

**EVOLUCIÓN RECIENTE DE LOS CRITERIOS DE
CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

José María Goerlich Peset

Catedrático de Derecho del Trabajo

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CALIFICACIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO
 <<CLÁSICO>>: LA VIS EXPANSIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO
 - 2.1 *La relevancia marginal de la voluntad declarada*
 - 2.2 *La elevada indefinición de los criterios determinantes del contrato de trabajo*
 - 2.2.1 *El debate teórico*
 - 2.2.2 *La reflexión judicial: el método de indicios*
 - 2.3 *La expansión del contrato de trabajo*
 - 2.3.1 *La expansión legal*
 - 2.3.2 *La expansión jurisprudencial: la presunción de laboralidad*
 - 2.3.3 *La utilización de factores no dogmáticos*
- III. EL NUEVO PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: RETOS PARA LA REFLEXIÓN JURÍDICO LABORAL
 - 3.1 *El nuevo papel de la autonomía de la voluntad: retos para la reflexión jurídico-laboral*
 - 3.1.1 *La posible <<neutralización>> del sistema de indicios: la nueva formulación de la presunción de laboralidad*
 - 3.1.2 *El reforzamiento de la autonomía privada en los confines del concepto de contrato de trabajo: ejemplos legales*
 - 3.1.3 *El <<blindaje>> de la declaración de voluntad a través de la nueva utilización de determinados indicios formales: el caso de los transportistas con vehículo*
 - 3.2 *Pautas para la reflexión: hacia un nuevo sistema de delimitación de las fronteras del contrato de trabajo*

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil para un iuslaboralista dirigirse a un público formado esencialmente por iusprivatistas: aunque en teoría el Derecho del trabajo tiene indudables vinculaciones con el Derecho privado, existe en la realidad una separación casi estanca entre sus respectivos cultivadores, tanto teóricos como prácticos¹. Por eso, la intervención que sigue intenta mantenerse en un terreno muy general. De esta manera intentaré salvar la zanja que habitualmente separa a los cultivadores del Derecho privado en general y a los de Derecho laboral en particular.

El punto de partida de mi exposición ha de ser la descripción del extraordinario cambio que está experimentando en los últimos tiempos la regulación del contrato de trabajo en todos los países occidentales y, también, en el nuestro.

¹ Las consideraciones que siguen reproducen parcialmente mi intervención en el curso de Contratación y consumo organizado por el Departamento de Derecho Civil de la *Universitat de València* (11 de noviembre de 1996). He respetado sustancialmente el tono y contenido de la intervención oral, añadiendo sólo las oportunas referencias bibliográficas.

a) Como es sabido, el contrato de trabajo surgió por las insuficiencias mostradas por las normas del Derecho privado común para regular el intercambio de trabajo por retribución a partir del momento de la Revolución industrial. La regulación de este intercambio por su «antepasado», el arrendamiento de servicios, inspirado en el ideal de la época codificadora -igualdad entre contratantes, libertad de pactos-, supuso, durante el siglo XIX, la aparición de la llamada «cuestión social»: legitimó, de un lado, una fuerte explotación del trabajo por el capital y produjo, de otro, la aparición de una situación de conflicto social permanente y, muchas veces, violenta, entre uno y otro.

En un determinado momento, el Ordenamiento va a reaccionar frente a este estado de cosas, separando el contrato de trabajo del resto de los contratos de Derecho privado en un intento de restablecer el equilibrio entre el trabajo y el capital. La especialización del Derecho del trabajo respecto al Derecho Común condujo a lo largo fundamentalmente del siglo XX a la transformación del contrato de trabajo que aparece como una clara singularidad dentro de la ordenación de los contratos. Es singular, de un lado, porque, a diferencia de los demás contratos, deja escaso margen a la libertad contractual. Y, lo es, de otro porque la intervención del Derecho objetivo tiene una precisa finalidad: compensar al trabajador de su previo estado de inferioridad. Con ello, si no se deroga, si se altera fundamentalmente el principio de la igualdad formal de las partes contratantes.

b) En las dos últimas décadas, este esquema normativo -al que me referiré a partir de ahora como el Derecho del trabajo «clásico»- entra en crisis. En buena medida su desarrollo se vino produciendo en un contexto económico favorable: el del crecimiento económico sostenido posterior a la Segunda Guerra Mundial. Esta circunstancia permitía al sistema económico asumir las cargas crecientes que la legislación social imponía a las empresas. Incluso se beneficiaba de ellas por cuanto que el Derecho del Trabajo en expansión, aparte legitimar su existencia, contribuía al desarrollo de aquél a través de su incidencia en determinadas variables macroeconómicas. Sin embargo, desde mediados de la década de los 70, el contexto económico ha variado sustancialmente. No es éste, desde luego, el momento de analizar las causas de esta transformación; ni siquiera creo preciso describir ahora sus consecuencias con detalle. Para el propósito que persigo es suficiente indicar que la transformación del contexto económico supone un duro impacto para el Derecho del trabajo en su conjunto: aparece inadecuado respecto de aquél.

Tal inadecuación puede advertirse, de un lado, desde la perspectiva de la gestión empresarial. Las reglas laborales tradicionales aparecen como excesivamente «rígidas» para que la empresa pueda afrontar los retos que le impone el mercado: no se trata sólo de que puedan incrementar los costos de producción; también dificultan la rápida y permanente adaptabilidad de la estructura empresarial a los flujos de los mercados y a los cambios tecnológicos. Pero la inadecuación del Derecho del trabajo «clásico» al nuevo contexto económico puede apreciarse también desde la perspectiva de los propios trabajadores. Ello es así porque la «rigidez» de su modelo clásico pervierte la propia finalidad propuesta para su desarrollo pues incide negativamente sobre ellos en forma de una elevada tasa de desempleo.

c) Desde luego, el grado de inadecuación que existe entre el modelo «clásico» del Derecho del trabajo y las nuevas exigencias económicas es opinable. Pero, en todo caso, la evolución real del Ordenamiento laboral manifiesta con toda claridad que el Legislador -acompañado, aunque no siempre, por la Judicatura- entiende que las normas laborales tradicionales son excesivamente «rígidas». De hecho, buena parte de las promulgadas desde mediados de los años 80 aparecen ordenadas a la finalidad de obtener un nuevo equilibrio entre la protección del trabajo subordinado y las exigencias de la organización empresarial y del sistema económico en su conjunto.

Ello se aprecia en todo el ámbito del Derecho del trabajo. Aquí, sin embargo, sólo interesan las transformaciones que se han desarrollado en materia de contrato de trabajo. Pues bien, en este terreno, la evolución reciente muestra como la búsqueda de la «flexibilidad» tiene una guía bien clara: se está produciendo a través de un fenómeno generalizado de retroceso de la intervención normativa en la ordenación del contrato de trabajo. O dicho de otro modo: el proceso de «flexibilización» está suponiendo una paulatina apertura de espacios cada vez mayores a la autonomía privada -colectiva o individual, según los casos- en la ordenación de la relación laboral.

En el espacio de que dispongo no es posible exponer todos los fenómenos en los que se concreta esta tendencia. Por ello, las consideraciones que siguen se centrarán sólo en uno. En concreto, intentaré mostrar la paulatina transformación de los criterios de calificación del contrato de trabajo observando como se ha pasado de un estadio de absoluta irrelevancia de la autonomía privada en esta materia (II) a otro diferente en el cual el Ordenamiento laboral la valora mucho más (III).

II. LA CALIFICACIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO «CLÁSICO»: LA VIS EXPANSIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

2.1 La relevancia marginal de la voluntad declarada.

La cuestión de la calificación del contrato de trabajo es, desde luego, de suma importancia tanto teórica como práctica. Ello es así porque, al darle respuesta, se trazan las fronteras del Derecho del trabajo del que constituye la institución central².

