

## LA INCORPORACION Y SU SIGNIFICACION PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

### NOTA PRELIMINAR:

A los lectores de esta Revista no necesita ser presentada la figura del profesor NIKISCH, muchas veces citado y comentado por los que en ella colaboramos. Sin embargo, aprovechando que es la primera ocasión que un escrito suyo ve la luz en lengua castellana, no está de más recordar algunos rasgos de su personalidad como laborista.

ARTHUR NIKISCH ha llegado a la Universidad considerablemente tarde para su valla; hasta muy bordeando los cincuenta años no ha explicado en una cátedra universitaria. De igual modo su actividad científica no empieza hasta sus estudios sobre el contrato de empleo que publica en 1926. Pero ya esta obra alumbra ciertamente la llama del jurista y mostraba cómo supo aprovechar su época de "sindico" no sólo para un conocimiento directo de la vida jurídica y real del trabajo, sino para una formación y decidida consolidación de conceptos. La trayectoria científica del ya jubilado profesor de Kiel es tan agitada como su vida universitaria (ha sido profesor de Kiel, luego en Estrasburgo, y tras un breve paréntesis en Leipzig, de donde su anticomunismo le hizo volver a su primera Universidad); sin embargo, en toda ella laten unas ideas centrales en las que está precisamente el mérito de su aportación; son éstas primeramente la de marcar el sentido comunitario de la relación de trabajo, en el sentido ya apuntado por GIERKE y POITHOFF. En segundo lugar el remarcar cómo en la relación de trabajo no cabe hablar de un deber de prestar singulares prestaciones especificadas de trabajo, sino que el trabajador tiene un deber genérico de colaborar, "entrar al servicio" del

empresario. Finalmente la delimitación y calificación del supuesto de hecho de la incorporación que es, en su último pensamiento, el punto clave del concepto del Derecho del trabajo. Como obras más destacadas, aparte de su excepcional Arbeitsrecht, cuya tercera edición notablemente ampliada verá la luz en estos días, cabe citar la mencionada Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag (1926), Der Anstellungsvertrag, [herings ], 1929, Vom Arbeitsverhältnis, Festschrift Lehman Un. Friedenspflicht, Durchführungspflicht und Realisierungspflicht (1932), Kriegs-arbeitsrecht (1940), Jena (1937), Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis (1941), Arbeitnehmer und Betrieb (1944), Dienstpflcht und Arbeitspflicht, Festschrift Nipperdey, 1955, así como un número considerable de artículos en revistas y comentarios doctrinales. No se ha limitado al puro campo del Derecho del trabajo, habiendo estudiado no sólo cuestiones fronterizas (Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts (1951), sino importantes aportaciones tanto al Derecho civil (Bürgerliches Recht, Bodenrecht (1949), Das Recht der Schuldverhältnisse, I, Allgemeine Lehre (1947), como el Derecho procesal (Lehrbuch des Zivilprozessrecht (1950); Der Streitgegenstand im Zivilprozess (1935).

El artículo cuya traducción se publica apareció originariamente en la revista Recht der Arbeit, 1960, págs. 1 y sigs., habiendo sido revisado por el autor para su edición en castellano. Se ha de hacer constar que tanto el autor como el traductor han decidido dar a conocer este trabajo a los lectores españoles la confusión con que corrientemente se habla entre nosotros de "relación de trabajo" y de teoría relacionista (como imprecisamente se denomina la teoría de la incorporación), así como recientes afirmaciones gratuitas de que esta tesis se encuentra hoy superada.—FRAN. DEL. MIGUEL RODRÍGUEZ-PINERO.

I. INSUFICIENCIA DE LA TESIS TRADICIONAL  
SOBRE LA DEPENDENCIA

En los últimos cuarenta años el Derecho del trabajo se ha desarrollado, tanto en Alemania como en todos los modernos Estados industriales, como disciplina jurídica independiente, cuya significación para la vida de la sociedad actual no es superada por ninguna de las viejas ramas de nuestro orden jurídico, representando a la postre, no obstante la falta de una codificación, gracias a la labor incansable de la doctrina y la jurisprudencia, un todo elaborado hasta la última particularidad. Ante la consideración de esta gigantesca construcción, debe asombrar de continuo la escasa atención, desde el comienzo hasta el presente, que se ha dedicado a los *fundamentos* sobre los que el Derecho del trabajo se levanta. Nadie duda ya que el Derecho del trabajo no ha de ocuparse de toda forma de trabajo humano. De otro lado es claro que debe basarse en un *supuesto de hecho de la vida totalmente especificado*, y precisamente un supuesto de hecho de una *señalada particularidad*, que pueda explicar por sí sólo el desarrollo de un Derecho especial tan amplio.

