷⁴². Es decir, se propone una reconfiguración del concepto de seguridad que demanda la construcción de un estatuto profesional no vinculado exclusivamente al empleo, sino a un planteamiento global de la vida laboral, no limitada exclusivamente al trabajo asalariado, sino incluyendo las diferentes formas de trabajo experimentadas a lo largo de la vida humana: situaciones de formación, de trabajo gratuito o, incluso, de trabajo autónomo. Aquí es fácil observar la influencia que en esta opción ha ejercido la significación del contrato de actividad, propuesto por la corriente francesa. Este estado profesional de las personas debe facilitar el tránsito de un tipo de trabajo a otro, de una situación de trabajo a otra, y tiene relación directa con el nacimiento y generalización de un nuevo tipo de derechos sociales, los denominados “derechos sociales de giro”⁷⁴³, actualmente presentes de modo marginal a favor de trabajadores asalariados, materializados en el ámbito de los permisos especiales y derechos de ausencia, y cuyos ejemplos más claros se encuentran en los créditos de formación, cuentas de ahorro-tiempo, ayudas para parados creadores o reactivadores de empresas. Se propone una extensión de este tipo de derechos, a través de la constitución de una provisión suficiente por parte de la colectividad o de la empresa, con un objetivo de utilidad social, de tal modo que el trabajador puede cambiar de situación y dedicarse a otra actividad, garantizándosele la continuidad de su estatuto

⁷⁴¹ JEAMMAUD, A.: <<Programa para que un devenir se convierta en un porvenir>>, op. cit., págs. 106-107.

⁷⁴² LOJKINE, J.: <<A propo du rapport Supiot. Dépassement du marché du travail ou simple adaptation du droit du travail aux nouvelles stratégies des entreprises capitalistes>>, op. cit., pág. 669.

⁷⁴³ Derechos que reflejan una disponibilidad de recursos previamente acumulados o emitidos por una autoridad central y una libertad consecuente para emitir esos derechos por cada individuo, diseñados por el FMI de acuerdo con dos modalidades: ordinarios y especiales. Vid. RAY, J. E.: <<À propos de la subsidiarité horizontale>>, *DS*, 1999, nº 5, pág. 469.

profesional durante toda su vida laboral, considerando o asimilando al tiempo de trabajo el ocupado en tales finalidades (trabajo voluntario, trabajo de utilidad pública, etc.)⁷⁴⁴.

Se ha resumido esta posición señalando que trata de elaborar una noción más amplia de trabajador y de trabajo, “que incorpora las de trabajo asalariado, zonas grises y trabajo autónomo, pero también las “fases de transición” entre tales actividades, las trayectorias de ida y vuelta entre status profesionales diversificados”, replanteando la situación del “trabajo configurado como derecho y en su definición como deber social y ciudadano que implica una actuación pública y de los sujetos sociales en este sentido”⁷⁴⁵. Lo que se pone de manifiesto desde esta posición es la necesidad de una redefinición de dos nociones básicas del Derecho del Trabajo: la protección y el trabajo. Con respecto a la primera de ellas, se acude a la noción de los “derechos de giro”, en los que parece ir inserta la idea de una protección activa, frente a la pasividad de la protección fordista, y la importancia que ha de otorgarse a la capacidad de acción, tanto individual como colectiva, de sus beneficiarios potenciales, en tanto el papel del Derecho iría orientado a garantizar efectivamente las capacidades de anticipación y reacción, más que a administrar unos estados de necesidad definidos previamente. Y por lo que se refiere a la noción de trabajo, se trata de ampliarla, de tal modo que trabajos “no productivos” sean también integrados en la esfera de aplicación del Derecho del Trabajo, lo que lleva en último término, a superar la noción fordista de “empleo” como determinante del estatuto profesional, y abre perspectivas “más allá” de sus fronteras⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ SUPIOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, op. cit., págs. 91-100. RAY, J. E.: <<À propos de la subsidiarité horizontale>>, op. cit., pág. 469. Vid. la propuesta más acabada de SUPIOT, A.: <<Les nouveaux visages de la subordination>>, *DS*, 2000, nº 2, págs. 143-145, donde propone un alargamiento del objeto del Derecho del Trabajo bajo la idea de un derecho común del trabajo, cuyo contenido estaría formado por los derechos fundamentales y los principios generales aplicables a todas las relaciones de trabajo (derecho a la seguridad social, derecho a la formación profesional permanente, derecho a la participación en la definición del objeto del trabajo y sus condiciones de ejecución, y derecho a la estabilidad de los contratos profesionales), y unos derechos especiales aplicables a las diversas clases de relación de trabajo.

⁷⁴⁵ BAYLOS GRAU, A.: <<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 34-35.

⁷⁴⁶ DE MUNCK, J.: “Les trois crises du droit du travail”, op. cit., pág. 445.

Por ello se ha señalado con razón que a primera vista parece que su objeto no es otro que promover una “reampliación” del Derecho del Trabajo para abarcar la gama cada vez más larga de actividades que se desarrollan fuera del cuadro del trabajo asalariado. Pero parece ir más allá de este propósito, porque su objetivo final pretende desplazar los cimientos del Derecho del Trabajo y sustituir una seguridad basada en la permanencia en una situación de empleo por una seguridad ligada a la persona del trabajador⁷⁴⁷.

Con base en esta posición, se ha demandado un nuevo contrato de trabajo que tenga en cuenta la necesidad de fijar nuevas certezas que compensen y equilibren la inseguridad y desprotección propias de cualquier relación de trabajo, pero particularmente, de las que se encuentran fuera del contrato de trabajo tradicional, como son la afirmación del derecho a un régimen de Seguridad Social, a una formación y readaptación permanentes, a participar activamente en la determinación de las condiciones de trabajo, organización, gestión de horarios, etc. y, finalmente, la admisión del despido individual solamente en presencia de una falta grave por parte del trabajador⁷⁴⁸.

2.- SOBRE UNA NUEVA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DE COBERTURA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La segunda de las vías mencionadas, con base en las cuales la doctrina apunta una necesaria reforma del contrato de trabajo con vistas a su adecuación a las necesidades económicas y sociales de los nuevos trabajadores, reside en una extensión parcial de cierta protección actualmente ostentada por el sector “privilegiado” de

⁷⁴⁷ CASTEL, R.: <<Droit du travail: redéploiement ou refondation?>>, op. cit., pág. 439.

⁷⁴⁸ TRENTIN, B.: <<Un nouveau contrat de travail>>, *DS*, 1999, n° 5, pág. 473. Con anterioridad se había aventurado una tesis en parecido sentido a la formulada por este informe Supiot: la posibilidad de otorgar a las personas un mayor grado de control de su situación, sobre la base de la constatación de la tardanza con la que los dispositivos de ayuda suelen intervenir, de tal manera que se proponía reorganizar los derechos sociales a fin de que pudieran ser ejercitados antes de que se produjera la situación de necesidad y evitarla. Se trataría de dotar a cada cual de un capital-iniciativa, un capital-tiempo, un capital-formación, utilizable cuando conviniera y financiado mediante una contribución general sobre los ingresos, FOUCAULD, J. B.: <<Sociedad posindustrial y seguridad económica>>, op. cit., págs. 736-739.

trabajadores que aún conserva el modelo fordista de contrato de trabajo, al creciente número de trabajadores que, con base en ese modelo de cobertura, ven su relación colocada fuera del derecho protector⁷⁴⁹.

La cuestión a determinar es la de la vía jurídica a utilizar para proporcionar la debida protección social, o para extender los beneficios laborales, a estas formas de trabajo autónomo económicamente dependientes, similares al tradicional trabajo subordinado, y la premisa de la que se debe partir es aquella que se aleja de un Derecho del Trabajo que absorba “todo tipo de prestaciones que presenten alguna similitud con el modelo social típico incorporado por la norma”⁷⁵⁰ y que señala que la idea de “un Derecho del Trabajo común y único para todo tipo de actividad laboral choca frontalmente con la pluralidad de modalidades sociales de trabajo y con la consiguiente diversidad de tratamientos que esas modalidades requieren”⁷⁵¹ y esta afirmación implica que la categoría contrato de trabajo continúe basándose en la noción de dependencia para la determinación de su ámbito de aplicación, de tal modo que la nueva orientación vaya por la senda, no de una reelaboración dogmática de la categoría contractual, sino de la extensión basada en necesidades coyunturales y similitud de situaciones: el esquema estructural del contrato de trabajo debe permanecer tal y como fue, y ha venido siendo concebido, pero su ámbito de aplicación debe adecuarse a las necesidades de cobertura de la sociedad. Se propone la transformación y reconstrucción del Derecho del Trabajo, pero no del contrato de trabajo y de la noción de trabajador, cuya “elasticidad” se encuentra “limitada” por la propia configuración del contrato de trabajo⁷⁵². Tal toma de postura implica la oposición a una introducción del trabajo autónomo en la protección que proporciona el Derecho del Trabajo sin establecer

⁷⁴⁹ Se trata de la tendencia contraria a la propiciada por la sociedad industrial, la transformación del trabajo en empleos, dotados de un régimen jurídico de protección. Lo que se ha venido denominando “desmoronamiento o desestabilización” entre trabajo y protecciones, CASTEL, R.: <<Trabajo y utilidad para el mundo>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6, pág. 676.

⁷⁵⁰ SANGUINETI RAYMOND, W.: <<La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?>>, *TL*, 1996, nº 40, pág. 63.

⁷⁵¹ MONTOYA MELGAR, A.: <<Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo>>, op. cit, págs. 71-72.

⁷⁵² ORTIZ LALLANA, Mª C.: <<La supervivencia del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 820.

diferencias, esto es, con base en una sustitución de la noción de subordinación que hoy delimita su campo de aplicación por una subordinación eminentemente económica, ante el aparente “proceso de erosión” de los poderes empresariales y la ampliación de autonomía del trabajador⁷⁵³. Ambas posturas persiguen, desde luego, el mismo fin, dotar de protección a prestadores de trabajo jurídicamente autónomos, pero en una situación socioeconómica similar a los trabajadores tradicionalmente denominados subordinados, sin embargo, no se propone realizar del mismo modo la tutela de estos nuevos trabajadores. En un caso se trata de asimilación y en el otro parece imponerse la idea de una identificación, de una nueva consideración del sujeto trabajador, aunque sin que ello conlleve necesariamente la uniformidad de pronunciamientos del nuevo contrato de trabajo.

La diferencia que parece revelarse entre ambos pronunciamientos se diluye, precisamente, en el hecho de que en ningún caso se propone una reelaboración de las nociones de contrato de trabajo y de trabajador sobre la base de una uniformidad de regímenes y soluciones, sino sobre la base de la diversidad que caracteriza la situación actual y que exige, fundamentalmente, el cambio que se propone.

El Derecho del Trabajo español cuenta con varias vías para llevar a cabo esta extensión de la cobertura de protección del contrato de trabajo. La cláusula contenida en el artículo 2.1, i) LET, si bien, propuesta para la regulación de especialidades dentro del propio trabajo subordinado, puede resultar de utilidad⁷⁵⁴, sobre todo teniendo en cuenta

⁷⁵³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: <<Contrato de trabajo y autonomía del trabajador>>, op cit., pág. 38. En sentido favorable a una “continua reelaboración de los conceptos de subordinación o dependencia” se pronuncia GALIANA MORENO, J. M.: <<Crisis del contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 65.

⁷⁵⁴ CARDENAL CARRO, M.: <<A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta>>, *AS*, 2000, nº 10, págs. 10-17, recuerda la buena salud de la que goza la categoría y propone su utilización, no sólo para proporcionar la debida tutela a las relaciones que la necesitan, sino también para “eludir la aplicación de un estatuto excesivamente protector a aquellos supuestos en los que no se aprecia esta necesidad”, cit. pág. 12.

que la justificación de la ampliación de la cobertura reside en la situación de dependencia económica en la que se encuentran esos trabajadores⁷⁵⁵.

Por otra parte, también se ha propuesto acudir a la Disposición Final primera LET, que funciona a modo de “cláusula general de laboralización parcial” del trabajo autónomo⁷⁵⁶, que habrá de ser utilizada a estos efectos de un modo más riguroso del hecho hasta el momento, ante la amplitud y la generalidad de su formulación. Porque hay que distinguir los supuestos de trabajo autónomo a los que fundamentalmente se viene aludiendo, que no implican una total autonomía del trabajador en la prestación de servicios para el mercado, de los supuestos de trabajo por cuenta propia, que son los inicialmente llamados por la Disposición Final 1ª LET, y con respecto a los cuales ha sido ya utilizada, entre otros, en el ámbito de la libertad sindical (art. 3.1 LOLS).

Estas dos vías de extensión de la tutela proporcionada por las normas laborales habían sido ya puestas en cuestión, en atención a su insuficiencia, inespecificidad y a que contribuirían en muy poco a una clarificación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista se considera que la vía más acertada para favorecer la entrada del trabajo autónomo en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo venía expuesta por la fórmula italiana de la parasubordinación: una cláusula general de inclusión selectiva de ciertos trabajadores por cuenta ajena autónomos mediante la definición de un tipo normativo estructuralmente abierto⁷⁵⁷. Esta opción cuenta hoy con la experiencia de más de veinte años de aplicación y con los actuales pronunciamientos relativos a la inclusión plena de tal categoría en el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo, en el marco del debate en torno a la redefinición de la categoría trabajo subordinado, que en Italia centraliza y define la disciplina. Quizá convenga al Derecho

⁷⁵⁵ RIVERO LAMAS, J.: <<La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 79-80.