² En efecto, la reconstrucción científica habitual del Derecho del Trabajo parte de un concepto que resulta central en la disciplina, el de trabajo subordinado. Esta noción permite aglutinar una serie de relaciones jurídicas que giran a su alrededor y que constituyen el objeto de estudio del Derecho del trabajo y de la seguridad social. En este sentido, DE LA VILLA, L.E., "En torno al concepto del Derecho español del trabajo", RT 26(1969), pp. 103 ss. y MONTOYA MELGAR, A., *Sobre la esencia del Derecho del trabajo*, Murcia, 1972. Quien más ha profundizado sobre la proyección del concepto de relación jurídica en la materia laboral ha sido ALMANSA ("El sistema jurídico del Derecho del trabajo" en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor Corts Grau*, I, Valencia, 1977, pp. 1 ss.; "Los sujetos del Derecho del trabajo y de la Seguridad social", RT 64(1981), pp. 13 ss.; "El sistema del Derecho del trabajo", en *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos de Derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, pp. 193 ss.). La idea continua en todo caso vigente en quienes se han aproximado más recientemente al concepto de Derecho del trabajo. Véase, por ejemplo, ALVAREZ DE LA ROSA, M., "Una definición del Derecho del trabajo", en *Homenaje a Juan García Abellán*, Murcia (Universidad), 1994, pp. 17 ss. -p. 25-

Desde la perspectiva práctica, además, la calificación de un contrato como laboral o no tiene una repercusión evidente por cuanto que determinará su régimen jurídico: la sujeción al Ordenamiento laboral y a sus específicos criterios normativos en el primer caso; la sujeción al Derecho privado común, civil o mercantil, en el segundo.

Esta última idea explica, en gran parte, la enormidad de litigios que la calificación contractual ha suscitado desde los inicios del Derecho del trabajo. Al determinar la respuesta a esta cuestión la aplicabilidad de las normas laborales protectoras del trabajador hay que admitir como hipótesis que, al menos en línea de principio, una de las partes tiene un claro interés en que las relaciones de intercambio de servicios por retribución no sean calificadas como laborales³. De ahí que sea frecuente que la adquisición de la fuerza de trabajo se intente realizar recurriendo a negocios diferentes al contrato de trabajo, aun cuando con posterioridad, el intercambio contractual se articule en términos tales que quepa predicar la laboralidad de la relación existente entre las partes. Pues bien, el criterio que aplican los Tribunales laborales cuando estos litigios desembocan ante ellos es el de calificar no en función de la voluntad declarada sino en atención al real desarrollo de la relación que enjuician. La voluntad exteriorizada por las partes del contrato respecto a la naturaleza jurídica que corresponde a éste pasa así a tener una relevancia nula⁴; o, mejor, marginal por cuanto que se convierte en un elemento más de valoración por el órgano judicial dentro del método de indicios⁵, al que me referiré después (*infra*, 2.2.2).

Obviamente, ello no constituye una significativa novedad del Derecho del Trabajo. Estamos, por supuesto, hablando de casos de simulación relativa en los que el criterio general del Ordenamiento es precisamente el que aplican los Tribunales laborales⁶. Lo que sí es específico es, sin embargo, la amplitud con la que, en el Derecho del Trabajo «clásico», se ha aplicado esta construcción, con la consiguiente restricción del papel de la autonomía privada en la configuración de las relaciones contractuales. Este fenómeno se debe probablemente a dos razones. La primera se encuentra en las dificultades que presenta deslindar con certeza el contrato de trabajo respecto de otros contratos civiles o mercantiles que articulan un intercambio de servicios por retribución. Sobre esta circunstancia juega una segunda: puede afirmarse con carácter general que, durante la fase «clásica» del Derecho del trabajo, el Ordenamiento ha venido primando, al menos en línea de principio, la conceptualización como laborales de todas las relaciones de intercambio de trabajo por precio. Analicemos con más detalle estas dos ideas.

3 Por todos, SALA FRANCO, T. (dir.), *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, p. 219.

4 Véanse, por todos, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, 17ª ed., Madrid (Tecnos), 1996, pp. 268 y 269 o SALA (dir.), *Derecho del trabajo cit.*, p. 220.

5 LUJAN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del trabajo*, Madrid (MTSS), 1994, pp. 92 ss.

6 Véase, por ejemplo, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico* (1971), Madrid (Civitas), 1985, pp. 350 ss. Entre los laboristas, BLASCO PELLICER, A., *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid (CES) 1995, pp. 100 y 101 y, sobre todo, LUJAN, *La contratación privada cit.*, pp. 92 ss.

2.2 La elevada indefinición de los criterios determinantes del contrato de trabajo.

En cuanto a las dificultades para delimitar con precisión el concepto de contrato de trabajo, derivan de la elevada ambigüedad que presentan sus elementos definitorios. Ciertamente existe una definición legal del trabajo que constituye su objeto y, a su través, puede obtenerse la del propio contrato. De hecho, éste es el sentido que tiene el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en cuya virtud la normativa laboral “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”. Ocurre, sin embargo, que, a pesar de las intenciones definitorias del Legislador, el alcance del precepto dista mucho de ser claro pues los dos caracteres específicos que se predicán del trabajo, ajenidad y dependencia, están lejos de serlo.

2.2.1 El debate teórico.

Esta falta de claridad se advierte, ante todo, en el plano de la reflexión doctrinal. En efecto, aunque las aportaciones teóricas respecto de ajenidad y dependencia aparecen de entrada caracterizadas por cierto consenso, a la postre resultan divergentes. Y ello dificulta su aplicación por los operadores. En el primer sentido, cabe advertir que cada uno de estos dos rasgos aparece siempre proyectado sobre una determinada de las obligaciones que articula el contrato de trabajo. Así, por lo general, la ajenidad hace referencia a una cualidad de la prestación del empresario -el salario-, mientras que la dependencia hace referencia a la del trabajador -los servicios-. De este modo, la ajenidad cualifica la posición crediticia del trabajador que aparece extraña a la organización empresarial y a sus resultados⁷. Y, por su parte, la dependencia cualifica la del empresario que, en virtud del contrato de trabajo, no sólo

⁷ Creo que esta enorme simplificación es admisible aunque no da cuenta, por supuesto, de la riqueza de las aportaciones doctrinales sobre este particular. Sin embargo, todas ellas convergen en la idea expresada en el texto. En efecto, los conceptos doctrinales de ajenidad que parecen más seguros responden a ella. Tanto si se entiende que aquella equivale a la impermeabilidad de la posición crediticia del trabajador con respecto a los «riesgos» de la actividad productiva (cfr. BAYON CHACON, G. Y PEREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del trabajo*, I, 5ª ed., Madrid, 1964, pp. 18 ss.) como si se afirma que hace referencia a su independencia con respecto a las utilidades o «frutos» que efectivamente deriven de su trabajo (cfr. ALONSO OLEA, M., “En torno al concepto de contrato de trabajo”, ADC XX, 1 (1967), pp. 117 ss.), la garantía de la posición crediticia del trabajador se convierte en el aglutinante del concepto de ajenidad. De hecho, como ha señalado DE LA VILLA (“Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español”, CDT 4(1972), pp. 1 ss., pp. 9 ss.) estaríamos ante “diferencias de detalle” en la medida en que cada una de las construcciones “se limita a destacar uno de los efectos jurídicos del trabajo por cuenta ajena”.

Claro está que podría contraargumentarse que han sido sostenidas otras teorías en relación con la ajenidad (cfr., por ejemplo, ALBIOL MONTESINOS, I., “En torno a la polémica ajenidad-dependencia”, CCDT 1(1972), pp. 1 ss., que se refiere a la ajenidad en los «medios de producción»). Pero, en todo caso, ALARCON (“La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, REDT 28(1986), pp. 495 ss.) ha destacado la sustancial unidad en que se encuentran las diversas manifestaciones de la ajenidad sostenidas por la doctrina, dependiendo los resultados aparentemente diversos del punto de vista que el observador ocupe con respecto al contrato de trabajo. Es más, la propia reconstrucción ofrecida por ALARCON de la ajenidad -la ajenidad en el «mercado», según la cual el trabajo subordinado es aquél que no se presta directamente para el mercado sino para un tercero, el empresario, que se interpone entre aquél y el prestador de servicios- puede explicarse en esta clave, como él mismo reconoce.

adquiere el derecho a los servicios de la contraparte sino que, además, se reserva un poder de configuración de los mismos y, a su través, un poder de disposición sobre la persona del trabajador⁸.