La cuestión de cómo este supuesto de hecho se califica y dónde, por consiguiente, se encuentran las raíces propias del Derecho del trabajo ha sido tratada muy negligentemente por la mayoría de la doctrina jurídico-laboral. Existen una amplia serie de monografías y docenas de tesis doctorales sobre todos los temas más especiales pensables, hasta las cuestiones más mínimas, pero si se hace abstracción de los pocos trabajos más antiguos (1), los fundamentos del Derecho del trabajo no ocupan manifiestamente ninguna valiosa investigación actual. Casi podría creerse que sucede al laboralismo con esto lo que a Mefistófeles con las madres: «Hablar de ustedes es perturbación».

---

(1) Habría de citarse, por ejemplo, MOLLER, *Das Wesen des Arbeitsvertrages* (1925), y NIKISCH, *Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag* (1926).

Las primeras exposiciones generales consideraban el Derecho del trabajo como el Derecho especial que se ocupa del trabajo asalariado dependiente, o el Derecho especial de los trabajadores dependientes (2), y en esto se ha continuado hasta hoy (3). Esto es totalmente exacto y no habría nada de objetar si se tuviese un conocimiento satisfactorio de donde existe la dependencia o independencia del trabajador, pues con esto sólo se mantiene un momento de las relaciones de vida cuya ordenación es la función del Derecho del trabajo. Sobre esto sólo se llega a saber que no se trata de la dependencia económica, sino de la dependencia personal, la cual debe resultar de la existencia de un *deber de obediencia* del trabajador en relación con la prestación de su trabajo; el trabajador está así sometido a las *direcciones* a él dadas, y, precisamente en no pocas importantes extensiones, pues también los independientes pueden recibir órdenes de su acreedor de trabajo (4).

Esta consideración del trabajo dependiente no puede aceptarse ya porque el sometimiento a direcciones de algunos trabajadores es mínimo, esperándose de ellos la realización por sí mismos y bajo su propia responsabilidad del servicio debido, mientras que en un contrato de servicios libre (arrendamiento de servicios) se puede reservar el acreedor de los servicios el impartir direcciones en tal medida que desaparecen, en este punto totalmente, la diferencia entre ambos tipos contractuales (5). Las tendencias de la economía actual marchan generalmente a desarrollar *actividad libre "de motu proprio"*, y la situación de instrucciones responsables y ejecuciones no responsables es reemplazada por el concierto con-

(2) KASKEL: *Arbeitsrecht*, 1.<sup>o</sup> ed., pág. 2; HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> ed., t. I, pág. 3.

(3) HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., t. I, pág. 3; KASKEL-DERSCH, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 3; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNNEN: *Der Dienstvertrag*, n. 15 vor, § 611 EGB.

(4) Así HUECK en *Hueck-Nipperdey*, 6.<sup>a</sup> ed., t. I, pág. 39. De modo parecido STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNNEN (n. 3); KASKEL-DERSCH, pág. 25.

(5) Hacia esto se dirige rectamente MOLITOR: *Recht der Arbeit*, 1959, página 2.

junto de diferentes funciones con diferentes, pero *recíprocas*, responsabilidades (6). Por ello debe ser considerada «anticuada» la teoría que afirma que la dependencia del trabajador consiste en su sometimiento a dirección. Sería extraño también que la total diferencia entre el trabajador dependiente y el autónomo consistiera en que uno en algo mayor y otro en algo menor extensión, pudieran recibir instrucciones, o criterio sólo de significación secundaria, pues no establece ninguna sutil línea de demarcación.