⁷⁵⁶ RIVERO LAMAS, J. y GARCÍA BLASCO, J.: <<Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo>>, op. cit., pág. 532. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: <<El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 63.

⁷⁵⁷ RUIZ CASTILLO, Mª M.: <<Delimitación subjetiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo>>, op. cit., págs. 34-35.

español un principio de reforma más modesto y limitado en cuanto a su alcance, antes que una opción como la que se discute en Italia.

Una tercera consideración se ha hecho en relación con determinadas relaciones de trabajo tradicionalmente colocadas y reguladas fuera del ámbito laboral. Teniendo en cuenta los riesgos de su pronunciamiento se ha propuesto buscar soluciones a los problemas de infraprotección fuera del Derecho del Trabajo, proporcionando a las relaciones de trabajo en cuestión una adecuada tutela y regulación en su respectivo ámbito jurídico, “importando y asimilando principios y técnicas del Derecho del Trabajo”, a modo de lo realizado por el legislador español con la relación de trabajo de los agentes comerciales, pero evitando una laboralización que puede resultar forzada, y que puede provocar huidas y fraudes contrarios al objetivo protector⁷⁵⁸. Esta tercera vía de extensión de la protección exige la adopción de las cautelas que una opción tal puede implicar para el ordenamiento jurídico y su configuración actual, ante el hecho de que mantiene extramuros del Derecho del Trabajo en todo caso las relaciones colectivas, la protección jurisdiccional y la Seguridad Social.

Las relaciones económicas y la organización empresarial han determinado que actualmente, y desde hace varias décadas, el ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo, por la vía de la consideración laboral de determinadas relaciones de trabajo, se haya visto enriquecido con numerosas relaciones que, si bien tradicionalmente se hallaban extramuros de esta parcela de regulación, en atención a la manera típica de prestación, fue precisamente porque esa manera se empezó a acomodar a las exigencias de las empresas y de los consumidores y, por ello, comenzó a asimilarse a la tradicional prestación sometida al ordenamiento laboral, por lo que se llegó a su inclusión dentro de este ámbito regulador, con base en el entendimiento de que no es la naturaleza de la actividad o servicio lo relevante, sino la forma de realizarse esa prestación, a la hora de la calificación jurídico-laboral. Por ello, recurriendo a protecciones externas a la

⁷⁵⁸ SANGUINETI RAYMOND, W.: <<La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?>>, op. cit., págs. 70-71. PERALTA DE LA CÁMARA, J. L.: <<Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, op. cit., pág. 376.

laboralización se puede producir una fisura en la lógica del funcionamiento del ordenamiento jurídico-laboral, cuyas consecuencias pueden conducir a una restricción de la protección de una importante cantidad de relaciones de trabajo que de hecho pueden configurar auténticos contratos de trabajo. Es decir, se corre el riesgo de excluir del ámbito laboral toda una serie de actividades de trabajo que han ido siendo incluidas lentamente y en atención a que su naturaleza iba acomodándose a las notas definidas en el artículo 1.1 LET, a modo de exclusiones constitutivas, tal y como ha sucedido con la promulgación de la Ley 12/1992 del Contrato de Agencia: el hecho de que sea una actividad tradicionalmente prestada por cuenta propia, cuyos perfiles se acomodan a los de las profesionales denominadas liberales, no impidió que fuera calificada como laboral en atención al modo de prestación, y ese mismo modo de prestación ha resultado ahora excluido del contrato de trabajo y hasta justificado, si se atiende a muchos comentarios al respecto, al haber sido dotada la relación de un régimen jurídico similar en lo individual al del contrato de trabajo, pero que deja muchos aspectos en la extralaboralidad.

Estas propuestas, sin embargo, no contienen el remedio perfecto a todos los males de la sociedad y a todos los problemas que en ella se plantean. Tanto una como otra posición, como así las vías intermedias, plantean dos cuestiones principales: el primer y más importante problema que se detecta en estas proposiciones es el de la definición o determinación del ámbito de la protección, cuál es esa categoría de trabajadores que no son subordinados, pero que sí desarrollan su trabajo personalmente y en condiciones de dependencia económica, a los que se les quiere extender parcialmente la protección que reconoce el contrato de trabajo, de donde deriva además, un aspecto añadido, que es el de cuantificar esa extensión, de modo que se gradúen los derechos de cada categoría de trabajadores. Y la segunda cuestión que se suscita es la referida al sistema de organización, financiación, recaudación y gestión, a modo de garante final de la operatividad del sistema, y sobre la cual se ha adelantado que pudiera requerir una especie de “super-Seguridad Social”, que no parece admisible abandonar exclusivamente en manos privadas⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ JEAMMAUD, A.: <<Programa para que un devenir se convierta en un porvenir>>, op. cit., pág. 108.

El problema se acota en torno a la determinación del alcance de las transformaciones institucionales que se proponen, que es una cuestión esencialmente política, aunque su cauce de expresión sea de otro carácter, y es por ello por lo que, ante el riesgo de que la discusión sobre la transformación del marco normativo de las relaciones laborales se convierta en una polémica puramente formal, el debate “debe ser referido específicamente a las iniciativas o modificaciones singulares que se pretendan llevar a cabo, desplazándose así la discusión a un plano concreto de los contenidos y las soluciones normativas proyectadas”⁷⁶⁰. Iniciativas que tampoco están libres de peligros, porque la diversificación de contenidos y tutelas que exige como requisito previo una reformulación del ámbito de protección del contrato de trabajo corre el riesgo de que el zócalo mínimo y común de derechos propuesto se convierta al mismo tiempo en el techo, porque más allá del mínimo garantizado puede volver a manifestarse la debilidad contractual del trabajador frente al poder económico del empleador⁷⁶¹, en fin, se corre el riesgo de que termine restringiéndose la noción de subordinación y la tutela que lleva aparejada.

Ambos caminos, el que se ha denominado de extensión total o de transformación institucional de la relación de trabajo, y el de extensión parcial del contrato de trabajo a ciertos tipos de trabajo hasta ahora excluidos del ámbito de aplicación del mismo no implican otra cosa que plantearse una disyuntiva, se trata de proceder a una ruptura y refundación global del Derecho del Trabajo -la modificación de su objeto-, o bien, una experimentación y ajuste progresivo a las necesidades del sistema⁷⁶². La respuesta a la cuestión ha de ser meditada con detenimiento y la materialización de cualquiera de ambas soluciones ha de obedecer a las normas de la prudencia. Y todas las

⁷⁶⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: <<La función y la refundación del Derecho del Trabajo>>, op. cit., pág. 31.

⁷⁶¹ BALLESTRERO, M. V.: <<Osservazioni critiche sulla persistente vitalità del diritto del lavoro, sulle proposte di riforma della subordinazione e sulla tutela da accordare al lavoro autonomo>>, en AMATO, F. (a cura di): *I "destini" del lavoro*, op. cit., pág. 121.

⁷⁶² PRIESTLEY, T.: <<À propos du “contrat d’activité” proposé par le rapport Boissonnat>>, op. cit., pág. 960.

proposiciones dejan claro que no puede contraponerse la defensa del trabajador en el contrato de trabajo a la defensa del trabajador en el mercado⁷⁶³, es decir, el nivel de tutela de cualquier trabajador no puede seguir viniendo determinado por su laboralidad o inserción en el ámbito aplicativo del contrato de trabajo.

Lo que sí es seguro, y se ha puesto de manifiesto reiteradamente, es que las soluciones adoptadas hasta el momento, consistentes en llevar a cabo inclusiones y exclusiones, legales o jurisprudenciales, en el ámbito de cobertura del contrato de trabajo, de modo impulsivo y asistemático han resultado completamente ineficaces desde un punto de vista práctico y absolutamente deficientes desde una perspectiva de técnica jurídica⁷⁶⁴. Si en un determinado momento histórico las operaciones parciales motivadas por necesidades específicas, como las sucesivas ampliaciones en el catálogo de relaciones especiales de trabajo, o las exclusiones constitutivas por razones de “lógica jurídica” y justicia material acallaron la conciencia del legislador, ahora parece que el propio sistema económico impulsa una toma de partido de mayores dimensiones, que no podrá olvidar, por otro lado, el papel que las organizaciones supranacionales y su ordenamiento jurídico, pueden y deben desempeñar en una economía “mundializada”⁷⁶⁵.

Toma de partido que no será nunca totalmente libre, y que no puede pasar por una reducción del área de tutela fuerte que debe ostentar en todo caso el trabajo subordinado. El modelo de relaciones laborales que haya de suceder o de sustituir al que se ha revelado insuficiente dependerá no sólo de equilibrios sociales y políticos, de una correlación de fuerzas en la cual el componente ideológico tendrá un importante

⁷⁶³ BRONZINI, G.: <<Autonomia e subordinazione nel rapporto di lavoro: verso l'unificazione?>>, en AMATO, F. (a cura di): *I destini del lavoro*, op. cit., pág. 53.

⁷⁶⁴ D'ANTONA, M.: <<La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto>>, en AMATO, F. (a cura di): *I "destini" del lavoro*, op. cit., pág. 145.

⁷⁶⁵ Vid. SIMITIS, S.: <<Fine o rinascita del Diritto del Lavoro. Il caso della Corte di Giustizia europea>>, *GDLRI*, 1995, nº 4, págs. 521-543. SUPIOT, A.: <<Les nouveaux visages de la subordination>>, op. cit., págs. 131-145.

papel⁷⁶⁶, sino también del juicio de legitimidad al que habrá de someterse, y cuyo marco general vendrá dado por el modelo constitucional de relaciones laborales vigente y los derechos, principios y garantías establecidos en la Constitución para la tutela del trabajo subordinado, en especial, el principio de igualdad⁷⁶⁷, pero también habrá de respetar las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad en la elaboración de los nuevos conceptos y los nuevos límites. La relación de trabajo por cuenta ajena y subordinada tiene un específico reconocimiento constitucional que, partiendo de la asunción de la flexibilidad, la difuminación de sus fronteras y la denominada pérdida de identidad de la subordinación, impide una absoluta disponibilidad sobre el tipo “trabajo subordinado” y que contribuirá, junto a los debates sociales y económicos, a modelar la regulación jurídica del trabajo del futuro. A estos efectos la STC 227/1998, de 26 de noviembre⁷⁶⁸, al mismo tiempo que reconocía que el concepto de trabajador por cuenta ajena no se halla constitucionalizado, no se recoge expresamente en la CE, sino que es tarea del legislador su determinación y regulación, recordaba que el ámbito subjetivo del estatuto de los trabajadores reconocido en el artículo 35 CE “no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración”, las normas que lo llevan a efecto habrán de procurar que no se produzca una restricción ilegítima de los trabajadores como clase social y de sus derechos. Estas afirmaciones ponen de manifiesto que tiene que existir una correlación entre la condición social del trabajador, su situación de subordinación económica y social y la traducción de esta condición en un sistema legal de tutela del contratante débil en el marco del ordenamiento laboral⁷⁶⁹. Sin que esto pueda significar, por otro lado, que se impida al futuro legislador la posibilidad de

⁷⁶⁶ JEAMMAUD, A.: <<Cambios y futuro del derecho del trabajo en Francia>>, *Contextos*, 1997, nº 1, págs. 262-263.

⁷⁶⁷ Vid. D'ANTONA, M.: <<Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del Lavoro>>, op. cit., págs. 65-66.

⁷⁶⁸ Vid. comentario a esta sentencia en SANTIAGO REDONDO, K. M.: <<La concreción subjetiva de la relación laboral>>, op. cit., págs. 33-63.

⁷⁶⁹ BAYLOS GRAU, A.: <<La “huida” del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización>>, op. cit., pág. 49.

configurar diversas delimitaciones de la categoría trabajo subordinado y de la propia disciplina⁷⁷⁰.

La graduación de la tutela infraconstitucional de cada una de las relaciones de trabajo, tanto subordinadas como no subordinadas, será guiada por un principio de proporcionalidad, que se traducirá en su extensión discrecional dentro del género trabajo y atendiendo a la racionalidad de la elección⁷⁷¹.

III. LA INTERMEDIACIÓN MERCANTIL COMO PARADIGMA DE ACTIVIDAD NECESITADA DE PROTECCIÓN.

La situación jurídica de las actividades de intermediación mercantil en el mercado aparece en el panorama jurídico europeo como una de las prestaciones de trabajo idóneas para acercarse a los problemas y debates relativos a la transformación o redefinición del objeto del contrato de trabajo.

La protección jurídica de un determinado sector de mediadores impulsó la flexibilización de la nota de la subordinación y su extensión a situaciones de dependencia que no fueran identificables exclusivamente con la vigilancia directa del trabajador en el centro de trabajo del empresario en el Derecho del Trabajo español. Y fue la ampliación de la protección social a ciertos trabajadores autónomos, no dependientes, pero asimilados a estos por realizar actividades de trabajo personal, continuada y coordinadamente, que padecían una situación de desamparo jurídico considerable, lo que motivó en Italia la creación doctrinal de una categoría de trabajadores autónomos semiprotegidos conocidos con una expresión que ha hecho fortuna en la literatura jurídico laboral, trabajadores parasubordinados, encabezados por los agentes y representantes comerciales.