Sin embargo, el consenso termina ahí. Y ello en la medida en que normalmente ajenidad y dependencia aparecen como términos de utilización alternativa a la hora de calificar el contrato de trabajo. En efecto, en el debate doctrinal español se ha entendido que ajenidad y dependencia son dos rasgos diferentes, uno de los cuales predomina sobre otro en atención a sus virtualidades definitorias. De este modo, uno de los dos -la ajenidad o la dependencia- resultan ser el principal criterio definitorio y el otro queda desplazado a la condición de régimen jurídico o de efecto del anterior. A la hora de definir el contrato de trabajo parece ser preciso una opción por uno de los términos de la dicción legal. Y, aún más, si se opta por el de la ajenidad, resulta preciso además elegir una determinada concepción pues ni siquiera ha sido pacífico cuál es el criterio que la delimita, habiendo sido suministrados varios en atención al punto de vista acogido por cada intérprete⁹.

2.2.2 La reflexión judicial: el método de indicios.

Este debate conceptual, aparte de no haber llevado a resultados definitivos, se ha movido, además, en términos de elevada abstracción. De esta manera, la reflexión teórica sobre ajenidad y dependencia quizá haya sido poco útil en el terreno práctico. En cualquier caso, en el plano de la resolución de los litigios que cotidianamente se plantean en materia de calificación contractual, los conceptos abstractos como ajenidad y dependencia no son operativos. Es preciso contar con herramientas mucho más concretas. De ahí que tradicionalmente el problema de la calificación se haya resuelto en la reflexión judicial de forma empírica. Dado que ajenidad y dependencia no se manifiestan en la realidad en cuanto tales sino en forma de datos de hecho que los operadores deben calificar, los Tribunales han ido aislando desde el nacimiento del Derecho del Trabajo una serie de aquellos que, por diversas circunstancias, pueden ser considerados como “signos de exteriorización”¹⁰ de tales categorías. Son los indicios. Pues bien, planteado un determinado supuesto, los Tribunales proceden a la comparación de sus componentes de hecho con el listado de indicios típicos de laboralidad y de no laboralidad; sobre la base de los resultados de esta comparación, decidirán si se trata o no de un contrato de trabajo.

Resulta imposible analizar aquí con detalle el funcionamiento del método de indicios, sobre el que descansa la ingente labor jurisprudencial de reconstrucción del contrato de trabajo -y que, incluso, se ha convertido en la guía de la reflexión teórica en

8 En este sentido, y sin ánimo exhaustivo, DE LA VILLA, “Apuntes sobre el concepto” cit., pp. pp. 9 ss., y RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo”, RPS 71(1966), pp. 147 ss.

9 Véase la nota 6.

10 La expresión en SALA FRANCO, T y LOPEZ MORA, F., “Contrato de trabajo” en BORRAJO, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, Madrid (EDERSA), 1990, pp. 1 ss. (en p. 18).

esta materia¹¹-. De hecho, el listado de indicios utilizado por los Tribunales es muy amplio y, sobre todo, variado: comprende desde características de los servicios prestados -lugar, tiempo, existencia o no de órdenes y/o de sanciones, aportación o no por quien los presta de su organización (materiales, herramientas...), posibilidad o no de que la prestación se desarrolle por tercero, etc.- hasta rasgos de la obligación correspondiente -reiteración, formas de determinación de la cuantía, etc.-, pasando, en fin, por otras circunstancias ajenas a una u otra pero que pueden ilustrar la real naturaleza del contrato existente entre las partes -voluntad declarada, encuadramiento de Seguridad Social, régimen fiscal aplicable, etc.-¹².

Sí que me parece importante, en todo caso, remarcar las limitaciones definitivas del método de indicios: en cuanto que tópico más que lógico-deductivo, el método de indicios no conduce a resultados definitivos en la delimitación de las fronteras del contrato de trabajo. En este sentido, es preciso tener en cuenta, ante todo, que una misma circunstancia puede ser valorada como indicio de laboralidad y, a la vez, su contraria no impedir la existencia de contrato de trabajo, bien porque éste admite muchas modalidades diferentes bien por otras razones. Obviamente esta misma idea es predicable de los indicios de no laboralidad. Por otro lado, ninguno de los indicios utilizados para la calificación, aisladamente considerado, es decisivo para entender que existe un contrato de trabajo o para excluir su existencia. De esta manera, cuando, como es frecuente, concurren indicios contradictorios entre sí, el operador judicial procede a la ponderación de todos ellos y, sobre la selección de los más importantes, construye la calificación; después, rechaza los opuestos a la solución elegida lo que no es difícil porque, como acabo de indicar, los indicios admiten normalmente su contrario.

11 No se puede, en efecto, minusvalorar la importancia del sistema de indicios, reputándolo un mero expediente práctico para solucionar la cuestión de la calificación contractual. Esta idea, que ya había sido subrayada en época más antigua, cuando se debatía en términos dogmáticos la conceptualización de ajenidad-dependencia (cfr. SALA FRANCO, T., "Datos para una caracterización material del Derecho del trabajo", CDT 0[1974], pp. 47 ss.), se está afirmando con fuerza en la doctrina más reciente. PEREZ DE LOS COBOS ("El trabajo subordinado como tipo contractual", DL 39[1993], pp. 29 ss. -p. 37-) ha destacado que la subordinación no puede ser tratada de forma dogmática. Es decir, no cabe tratarla como un concepto "cerrado y autosuficiente" sino que es preciso ser consciente de que la categoría es "más descriptiva de la realidad que conformadora de la misma". En términos técnicos, ello supone afirmar que la dependencia no es un "concepto" sino un "tipo", de aplicación mucho más flexible y basado, no en unos contenidos fijos, sino en la comparación por el método indiciario de los concretos supuestos sometidos al intérprete con una reconstrucción ideal de la figura del trabajador. De esta manera el método de indicios no es sólo un expediente inventado en la práctica para resolver los problemas de calificación sino que, en un momento dado, el tipo «subordinación» se resuelve en él. La labor del práctico y del teórico convergen en este punto.

De hecho, la reflexión doctrinal ya se está moviendo en este terreno. Es el caso del extensísimo y varias veces citado estudio de LUJAN, *La contratación privada* cit.. Con el punto de partida de que ajenidad y dependencia dan vida a un "tipo ideal", que resulta "insuficiente por su abstracción" (p. 27), procede a un exhaustivo análisis del método de indicios tal y como funciona en la práctica.

12 Una enumeración sintética de los indicios utilizados por los Tribunales laborales en SALA (dir.), *Derecho del trabajo* cit, pp. 221 ss. Más detalles se encontrarán en SALA/LOPEZ MORA, "Contrato" cit. y, sobre todo, en LUJAN, *La contratación privada* cit.

2.3 La expansión del contrato de trabajo.

Ahora bien, a pesar de los problemas definitorios expuestos, algo queda claro: en la época «clásica» del Derecho del Trabajo, el Ordenamiento se ha venido decantando claramente en favor del contrato de trabajo a la hora de solucionar los problemas de calificación. Es más, es posible que este criterio sea precisamente el que haya provocado los problemas definitorios que se acaban de indicar. Como resultado de una “operación cultural” protagonizada por todos los operadores jurídicos¹³, el contrato de trabajo ha venido caracterizado por una evidente *vis expansiva*. Ello ha sido posibilitado, desde luego, por el legislador; pero, también, por la magistratura.

2.3.1. La expansión legal.

De entrada, la propia evolución del concepto legal de trabajador¹⁴ por cuenta ajena ha posibilitado esta expansión del contrato de trabajo. No sólo porque ha incluido paulatinamente trabajadores de más tipos sino, sobre todo, porque, al incluirlos, ha puesto las bases para que otros operadores continuarán expandiendo el Ordenamiento laboral.