Pero, sobre todo, surge la fundamental objeción de que de este modo *ni la extensión ni la forma actual del Derecho del trabajo puede explicarse ni fundamentarse*. El sometimiento más estrecho del trabajador a dirección hubiera podido conducir a lo más a protegerse de las desmedidas exigencias del empresario y a limitar legalmente el derecho de dirección de éste. Pero lo que debería haber sido necesario a este fundamento, someter a los trabajadores a un Derecho especial tan amplio con abundancia de instituciones jurídicas propias, no puede ser hecho con ello inteligible a nadie. Y si fuera realmente el deber de obediencia del trabajador, la célula germinal de la que el Derecho del trabajo ha surgido y se ha desarrollado, debería la *relación de trabajo* haber recibido al menos su especial conformación de que el trabajador no regula por sí mismo su trabajo sino que presenta trabajo determinado por otro. Pero no se trata de esto. Lo que diferencia a la relación de trabajo y de todas las otras relaciones obligacionales y, ante todo, de los vínculos jurídicos del empresario autónomo con su dador de ocupación es, según la opinión dominante en Alemania hace décadas, la estrecha vinculación personal entre empresario (dador de trabajo) y trabajador, por la cual es autorizado hablar de una *relación comunitaria*. Conforme a esto, el contenido de la relación de trabajo es definido por el deber

(6) Así POHLE: *Technik und Gesellschaft*, «R. d. A.», 1959, págs. 403-407. Vid. también *Bundes-arbeitsgericht en Arbeitsrechtliche Praxis*, en el art. 4.º de la T. V. G. (ámbito de aplicación del convenio colectivo), donde se señala como lo normal que el trabajador especialista realice sin falta los trabajos propios de su función sin dirección ni ayuda ajena.

de fidelidad y de protección, que pertenecen a cada comunidad. No es explicable como la subordinación del trabajador bajo las órdenes empresariales hubiera debido conducir justamente a la constitución de una comunidad, pues aunque puede resultar también de una comunidad una sub y supraordenación, no es, sin embargo pensable que estas ordenaciones asocien a las partes en una comunidad. Aún menos se podría explicar por qué en la relación de trabajo, diversamente a otros contratos recíprocos, no son estrechamente especificadas las prestaciones y contraprestaciones de uno y otro, por qué el empresario está obligado a pagar también los días de enfermedad y de descanso semanal, y cómo se ha llegado a proteger tan ampliamente al trabajador contra la pérdida del empleo. Todo esto no puede tener ostensiblemente vinculación con el sometimiento a direcciones, el cual así, sólo marginalmente, comprende la esencia de la relación de trabajo. El Derecho del trabajo ha hecho conocidos progresos en el camino de una conformación social de la situación del trabajador, pero parece que el conocimiento científico no ha marchado al ritmo de esta evolución.

## II. LA INCORPORACIÓN: SU ESENCIA Y EFECTOS

1. El sometimiento a dirección del trabajador no es la causa, sino, a lo más, un síntoma de su dependencia personal. Si se quiere llegar al fondo del fenómeno debe ser considerada en su totalidad la situación fáctica de la que la dependencia resulta. Ya Otto von Gierke había dicho que el contrato de empleo (*Anstellungsvertrag*), incorporaba la personalidad a una mayor o menor sociedad autoritaria y consideraba la función del contrato de servicio (*Dienstvertrag*) en la organización del trabajo en su admisión en una comunidad autoritariamente dirigida (7). Apoyándose en esto Potthoff, el más ilustre laboralista de su tiempo, insiste luego constantemente en que lo esencial en la relación de

(7) O. v. GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, III, pág. 593.

trabajo es la incorporación de la empresa (8), y Molitor ha tratado de demostrar que la incorporación del trabajador a la empresa o a otra organización establecida por el empresario es el fundamento de su dependencia (9). La inordinación juega hoy, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, un importante papel en la determinación del concepto del trabajador (10). Se trata de un *conocimiento de fundamental significación*, a través del cual todo el Derecho de la relación de trabajo y mucho del entero Derecho del trabajo es puesto rectamente de relieve por primera vez.