⁷⁷⁰ PEDRAZZOLI, M.: <<Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro>>, en AA.VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, op. cit., págs. 27-28.

⁷⁷¹ PEDRAZZOLI, M.: <<Dai lavori autonomi ai lavori subordinati>>, *GDLRI*, 1998, nº 79, pág. 564.

En el Derecho español la protección de la que goza la actividad mediadora que no encuentra cobertura en el contrato de trabajo se ha articulado en torno a las disposiciones relativas a los derechos y deberes de las partes contenidos en la Ley 12/1992. Esta opción se revela, sin embargo, insuficiente y débil, en atención al alcance real de tal pronunciamiento. Es cierto que se ha dotado a la categoría de agentes comerciales, globalmente considerados, de un marco de seguridad jurídica a la hora de realizar su prestación de trabajo, pero no de la protección jurídico laboral que se viene demandando frente a las tendencias de los sistemas económicos y productivos, porque la técnica utilizada no extiende normas y tutelas laborales a relaciones extralaborales, sino que convierte en contenido mínimo indisponible de contratos extralaborales algunas categorías típicamente laborales, que no constituyen, sin embargo, la esencia del derecho protector, sino fragmentos de una realidad más compleja que en ningún caso ha encontrado reflejo en la nueva regulación.

A tal efecto conviene recordar una vez más, como conclusión del examen realizado, tanto de la regulación jurídica de las actividades de mediación, como del debate sobre una posible modificación o redefinición del objeto del contrato de trabajo, que la cláusula que proporciona la Disposición Final Primera LET parece el modo más apropiado de evitar las situaciones injustas que un rígido sistema jurídico laboral puede provocar, favoreciendo una extensión parcial de la protección laboral al colectivo de trabajadores autónomos más injustificadamente desprotegido, al modo de lo realizado ya en el Derecho español con la sindicación de los trabajadores autónomos o la cobertura de los mismos en materia de seguridad y salud laborales.

Es una norma jurídica laboral que ampare o incluya determinadas situaciones, o a determinados colectivos, dentro de su ámbito de aplicación, el único modo de hacer realmente eficaces las medidas que se quieran adoptar o las tutelas que se quieran extender, porque así es como se realiza una auténtica ampliación, siquiera parcial, del ámbito de aplicación de una determinada disciplina jurídica. Y esa ampliación puede realizarse en el Derecho del Trabajo español sin llegar a una modificación en el objeto del contrato de trabajo, ni siquiera a una redefinición del mismo, sino utilizando las técnicas que la propia normativa laboral ha puesto a su servicio, siempre, claro está, que

el problema que se quiera solucionar se reduzca a la protección, en el sentido señalado, de este tipo de situaciones, paradigmáticamente representadas aquí por la actividad de intervención en operaciones mercantiles, porque la cuestión reviste un significado y un sentido diferente si se parte de la insuficiencia del sistema contractual laboral en sentido genérico, y se pretende la reelaboración de la relación de base en función de las propuestas que optan por la desarticulación de la proposición que vincula la existencia de un contrato de trabajo con la puesta en marcha del sistema de protección, considerando también susceptibles de ciertos grados de inclusión periodos de inactividad, de formación o de otras posibles vinculaciones, como la realización de trabajos gratuitos.

Hay que señalar, de igual modo, que la vía que en el Derecho español del Trabajo proporciona la Disposición Final 1ª LET no está alejada, más bien, es en muchos aspectos coincidente, con la que en el Derecho italiano proporciona la categoría de la parasubordinación, que no tipifica realmente un tercer género entre la autonomía y la subordinación, sino que otorga a cierto tipo de trabajo autónomo un cierto grado de la tutela propia del trabajo subordinado típico. Y cuyo fundamento no hay que buscarlo en un alargamiento pretencioso de la parcela del trabajo humano incluida dentro del ámbito de aplicación del contrato de trabajo, sino en la respuesta jurídica a una situación de debilidad económica y social de un sector de trabajadores en auge.

Esta toma de conciencia se manifestó a nivel internacional en el proyecto de conclusiones que presentó la Oficina Internacional del Trabajo a la 85ª Conferencia, celebrada en 1997, con el título “Trabajo en régimen de subcontratación”, en el cual se incluía bajo tal denominación una serie de situaciones diversas, cuyo único punto en común puede situarse en su profusión, aumento y generalización como consecuencia de las descentralización productiva y la externalización de actividades: se refería tal proyecto a la contratación y subcontratación de actividades o servicios, la contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal y de otros intermediadores laborales y las relaciones bilaterales en las que formalmente el trabajador es independiente, pero materialmente se encuentra en una relación de subordinación técnica y de organización, además de económica, respecto de la empresa que utiliza sus

servicios, es decir, las relaciones que formalmente aparecen como extralaborales, de carácter civil o mercantil, pero que en el fondo esconden una relación que podría ser calificada como laboral.

En este último grupo entran las situaciones de trabajo independiente que se presta de modo regular para uno o varios empresarios, y no sólo bajo su dependencia económica, sino también ateniéndose a sus instrucciones sobre el desarrollo de la prestación de actividad, y dentro de este tipo de trabajo, destaca de modo claro la actividad de intermediación en actividades mercantiles que no puede ser calificada como contrato de trabajo. Y se proponen para la discusión y futura adopción de algún acuerdo de carácter normativo una serie de medidas que contemplan esta situación y que pueden ser de utilidad con respecto a la cuestión aquí planteada de una posible utilización de la Disposición Final Primera LET.

Este informe parece partir de la concepción en virtud de la cual este trabajo que se presta en condiciones de formal independencia es materialmente dependiente o subordinado, de tal modo que lo que en el fondo se produce es una situación de fraude a la norma laboral. Sin embargo, las soluciones que se propusieron no iban orientadas a la evitación de tales situaciones de ilegalidad, sino a la regulación de unos mínimos de protección para esos trabajadores que se consideran a medio camino entre una relación de trabajo subordinada y una relación independiente, además de proponer a los Estados el fomento de la igualdad de trato entre los que denomina trabajadores en régimen de subcontratación y los trabajadores típicamente subordinados, ya que realizan un trabajo fundamentalmente similar y en condiciones también similares: realizar una política de prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, garantizar el pago de su retribución y cotizaciones sociales, garantizar indemnizaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, garantizar su derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, garantizar el principio de no discriminación, garantizar la existencia de una edad mínima de entrada al trabajo, así como limitaciones en el tiempo

de trabajo y otras condiciones, y garantizar prestaciones de protección por maternidad⁷⁷².

La actividad de intervención en operaciones mercantiles considerada globalmente ha sufrido todas las vicisitudes que una prestación de actividad puede padecer en la historia de su consideración jurídica como incluida o excluida de una concreta rama del ordenamiento jurídico: fue dividida en actividad laboral y extralaboral cuando se introdujo la modalidad de mediación dependiente en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo, y fue conceptualizada como relación laboral especial en atención a la peculiaridad con la que se presentaban en esta específica prestación de actividad las notas configuradoras de la relación de trabajo que tipificaba el ordenamiento laboral. Esta división en la calificación jurídica de la actividad dio lugar a la producción de hasta una triple modalidad de actividad mediadora, siguiendo con el criterio que proporciona el artículo 1.1 LET: la actividad mediadora cuyos caracteres se acomodan a lo que la norma laboral conceptúa como un contrato de trabajo común, la actividad mediadora especial, que se aparta de los criterios ordinarios de integración laboral pero no con la suficiente entidad como para considerarla excluida y, por último, la actividad mediadora que se considera independiente y, por ello, alejada del mundo laboral y recientemente dotada de un estatuto protector similar al que caracteriza al estatuto jurídico laboral.

Los resultados tras este azaroso recorrido por las posibilidades jurídicas de regulación y tutela de una prestación de servicios demuestran que resulta tan insuficiente la clásica dicotomía actividad laboral/actividad mercantil, como la vía intermedia de tipificar una relación laboral especial con un nivel de tutela en cierto modo intermedio, porque las necesidades de protección de este colectivo de trabajadores van más allá, ya no se trata de que sea imposible distinguir una relación de trabajo subordinado de una relación de trabajo autónomo con las solas menciones legales, se trata de que, ya reconocida tal insuficiencia, se plantea como la medida más apropiada reconocer el carácter independiente de la relación y otorgarle el nivel de regulación

⁷⁷² Vid. BRIONES GONZÁLEZ, C.: <<El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la *locatio conductio operis* a la parasubordinación de la mano de un Proyecto de Convenio y Recomendación de la OIT>>, *RL*, 1998, n.º 6, págs. 79-94.

protectora que se considere correspondiente con el grado de debilidad económica y social que presenta.

A esto se añade que las nuevas tendencias en la organización empresarial de la producción, especialmente la descentralización de funciones que venían siendo prestadas por la empresa madre hacia trabajadores autónomos recién constituidos, favorece el aumento de la contratación de mediadores mercantiles en régimen extralaboral, así como la creación de situaciones similares a la que padecen tales trabajadores, hecho que ha terminado poniendo en cuestión el objeto y la significación del contrato de trabajo.

A este respecto cabría preguntarse si el contrato de franquicia no podría ser utilizado como un instrumento mediante el cual se acabara de excluir la mediación mercantil del campo de aplicación del Derecho del Trabajo, si la empresa comitente exige del mediador la constitución de una auténtica organización empresarial abierta al público para la realización de la actividad de mediación y la consecución de la finalidad económica de distribución comercial que persigue, porque ambos contratos, tanto el de agencia como el de franquicia, se encuadran en el género más amplio de los contratos de distribución comercial, y la única diferencia entre ambos desde el plano de la organización de la actividad, es la exigencia de que el franquiciado sea un empresario jurídica y patrimonialmente independiente que actúe en el mercado por cuenta propia, mientras que el contrato de agencia, tal y como se deriva de su configuración jurídica, precisa de una organización empresarial de menor entidad, que es el supuesto que puede entrar en concurrencia con el contrato de trabajo, y que supone un menor coste para el empresario comitente.

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.- La identificación jurídica del contrato de trabajo obedece a una finalidad concreta, que es la juridificación del conflicto social que está en la base del sistema económico de producción, objetivo que lleva a cabo mediante la creación de unos mecanismos de protección y tutela del sujeto contractual económica y jurídicamente más débil, el trabajador. El objeto del contrato de trabajo se ha delimitado históricamente a través de la conjunción de una serie de requisitos o presupuestos en la prestación de servicios que realiza el sujeto trabajador: el trabajo objeto del contrato de trabajo es un trabajo voluntario, personal, remunerado y prestado por cuenta ajena y dentro del círculo de organización y dirección del sujeto empleador. Siendo los elementos más definatorios y más polémicos la ajenidad y la subordinación.

SEGUNDA.- La ajenidad es un presupuesto de la relación laboral, forma parte de la realidad social sobre la que incide el Derecho para llevar a cabo la creación de la categoría contrato de trabajo y significa que el resultado de la actividad laboral del trabajador se integra en un patrimonio ajeno, se produce una cesión anticipada de los frutos del trabajo. Es una consecuencia lógica del sistema capitalista de producción y deriva de la propiedad empresarial de los medios de producción y de la incorporación a la esfera del empresario de la responsabilidad derivada de la colocación del producto en el mercado. Es, además, la nota que cualifica la retribución del trabajador, porque a cambio de la prestación de trabajo en régimen de ajenidad el trabajador obtiene un beneficio económico denominado salario.

TERCERA.- La subordinación es la nota característica por excelencia del trabajo objeto del contrato de trabajo, porque al incidir sobre el trabajo prestado por cuenta ajena lo cualifica de modo especial y convierte una parcela del trabajo humano en objeto principal del Derecho del Trabajo. Supone en última instancia una limitación en la capacidad de actuación contractual del trabajador, porque implica la puesta a disposición del empleador de su energía personal. Es, además, la nota característica del contrato de trabajo sobre la que recae la función de la adaptación del ordenamiento jurídico a los cambios habidos en los modos de producción y, consecuentemente, en los

modos de desarrollar el trabajo. De ahí que, ante los fenómenos sociales y económicos propios de las sociedades postindustriales, haya sido objeto de numerosos debates y discusiones sobre su procedencia y su vigencia y, por extensión, sobre la mutabilidad o inmutabilidad del objeto del contrato de trabajo. Porque si se entiende que la dependencia ya no cubre todas las manifestaciones de trabajo necesitado de tutela, entonces se inicia la búsqueda de un nuevo elemento o rasgo que determine e identifique la parcela de relaciones humanas que constituya el nuevo objeto del contrato de trabajo.