Si en sus orígenes la definición del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo presentaba una tendencia marcadamente «obrerista», la evolución legislativa la supera con posterioridad al establecer definiciones del trabajo por cuenta ajena más formales y generales que agrupan a otro tipo de trabajadores. Prestadores de servicios distintos al trabajador industrial (empleados, agrarios... e, incluso, con el correr de los tiempos, los propios dirigentes) se han ido incorporando por esta vía al grupo de los trabajadores dependientes y por cuenta ajena. Si esta primera línea de evolución ya supone una primera difuminación de los rasgos típicos del trabajo por cuenta ajena más marcados a medida que nos acercamos a la fábrica, núcleo donde se gestó este concepto, y, por tanto, más difuminados a medida que la norma se ha alejado de ella, es claro que la creciente espiritualización de los rasgos típicos del contrato de trabajo ha alentado la ulterior abstracción por acción de los intérpretes y, en especial, de la jurisprudencia. La abstracción de los criterios legales genera una espiral espiritualizadora de los rasgos típicos del contrato de trabajo: el ajuste interpretativo necesario para afrontarla no es neutral sino que en si mismo lleva el embrión de nuevos y futuros ajustes.

2.3.2. La expansión jurisprudencial: la presunción de laboralidad.

Por otro lado, en la etapa «clásica», el sistema de calificación judicial ha sido «orientado» por el legislador. En efecto, aunque en si mismo considerado el método de indicios es neutral en cuanto a los resultados a los que conduce, con carácter

13 En este sentido, SPAGNUOLO VIGORITA, L., “Le apparenti contraddizioni del nostro Ordinamento in tema di subordinazione”, en PEDRAZZOLI, M.(ed.), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Bologna (Il Mulino), 1989, pp. 93 ss.

14 Al respecto, PEREZ AMOROS, F., “El trabajador como sujeto del Derecho del trabajo español (su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del Derecho del trabajo)”, RPS 133(1982), pp. 79 ss. o DEL VALLE, J.M., “Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español”, RT 89(1988), pp. 73 ss.

general su aplicación ha sido guiada en un determinado sentido, resultando a la postre favorable en línea de principio a la declaración de la laboralidad de los contratos sujetos al estudio de los jueces laborales. Ello ha sido así por la vigencia, durante toda la etapa «clásica», de una presunción de laboralidad. En su formulación tradicional contenida en el art. 3 de la Ley de contrato de trabajo de 1944, esta presunción ha implicado que, acreditada la prestación de servicios, se presumía la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo al empresario la prueba de que los servicios prestados no lo eran en régimen de ajenidad y dependencia.

El papel de la presunción de laboralidad, al menos en su formulación tradicional, en la expansión del contrato de trabajo no puede ponerse en cuestión¹⁵. Esta conexión es evidente si se toma en consideración el difuso funcionamiento del método de indicios. En efecto, habida cuenta de las características de los indicios que han sido descritas más arriba, es fácil advertir el importante papel que adquiere la presunción en la orientación final del sistema. Dado lo poco concluyente de los diferentes indicios, considerados aislada o globalmente, la destrucción de la presunción aparecerá como una tarea bien difícil: los elementos fácticos aportados para ello serán otros indicios que admitirán también su contrario -con las consiguientes dificultades para destruir la presunción- o que deberán ser comparados con los existentes en sentido contrario -y en este análisis habrá de prevalecer la voluntad del legislador, exteriorizada en el establecimiento de la presunción y favorable a la calificación del contrato como laboral-.

2.3.3. La utilización de factores no dogmáticos.

Las consideraciones que anteceden han posibilitado otro fenómeno: que, en el modelo «clásico» del Derecho del trabajo, la calificación contractual haya podido resolverse a partir de consideraciones materiales de justicia antes que en función de consideraciones de carácter dogmático respecto a la diferenciación entre el contrato de trabajo y otros contratos afines. Ello se advierte con nitidez en muchos episodios concretos en los que los Tribunales deben resolver si un supuesto es o no reconducible al contrato de trabajo: se decidirán por razones de justicia en un sentido o en otro, aun cuando la solución fuera más que discutible¹⁶. Al tratarse de supuestos concretos

15 Un análisis exhaustivo de la presunción de laboralidad en su modelo «clásico» puede encontrarse en RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid (Civitas), 1995, capítulo III, pp. 75 ss. Respecto a la incidencia de aquella en la expansión del Derecho del Trabajo, véanse pp. 113 ss.

16 Los repertorios muestran en este sentido como los Tribunales manejan de cara a la calificación criterios absolutamente ajenos al sistema ordinario de indicios. Me refiero a aspectos tales como las cualidades personales del acreedor de la prestación de servicios -si se trata o no de un empresario *stricto sensu* (compárense STS de 11 de diciembre de 1984 [AL 430/1985] con STCT de 17 de octubre de 1985 [AL 1295]-, los aspectos organizativos que concurren en su deudor -cualidades de los instrumentos que usa en el desempeño de la prestación, posibilidad de valerse de terceras personas,... (cuyas virtualidades han variado sustancialmente a raíz del episodio jurisprudencial de los transportistas con vehículo propio- o, en fin, a determinadas circunstancias del concreto intercambio articulado por el contrato respectivo, incluyendo a veces una valoración moral del mismo que incide sobre la calificación (véanse las dos SSTs) Com. Valenciana del mismo ponente y misma fecha, de 28 de febrero de 1991 [Ar. 1511 y 1512]). Aspectos cuya trascendencia definitoria es, a veces, más que cuestionable desde el punto de vista teórico y cuyo análisis ni siquiera conduce, otras veces, a resultados unívocos en cuanto que son considerados trascendentes en unas ocasiones y desechados por irrelevantes en otras.

y diversificados, estas operaciones no repercuten, seguramente, sobre la configuración macroscópica del Derecho del Trabajo y de su concepto clave de la subordinación.

Sin embargo, en otros casos, al referirse la evolución jurisprudencial o normativa a colectivos completos, las repercusiones son mayores. Estos últimos son supuestos en los que existe un problema social abierto: un colectivo de trabajadores en sentido amplio se encuentra fuera del ámbito del ordenamiento laboral y sometidos, por tanto, al ordenamiento civil o mercantil. En estos casos, existe cierta similitud, con los lógicos matices de escala, entre esta situación y la que terminó por provocar el nacimiento del ordenamiento jurídico-laboral. Ante ello, y por motivaciones también similares a las que condujeron al primer intervencionismo estatal en materia laboral, el operador afirma una laboralidad más que discutible con la finalidad de suministrar a estos trabajadores la protección que el ordenamiento laboral dispensa.

Históricamente, han existido muchos ejemplos de ello. A veces, es el legislador quien sucumbe a la tentación. El paradigma de esta situación -aunque, desde luego, no es el único caso¹⁷- viene dado por la inclusión en los años 60 de los representantes de comercio en el ámbito del Derecho del trabajo¹⁸. Lo normal es, sin embargo, que estas integraciones se produzcan por vía jurisprudencial. El ejemplo más claro, en este sentido, es relativamente reciente. Se trata del tema de los repartidores con vehículo propio: en rigor, como reiteradamente había declarado la jurisprudencia anterior, éstos deben ser considerados transportistas por cuenta propia y, sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a 1986 han venido declarando la laboralidad de la relación que los vincula con la empresa¹⁹.

17 Cabría recordar, por lo chocante, la relación que vincula al torero con el empresario taurino, incluida *ex lege*, desde antiguo, en el ordenamiento laboral (aunque con ciertas dudas doctrinales sobre la virtualidad de tal inclusión precisamente en función de la carencia de los presupuestos esenciales y del ínfimo rango de la norma que la produjo: cfr., DE LA VILLA, "Apuntes sobre el concepto" cit, p. 75 ss.), y en la que resulta imposible apreciar los rasgos esenciales del contrato de trabajo. Ni siquiera SAGARDOY ("Notas sobre la prestación de trabajo del torero y su cuadrilla", RFDUM 19(1964), pp. 79 ss.) -para quien el contrato de obra es *de lege data* un contrato de trabajo "El contrato de ejecución de obra", RPS 71(1966), pp. 169 ss.- acierta a explicar los fundamentos jurídicos de tal inclusión.