No es difícil aceptar este conocimiento si se deja en claro cómo viene a formar relaciones de trabajo y qué necesidades se satisfacen con esto. Todo el que se ve situado ante una tarea que debe corrientemente realizar, pero que no puede llevar a cabo sólo con sus propias fuerzas, no puede prescindir de *auxiliares* que actúen para él permanentemente. A veces, aunque raramente, puede bastar que estas personas auxiliares conserven su autonomía y realicen la tarea encomendada sin someterse al que se las da. Así ocurre especialmente con los representantes de comercio independientes (§ 84 HGB). Sin embargo, la mayoría de las veces sólo es realizable el resultado deseado si los auxiliares *entran en la esfera de mando de otro* y se someten al orden de trabajo allí existente. Entonces trabajan bajo dirección ajena con los medios para esto predispuestos cumpliendo una determinada función a ellos asignada. De esta manera devienen miembros de una totali-

(8) Vid. por todos art. en *Arbeitsrecht*, 1922, esp. pág. 225.

(9) MOLITOR: *Arbeitnehmer und Betrieb* (1929), «R. d. A.», 1955, página 41, y 1959, págs. 4 y sigs.

(10) Vid., por ejemplo, DIETZ, nota 13 y FITTING-KRAEGLICH, nota 5 al § 4 de la *Betriebsverfassungsgesetz*; SIEBERT, R. d. A., 1956, pág. 14; HERSCHEL, R. d. A., 1956, pág. 165; BEITZKE, *Arbeitsblätter, Rechtsquelle*, III, A III; allí HESSEL, *Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis*, VI, B, y en *Betrieb*, 1958, pág. 827; BGH, 21, 207; BGH en *Das Betrieb-Berater*, 1957, páginas 113, 820; *Neues Juristisches Zeitung*, 1957, pág. 1319; *Das Betriebs-Berater*, 1959, pág. 157; *Reichsarbeitsgericht*, en *Arbeitsrechtliche Sammlung*, 7, 451; 15, 505; 27, 7.

dad mayor, pierden su autonomía convirtiéndose en tributarios de un otro que puede utilizar su fuerza de trabajo, para sus objetivos. Este es el supuesto del trabajo al servicio de otro (o por cuenta ajena) que caracteriza al trabajador.

2. La incorporación en el círculo de dominio del dador de empleo quita ciertamente al trabajador su autonomía, pero le da también por ello su seguridad y sabida protección, que al autónomo, dejando a su propios recursos, necesariamente la falta, y significaría contemplar parcialmente el supuesto fáctico si sólo se subrayara la dependencia resultante de cada situación de miembro. La inclusión del trabajador, en la esfera de vida y de trabajo del dador de trabajo produce la vinculación personal que ha conducido a equiparar la relación de trabajo de rasgos jurídico-personales, siendo este sentido por las partes la mayor parte de las veces, así si el empresario habla de «mi gente», el trabajador habla de «mi» empresa.

Es completamente natural, y así es considerado hoy, que el dador de trabajo no desampare al trabajador en su enfermedad, que le dé posibilidad de reponerse en las vacaciones, que en general el salario no es hoy una pura retribución sino que también contiene elementos de sustento, y que se considere como injusto si la comunidad es rota sin ningún fundamento objetivo. La protección legal del trabajador ha tenido sólo en cuenta la natural ordenación de la relación de trabajo. Y de igual modo era sólo una cuestión de circunstancia temporal cuando a los trabajadores pertenecientes a la empresa les sería dado un derecho de codeterminación y con ello un influjo en la ordenación de los asuntos de la empresa.

3. La organización laboral más importante de todas es la empresa que como institución autónoma se exterioriza por sí misma. Por esto es explicable que a menudo sea considerada la incorporación a la empresa como el concepto distintivo del trabajador. Esto ha provocado la objeción de que también existan trabajadores que no están incorporados a empresa alguna y ni siquiera están incorporados al hogar familiar, de lo que se derivaría que la in-