CUARTA.- Con el propósito de comprobar sobre una relación de trabajo en concreto las consecuencias, tanto de orden jurídico como de orden práctico, derivadas de la aplicación del esquema identificativo clásico del contrato de trabajo (y de la subordinación en sus múltiples facetas y más reciente interpretación) a la diversidad de situaciones que la realidad social produce, se ha estudiado la prestación de la actividad de intermediación en operaciones mercantiles, paradigma de la naturaleza cambiante y movediza que ha caracterizado siempre la frontera entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, en la medida en que fue este tipo de actividad el que favoreció la tendencia jurisprudencial a flexibilizar la nota de la subordinación, con el objeto de permitir que cierto tipo de mediadores mercantiles, así como las demás prestaciones de trabajo que presentaban un grado de subordinación semejante, fueran introducidos en el ámbito de cobertura del ordenamiento jurídico laboral. Y fueron también las relaciones de representación y agencia comercial las que impulsaron la creación de categorías legales y jurisprudenciales en cierto modo intermedias, como el trabajo parasubordinado.

QUINTA.- La actividad de intervención en operaciones mercantiles que en la práctica se conoce como representación o agencia comercial, que puede ser calificada como contrato de trabajo en tanto que tipifica relaciones de prestación de servicios personales de carácter duradero o estable en el tiempo y a cambio de una retribución, no cuenta actualmente en el ordenamiento jurídico español con un marco de seguridad jurídica, aunque sí con un marco de protección jurídica considerable y, sin embargo, no suficiente. En los textos normativos, R. D. 1438/1985 y Ley 12/1992, aparecen totalmente delimitadas y diferenciadas las figuras del representante de comercio y del

agente mercantil, en tanto que el primero se configura como un trabajador con peculiaridades en atención al alto nivel de autonomía que presenta su prestación de trabajo, y el segundo viene concebido en la ley como un empresario, individual o colectivo, independiente en su prestación de servicios, pero dependiente del empresario comitente. Sin embargo, los criterios que tales normas arbitran para distinguir ambos supuestos y, sobre todo, para distinguir la especial subordinación del agente laboral frente a la peculiar independencia del agente mercantil muestran su insuficiencia para delimitar de modo claro el trabajo autónomo del trabajo subordinado, y con ello, para establecer con seguridad el régimen jurídico de cada una de las relaciones.

SEXTA.- Las dificultades de distinción se hacen patentes con respecto a un tipo o parcela de la actividad de mediación: la llevada a cabo por una persona física de manera personal y directa, es decir, actuando en el tráfico mercantil por sí misma, sin el apoyo de una organización empresarial autónoma; por cuenta y en nombre ajenos, en tanto se prestan servicios para otro, para un empresario comitente en su propio nombre, vinculando en la conclusión de los negocios a ese empresario por cuya cuenta se actúa; dotado para ello el agente de un poder de representación variable; sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones en las que media o participa, esto es, sin hacerse responsable, ni total ni parcialmente, del abono de ninguna de las operaciones cuando los terceros incumplan la obligación de pago; y, finalmente, dotado de cierta independencia en la ejecución de su cometido por las especiales características de su actividad profesional, independencia entendida como libertad de actuación profesional, pero sin perjuicio del sometimiento a las instrucciones generales del empresario comitente. La jurisprudencia ha entendido que la nota diferenciadora entre una actividad de intermediación laboral y otra mercantil radica esencialmente en la dependencia del trabajador frente a la independencia del agente autónomo, la cual ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en los que el agente queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta se actúa. Sin embargo, tal pronunciamiento jurisprudencial se enfrenta, también, con el problema de su aplicación práctica. En virtud del juego de los principios probatorios, así como de los de jerarquía normativa y

temporalidad, puede afirmarse que el Derecho del Trabajo español ha sufrido un recorte en su ámbito personal y objetivo de aplicación, en tanto que si no se consigue probar la dependencia especial del trabajador sujeto a la relación laboral especial del artículo 2.1, f) LET, la mayor parte de las relaciones de intermediación comercial cumplirán los requisitos para ser calificadas como contratos mercantiles de agencia.

SÉPTIMA.- La trascendencia práctica de tales afirmaciones se reduce en parte debido al contenido regulador del contrato de agencia mercantil que se contiene en la Ley 12/1992. Un análisis comparativo del contenido de ambas regulaciones pone de manifiesto que el agente mercantil, gracias a la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva del Consejo 86/653, goza en la actualidad de un estatuto protector similar a la relación especial de trabajo diseñada por el R. D. 1438/1985, en ocasiones se muestra incluso más estricto, en materias tales como la formalización del contrato, la duración del mismo, los derechos y deberes del empresario comitente y del propio agente y el sistema de remuneración. Sin embargo, en tanto trabajador autónomo no incluido en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, el agente mercantil está desprovisto de la protección social que procura el Régimen General de la Seguridad Social, los tribunales del orden social, el derecho de formación profesional y promoción profesional y, de modo paradigmático, se ha hecho especial referencia al régimen de suspensión y extinción del contrato, dotado en el ámbito laboral de unos perfiles propios que no están presentes en otros ámbitos del sistema general de contratación. Con ello se pone de manifiesto que las necesidades de protección que presentan los puntos débiles del tipo normativo abstracto de identificación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo exigen soluciones más generales y sistemáticas que la individualización de la relación de derechos y obligaciones de las partes de un contrato. Y plantea, entonces, la cuestión de la modificación del objeto del contrato de trabajo.

OCTAVA.- Para adoptar una posición en relación con tan trascendental cuestión hay que realizar un análisis en profundidad de las instituciones sociales, económicas y jurídicas en juego. Y del tal análisis se extrae que del mismo modo que fue un determinado sistema social, económico y político el que conformó el objeto del contrato de trabajo tal y como hoy está concebido en los sistemas jurídicos, es el sistema social,

económico y político hoy imperante el que va a determinar si tal objeto ha de sufrir modificaciones para continuar desarrollando los fines del contrato de trabajo y justificando la razón de ser de la rama social del Derecho.

NOVENA.- El advenimiento de la sociedad postindustrial ha traído consigo cambios en los sistemas y modos de producción, cambios en los sistemas de organización empresariales y cambios en el sujeto trabajador. El modelo social que sirvió de base para la conformación del objeto del contrato de trabajo ha sufrido un cambio radical, pero no ha desaparecido, ni ha sido desplazado por otro nuevo modelo que haya pasado a convertirse en el nuevo prototipo, sino que convive con nuevos modelos sociales caracterizados precisamente por su diversidad. Además, el hecho social básico que está en el origen del nacimiento de la propia disciplina, la cuestión social del siglo XIX, sigue existiendo hoy y se denomina precariedad, desempleo, discriminación, desigualdad y desamparo jurídico, en definitiva, la tensión entre dos elementos clásicos en la teoría jurídico-laboral, el poder del empresario frente a la debilidad del trabajador, elementos que se mantienen constantes, aunque con una forma diferente. De tal modo que ha sido la necesidad de protección de la parte contractualmente débil la que ha motivado los debates en torno a la suficiencia o insuficiencia del contrato de trabajo para enfrentarse con las nuevas realidades sociales y proporcionar la debida tutela jurídica, olvidando que los sujetos que en la actualidad reclaman esa tutela no son tan diferentes de los tutelados y, por ello, han sido comprendidos o tenidos en cuenta en algunas ocasiones y con respecto a algunas regulaciones jurídico-laborales. Y que, también por ello, pueden no exigir una modificación en el objeto del contrato de trabajo para obtener el grado de tutela que buscan.

DÉCIMA.- El objeto del contrato de trabajo es el trabajo subordinado prestado por cuenta ajena. Y el hecho del que en la actualidad se predica que convierte en insuficiente e inválido tal objeto es la existencia de un sector de la población trabajadora similar a la que se subsume en la categoría contrato de trabajo, pero no igual, de modo que quedan tan desprotegidos jurídicamente como lo están económicamente. Tal sector de trabajadores es el comprendido por los trabajadores autónomos, que desarrollan

personalmente su prestación de trabajo al servicio de uno o varios empresarios que ejercen un poder económico sobre ellos, aunque en el desempeño de su prestación de trabajo sean independientes, en tanto que la desarrollan según sus propios criterios. Normalmente carecen de organización empresarial, o se sirven de una muy pobre y básica, y ya no constituyen un sector con un alto nivel de cualificación que los convierte en profesionales libres con poder para negociar las condiciones de la contratación, sino que actualmente se extienden a profesiones pertenecientes al sector servicios, muy afectadas por la descentralización productiva y que, en la mayoría de los casos, forman parte del enorme sector de antiguos asalariados que han sido obligados a convertirse en autónomos, incluso trabajando para su anterior empleador. El objetivo pretendido es la ampliación de cobertura social a este colectivo que ahora se encuentra situado extramuros del Derecho del Trabajo. La cuestión previa a determinar es el grado o alcance de tal extensión y, consecuentemente, será preciso examinar si tal extensión hará necesaria una modificación del objeto del contrato de trabajo tal y como está definido en el derecho positivo vigente. Entender que la situación de subordinación jurídica del trabajador con respecto a su empresario ya no agota el trabajo que debe ser objeto de cobertura por parte del contrato de trabajo puede implicar un retroceso en el tiempo y la consideración de que es la ajenidad, el hecho de que los resultados del trabajo personal de una persona integren el patrimonio de otra, el que cualifica una relación de trabajo como incluida en el sector de trabajo protegido. Y, al mismo tiempo, puede no ser más que el primer paso para iniciar una evolución en la consideración del trabajo objeto del contrato de trabajo y lograr una antigua aspiración en la doctrina jurídico laboral que lleve a una definitiva modificación en el objeto del mismo hacia la consecución de un “Derecho de la actividad profesional”.

UNDÉCIMA.- Con fundamento en estos hechos se ha elaborado una serie de propuestas que no pasan únicamente por una ampliación del ámbito de aplicación del contrato de trabajo, sino que van más allá, hasta proponer no sólo modificaciones en el objeto del contrato de trabajo, con la finalidad de dar solución y satisfacción a estas concretas demandas, sino que buscan una refundación de los presupuestos del Derecho del Trabajo, desvinculando dos proposiciones que hasta ahora han ido siempre unidas: un cierto nivel de trabajo lleva aparejado un cierto nivel de tutela y protección jurídica.

Son fundamentalmente los problemas del desempleo masivo, la falta de cualificación profesional y la necesidad de contemplar de algún modo la calidad de vida del trabajador las razones que han llevado a proponer la elaboración de categorías como la relación de trabajo de la que habla B. Hepple, el contrato de actividad propuesto en el informe de la Comisión presidida por J. Boissonnat o el resultado del informe Supiot, que parece partir de premisas más modestas para terminar señalando la conveniencia de la construcción de un estatuto profesional no vinculado exclusivamente al empleo, sino a cualquier aspecto relacionado con la vida laboral, incluyendo periodos de formación, trabajo gratuito, etc.

DUODÉCIMA.- Partiendo de su propia experiencia normativa y jurisprudencial la doctrina italiana ha efectuado propuestas que parten también de una modificación en el objeto del contrato de trabajo, pero circunscrita exclusivamente tal modificación al ámbito laboral, esto es, se pretende una ampliación de la cobertura del Derecho del Trabajo más allá del trabajo subordinado, incluyendo modalidades de trabajo coordinado y autónomo, pero no se pretende la constitución de un sistema de protección general que anude situaciones de trabajo con otras de no trabajo o con periodos de formación, sino una reestructuración del derecho protector, de tal modo que a partir de un derecho del trabajo general, sin adjetivos (M. D'Antona), se establezcan diversos niveles de tutela en función del mayor o menor grado de subordinación del trabajador con respecto al empleador, correspondiendo al trabajo subordinado un mayor nivel de tutela hasta llegar al trabajo autónomo, al que le correspondería el nivel inferior (P. Alleva, M. Pedrazzoli), niveles de tutela que podrían introducirse a través de distintos mecanismos, normativamente o mediante pactos individuales (P. Ichino). Y, finalmente, propiciando la creación de un tercer género, intermedio entre la autonomía y la subordinación, denominado trabajo coordinado (R. De Luca Tamajo, R. Flammia, M. Persiani), dotado de un nivel mínimo de tutela, y que recuerda mucho al trabajo parasubordinado.

DECIMOTERCERA.- Sin plantearse la cuestión de una modificación del objeto del contrato de trabajo, esto es, sin afectar la estructura tipológica de la institución central del Derecho del Trabajo, se ha discutido también en la doctrina,

fundamentalmente en la española, la necesidad de extender la protección que el contrato de trabajo proporciona. Y se ha propuesto tal extensión acudiendo a diversas vías ya presentes en el ordenamiento jurídico español, la Disposición Final 1ª LET, el artículo 2.1 LET y la introducción de modificaciones legales del tipo de las que procuraron la creación de la parasubordinación en Italia y en su mismo sentido. Por su parte, la opción en virtud de la cual la normativa extralaboral podría “copiar” la estructura y sentido de la laboral y procurar la tutela pretendida ha demostrado suficientemente su ineficacia.