18 Sobre el particular, extensamente, HUERTAS BARTOLOME, T., *Mediación mercantil en el Ordenamiento laboral*, Madrid (Tecnos), 1991, pp. 43 ss.

19 La doctrina, quizá influida por la valoración positiva que merecen estas decisiones jurisprudenciales en el plano de la política del Derecho, ha intentado demostrar que, en realidad, la laboralización de ciertos sectores de repartidores encuentra plena justificación en las categorías esenciales de la ajenidad y la dependencia (cfr. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Sobre la laboralidad de los mensajeros", *La ley*, 1986, IV, pp. 795 ss.), sin que exista innovación alguna en el terreno de la distinción entre contrato de trabajo y de transporte (PEDRAJAS MORENO, A. Y VALDES DAL-RE, F., "Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la jurisprudencia?", DL 19(1986), pp. 97 ss.). Tal intento no es, a mi juicio, viable si se comparan los problemas resueltos por los pronunciamientos judiciales con la doctrina jurisprudencial anterior (sobre ella, véase, aparte de PEDRAJAS/VALDES, ALONSO GARCIA, M., "Contrato de trabajo y contrato de transporte", en *Simposio de Derecho del trabajo*, Madrid, 1978, pp. 11 ss.). La elevada conflictividad a que ha dado lugar esta inclusión desde el año 1986 y los criterios que los Tribunales vienen utilizando para resolverla (analizados por VALDES DAL-RE, F., "Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y transporte", RL 1992-II, pp. 54 ss.) permiten concluir que la figura del transportista con vehículo propio tiene, en rigor, poco que ver con los rasgos definitorios del contrato de trabajo.

III. EL NUEVO PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: RETOS PARA LA REFLEXIÓN JURÍDICO-LABORAL

3.1 Una nueva orientación en la evolución de los criterios de calificación contractual.

Recapitulando lo que se acaba de ver, cabría afirmar que, en el sistema «clásico» a la autonomía de la voluntad le corresponde la creación del vínculo contractual que posibilita el intercambio de servicios por retribución pero, en modo alguno, la determinación de su naturaleza jurídica. En esta segunda tarea, la autonomía privada es sustituida por un sistema de calificación contractual de carácter imperativo y que, tendencialmente, propende a cambiar la establecida por ella: si es previsible que el empresario, que se encuentra en una situación predominante, logrará arrancar en el momento de la constitución de la relación una declaración respecto de su extralaboralidad, lo es también que, en caso de conflicto, el favor del Ordenamiento estará con la calificación del contrato como de trabajo. Lógicamente, la situación resultante no es a la postre cómoda para todos los interesados en la calificación contractual. No cabe desconocer, en este sentido, los graves problemas de seguridad jurídica que origina este planteamiento. El sistema definitorio «clásico» genera, en efecto, incertidumbres respecto de la ejecución de los contratos en la medida en que, por acción de la interpretación jurisprudencial, pueden verse «novados» en perjuicio de las legítimas expectativas de una de las partes: el empresario.

Históricamente, esta circunstancia no ha sido tomada en consideración como corresponde a los postulados del Derecho del Trabajo «clásico» que trataba de proteger al prestador de servicios; y ello, en el problema que nos ocupa, se consigue a través de la expansión del contrato de trabajo. Sin embargo, como he indicado al empezar la reflexión, estos postulados han entrado en crisis con carácter general: el Derecho del Trabajo no sólo tiende ya a la protección del trabajador sino que intenta no perder de vista los imperativos de la eficiencia económica ni, por tanto, los intereses de la empresa. Esta nueva orientación repercute en materia de calificación: si hasta ahora el sistema se ha caracterizado por la tendencia expansiva, aquellos criterios inciden sobre ella deteniéndola y, acaso, invirtiendo su sentido. Se trata de destacar que, en ciertos casos, puede ser necesario “poner un freno al imperialismo del contrato de trabajo”. Y ello tanto para garantizar las previsiones empresariales en materia de personal como, paradójicamente, para no impedir las posibilidades de una política de empleo basada en el autoempleo. Esta última se vería afectada si quienes pueden utilizar los servicios de estos nuevos trabajadores autónomos deciden no hacerlo ante el miedo a ser considerados empresarios laborales²⁰.

Este tipo de consideraciones vinculadas a la eficiencia económica y a la política de empleo empiezan ya a advertirse en nuestro Ordenamiento y en los de nuestro entorno. Y, en consecuencia, empieza paulatinamente a construirse un nuevo siste-

²⁰ Véase en este sentido TEYSSIÉ, B., “Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994: commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail”, DS 7/8(1994), pp. 667 ss.

ma de calificación contractual en el que la declaración de voluntad está llamada a tener un papel mucho más trascendente del que tradicionalmente se le ha asignado: no sólo le corresponde la constitución de la relación sino también la determinación de su naturaleza y, a través de ello, la de su régimen jurídico. Aunque ello suponga dejar al prestador de servicios definitivamente al margen de la protección de las normas laborales.

En cada experiencia comparada, este nuevo sistema de calificación se va introduciendo de una manera. A veces, como en el caso italiano, fundamentalmente por vía interpretativa²¹; en otras ocasiones, como en Francia, por vía legislativa²². En nuestro sistema, la transformación resulta de la conjunción de ambos factores, normativo e interpretativo, si bien conviene advertir que los datos que se extraen de uno y otro no siempre son unívocos.

3.1.1. La posible «neutralización» del sistema de indicios: la nueva formulación de la presunción de laboralidad.

El primer dato a destacar se encuentra en la nueva configuración de la presunción de laboralidad ex art. 8.1 ET. Desde su aprobación en 1980 tal presunción ha quedado fuertemente limitada. En este sentido, existe consenso doctrinal²³ respecto a que el art. 8.1 ET, cuyas vinculaciones con el art. 1.1 ET hacen que su funcionamiento requiera la prueba de la integridad de los elementos del contrato de trabajo, no contiene presunción de laboralidad alguna. Como demuestra la propia rúbrica del precepto, después del Estatuto la regla se relaciona sólo con la libertad de forma: impide que ésta cause perjuicios a quien es trabajador -y puede demostrarlo- por el hecho de no disponer de un documento escrito sobre el particular.

Esta transformación es extraordinariamente importante -o, al menos, debería serlo- por cuanto que debería suponer el fin de la orientación expansiva del sistema de indicios y, con ello, reducirse la propia tendencia expansiva del Derecho del Trabajo pues ya no existe presunción alguna de que cualquier prestación de servicios es laboral. Sólo se presume que son laborales las prestaciones dependientes y en régimen de ajenidad. Por tanto, en este terreno no se presume nada, desapareciendo la guía de la aplicación de los indicios que contenía el precedente art. 3 de la Ley de contrato de trabajo de 1944 y, por tanto, el favor legal hacia el contrato de traba-

21 Es importante subrayar como la atribución de relevancia a la voluntad de las partes en el momento de la calificación, y no sólo en los casos dudosos, empieza a sostenerse con fuerza en la doctrina italiana, con argumentos de peso (cfr. ICHINO, P., *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Milán(Giuffrè), 1992, pp. 3 ss.).

22 Para un análisis de los nuevos criterios de calificación en Francia, véase GARCIA RUBIO, M.A., "Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa", RL 18(1996), pp. 26 ss.

23 GONZALEZ ORTEGA, S., "La presunción de existencia del contrato de trabajo", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, pp. 785 ss., LUJAN, *La contratación privada* cit., pp. 263 ss. y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *La presunción* cit., pp. 123 ss.

jo. Lógicamente, con ello debieran haber desaparecido alguna de las causas que posibilitan la «suplantación» de la voluntad declarada: al no existir razón jurídica alguna para decantarse preferentemente en favor de la laboralidad, jueces y tribunales podrían ser más receptivos a los datos resultantes de aquélla para recomponer los indicios de hecho de cada caso.

Ocurre, sin embargo, que el claro cambio en la literalidad de la formulación de la presunción no ha sido todavía descubierto por la jurisdicción social; o, al menos, no ha descubierto las importantes implicaciones que el mismo tiene. De hecho, a pesar de él, nuestros tribunales continúan aplicando la presunción como si fuera favorable a la declaración de laboralidad en los casos dudosos; o, dicho de otro modo, continúan admitiendo la existencia de una *vis expansiva* del contrato de trabajo, sin advertir que su fundamento legal ha desaparecido²⁴.