corporación no podría ser un elemento esencial del concepto (11). Pero en la discusión de estas cuestiones la inordenación en la empresa se da sólo como ejemplo significativo. Pues, además de las empresas existen *privados círculos de vida* en los que es organizado trabajo para las funciones allí realizables, y quien entra en tal empresa como auxiliar, renuncia igualmente a su independencia y debe someterse al orden allí existente. Se necesita pensar sólo en el hogar familiar y hacerse a la idea de que el servidor doméstico entra en el círculo de vida de su «señor», incluso si no es recibido en la comunidad de la vivienda, y que el hogar no necesita ser hogar de una familia, puesto que el servicio doméstico puede ser prestado también a una persona individual. Y no puede depender esto de la *clase* del servicio, se puede hacer lo mismo con idéntico supuesto fáctico, si alguien como secretario, chófer o para especiales servicios personales es empleado por un particular. Igual aquí que en el servicio doméstico el vínculo con el círculo de vida del dador de trabajo es particularmente estrecho, más estrecho que en la mayoría de las empresas, a consecuencia de lo cual la dependencia del trabajador es más marcada, pero también por eso aparecen con más claridad los rasgos jurídico-comunitarios de la relación de trabajo.

4. Para la significación fundamental de la incorporación en el Derecho del trabajo, carece de significación alguna el que, en determinadas circunstancias, personas que no son trabajadores, pertenezcan a la empresa y allí presenten su trabajo. Pues a través de la incorporación se distinguen los trabajadores dependientes de los autónomos, pero no es el *único índice* que constituye el concepto de trabajador. El trabajador debe, además, haberse puesto *por su libre voluntad* al servicio del dador de trabajo, y debe tratarse de una relación jurídico-privada, así generalmente sirve de base a la colocación del trabajador un *contrato de trabajo*, con lo que funcionarios públicos, requisados y trabajos no libres se separan del Derecho del trabajo (12).

(11) Así por todos HUECK, loc. cit., pág. 39, nota 13.

(12) Con esto se debería destruir la objeción de HUECK, loc. cit., pá-

### III. EL DEBER DE SERVICIO Y SU «SITUACIÓN» DE CUMPLIMIENTO

La opinión, ya representada hoy por tantos, de que la inordenación en empresa o en el privado círculo de vida del dador de trabajo constituye la esencia de la relación de trabajo, sólo puede contar con una aprobación general si se ha decidido llevarla a cabo con todas sus consecuencias. Lo cual fracasa aún hoy por el infundado prejuicio de que el trabajador en el contrato de trabajo se obliga a *periódicas prestaciones singulares* de trabajo, idea muy enraizada de la que es difícil librarse. Suponiendo se rehusara enteramente cada clase de teoría de la incorporación, parecería existir en la inordenación un único fenómeno que coincide con el ingreso en el trabajo, así como con la primera de las prestaciones de trabajo prometidas y consecuentemente no tiene significación jurídica autónoma. Se convendría entonces que el trabajador durante el tiempo del contrato e igualmente en su sucesiva renovación, habría de realizar una serie de prestaciones entre las cuales cada vez existiría un espacio de tiempo en que no habría obligación y, por ello, tampoco ejecución. Pero quien parte en serio de que la inordenación o incorporación de una nota esencial del concepto de trabajador y de la relación de trabajo, debe considerar que la relación de trabajo como toda relación obligacional de duración —como, por ejemplo, el arrendamiento de viviendas— se dirige a la constitución y sostenimiento de una situación duradera. Esta situación es, si se tiene en cuenta el caso fundamental, la pertenencia a la empresa, que es como se llama en las relaciones laborales de empresa el supuesto de la incorporación. *Con ella debe coincidir, en tanto en ella se ejecuta la relación de trabajo, que debe producir tal supuesto.* Se encuentra así desde la entrada del trabajador en la empresa hasta su salida en *situación de cum-*

-----

gina 40, núm. 15. Por lo que toca a la situación, por él igualmente mencionada, de los miembros directivos de una persona jurídica me remito a lo dicho en mi *Arbeitsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., t. I, págs. 98 y sigs.

*plimiento* que a través de las pausas en el trabajo, época de descanso, vacaciones y enfermedad es tanto menos interrumpida como la pertenencia a la empresa.