DECIMOCUARTA.- La posibilidad que ofrece la Disposición Final 1ª LET puede cubrir las necesidades de tutela del sector de la población trabajadora que presenta más problemas de desamparo jurídico y con respecto a los cuales se ha puesto de manifiesto la deficiente configuración del contrato de trabajo, paradigmáticamente representado aquí por la actividad de intermediación mercantil. Introduce en el ordenamiento laboral la posible aplicación selectiva de normas propias del trabajo asalariado a trabajadores que no cumplen los requisitos para ser considerados sujeto de un contrato de trabajo. Está formulada con la amplitud suficiente para cubrir no sólo los supuestos hoy manifestados, sino también otros en los cuales falte incluso la nota de la ajenidad (trabajo por cuenta propia). Pero, sobre todo, se pone de manifiesto que no es necesario que se modifique el objeto del contrato de trabajo, porque sigue siendo el trabajo personal, voluntario, remunerado, por cuenta ajena y subordinado (aunque sea sólo económicamente) el que busca cobertura jurídico-laboral, y el ordenamiento jurídico-laboral dispone de este mecanismo para aplicar la protección sin poner en peligro la naturaleza de la disciplina, ni la propia configuración del contrato de trabajo. Supone, además, adentrarse por una vía que remite a la categoría de la parasubordinación, que no implica otra cosa que la extensión de cierta protección jurídica típica del contrato de trabajo a supuestos de trabajo independiente, haciendo especial hincapié en la garantía de los derechos colectivos de este tipo de trabajadores como medio de garantizar la efectividad de la protección extendida. Y la utilidad y acierto de tal categoría se pone actualmente de manifiesto con las propuestas legislativas sobre una auténtica regulación del trabajo que se denomina parasubordinado.

Es, además, la única vía de que dispone el ordenamiento jurídico español para la consecución de la protección que se demanda, porque las vías ensayadas hasta el momento, que en la actividad de intermediación mercantil han sido todas las posibles, han demostrado su ineficacia. Ya no se trata de atraer el mayor número posible de relaciones de trabajo al ámbito del Derecho del Trabajo, sino de adecuar a las circunstancias la relación existente entre la prestación de un trabajo y la cobertura social del mismo.

DECIMOQUINTA.- La casi imperceptible diferencia, tanto desde un punto de vista jurídico, como desde uno estrictamente fáctico, entre las actividades de mediación que caen dentro del ámbito de cobertura del contrato de trabajo y las actividades que caen dentro del ámbito del contrato de agencia, y la consecuente inseguridad jurídica respecto a la cualificación jurídica de una determinada relación de intermediación mercantil, justifica que se elaboren mecanismo de protección de supuestos fronterizos, pero cuando en el ordenamiento jurídico en cuestión se encuentra una cláusula como la de la Disposición Final 1ª LET se cuenta con la ventaja de que resulta innecesaria una modificación de la dogmática de las categorías jurídicas afectadas, se pueden lograr objetivos de flexibilidad de aplicación de parcelas del ordenamiento jurídico por la vía de la excepcionalidad. Y eso es lo que puede significar un avance en la protección jurídica de actividades de trabajo como la intermediación mercantil, la posible aplicación por remisión de normas de contenido laboral. En este sentido destaca la precariedad de la protección mercantil en los casos de extinción de la relación, así como la cobertura en materia de Seguridad Social. No se propone la creación de regímenes especiales para los trabajadores sometidos a régimen jurídico mercantil, sino la inclusión de tales sujetos en el ámbito de protección de ciertas normas laborales.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *El Estado protector en crisis*. Informes OCDE, MTSS, Madrid, 1985.

AA. VV.: *Trabajo y nuevas tecnologías*, Fundesco, Madrid, 1985.

AA. VV.: <<Il lavoro e il mercato>>, *RIDL*, 1997, p. I.

AA.VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, Torino, 1998.

AA.VV.: <<La représentation commerciale>>, *Lamy Social*, Paris, 1998.

ACKERMAN, M.: <<Parole chiave per un dibattito: lavoro, diritto. Un futuro per il diritto del lavoro>>, *LD*, 1997, nº 4.

AHUMADA VILLALBA, B.: <<La beca de formación práctica con prestación de servicios>>, *RL*, 1999, nº 2.

ALBIOL MONTESINOS, I.: <<En torno a la polémica ajenidad-dependencia>>, *CCDT*, 1971, nº 1.

ALBIOL MONTESINOS, I., CAPMS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J., BLAT MELLADO, C., GARCÍA NINET, J. I., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J.y SALA FRANCO, T.: *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

ALARCÓN CARACUEL, M. R.: <<La ajenidad en el mercado: un criterio definitivo del contrato de trabajo>>, *REDT*, 1986, nº 28.

<<Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España>>, en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y MIRÓN, M^a M. (coord.): *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ALARCÓN Y HORCAS, S: *Código de Trabajo*, Reus, Madrid, 1927.

ALEMÁN PÁEZ, F.: <<Autonomía individual, determinación y determinabilidad del objeto del contrato de trabajo>>, en *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, CES, Madrid, 1995.

ALMAGRO NOSETE, J.; SAAVEDRA GALLO, P.: *Lecciones de Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

ALEMANY ZARAGOZA, E.: <<Consideraciones sobre el contrato de agencia. Similitudes con los representantes de comercio>>, *AS*, 1999, vol. V.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: <<Franchising>>, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

ALLEVA, P.: <<Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale>>, *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 1994, nº 8.

<<Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro>>, en GHEZZI, G.(a cura di): *La disciplina del mercato di lavoro. Proposte per un Testo Unico*, EDIESSE, Roma, 1996.

ALMANSA PASTOR, J. M.: <<El concepto de trabajador>>, *RDPub*, 1978, nº 73.

<<Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social>>, *RT*, 1981, t. II.

ALONSO, L. E.: *Trabajo y sociedad*, Trotta, Madrid, 1999.

ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 2ª edic., Ariel, Barcelona, 1967.

<<Ámbito y alcance de la flexibilidad del mercado laboral>>, *Boletín del Círculo de Empresarios*, 1986, nº 36.

ALONSO OLEA, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

La materia contenciosa laboral, Sevilla, 1959.

<<La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo>>, *RT*, 1970, nº 32.

Alienación. Historia de una palabra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

<<Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales>>, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977.

De la servidumbre al contrato de trabajo, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1987.

Introducción al Derecho del Trabajo, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1994.

ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1995.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª E.: *Derecho del Trabajo*, 18ª edición, Civitas, Madrid, 2000.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1995.

ALONSO SOTO, F.: <<Las relaciones en las cooperativas en España>>, *REDT*, 1984, nº 20.

ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: <<La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción>>, *RPS*, 1975, nº 107.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Proyecto docente*, Universidad de La Laguna, 1991.

<<Costas de abogado y contrato de trabajo>>, *AL*, 1992, nº 6.

ANDERMAN, S. D.: *Labour Law*, Butterworths, London, 1993.

ANDREONI, A.: <<Nuovi lavori, garanzia dei diritti e promozione sociale. Note per una riflessione>>, *RGLPS*, 1998, nº 4.

ANTONMATTEI, P. H.: <<Les éléments du contrat de travail>>, *DS*, 1999, n 4.

APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (dir.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

ARAGÓN MEDINA, J.: <<Los grupos de empresa como unidad económica dominante>>, en BAYLOS, A. y COLLADO, L. (edit.): *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994.

ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P.: <<Responsabilidades empresariales en los contratos de franquicia>>, *CDJ*, 1992, XX.

ARSEGUEL, A. et ISOUX, Ph.: <<Des limites à la dérive de la notion de service organisé>>, *DS*, 1992, nº 3.

<<Loi "Initiative et entreprise individuelle">>, *BJ*, 1994, nº 5.

ASHTON, T. S.: *La Revolución industrial*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

AUBRY, M. et RÉMY, P. L.: <<Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies>>, *DS*, 1992, nº 6.

BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Todo sobre representantes, agentes y comisionistas*, De Vecchi, Barcelona, 1971.

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*, 1993, nº 41.

BALLESTRERO, M^a V.: <<L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato>>, *LD*, 1987, nº1.

<<Osservazioni critiche sulla persistente vitalità del diritto del lavoro, sulle proposte di riforma della subordinazione e sulla tutela da accordare al lavoro autonomo>>, en AMATO, F. (a cura di): *I "destini" del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998.

BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, Milán, 1915.

Il Diritto del Lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 1957.

BARBAGELATA, H. H.: <<El advenimiento del neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del Derecho del Trabajo>>, *REDT*, 1992, nº 54.

BARTHÉLÉMY, J.: <<Contrats de travail et d'entreprise: nouvelles frontières. Réflexions sur la loi Madelin>>, *SJ, JCP-E*, 1994, nº 21.

BARREIRO GONZÁLEZ, G.: <<Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna>>, *REDT*, 1999, nº 94.

BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.

<<Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo>>, *RDS*, 1998, nº 1.

<<Gobalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto>>, *CRL*, 1999, nº 15.

BAYÓN CHACÓN, G.: <<Contratos especiales de trabajo. Concepto>>, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Madrid, 1965.

<<Del contrato de trabajo al contrato profesional de servicios>>, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Madrid, 1965.

<<El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?>>, *RDP*, junio, 1961.

<<El ámbito de aplicación personal de las de Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71.

<<Problemas de carácter general en la nueva Ley de Relaciones Laborales>>, en *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977.

BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 8ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1969.

BAZ IZQUIERDO, F.: <<Los representantes de comercio en el Derecho del Trabajo español>>, *RPS*, 1968, nº 79.

BELL, M.: *El vendedor viajero*, OIT, Ginebra, 1980.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A.: <<La relación laboral de carácter especial de los Viajantes de Comercio>>, *DL*, número monográfico, 1985.

BIAGI, M., TIRABOSCHI, M.: <<Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un *tertium genus* o codificazione di uno “Statuto del lavori”>>, *LD*, 1999, n° 4.

BLANPAIN, R.: <<The Changing World of Work>>, en BLANPAIN, R. and ENGELS, C.(eds.): *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

<<Il diritto del lavoro nel XXI secolo: l’era dei lavoratori del “portafoglio” creativo>>, *DRI*, 1998, n° 3.

BLASCO LAHOZ, J. F.: *Sujetos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.

BLAT GIMENO, F.: <<El marco socio-económico de la descentralización>>, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BOISSONNAT, J.: *Le travail dans vingt ans*, Odile Jacob, Paris, 1995.

<<Lucha contra el desempleo y reconstrucción del trabajo en Francia>>, *RIT*, 1996, vol. 115, n° 1.

BORRAJO DACRUZ, E.: <<Los auxiliares del comerciante en Derecho español>>, *RDM*, 1957, n° 64.

<<Representación comercial y contrato de trabajo>>, *AL*, 1991, nº 14.

Introducción al Derecho del Trabajo, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1999.

BORRÁS CABACÉS, M.: <<Representantes de comercio y agentes comerciales>>, *RL*, 1997, nº 11.

BOTANA AGRA, M.: <<El contrato de agencia en el Derecho español>>, *DN*, 1993, nº 30.

BRIGGS, A.: *Historia social de Inglaterra*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.

BRIONES GONZÁLEZ, C.: <<El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la *locatio conductio operis* a la parasubordinación de la mano de un Proyecto de Convenio y Recomendación de la OIT>>, *RL*, 1998, nº 6.

BRONZINI, G.: <<Autonomia e subordinazione nel rapporto di lavoro: verso l'unificazione?>>, en AMATO, F. (a cura di): *I destini del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998.

DE BUEN, N.: *Derecho Del Trabajo*, Porrúa, México, 1998.

BUSTOS PUECHE, J. E.: <<Sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil>>, *DL*, 1997, nº 52.

CABANELLAS, G.: *Contrato de Trabajo*, vol. I, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1963.

CABRERA BAZÁN, J.: <<Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71.

<<Contrato de trabajo y contratos de actividad>> *RPS*, 1971, nº 90.

<<Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo>>, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico, Akal, Madrid, 1981.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: <<Los “nuevos yacimientos de empleo” en España: una primera visión general>>, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1995, nº 29-30.

CÁMARA BOTÍA, A.: <<Contrato de trabajo y agencia mercantil: ¿modificación de las fronteras del contrato de trabajo?>>, *REDT*, 1996, nº 77.

<<Idea del Derecho del Trabajo>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, nº 23.

<<Los representantes de comercio>>, *REDT*, 2000, nº 100.

CAMERLYNCK, G.: <<Rapport de synthèse>>, en *Le contract de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Dalloz et Sirey, Paris, 1964.

Droit du Travail. Le contract du travail, Dalloz, Paris, 1982.

CAMPS RUIZ, L. M.: <<Problemas laborales de la fusión de empresas>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1980.

<<La nueva regulación de la relación laboral especial de los representantes de comercio>>, *AL*, 1985, nº 48.

<<La relación laboral especial de los representantes de comercio>>, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. II, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1987.

<<La exclusión de intermediarios autónomos en operaciones mercantiles>>, en *Comentarios a la Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1990.

Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

CARBY-HALL, J.: <<La crisis del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Gran Bretagna>>, *RGLPS*, 1996, nº 1.

CARDENAL CARRO, M.: <<A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta>>, *AS*, 2000, nº 9 y 10.

CARINCI, F.: <<Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro>>, en *Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro. Atti dell'VIII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986.

CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. e TREU, T.: *Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, 3ª edizione, UTET, Torino, 1994.

CARRO IGELMO, A. J.: *Historia social del trabajo*, Bosch, Barcelona, 1992.

CASANI, F.; LUQUE, Mª A.; RODRÍGUEZ, J.; SORIA, P.: <<*Outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos>>, *RL*, 1998, nº 14.

CASAS BAAMONDE, Mª E.: <<Las transformaciones del Derecho del Trabajo y su futuro previsible>>, *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Universidad de Salamanca, 2000.

CASTEL, R.: *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Gallimard, 1995.

<<Trabajo y utilidad para el mundo>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6.