3.1.2. El reforzamiento de la autonomía privada en los confines del concepto de contrato de trabajo: ejemplos legales.

Un segundo dato a considerar es el obvio reforzamiento que la autonomía privada está experimentando como criterio de calificación en los confines del Derecho del Trabajo. En esta zona, donde el método de calificación aparece menos concreto habida cuenta de la elevada espiritualización de sus componentes, las cuestiones de calificación tienden a resolverse por medio del recurso al sentido de la voluntad declarada.

Este respeto hacia la voluntad declarada -auspiciado, por cierto, por autorizadísima doctrina²⁵- presenta diferentes manifestaciones. De un lado, con carácter difuso, aparecen pronunciamientos judiciales que le asignan un papel decisivo en caso de duda²⁶ o se detectan fenómenos de “discreto retorno” de tipos contractuales afines al contrato de trabajo²⁷ que implican de modo subyacente un paralelo retorno del respeto hacia la voluntad declarada por las partes. De otro, y más allá de estas manifestaciones dispersas, cabe aislar algunos supuestos en los que la propia dinámica del sistema de calificación ha terminado por conducir a una situación de la que sólo es posible salir a través del reforzamiento de la autonomía privada como criterio de decisión.

a) Cargos societarios y personal laboral de alta dirección. De un lado, en la cúspide de los sujetos incluidos en el Derecho del Trabajo, la delimitación del personal

24 Aunque se ha indicado que, tras el ET, la jurisprudencia ha recurrido a la presunción “de forma cada vez menos intensa y frecuente” (GONZALEZ ORTEGA, “La presunción” cit., p. 815), los análisis más detallados muestran una clara pervivencia de su papel tradicional en materia de calificación y, por tanto, de expansión del ámbito del contrato (LUJAN, *La contratación* cit., p. 292 y, sobre todo, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *La presunción* cit., pp. 148 ss. y 186 ss.).

25 Véase RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, RL 18(1996), pp. 1 ss.

26 Véanse, por ejemplo, STCT de 9 de julio de 1987 y STSJ Com. Valenciana de 5 de mayo de 1990.

27 MARTIN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en *Cuestiones actuales* cit., pp. 209 ss.

de alta dirección -comprendido en aquél, aunque con regulación especial (art. 2.1.a] ET y RD 1382/1985, de 1 de agosto)- aparece confiada en gran medida a la autonomía de la voluntad. Puesto que “se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejerciten poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad...” (art. 1.2 RD 1382/1985), aparece un grave problema para deslindar la figura del trabajador/alto cargo de quienes ejercen tales poderes en virtud de su posición dentro de la sociedad -administradores, consejeros delegados, ...-.

Pues bien, este problema viene siendo resuelto por la jurisprudencia atendiendo a un criterio formal: lo decisivo es la existencia de un cargo dentro del organigrama estatutario de la sociedad; si éste concurre, nunca existirá un trabajador de alta dirección²⁸. Aunque este criterio es objeto de críticas doctrinales -que intentan corregir al menos algunos de sus efectos, los más abusivos-, cabe señalar que su utilización por los tribunales se relaciona con que “los indicios (de ajenidad o dependencia) se revelan, en una inmensa mayoría de los casos como insuficientes”²⁹; y, a la postre, supone que la voluntad declarada -en forma de delimitación de los estatutos sociales y de oferta/aceptación de los cargos societarios diseñados por ellos- aparece como prevalente en la calificación contractual.

b) Agentes y representantes de comercio. Mayor importancia tiene, en segundo lugar, el tema de la delimitación de la diferencia entre agentes y representantes de comercio: excluidos del Derecho del Trabajo los primeros (art. 1.3.f] ET); e incluidos en él, aunque con régimen especial, los segundos (art. 2.1.f] ET y RD 1438/1985, de 1 de agosto). Esta diferenciación ha sido tradicionalmente problemática pero aparece todavía más compleja desde la promulgación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia -y, en el sector de seguros, de la Ley 9/1992-.

La Ley 12/1992 supone, en primer término, la eliminación del elemento que, según la literalidad del ET, separaba a agentes y representantes: la asunción del riesgo y ventura de las operaciones mercantiles en las que median, concurrente en los agentes (art. 1.3.f] ET) y no en los representantes (art. 2.1.f] ET). Pues bien, desde la aprobación de la norma sobre el contrato de agencia este elemento ha dejado de ser relevante puesto que los agentes actúan “sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones” (art. 1 *in fine* Ley 12/1992). De este modo, como sostiene un sector doctrinal³⁰ y la jurisprudencia unificada más reciente³¹, la diferencia

28 Sobre este particular, véanse BLASCO PELLICER, A., *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, pp. 37 ss., MARTINEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid (CES), 1994, pp. 71 ss. y PEDRAJAS MORENO, A., “Consejeros-delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad”, AL 23 (1993), pp. 425 ss.

29 BLASCO, *La exclusión* cit., p. 60.

30 CAMARA BOTIA, A, “Contrato de trabajo y agencia mercantil. ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?”, REDT 77(1996), pp. 449 ss.

31 STS u.d. de 2 de julio de 1996 (AL 1738).

entre unos y otros debe encontrarse en la existencia o no de dependencia. De hecho, en esta línea camina la Ley sobre el contrato de agencia cuyo art. 2 excluye del concepto de agente comercial a quienes sean trabajadores, comunes o especiales, dependientes de un empresario -apartado 1-, estableciendo incluso un criterio para determinar la existencia de dependencia: se presumirá que existe cuando quien se dedique a la mediación mercantil por cuenta ajena “no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios” -apartado 2-.

Ahora bien, este criterio funciona ágilmente en ciertos casos. En concreto, cuando el mediador mercantil dispone de una organización de cierta envergadura para desarrollar su tarea -se trata de una persona jurídica (arg. ex art. 1 Ley 12/1992) o dispone de subagentes o de sus propios dependientes (arg. ex art. 5 Ley 12/1992)-. Sin embargo, en el resto de los casos se plantea un claro problema: ¿cómo hacer que dependencia/independencia y sus respectivos indicios sean criterio delimitador respecto de los representantes de comercio, uno de los colectivos de trabajadores menos dependientes que existen? Obsérvese que los indicios de dependencia difícilmente concurren en ellos. De un lado, están excluidos de la aplicación de las reglas sobre jornada y horario (art. 4.1 RD 1438/1985). Y, de otro, si bien es cierto que quedan sujetos en el desarrollo de su actividad a las instrucciones del empresario (arts. 1.2.b] y 9.1.a] RD 1438/1985), no cabe olvidar que en estos casos la sujeción a las directrices empresariales aparece con “menor intensidad”³²; ni, sobre todo, que la sujeción a las instrucciones del principal no es privativa del representante por cuanto que, ex art. 9.2.c) Ley 12/1992, el agente comercial queda también sujeto a la obligación de desarrollar la mediación conforme a las instrucciones recibidas del empresario -siempre, eso sí, que sean razonables y no afecten a la independencia-.

En este contexto, la conclusión a alcanzar es clara: resultará prácticamente imposible deslindar la figura del agente y la del representante de comercio; y, como consecuencia de ello, el *nomen iuris* asignado por las partes a la relación creada por ellas adquirirá un papel definitorio de primer orden. Esta idea, apuntada por los primeros comentaristas de la Ley 12/1992³³, se contrasta rápidamente realizando una cata de los pronunciamientos de suplicación referidos a esta temática. Aunque algunos se sitúan en una línea «clásica», la mayor parte de los que se encuentran conceden una extraordinaria relevancia a la voluntad declarada para la resolución del litigio respec-

32 HUERTAS, *Mediación mercantil* cit., p. 102.

33 LOPEZ MORA, F., “La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral. A propósito de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia”, TS 28(1992), pp. 20 ss. o PEDRAJAS, “Consejeros-delegados” cit.

to de la calificación³⁴: al asignarle valor presuntivo de la auténtica naturaleza de la relación, le están confiando el papel de protagonizar la calificación puesto que, con el método de indicios, la prueba en contrario resultará extraordinariamente difícil.