Sólo si se reconoce que la pertenencia a la empresa no es otra cosa que la relación de trabajo en estado de cumplimiento deviene de situación fáctica a relación jurídica y sólo si se equipara la relación de trabajo en estado de cumplimiento con la pertenencia a la empresa, se la puede concebir como relación comunitaria. Pues el estrecho vínculo personal entre el trabajador y el empresario que nos permite hablar de comunidad, nace solamente de la entrada del trabajador en la empresa, y en su pertenencia a la empresa se enraizan los deberes comunitarios de fidelidad y de protección. El cierre del contrato de trabajo, por sí sólo, no puede constituir comunidad alguna (13). Pero, además, el estado de cumplimiento no puede agotarse en singulares actos de ejecución, pues una comunidad en sentido jurídico no sufre ninguna interrupción, y así también los deberes comunitarios propios han de cumplirse en los momentos libres (de trabajo), y pueden también en estos momentos ser infringidos.

Si, según esto, el contrato de trabajo encuentra su ejecución en la pertenencia del trabajador a la empresa o al privado círculo de vida del dador de trabajo, no se puede por más tiempo perseverar en que el trabajador se obliga en el contrato de trabajo a

---

(13) En contra HUECK (loc. cit., págs. 113 y sigs.), según el cual una relación comunitaria debe existir ya antes de la «entrada en el trabajo» como llama a la entrada en la empresa. No puedo encontrar ningún sentido en la suposición de una comunidad aunque el trabajador no haya entrado nunca en la empresa del empresario, porque él rompa el contrato y haga concurrencia. No me parece viable la comparación con el matrimonio. La idea de que el trabajador y el empresario ya por el solo hecho de cerrar un contrato de trabajo entran mutuamente en una comunidad me parece ser, en términos correctos, una insensatez. También es significativo que HUECK (loc. cit., pág. 169) ha declarado inaceptables los preceptos del BGB sobre la nulidad y anulabilidad de los contratos *en el tiempo anterior a la "entrada en el trabajo"* porque entonces *"una relación comunitaria todavía no está constituida"*, lo cual coincide totalmente con mi opinión pero contradice lo expresado por él en la pág. 113.

la prestación de trabajos que son continuamente interrumpidos, pues la obligación del deudor debe coincidir en su contenido con su cumplimiento. Antes bien, el trabajador se obliga a inordinarse con renuncia de su autonomía en la empresa o en el privado círculo de vida del dador de trabajo, a dedicarse allí a las actividades laborales de éste; este deber de servicio comprende todos los deberes singulares, ante todo el deber de trabajar y el deber de fidelidad, ambos son ya contenidos en el deber de servicio, y se fundan en aquél como raíz común; sin embargo, cuando la relación de trabajo está en estado de cumplimiento aparecen en primer término (14).

#### IV. LAS AFIRMACIONES DE LA TEORÍA DE LA INCORPORACIÓN

1. La opinión aquí reseñada se puede denominar *teoría de la incorporación* por la gran significación que corresponde a la inordinación del trabajador en la empresa o en el círculo de vida privado del dador de trabajo. Contra la cual se debe dejar ya de contraponer superficialmente una «teoría contractual», queriéndose evocar se trata de una diferencia fundamental de una trascendental significación. Pues este no es de ningún modo el caso.

La teoría de la incorporación que se ha generalizado en los años treinta, viene a señalar, primeramente, que la relación de trabajo sólo puede desarrollar su total contenido tras el ingreso del trabajador en la empresa y sólo en estado de cumplimiento se desarrolla como relación comunitaria. Es evidente que el trabajador debe haber entrado en primer lugar en la empresa si debe ser sometido a su ordenación, y que además él sólo necesita protección ante los riesgos constituídos por el trabajo en la empresa y que su deber de fidelidad, como el deber de protección del dador de trabajo sólo pueden venir a regir exactamente desde ese momento. También sería un absurdo dar a un trabajador que nunca ha entrado en la empresa el derecho activo o pasivo a ele-

(14) Vid. NIKISCH: *Festschrift Nipperdey* (1955), pág. 65.

gir el consejo de la misma. Sobre esto, además, no existe ninguna diferencia esencial de opinión (15) doctrinal; así uno de los principales contrincantes de la teoría de la incorporación comprende que antes de la entrada en la empresa no existe aún relación comunitaria (16).