<<Droit du travail: redéploiement ou refondation?>>, *DS*, 1999, nº 5.

CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

CASTRONOVO, V.: *La revolución industrial*, Nova Terra, Barcelona, 1975.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: <<Diversificación *versus* uniformidad en el Derecho español del Trabajo>>, *REDT*, 1994, nº 63.

CERDÁ MICO, A.: <<La ingeniería laboral del *outsourcing*>>, *AS*, 1998, vol. V.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Empresa de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

CHAUMETTE, P.: <<Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant?>>, en SUPIOT, A.(dir.): *Le travail en perspectives*, L.G.D.J., Paris, 1998.

CHAUCHARD, J. P.: <<Travail salarié ou travail indépendant: les questions soulevées par la loi Madelin>>, *LS*, 1995, nº 100.

CINELLI, M.: <<Nuove Forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia: quale ruolo per previdenza sociale>>, *RIDL*, 1996, nº 4.

CONTE, E.: *Autonomia o subordinazione?. Attualità di un dilemma giuslavoristico nella diversità delle tutele previdenziali*, DeLillo, Milano, 1997.

CORIA, J. C.: <<El Trabajador>>, en *Estudios sobre Derecho individual del Trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Heliasta, Buenos Aires, 1979.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil*, Colex, 2ª edición, Madrid, 1997.

COUDY, J. et DESPIERRES, M.: *Le représentant de commerce*, Sirey, Paris, 1957.

COUTURIER, G.: *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1996.

CRONIN, J. B. & GRIME, R. P.: *Labour Law*, Butterworths, London, 1970.

CRUZ VILLALÓN, J.: <<Descentralización productiva y sistemas de relaciones laborales>>, *RTSS*, 1994, nº 13.

<<Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales>>, en *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 1999.

<<El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

<<Outsourcing y relaciones laborales>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000.

CUCHÉ, P.: <<Du rapport de dépendance, element constituitif du contract de travail>>, *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, 1913.

<<La definition du salarié et le criterium de la dépendance économique>>, *Recueil hebdomaire de jurisprudence Dalloz*, 1932.

D'ANTONA, M.: <<I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione>>, *RCDP*, 1988, t. I.

<<La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989.

<<Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del Lavoro>>, *ADL*, 1995, n° 1.

<<Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro>>, en GHEZZI, G.(a cura di): *La disciplina del mercato di lavoro. Proposte per un Testo Unico*, EDIESSE, Roma, 1996.

<<Diritto del Lavoro di fine secolo: una crisi di identità?>>, *RGLPS*, 1998, n° 2.

<<La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto>>, en AMATO, F. (a cura di): *I "destini" del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998.

DÄUBLER, W.: <<Nuove tecnologie: un nuovo diritto del lavoro>>, *GDLRI*, 1985, n° 25.

Derecho del Trabajo, Trad. castellana MTSS, Madrid, 1994.

DEAKIN, S. & MORRIS, G. S.: *Labour Law*, Butterworths, London, 1995.

DE BERNARDI, D.: <<I confini fra lavoro subordinato e lavoro autónomo>>, *NL*, 1993, n° 29.

DE CICCO, G.: <<Subordinazione nell'ambito di particolari rapporti di lavoro. Ricerca sui nuovi aspetti della qualificazione giuridica della prestazione di lavoro>>, *LPO*, 1995, n° 5.

DE LUCA TAMAJO, R., FLAMMIA, R., PERSIANI, M.: <<La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato>>, *Lavoro Informazione*, 1996, n° 15-16.

DE MUNCK, J.: "Les trois crises du droit du travail", *DS*, 1999, n° 5.

DI CERBO, F. e ZANGARI, G.: *Il Diritto del Lavoro dei paesi dell'Europa continentale partecipanti alla CEE*, CEDAM, Padova, 1984.

DIÉGUEZ CUERVO, G.: <<Sobre la obediencia del trabajador>>, *RPS*, 1971, n° 91.

DÍEZ-PICAZO, L.: <<El concepto de causa en el negocio jurídico>>, *ADC*, 1963, XVI, 1.

Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, t. II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996.

DOCKÈS, E.: <<La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail>>, *DS*, 1997, n° 2.

DOROY, F.: <<La verité sur le faux travail indépendant>>, *DS*, 1995, n° 7/8.

DORMIDO BENCOMO, S., MORALES NAVARRO, J. y ABAD MÁRQUEZ, L.: *Sociedad y nuevas tecnologías*, Trotta, Madrid, 1990.

DRAKE, Ch.: *Labour Law*, Sweet & Maxwell, London, 1969.

DUEÑAS HERRERO, L. J.: <<¿Transgresión o transformación en el derecho del Trabajo?>>, *RL*, 1998, nº 2.

DUPEYROUX, J. J.: *Droit de la Sécurité Sociale*, 12ª edit., Dalloz, Paris, 1993.

DURÁN LÓPEZ, F.: <<El futuro del Derecho del Trabajo>>, *REDT*, 1996, nº 78.

<<Globalización y relaciones de trabajo>>, *REDT*, 1998, nº 92.

<<Un siglo de Derecho del Trabajo: el Derecho de un siglo>>, en *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, Colección Garrigues & Andersen, Madrid, 2000.

DURAND, P.: <<Du Droit du Travail au Droit de l'activité professionnelle>>, *DS*, 1952, nº 7.

DURÉNDEZ SÁEZ, I.: <<Sobre la dependencia y la ajenidad en el contrato de trabajo de colaboración periodística>>, *AS*, 2000, nº 6.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: <<Teletrabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 764-777.

ESTEVE SEGARRA, A.: <<La prestación de servicios médicos: criterios jurisprudenciales de delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios>>, *RGD*, 1999, nº 660.

FEATHERSTONE, M.: *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*, Sage, London, 1991.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: <<Sobre la laboralización de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol>>, *REDT*, 2000, nº 101.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: <<Contrato de Agencia>> en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: <<En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial>>, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: <<Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias>>, *RPS*, 1983, nº 139.

El poder disciplinario en la empresa, Civitas, Madrid, 1991.

<<El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 157.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.: *La Ley de Relaciones Laborales*, Deusto, Bilbao, 1976.

FERRARI COSTA, E. A.: *El concepto de subordinación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

FERRARO, G.: <<Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo>>, *GDLRI*, 1998, nº 79.

FIESCHI-VIVET, P.: <<Les éléments constitutifs du contrat de travail>>, *RJS*, 1991, nº 7.

FISCHER POLSTER, A. C.: <<Jurisprudencia sobre la noción de contrato de trabajo>>, *RPS*, 1970, nº 87.

FLAQUER RIUTORT, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

FLINN, M. W.: *Orígenes de la Revolución industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

FLUVIA ALIMENTI, J.: <<Perfiles y perspectivas de la dependencia laboral>>, *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, 1996, nº 12.

FOHLEN C. y BÉDARIDA, F.: *Historia general del trabajo*, vol. III, Grijalbo, Barcelona, 1965.

FOUCAULD, J. B.: <<Sociedad posindustrial y seguridad económica>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6.

GAETA, L.: *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizione Scientifiche Italiane, Università degli Studi di Napoli, 1993.

<<Qualità totale e teorie de la subordinazione>>, *Diritto delle relazioni industriali*, 1994, nº 1.

<<Teletrabajo Y Derecho: la experiencia italiana>>, *DL*, 1996, nº 49, págs. 36-38.

<<La qualificazione del rapporto>>, en GAETA, L. e PASCUCI, P. (a cura di): *Telelavoro e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

GALIANA MORENO, J. M.: <<Jerarquía normativa y reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. (Un estudio de la exclusión del personal auxiliar de los Registros de la Propiedad, Notarías y otras oficinas similares)>>, *RPS*, 1974, nº 104.

El contrato de trabajo en el Derecho inglés, Bosch, Barcelona, 1978.

<<Sobre la naturaleza laboral de la relación que vincula a los notarios con sus empleados>>, *RL*, 1986, t. I.

<<Crisis del contrato de trabajo>>, *RDS*, 1998, nº 2.

GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*, Ibidem, Madrid, 1998.

GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1936.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991.

GARCÍA ABELLÁN, J.: <<La condición jurídico laboral de los representantes de comercio>>, *CPS*, 1959, nº 43.

<<El contrato de aparcería laboral agraria>>, *REDT*, 1984, nº 20.

GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Civitas, Madrid, 1993.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La formación del Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984.

<<Mediadores mercantiles. Incidencia de la Ley de Contrato de Agencia>>, *CDJ*, 1997, III.

GARCÍA MURCIA, J.: <<El transporte de mercancías y su régimen jurídico>>, *TS*, 2000, nº 113.

GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.: <<El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica>>, *RT*, 1998, nº 92.

GARCÍA PIQUERAS, M.: <<Reflexiones sobre el contrato de los agentes de seguros privados. En las umbrías de las zonas grises>>, *TL*, 1994, nº 30.

En las fronteras del Derecho del Trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transportes, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos, Comares, Granada, 1999.

GARCÍA RUBIO, M^a A.: <<Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa>>, *RL*, 1996, nº 18.

GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, 3^a edición, EPESA, 1948.

GARCÍA TESTAL, E.: <<La naturaleza jurídica de la prestación de servicios de los transportistas con vehículo propio>>, *RL*, 1999, t. I.

GARRIDO PÉREZ, E.: <<Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos>> en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

GARRIGUES, J.: <<Los agentes comerciales>>, *RDM*, 1962, nº 83.

GATUMEL, D.: *Le Droit du Travail en France*, F. Lefebvre, Paris, 1997.

GAUDU, F.: <<Du statut de l'emploi au statut de l'actif>>, *DS*, 1995, nº 6.

GHERRA, E.: <<La flessibilità: variazioni sul tema>>, *RGLPS*, 1996, nº 2.

<<La subordinazione fra tradizione e nuove proposte>>, *GDLRI*, 1998, nº 4

GHERRA, E., BALANDI, G. G.: <<Il lavoro e i lavori>>, *LD*, 1988, nº 4.

GHEZZI, G.: <<Proposta di un “Testo Unico” in tema di mercato del lavoro>>, en GHEZZI, G.(a cura di): *La disciplina del mercato di lavoro. Proposte per un Testo Unico*, EDIESSE, Roma, 1996.

GHEZZI, G., PUGLIESE, E., SALVATI, M.: <<Tre comentari a *Il lavoro e il mercato* di Pietro Ichino>>, *GDLRI*, 1997, n° 1.

GHEZZI, G. e ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1989.

GIERKE, O.: *Die Wurzeln des Dienstvertragst*, 1914.

Las raíces del contrato de servicios, Civitas, Madrid, 1982.

GIUIGNI, G.: <<Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)>>, en *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989.

GOLDIN, A.: <<El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas>>, *RL*, 1996, t. I.

GONZÁLEZ BIEDMA, E.: <<Aspectos jurídico-laborales de las franquicias>>, *REDT*, 1999, n° 97.

GONZÁLEZ DE LENA, F.: <<Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores>>, *RL*, 1986, t. I.

GONZÁLEZ MOLINA, M^a D.: <<Algunas reflexiones sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, n° 23.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: <<La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1987, n° 21.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Universidad de Valladolid, 1996.

GONZALO GONZÁLEZ, B.: << Globalización económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del Euro>>, *RL*, 2000, nº 2.

GOÑI SEIN, J. L.: <<Flexibilidad Y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo>>, en *La flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Zaragoza, 1993.

GORZ, A.: *Metamorfosis del trabajo*, Sistema, Madrid, 1997.

GRANDI, M.: <<La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989.

<<Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contrato di lavoro>>, *ADL*, 1999, nº 2.

GRECO, R.: <<Le intrinseche difficoltà di uno statuto giuridico del lavoro postfordista>>, en AMATO, F.(a cura di): *I “destini” del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1998.

GRIECO, A. M.: <<Lavoro “parasubordinato e “giusta retribuzione”>>, *Lavoro* 80, 1986, t. II.

HAURIOU, M.: *Théorie de l’institution et de la fondation*, Paris, 1925.

HEPPLE, B.: <<Restructuring employment rights>>, *ILJ*, 1986, vol. 15, nº 2.

HERNANDO JIMÉNEZ, A.: *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000.

HERRERA DUQUE, M^a J.: *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, CISS-Praxis, Valencia-Barcelona, 2000.

HINOJOSA, J.: *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Madrid, 1932.

HOBSBAWM, E.: *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, Siglo XXI, 1973.

HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, Tecnos, Madrid, 1991.

HYMAN, R. y STREECK, W. (comps.): *Nuevas tecnologías y relaciones industriales*, MTSS, Madrid, 1993.

IANNIELLO, A.: <<Tipologie della subordinazione nella giurisprudenza>>, *Lavoro* 80, 1987, t. II.

ICHINO, P.: <<Vecchi e nuovi problemi nella qualificazione della prestazione lavorativa come autonoma o subordinata>>, *DLav*, 1988, p. I.

Subordinazione e autonomia nel Diritto del Lavoro, Giuffrè, Milano, 1989.

Il lavoro e il mercato, Mondadori, Milano, 1996.

<<Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas>>, *RIT*, 1998, vol. 117, nº 3.

IGLESIAS CABERO, M.: <<El Derecho del Trabajo para el siglo XXI>>, *DL*, 1997, nº 53.