3.1.3. El «blindaje» de la declaración de voluntad a través de la nueva utilización de determinados indicios formales: el caso de los transportistas con vehículo propio.

El tercer supuesto presenta particularidades respecto de los dos anteriores. En los que se acaban de ver, el reforzamiento de la autonomía privada en el momento de la calificación aparece como forma de salir de un problema difícil: diferenciar dos figuras que la Ley ha diseñado de forma extraordinariamente similar, si no idéntica. De algún modo, la prevalencia de la autonomía privada ha terminado así por afirmarse de manera casual. En el que ahora procede analizar, el designio legal es mucho menos aleatorio: el legislador se ha movido buscando la concreta finalidad de evitar que la decisión voluntaria de las partes respecto a la calificación de una determinada relación pueda ser alterada por una posterior decisión de un juez. La manera de alcanzar este resultado se encuentra en ofrecer una protección adicional a la autonomía privada que puede «blindarse» detrás de un determinado indicio formal, elevado por la acción de la ley a la categoría de índice esencial de la inexistencia de relación de trabajo. Me estoy refiriendo a la disposición introducida en el art. 1.3.g) ET por la Ley 11/1994, que resuelve la cuestión de la prestación de servicios de los transportistas con vehículo propio y sus relaciones con el contrato de trabajo.

Como es sabido (*supra*, 2.3), aunque habitualmente prestaran sus servicios para un mismo cargador, los transportistas con vehículo propio quedaban extramuros del Derecho del Trabajo por entenderse que su relación era mercantil. Esta situación cambió a raíz de una importante STS de 28 de febrero de 1986, dirigida a solucionar el conflicto social abierto que planteaba un naciente e importante grupo de trabajadores: los «mensajeros». El TS, rompiendo la tendencia que había sido unánime hasta ese momento, decidió que este tipo de prestaciones de servicios quedaban sujetas al régimen laboral: dada su escasa envergadura -eran motocicletas-, la titularidad del vehículo fue interpretada como un dato marginal dentro del conjunto del intercambio articulado por el contrato entre el «mensajero» y la empresa de transporte, en el que prevalecía una prestación de servicios subordinados. El pronunciamiento de

34 Examinados los meses de septiembre y octubre de 1995, se observa algún pronunciamiento aislado que se mantiene fiel al método de indicios «clásico» (cfr. STS] La Rioja de 11 de octubre de 1995, Ar. 3742). La mayor parte de los pronunciamientos parten, sin embargo, de una nueva premisa. Dadas las dificultades para deslindar una figura de otra, asignan a la declaración de voluntad un valor presuntivo que, en su caso, desplaza la aplicación de la presunción de laboralidad. De este manera, exteriorizado el carácter mercantil de la relación, se presume, debiendo ser probada la laboralidad (SSTS] Asturias de 22 de septiembre de 1995, Ar. 3214, Galicia de 2 de octubre de 1995, Ar. 3769, o País Vasco de 15 de septiembre de 1995, Ar. 3461). Y ello incluso cuando tal exteriorización aparece muy discutible habida cuenta de que la relación de las partes había sido, hasta la entrada en vigor de la Ley del contrato de agencia, calificada expresamente como laboral (STS] Andalucía [Sevilla] de 25 de septiembre de 1995, Ar. 3409).

1986 estaba extraordinariamente apegado al supuesto que resolvía. Sin embargo, la doctrina sentada para resolverlo mostró una extraordinaria vitalidad, hasta el punto de que la laboralización de los transportistas con vehículo propio se extendió en los años posteriores más allá de las circunstancias originales -a titulares de otros vehículos de mayor envergadura; a empresas de otras características; etc.-³⁵.

Pues bien, la Ley 11/1994 ha reaccionado frente a esta evolución. Sin suponer una desautorización total de los planteamientos de nuestros tribunales, sí que procede a rectificar los resultados más excesivos a que se había llegado, obligándoles a regresar a un punto razonable³⁶, relativamente próximo al que inició su andadura. A los efectos que ahora interesan, lo importante no es, en todo caso, reflexionar sobre el alcance de esta rectificación sino sobre el mecanismo formal que se utiliza para llevarla a cabo. Lo que hace el nuevo art. 1.3.g).II ET es establecer una exclusión del contrato de trabajo de “las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”. Obsérvese como el precepto establece una nueva exclusión constitutiva montada fundamentalmente sobre elementos formales (titularidad, servicio público, autorización administrativa) que, en la interpretación tradicional de la jurisprudencia, eran ajenos a la cuestión de la existencia de subordinación³⁷. Y estos indicios formales actúan como protectores de la voluntad individual toda vez que, concertado un servicio en el que concurren, se entenderá necesariamente como no laboral por acción de la Ley.

3.2 Pautas para la reflexión: hacia un nuevo sistema de delimitación de las fronteras del contrato de trabajo.

La conclusión de las consideraciones que he desarrollado hasta ahora es relativamente fácil de extraer. El sistema que tradicionalmente ha permitido delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo no es, seguramente, el más adecuado de los concebibles. Y, en todo caso, se encuentra sujeto a un proceso de revisión que, si aún no ha supuesto su entera transformación, manifiesta ya algunas tendencias evidentes de cambio. La cuestión es, desde luego, de suma trascendencia por cuanto que, considerados aisladamente, ni el sistema «clásico» ni el que se vislumbra aparecen como enteramente justos.

El primero es protector para los prestadores de servicios. Mas no por ello ha de ser reputado correcto. En efecto, se ha señalado que la abstracción de los elementos

35 Un análisis de la evolución en VALDES, “Los inciertos criterios” cit.

36 En este sentido, VALDES DAL-RE, F., “Ley y jurisprudencia en la delimitación del Ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia”, RL 16(1994), pp. 1 ss.

37 Para una lectura en esta clave, véase PEDRAJAS MORENO, A., “Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex art. 1.3.g) ET”, AL 21(1995), pp. 315 ss.

que configuran la prestación subordinada ha perjudicado las finalidades que se perseguían al separar el Ordenamiento laboral del Derecho común: “el haber primado el criterio formal... respecto al real... ha contribuido probablemente a distorsionar el sistema, dado que ha hiperprotegido relaciones que ya se desenvolvían en condiciones de relativo equilibrio y, en cambio, ha dejado fuera relaciones de intensa explotación”³⁸. Por otro lado, cuando la jurisprudencia ha optado por superar las rigideces formales, se ha topado con la lógica del todo o nada: ante una determinada situación de explotación sólo puede o declarar la existencia de una relación laboral o su inexistencia. Indudablemente, ninguna de las dos soluciones parece enteramente satisfactoria. Si la segunda ha de ser excluida por razones de justicia material, la primera debe serlo con el fin de impedir que una expansión incontrolada del Derecho del Trabajo perturbe la eficiencia económica y las políticas de expansión del autoempleo.

Por su parte, el nuevo sistema que se vislumbra es más respetuoso con la autonomía privada y satisface más los intereses empresariales. Pero tampoco por ello ha de ser correcto: no hay que olvidar en este sentido que el Derecho del Trabajo se explica históricamente por las consecuencias a las condujo su prevalencia en un momento dado. Ciertamente que la situación ha cambiado mucho desde entonces. Pero los riesgos que una aplicación incondicionada del principio de autonomía privada puede tener nunca deben ser perdidos de vista.

Por todo ello, la necesidad de encontrar un punto de equilibrio adecuado entre las exigencias de la justicia social y las de la eficiencia económica es hoy más importante que nunca. Más aún si se tiene en cuenta que uno de los efectos de los cambios socioeconómicos que el sistema productivo está atravesando es precisamente el de agrandar las zonas en las que es conflictiva la diferenciación entre el trabajo subordinado y el autónomo³⁹. Dos son las causas de este fenómeno: de un lado, las nuevas exigencias económicas y productivas requieren una organización empresarial más flexible en la que los fenómenos de descentralización -en cuyo final bien puede encontrarse, y no necesariamente en fraude de ley, un trabajador autónomo- son moneda corriente; de otro, el influjo de las nuevas tecnologías permite que las posibilidades de organización de la empresa sobre formas de trabajo autónomo se vean considerablemente ampliadas⁴⁰.