Si se considera ahora la relación de trabajo como una relación jurídico-personal comunitaria, es natural, como yo he hecho anteriormente, trasladar su comienzo al momento en que el trabajador entra en la empresa y diferenciarla de la relación obligatoria nacida del contrato de trabajo. Pero uno se ha separado libremente de esta dirección en base a la relación jurídica unitaria, de modo que parece más cierto considerar la relación comunitaria sólo como una *fase posterior* de la relación de trabajo, ya iniciada con la entrada en vigor del contrato de trabajo (17).

2. El otro deseo de la teoría de la incorporación sería la prueba de que también puede existir una relación de trabajo, si el contrato de trabajo, expresa o tácitamente constituido, es nulo desde el principio o a consecuencia de una posterior impugnación. Tampoco sobre esto no hay hoy discusión alguna. Los partidarios de la teoría contractual tienen, ciertamente, la opinión de que el fundamento jurídico de la relación de trabajo debe ser siempre un contrato, pero reconocen, a pesar de ello, la existen-

(15) Para el derecho de elección en el Consejo de Empresa se exige la pertenencia a la empresa en el día de la votación, y para ser elegibles los trabajadores han de pertenecer a la empresa por lo menos un año antes (§ 7 Betr. V. G.). La doctrina dominante parte para esto de la *duración del empleo fáctico* y no cuenta, además, los intervalos en los que la relación de trabajo jurídicamente no subsiste. Vid. NIPPERDEY, en *Hueck-Nipperdey*, II, 7. De lo cual se deriva que la existencia de un contrato de trabajo no da ningún derecho activo o pasivo de elección.

(16) HUECK, loc cit., pág. 139. Vid. supra, nota 15.

(17) A principios de 1955 ya había sostenido yo esta opinión en el primer tomo de la segunda edición de mi *Arbeitsrecht*, HUECK («R. d. A.», 1955, págs. 323 y sigs.) no toma en cuenta esto sino que se limitaba a combatir la opinión que yo había tenido anteriormente en los años cuarenta. Yo no he podido reconocer mi teoría en la interpretación de MOHNER en el *Staudinger-Nipperdey*, nota 29, ver § 611 BGB.

cia de relaciones de trabajo que *no tienen como base ningún contrato de trabajo válido* (18). La contradicción no es resuelta con que en otras relaciones comunitarias, como en la sociedad, si sus ejecuciones hubieran dado comienzo (19), se actúe igualmente y se ignore la nulidad, pues esto sólo probaría que tampoco en los otros casos se es consecuente.

Tampoco la dudosa figura de la nulidad *ex nunc* explica el asunto hasta el fondo, pues si sólo se considera la nulidad a partir del momento en que un interesado apela a ella, en todo caso sucede que, hasta entonces, ha faltado a la considerada existente relación de trabajo el supuesto indispensable del fundamento contractual. Se admite abiertamente, entonces, que también un inválido, y por ello nulo contrato de trabajo, puede constituir una relación de trabajo (20), tranquilizándose con la opinión de que un contrato nulo es en todo caso un contrato. Con lo cual, para salvar la teoría contractual esto se sobrepone al fundamento firmemente establecido de que un negocio jurídico nulo no puede conseguir las consecuencias jurídicas queridas (21). Si se añade a esto que según la opinión general la nulidad ha de ser considerada sólo cuando ha surgido con la ejecución, entonces la realización del supuesto querido en el contrato de trabajo puede ser sólo *la incorporación del trabajador en la empresa del dador de trabajo*, lo cual constituye la relación de trabajo y conserva su existencia hasta tanto que es disuelto por la demanda de la nulidad del contrato por el trabajador o el empresario.

3. Según esto, la polémica doctrinal gira sobre la cuestión de cómo la situación jurídica, que es reconocida por ambas teorías, ha de explicarse doctrinalmente con exactitud. No debe discutirse por más tiempo que únicamente la teoría de la incorporación, en su sentido genuino, puede dar una fundamentación lógica y libre

(18) HUECK, loc. cit., págs. 107, 111, 174 y sigs.; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOINEN, § 11 BGB, núm. 29; DIETZ, § 4 Betr. V. G., núm. 29.

(19) A esto se refiere HUECK, loc. cit., pág. 112.