INNOCENTI, R.: <<Un progetto politico per la riforma delle regole del lavoro>>, *DRI*, 1998, nº 3.

IRURZUN UGALDE, K.: <<La prestación de los árbitros: asunto pendiente en la industria del fútbol>>, *AS*, 1999, vol. I.

JAMES, H.: *La globalizzazione dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1999.

JEAMMAUD. A.: <<Cambios y futuro del derecho del trabajo en Francia>>, *Contextos*, 1997, nº 1.

<<Il diritto del lavoro alla prova del cambiamento>>, *LD*, 1997, nº 3.

<<Crise et relations du travail>>, en *Droi de la crise: crise du Droit?. Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.

<<Les droits de travail à l'épreuve de la mondialisation>>, *Droit Ouvrier*, 1998, nº 598.

<<Programa para que un devenir se convierta en un porvenir>>, *RL*, 1999, nº 19.

JEAMMAUD, A., LE FRIANT, M. et LYON-CAEN, A.: <<L'ordonnancement des relations du travail>>, *Recueil Dalloz*, 1998, nº 38.

JIMÉNEZ GARCÍA, J.: *Los senderos hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, UGT-FUNDESCAN-Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2000.

JOUEN, M.: <<Nuevos yacimientos de empleo y nuevas profesiones>>, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1995, nº 29-30.

JUÁREZ PÉREZ, P.: <<El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado>>, *RL*, 1999, t. I.

KAHN-FREUND, O.: *Labour and the law*, Steven & Sons, London, 1972.

LANDA ZAPIRAIN, J. P.: <<Constitución y futuro del modelo español del Derecho del Trabajo del próximo siglo>>, *Revista de Relaciones Laborales (Lan Harremanak)*, 2000, nº 2.

LAVILLE, J. J.: <<Nuevos yacimientos de empleo y calidad del empleo>>, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1995, nº 29-30.

LEE, E.: <<Exposición general>> a la *RIT*, 1995, vol. 114, nº 4-5.

<<Mundialización y empleo: ¿se justifican los temores?>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 5.

<<Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate>>, *RIT*, 1997, vol. 116, nº 2.

LEONARDI, S.: <<Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e aspetti problematici>>, *RGLPS*, 1999, nº 3.

LISO, F.: *La mobilità del lavoratore in azienda*, Bari, 1979.

<<La experiencia italiana en materia de iniciativas locales>>, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1995, nº 29-30.

LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994.

LOJKINE, J.: <<A propo du rapport Supiot. Dépassement du marché du travail ou simple adaptation du droit du travail aux nouvelles stratégies des entreprises capitalistes>>, *DS*, 1999, n° 7/8.

LOPERA CASTILLEJO, M^a J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, MTSS, Madrid, 1990.

LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LÓPEZ MORA, F.: <<La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral>>, *TS*, 1993, n° 28.

LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1990.

<<The Evolution of Labour Law>>, en AA.VV.: *Labour Law in the post-industrial Era*, Dartmouth, Aldershot, 1994.

<<A modo de conclusión: la transición de una situación a otra en derecho laboral>>, *RIT*, 1996, vol. 115, n° 6.

LYON-CAEN, G. PÉLISSIER, J. et SUPIOT, A.: *Droit du Travail*, 18^a ed., Dalloz, Paris, 1996.

LUJÁN ALCARAZ, J.: <<El reconocimiento jurisprudencial de la relación laboral de los empleados de Registros>>, *RL*, 1990, n° 22.

La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo, MTSS, Madrid, 1994.

<<El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas>>, *AS*, 1999, vol. V.

LUNARDON, F.: <<L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione>>, *GDLRI*, 1990, nº 2.

LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.

MAILLO NIÑO, A.: <<Los representantes de comercio y la jurisdicción laboral>>, *RPS*, 1962, nº 56.

<<Sobre la situación laboral de los trabajadores dedicados a la compraventa de mercancías>>, *RPS*, 1964, nº 62.

MAGNANI, M.: <<Verso un "Statuto dei lavori">>, *DRI*, 1998, nº 3.

MANTOUX, P.: *La revolución industrial en el siglo XVIII*, Aguilar, Madrid, 1962.

MARIUCCI, L.: <<Subordinazione e itinerari della dottrina>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: <<El contrato de agencia>>, *CDJ*, 1995, IX.

MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

MARTÍN VALVERDE, A.: <<Ideologías jurídicas y contrato de trabajo>>, en VILLA GIL, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (dir.): *El Derecho del Trabajo en España*, t. I, IES, Madrid, 1981.

<<Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/1984 de reforma del estatuto de los Trabajadores>>, en *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.

<<La Formación del Derecho del Trabajo en España>>, en *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

<<El discreto retorno del arrendamiento de servicios>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de del Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.

<<La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho>>, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.

<<Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho del Trabajo* del profesor Alonso Olea>>, *REDT*, 1996, nº 77.

<<Art. 42>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.

<<Contrato de trabajo y derechos fundamentales>>, *RDS*, 1999, nº 6.

<<Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho comunitario europeo>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: <<La relación laboral de carácter especial de los Representantes de Comercio>>, *DL*, nº monográfico, 1985.

MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas*, Fundación Confemetal, Madrid, 1998.

MASTRAGOSTINO, N.: <<Linee di tendenza delle relazioni industriali nella transizione verso la terziarizzazione del conflicto>>, *LPO*, 1998, nº 5.

MARX, C.: *Trabajo asalariado y capital*, Ricardo Aguilera editor, Madrid, 1968.

El Capital, Libro Primero, vol. 1º, 6ª edición, Siglo XXI de España, 1978.

MENAYO GARCÍA, A.: *El Representante de Comercio como trabajador por cuenta ajena*, Sevilla, 1967.

MENGER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*, Comares, Granada, 1998.

MENGHINI, L.: <<Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza>>, en el volumen colectivo *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, Torino, 1998.

MENGONI, L.: <<Le contract de travail en droit italien>>, en *Le contract de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Dalloz et Sirey, Paris, 1962.

MERCADER UGUINA, J. R. y PORTELLANO DÍEZ, P.: <<La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial>>, *RL*, 1997, t. I.

MEYER, F. et SACHS-DURAND, C.: <<L'evolution du rapport salarial>>, en ALIPRANTIS, N. et KESSLER, F. (éd.): *Le Droit collectif du Travail*, Peter Lang, Frankfurt, 1994.

MOLERO MANGLANO, C. y otros: *Estructura del contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 1997.

MOLERO MANGLANO , C. y CHARRO BAENA, P.: <<Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador>>, *RTSS*, 1991, nº 3.

MOLINER TAMBORERO, G.: <<Las contratas y las subcontratas desde la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo>>, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MONEREO PÉREZ, J. L.: <<Grupo de empresas y subcontratación>>, en BAYLOS, A. y COLLADO, L. (edit.): *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994.

Introducción al nuevo Derecho del Trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo, Civitas, Madrid, 1996.

<<Artículo 1>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.

Fundamentos doctrinales del Derecho social en España, Trotta, Madrid, 1999.

<<La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo>>, *REDT*, nº 96, 1999.

<<La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del Derecho: significación y técnica de la dependencia y ajenidad>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

<<El Derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo>>, *Revista de Relaciones Laborales (Lan Harremanak)*, 2000, nº 2.

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*, 1993, nº 7.

MONSÓ GOICOLEA, E.: <<Situación jurídica en España de los agentes comerciales>>, *RDP*, 1987.

MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975.

MONTERO AROCA, J.: *Introducción al proceso laboral*, J.M. Bosch, Barcelona, 1994.

MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

<<El ámbito personal del Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71.

Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España, Civitas, Madrid, 1975.

<<Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado>>, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

Derecho y Trabajo, Civitas, Madrid, 1997.

<<Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo>>, *RETD*, 1998, nº 91.

Derecho del Trabajo, 20ª edición, Tecnos, Madrid, 2000.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., RÍOS SALMERÓN, B.: *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1995.

Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, 3ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2000.

MORENO, I.: <<Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de estado-nación>>, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, nº VI.

MORENO VIDA, Mª N.: <<Relaciones laborales de carácter especial>>, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.

MÜCKENBERGER, U.: <<La crisi del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Germania>>, *RGLPS*, 1996, nº 1.

<<Ideas para redefinir la relación de trabajo>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6.

NAPOLI, M.: <<Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto del lavoro>>, *DRI*, 1998, nº 3.

NAVARRETE CASAS, F.: <<Jurisprudencia sobre representantes de comercio>>, *RPS*, 1970, nº 88.

NOGLER, L.: <<Metodo tipológico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato>>, *RIDL*, 1990, p. I.

<<La doppia nozione giuslavorista di parasubordinazione>>, *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2000, nº 10.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: <<Informe de la Comisión Europea sobre los cambios en el trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo en Europa>>, *RMTAS*, 1999, nº 17.

OIT: *El Trabajo en el mundo 1997-1998: relaciones laborales, democracia y cohesión social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997.

OJEDA AVILÉS, A.: <<Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria>>, *RL*, 1990, nº 6/7.

ORTEGA PRIETO, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, Deusto, Bilbao, 1995.

ORTIZ LALLANA, C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de Trabajo Asociado*, Bosch, Barcelona, 1989.

<<La supervivencia del Derecho del Trabajo>>, *AL*, 1999, nº 42.

OZAKI, M.: <<Relaciones laborales y globalización>>, *RL*, 1999, t. I.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: <<Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica>>, *RPS*, 1984, nº 143.

Derecho Sindical español, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.

Derecho del Trabajo e Ideología, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1995.

<<El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 2000, nº 7/8.

<<La función y la refundación del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 2000, nº 13.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 8ª edición, CEURA, Madrid, 2000.

PAGOTTO, M.: <<Il lavoro parasubordinato nella Repubblica Federale Tedesca>>, *DRI*, 1998, n° 2.

PEDRAJAS MORENO, A.: <<Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3, g) del Estatuto de los Trabajadores>>, *AL*, 1995, t. II.

PEDRAJAS MORENO, A., VALDÉS DAL-RE, F.: <<Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la jurisprudencia?>>, *DL*, 1986, n° 19.

PEDRAJAS PÉREZ, F. y PRADOS DE REYES, F. J.: <<Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado>>, *RT*, 1975, n° 52.

PEDRAZZOLI, M.: <<Prestazione d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3 c.p.c.)>>, *RIDL*, 1984, n° 3.

<<Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo en Italia>>, *RL*, 1989, t. I.

<<Dai lavori autonomi ai lavori subordinati>>, *GDLRI*, 1998, n° 79.

<<Lavoro *sans phrase* e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autónomo>>, *Scritti in onore Giuseppe Federico Manzini*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

<<Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro>>, en *AA.VV.: Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, Milano, 1998.

PERA, G.: <<Rileggendo *Il contratto di lavoro* (1915-17) di Ludovico Barassi>>, *RIDL*, 1998, p. I.

<<Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato>>, *RIDL*, 1998, p. I.

PERALTA DE LA CÁMARA, J. L.: <<Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos>>, en *Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

PÉREZ AMORÓS, F.: <<El trabajador como sujeto del Derecho español del Trabajo>>, *RPS*, 1982, nº 133.

PÉREZ BOTIJA, E.: *El contrato de trabajo*, 2ª edición, Madrid, 1954.

PÉREZ BOTIJA, E. y VILLA GIL, L. E.: <<La dependencia, ¿es esencial para la existencia del contrato de trabajo?>>, *RGLJ*, 1964, t. XLIX.

PÉREZ DÍAZ, P.: *El contrato de trabajo y la cuestión social*, Madrid, 1917.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

<<El trabajo subordinado como tipo contractual>>, *DL*, 1993, nº 39.

<<El “desvelo” de los grupos de empresa>>, *AS*, 1998, vol. 5.

<<Sobre la “globalización” y el futuro del Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1999, nº 60.

<<El concepto de “propia actividad” empresarial>>, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

<<Filialización. Grupo de empresas>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000.

PERONE, G. C.: <<Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro>>, en *Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro. Atti dell'VIII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986.

PERSIANI, M.: *Contrato de lavoro e organizzazione*, Padova, 1965.

<<Crisi e riforma del *Welfare state*>>, *RGLPS*, 1998, n° 2.

PERULLI, A.: <<Le premese. Il contratto d'opera>>. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale. Il lavoro autonomo*, t. I, Giuffrè. Milano, 1996.

<<Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo>>, *LD*, 1997, n° 2.

PESO Y CALVO, C.: <<Él ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, n° 71.

PESSI, R.: <<Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato>>, *DLav*, 1988, t. I.

PICCININNO, S.: <<Esigenza dell'intervento legislativo per superare la docotomia subordinazione-autonomia e per dislocare le tutele anche per il lavoro coordinato>>, en *AMATO, F. (a cura di): I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, Franco Angeli, Milano, 1998.

PIGASSOU, P.: <<L'évolution du lien de subordination en droit du travail et en droit de la Sécurité sociale>>, *DS*, 1982, n° 7/8.

PINO, G.: <<Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989.

PLÁ RODRÍGUEZ, A.: <<La actual coyuntura del Derecho Laboral>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000.

<<El Derecho Laboral ante una encrucijada>>, en BELLACE, J. R. and ROOD, M. G. (eds.): *Labour Law at the crossroads: changing employment relationships*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

POLO, A.: <<Del contrato a la relación de trabajo>>, *RDP*, 1941, nº 288.