¿Es posible encontrar un punto de equilibrio adecuado? Seguramente, sí: a través de la reelaboración de los términos de confrontación entre el trabajo subordinado y

38 GIUGNI, G., “Derecho del trabajo (voz para una enciclopedia)”. TL 13(1987), pp. 49 ss., (traducción española del original italiano publicado en GDLRI 1(1979), pp. 11 ss.), p. 59 (cfr., también, GIUGNI, G., “Il diritto del lavoro negli anni '80”, GDLRI 15(1982), pp. 374 ss. -pp. 385 y 386-).

39 MARTIN VALVERDE, “El discreto retorno” cit, pp. 208 ss. ha analizado el fenómeno y sus causas sobre la base de la reciente revalorización en la casuística jurisprudencial del aludido tipo contractual

40 Por ejemplo, CARINCI, F., “Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale”, GDLRI 26(1985), pp. 203 ss. -pp. 231 ss.-; PEREZ DE LOS COBOS, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, pp. 33 ss.; PEREZ PEREZ, M., “Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos”, RL 20(1988), pp. 12 y 13.

el trabajo autónomo. Para ello, probablemente será necesario recurrir a la construcción de una categoría intermedia entre el trabajador *stricto sensu* y el empresario autónomo; o, si se prefiere el término acuñado en el Derecho comparado, a la construcción de la categoría de la «parasubordinación». La idea no es nueva: incluso en los momentos en los que, ajena a los problemas sociales y económicos que se plantearían en el futuro, la doctrina debatía intensamente acerca del significado de ajenidad y dependencia, se alzaron voces que indicaban que la expansión de las instituciones laborales no podía hacerse por vía dogmático-conceptual sino que debía recurrirse a la extensión expresa en vía legislativa de determinadas garantías a sujetos económicamente débiles⁴¹. Pero adquiere particular relevancia en el momento actual como demuestra su resurgir reciente en la reflexión doctrinal⁴².

Desde luego, este proceso de reconstrucción de las fronteras ya ha comenzado en nuestro Ordenamiento. La extensión de determinadas garantías típicas de los trabajadores por cuenta ajena a los trabajadores autónomos se ha producido tradicionalmente⁴³ y cuenta con buenos ejemplos recientes⁴⁴. Pero queda mucho por hacer y, en todo caso, la reconstrucción de las fronteras ha de conducir a la rectificación de alguna de las tendencias apuntadas en materia de calificación de las relaciones de servicios. En primer lugar, no es posible seguir confiando la tutela de los trabajadores «parasubordinados» al voluntarismo judicial; ha de ser la ley la que se ocupe expresamente de estos problemas⁴⁵.

En segundo lugar, hay que rectificar también el carácter fragmentario que la intervención legal en estos temas presenta. Y no me refiero a la mera dispersión formal de las normas sino a la ausencia de criterios generales, de un diseño de política jurí-

41 Por ejemplo, en 1966, RODRIGUEZ-PIÑERO, "La dependencia y la extensión" cit., pp. 161 ss.

42 Por ejemplo, ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid(Tecnos), 1988, pp. 150 ss., ha afirmado la necesidad de superar "la rígida dicotomía de trabajo autónomo y trabajo subordinado", por medio del recurso "a una idea no precisamente nueva...: la protección del contratante más débil como fundamento último del ordenamiento jurídico-laboral y, en esa perspectiva, se podría utilizar el mecanismo previsto por la disp. final 1ª ET: aplicación de la legislación laboral al trabajo autónomo en aspectos expresamente determinados por la ley" (pp. 155 y 156). En parecido sentido, GOÑISEIN, J.L., "Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del trabajo", en RIVERO (coord.), *La flexibilidad* cit., pp. 71 ss. o SANGUINETTI RAYMOND, W., "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?", TL 40(1996), pp. 53 ss.

43 Cabría aludir en este sentido a ciertas relaciones especiales de trabajo y, sobre todo, a lo que se ha llamado "relaciones especiales innominadas" (OJEDA AVILES, A., "Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria", RL 6/7(1990), pp. 63 ss. -pp. 74 ss.-) en las que se produce una extensión de las normas laborales a trabajadores autónomos (socios trabajadores de cooperativas, ciertos contratos agrarios, etc.). Véase también -aunque con matices en cuanto a la naturaleza jurídica de las diferentes relaciones contempladas-, CAVAS MARTINEZ, F., "Diversificación versus uniformidad en el Derecho español del trabajo", REDT 63(1994), pp. 71 ss. -pp. 81 ss.-.

44 Es el caso de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia cuya regulación presenta importantes afinidades con la de los representantes de comercio (cfr. LOPEZ MORA, "La actividad de los agentes comerciales" cit.).

45 Cfr. RIVERO LAMAS, J. y GARCIA BLASCO, J., "Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo", RL 1987, II, pp. 507 ss., pp. 534 ss. Un discurso similar en PEDRAZZOLI, M., "Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo en Italia", RL 7/8(1989), pp. 27 ss.

dica coherente. No parece adecuado, en este sentido, proceder a dar respuesta de forma particularizada a las cuestiones que se vayan planteado -a través, por ejemplo, de la tipificación de nuevas relaciones especiales-. Creo que es mucho más interesante solucionar definitivamente el problema de la parasubordinación -y, con él, el de la propia definición de los confines del Derecho del trabajo-. Y para ello parece necesario el establecimiento de un tipo abierto de parasubordinación a la italiana que pueda detener, reconducir y guiar el activismo judicial y la erosión del concepto nuclear del Derecho del trabajo.

Obviamente la reflexión del intérprete puede ser muy útil en este terreno, pues puede suministrar criterios sobre los que basar la regulación de la «parasubordinación». Una primera aproximación a los mismos no parece muy difícil. Es necesario, ante todo, identificar los rasgos del trabajo «parasubordinado»⁴⁶ para poder pasar, después, a determinar las reglas protectoras que se les deben extender. Indudablemente, este segundo momento es el más complejo aunque es posible hacer algunas puntualizaciones generales. Desde luego, en el terreno de la seguridad social será difícil la introducción de novedades espectaculares -aunque algunas cabrían-. Ello es así porque el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos podría continuar dándoles cobertura. Por otro lado, hay dos aspectos de la eventual regulación que son de todo punto necesarios. El primero de ellos es el de los derechos colectivos: la brecha abierta por la LOLS (art. 3.1) deberá ser profundizada y ampliada al resto de las instituciones del Derecho sindical para permitir que las propias partes -a través de sus representantes- puedan de forma autónoma regular sus relaciones. El segundo hace referencia a las cuestiones jurisdiccionales: evidentemente, cualquier intervención normativa no llegará a ser efectiva si no va acompañada de medios que permitan hacer efectivos sus contenidos. Será, por ello, necesario que las relaciones «parasubordinadas» ventilen sus diferencias ante la jurisdicción social, antes que en la siempre más lenta y costosa jurisdicción ordinaria. Donde más problemas habría es, en fin, en la regulación de la relación individual en la que habrá que encontrar un adecuado punto de equilibrio entre las garantías del contratante débil y el principio de autonomía de la voluntad.

46 Como punto de partida pueden servir los apuntados por RODRIGUEZ-PIÑERO, "Sobre la dependencia y la extensión" cit., pp. 164 y 165. A su juicio, la extensión de garantías laborales podría acordarse en aquellos supuestos en los que exista una prestación personal y "pura" de trabajo, prestada formalmente de modo independiente pero en relación con un núcleo organizativo y sin encontrar tanto lucro empresarial cuanto la remuneración del propio trabajo. Más recientemente, con mucho más detalle y analizando la experiencia italiana en materia de definición de esta figura intermedia, RUIZ CASTILLO, M.M., "Delimitación subjetiva del Derecho del trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado»", RL 15/19(1991), pp. 10 ss