(20) HUECK, loc. cit., pág. 111.

(21) Vid. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 202, I, 4 BGB.

de objeciones. Una, considerada nuestra teoría jurídica, que contrapone con extremado excepticismo las «relaciones contractuales fácticas», ha señalado que determinadas relaciones comunitarias a pesar de su fundamental contradicción a los fundamentos contractuales se insertan tan fuertemente en la esfera social que el Derecho *debe tener en cuenta la realidad de sus existencias pese a su nulidad* (22). Sobre esto es bastante lo que ha quedado dicho para la relación de trabajo.

Tan pronto como se esté de acuerdo en esto se resuelve la polémica doctrinal. Pero algunos van tan lejos en su adversión contra las relaciones de trabajo sin contrato que declaran incompatible con la dignidad y autonomía de la personalidad el que alguien deba someterse a otro de modo diverso que por su voluntad jurídico-negocial. No se contentan con que el trabajador, sólo con el común acuerdo de ambos, puede ser recibido al servicio del empresario, sino que sostienen que este acuerdo debe mostrar los rasgos de un auténtico contrato (23). Pero a esto todavía se añade que también en la nulidad del contrato de trabajo tras la «entrada en el trabajo», existe una relación de trabajo, aunque viciada y por ello en todo tiempo disoluble, pareciéndose considerar el contrato de trabajo nulo como uno «auténtico»: y es completamente irrazonable cómo se puede conceder un valor tan grande a una voluntad jurídico-negocial que no es reconocida por el ordenamiento. Debe señalarse, aunque sólo sea marginalmente, que la admisión del trabajador en la empresa no es, lo mismo que la entrada en el trabajo, un negocio jurídico como especialmente se pone de manifiesto si el trabajador ha celebrado anteriormente el contrato de trabajo. Si esto no es así se constituye con la entrada en la empresa un auténtico cierre de contrato, coincidiendo ambos, pero sólo exteriormente. Pues cuando el contrato es nulo

(22) HEINRICH LEHMANN: *Das "faktische" Vertragsverhältnis*. «Herings Jahrbücher», 90, pág. 131 y *Faktische Vertragsverhältnis*, N. J. W., 1958, página 1. Vid. sobre esta cuestión más ampliamente mi *Arbeitsrecht*, 3.<sup>a</sup> edición, I, págs. 172 y sigs.

(23) Así HUBER, loc. cit., pág. 109.

pese a ello, el trabajador está ingresado en la empresa, siendo para esto bastante el acuerdo *fáctico* de ambas partes. Para la protección de la libertad individual basta esto. Quien tenga otra opinión debe combatir, en los casos de nulidad del contrato, la posibilidad de que por la entrada del trabajador en la empresa resulta una relación de trabajo. Esta es entonces la tan lógica como insatisfactoria consecuencia de la teoría contractual.

## V. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> La dependencia del trabajador estriba no en su sometimiento a las instrucciones del dador de trabajo, sino en su incorporación a un círculo de vida y de trabajo ajeno, la mayor parte de las veces en una empresa ajena.

2.<sup>a</sup> La incorporación produce no sólo una dependencia del trabajador al empresario, sino también un vínculo personal de las partes que obliga al trabajador a fidelidad y al empresario a la protección del trabajador.

3.<sup>a</sup> El trabajador se obliga en el contrato de trabajo no a reiteradas prestaciones singulares, sino sólo a la entrada en la empresa o en el círculo de vida privada del dador de trabajo. La realización de esta obligación consiste, según esto, en la constitución y sostenimiento de una situación que perdura en tanto el trabajador pertenezca a la empresa.

4.<sup>a</sup> La relación de trabajo solo puede desplegar su contenido tanto en «situación de ejecución», y únicamente entonces se desarrolla como relación comunitaria. Pero también, además, la entrada del trabajador en la empresa del dador de trabajo conduce a una relación de trabajo, cuando el contrato que le sirve de base es inválido. Esto ha sido enseñado siempre por la teoría de la incorporación; habiéndose liquidado sobre la cuestión la polémica doctrinal, pues la llamada teoría contractual no contradice ya esta solución.

ARTHUR NIKISCH