POLO SÁNCHEZ, M^a C., BAZ RODRÍGUEZ, J.: <<La exclusión de la laboralidad de los transportistas con vehículo propio: un primer estudio jurisprudencial>>, *AL*, 1996, t. I.

PORFIRIO CARPIO, L. J.: <<La extinción del contrato de agencia>>, *RDM*, 1993, nº 210.

PRÉTOT, X.: <<Comment peut-on éter travailleur indépendant...ou quelques réflexions sur la loi Madelin>>, *BS*, 1995, nº 8/9.

PRIESTLEY, T.: <<À propos du “contrat d’activité” proposé par le rapport Boissonnat>>, *DS*, 1995, nº 12.

QUINTÁNS EIRAS, M^a R.: <<Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de contrato de agencia>>, *RDBB*, 1997, nº 65.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: <<La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado>>, *ADC*, 1985.

<<Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990>>, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, nº 23.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., SALA FRANCO, T.: <<Naturaleza jurídica de la relación de los empleados de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación>>, *AL*, 1989, nº 4.

RAMM, Th.: <<El *laissez-faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado>>, en HEPPLÉ, B.(comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, MTSS, 1994.

RAY, J. E.: <<Nouvelles technologies, nouveau droit du travail?>>, *DS*, 1992, nº 6, pág. 519.

<<Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur>>, *DS*, 1996, nº 2.

<<À propos de la subsidiarité horizontale>>, *DS*, 1999, nº 5.

REY GUANTER, S: <<Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1989, nº 10.

<<Globalización y relaciones de trabajo>>, *REDT*, 1998, nº 92.

<<A propósito de los requisitos del artículo 42.1 TRET, y en especial sobre la "propia actividad": notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000.

REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: <<Trabajador autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia>>, *RL*, 2000, nº 7/8.

REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: <<Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, nº 23.

RIDEOUT, R. & DYSON, J.: *Rideout's principles of Labour Law*, Sweet & Maxwell, London, 1983.

RIERA VAYREDA, C.: <<El contrato de trabajo en las llamadas zonas grises>>, *TS*, 1993, nº 35 y 36.

RIVERO LAMAS, J.: <<Tipificación y estructura del contrato de trabajo>>, *ADC*, 1972.

Instituciones de Derecho del Trabajo, t. I.1, Zaragoza, 1977.

(coord.) *La flexibilidad laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza, 1993.

<<La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1998, nº 56.

<<Aplicación del Derecho del trabajo a los empleados de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación>>, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, nº 23.

<<La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo>>, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000.

RIVERO LAMAS, J., GARCÍA BLASCO, J.: <<Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo>>, *RL*, 1987, t. II.

ROBERTSON, R.: *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, London, 1992.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: *Contrato de trabajo y relación de trabajo*, Separata de Anales de la Universidad Hispalense, volumen XXVII, 1967.

<<La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71.

<<Economía sumergida y empleo irregular>>, *RL*, 1985, nº 6.

<<La huida del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1992, nº 12.

<<Nuevos empleos y Derecho del Trabajo>>, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1995, nº 29-30.

<<La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil>>, *RL*, 1996, nº 21.

<<El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores>>, *RL*, t. II, 1996.

<<La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros>>, *RL*, 1997, nº 3.

<<Contrato de trabajo y autonomía del trabajador>>, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

<<El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE>>, *RL*, 1999, t. I.

<< El Derecho del Trabajo a fin de siglo>>, *RL*, 1999, nº 24.

<<Política, globalización y condiciones de trabajo>>, *RL*, 2000, nº 11.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E.:

<<El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo>>, *RL*, 2000, nº 7/8.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F.: <<Las relaciones laborales en los medios de comunicación>>, en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: <<Notas Obre la nueva Ley del contrato de Agencia>>, *ADC*, 1993, t. XLVI.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: <<Contrato de trabajo: significado y valoración del requisito de la dependencia>>, *RPS*, 1976, nº 112.

ROJO TORRECILLA, E.: <<Diversidad y desigualdad en el mercado de trabajo>>, *Documentación Social*, 1888.

<<Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo>>, *RL*, 1997, nº 18.

ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el trabajo y la historia*, CES, Madrid, 1997.

<<Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural>>, *RL*, 1997, nº 1.

<<Del Derecho “del” trabajo al Derecho “para” el trabajo>> *RDS*, 1998, nº 2.

<<Globalización y Derecho del Trabajo>>, *RDS*, 1999, nº 5.

<<Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale>>, *LD*, 1999, nº 2.

ROMAGNOLI, U., D'ANTONA, M., DE LUCA TAMAJO, R.: <<Proposta di discussione: il lavoro e i lavori>>, *LD*, 1988, nº 3.

ROMÁN DE LA TORRE, M^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.

ROOD, M.: <<Labour Law in the 21st century>>, en AA. VV.: *Labour Law in the post-industrial era. Essays in Honour of Hugo Sinzheimer*, Dartmouth, Aldershot, 1994.

RUIZ CASTILLO, M^a M.: <<Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”>>, *RL*, 1991, nº 15/16.

RUIZ DE GRIJALBA, A.: *El contrato de trabajo*, F. Beltrán, Madrid, 1922.

SAAVEDRA ACEVEDO, J.: <<El contrato de trabajo a la parte>>, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Madrid, 1965.

<<Contrato de trabajo de los representantes de comercio>>, en *Catorce Lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1965

SALA FRANCO, T.: <<Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo>>, *CCDT*, 1974, nº 0.

SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M. y GARCÍA NINET, I.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1986.

SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: <<Contrato de trabajo>> en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. I, EDERSA, 1990.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: <<Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra>>, *ADC*, 1964, t. XVII.

Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores, t. I, II y III, IELSS, Madrid, 1981.

<<Derecho flexible del Trabajo o Derecho del trabajo flexible. El estado de la cuestión>>, *Boletín del Círculo de Empresarios*, 1986, nº 36.

SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *La relación de trabajo de los empleados de registros*, Civitas, Madrid, 1996.

SALCEDO LÓPEZ, S.: *Industrialización y Modernización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ FIERRO, J.: <<El fenómeno de la descentralización productiva>>, *CDJ*, 1994, XXII.

SANGUINETI RAYMOND, W.: <<La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?>>, *TL*, 1996, nº 40.

SANTIAGO REDONDO, K. M.: *Socio de cooperativa y relación de trabajo*, Ibidem, Madrid, 1998.

<<La concreción subjetiva de la relación laboral>>, *RL*, 1999, nº 8.

SANTILLÁN, S.: <<Repercusiones laborales de los grupos de empresa>>, *CDJ*, 1994, XXII.

SANTORO PASSARELLI, F.: *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 34ª edizione, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1985.

SANTORO PASSARELLI, G.: *Il lavoro "parasubordinato"*, Franco Angeli, Milano, 1979.

<<Chiose sulla parasubordinazione>>, *Il Diritto del Lavoro*, 1989, p. I.

SCARPELLI, F.: <<Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati>>, *LD*, 1999, nº 4.

SCARPONI, S. e BANO, F.: <<Lavoratori "parasubordinati" e rappresentanza sindacale>>, *LD*, 1999, nº 4.

SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del Lavoro*, Cacucci, Bari, 1969

SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Akal, Madrid, 1982.

<<Ante una reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (la O. M. de 17 de noviembre de 1981 y los corresponsales no banqueros)>>, *RPS*, 1982, nº 35.

<<Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia>>, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1990.

<<Mediación mercantil por cuenta ajena>>, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

SEMPERE NAVARRO, A. V., LUJÁN ALCARAZ, J.: <<Una exclusión constitutiva y confusa: el personal de las Cámaras de Comercio preexistente a la Ley 3/1993>>, *TL*, 1993, nº 28.

SIMITIS, S.: <<Fine o rinascita del Diritto del Lavoro. Il caso della Corte di Giustizia europea>>, *GDLRI*, 1995, nº 4.

<<Le droit du travail a-t-il encore un avenir>>, *DS*, 1997, nº 7/8.

SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1984.

SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: <<Relación Laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos>>, *RL*, 1999, nº 21.

SORIA FERRANDO, J. V.: <<El agente y el viajante de comercio: su delimitación en el Derecho Español>>, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

El agente de comercio, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SPAGNUOLO VOGORITA, L.: *Subordinazione e Diritto del Lavoro*, Morano, Napoli, 1967.

<<Riflessioni in tema di subordinazione e autonomia>>, en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Guiffirè, Milano, 1998.

SUÁREZ CORUJO, B.: <<La controvertida figura de los transportistas con vehículo propio y su exclusión del ordenamiento laboral>>, *REDT*, 1999, nº 94.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: <<El origen contractual de la relación jurídica de trabajo>>, *CPS*, 1960, nº 48.

<<La delimitación del concepto de contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina>>, en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

SUPIOT, A.: <<Por qué un Derecho del Trabajo>>, *DL*, 1990, nº 6.

<<La crisi del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Francia>>, *RGLPS*, 1996, nº 1.

Crítica del Derecho del Trabajo, MTAS, Madrid, 1996.

<<Introducción a las reflexiones sobre el trabajo>>, *RIT*, 1996, vol. 115, nº 6.

(coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

<<Les nouveaux visages de la subordination>>, *DS*, 2000, nº 2.

SUPPIEJ, G.: *Il rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova, 1982.

TAMAMES, R.: *Diccionario de Economía*, Alianza, Madrid, 1988.

TAPIA HERMIDA, A.: <<Carácter mercantil de la relación jurídica que une al corresponsal no banquero y al banco>>, *RDBB*, 1982, nº 5.

<<Naturaleza de la relación jurídica que vincula a los corresponsales no banqueros con los bancos>>, *RDBB*, 1983, nº 10.

TERRY, M.: <<The industrial relations context for new labour>>, *Industrial Law Journal*, vol. 28, nº 1, 1999.

THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000, pág. 25.

TRENTIN, B.: <<Un nouveau contrat de travail>>, *DS*, 1999, nº 5.

TREU, T.: <<Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)>>, *GDLRI*, 1987, nº 36.

TOSI, P.: <<La distinzione tra autonomia e subordinazione>>, en AA. VV.: *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, UTET, Torino, 1998.

URIA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

VALENZUELA GARACH, F.: <<El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil>>, *La Ley*, 1989, t. IV.

<<La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo>>, *DN*, 1993, nº 37.

VALDÉS DAL-RE, F.: *Las cooperativas de producción*, Montecorvo, Madrid, 1975.

<<Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa>>, *RL*, 1986, t. I.

<<Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales>>, *RL*, 1998, nº 17.

<<Las relaciones laborales especiales>>, en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (coord.): *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

<<La descentralización del mercado de trabajo>>, *RL*, 2000, nº 12.

<<Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales>>, *RL*, 2000, nº 17.

VALLE MUÑOZ, J. M.: <<Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español>>, *RT*, 1988, nº 89.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. M^a y BARBERENA BELZUNCE, I.: *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

VARDARO, G.: <<Subordinazione ed evolucionismo>>, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di): *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989.

VÁZQUEZ VIALARD, A.: <<El concepto de dependencia laboral frente a las nuevas prácticas contractuales. ¿Debe desaparecer o transformarse?>>, *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, 1996, nº 11.

VEGA RUIZ, M^a L.: *El trabajo a domicilio: un análisis comparativo de la legislación y de práctica*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.

VENEZIANI, B.: <<Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato>>, *GDLRI*, 1987, nº 1.

<<La evolución del contrato de trabajo>>, en HEPPLÉ, B.(comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1994.

<<La crisi del *Welfare state* e i mutamenti del Diritto del Lavoro in Italia>>, *RGLPS*, 1996, nº 1.

VÉRGEZ, M.: <<Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente>>, en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Civitas, Madrid, 1996.

VICECONTE, M.: <<Sulla distinzione tra contratto di lavoro autónomo e contratto di lavoro subordinato>>, *LPO*, nº 12, 1981.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

VILLA GIL, L. E.: <<La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo>>, *RPS*, 1966, nº 71.

<<Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español>>, *CCDT*, 1972, nº 4.

<<La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea>>, *RT*, 1984, nº 76.

<<El concepto de trabajador (art. 1)>>, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, edición especial del nº 100 de la *REDT*, Civitas, Madrid, 2000.

VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C.: *Introducción a la Economía del Trabajo*, vol. I, Debate, Madrid, 1978.

VITRY, H.: *Voyageurs, représentants, placiers et représentants mandataires*, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1958.

WANK, R.: <<Tipi contrattuali con prestazioni di servizi nella Rft>>, *LD*, 1997, nº 2.

Lord **WEDDERBURN:** *Cases and Materials on Labour Law*, Cambridge University Press, 1967.

Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa, MTSS, Madrid, 1994.

WIECZOREK, J.: <<Movimientos intersectoriales en el empleo mundial y agrandamiento del sector de los servicios>>, *RIT*, 1995, vol. 114, nº 2.

ZANELLI, P.: *Impresa, Lavoro e innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1985.

ZOLI, C.: <<Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere>>, *LD*, 1997, nº 2.

ZORZANO TOVILLAS, J. J.: <<La figura del transportista autónomo>>, *RL*, 1994, nº 24, págs. 83-104.