

EL AMBITO DE APLICACION PERSONAL DE LAS NORMAS DE DERECHO DEL TRABAJO

por Gaspar BAYON CHACON

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Facultad
de Derecho de Madrid (España)

I. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA; y 3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y DOCTRINALES (1)

Nos decía cierto clásico español que la falta de temor ante los grandes empeños sólo era propia de los fatuos. No tengo por qué acusarme de fatuidad pues redacto esta ponencia conociendo mis limitaciones y sus objetivas dificultades.

Exigencias de tiempo y organización me obligan a escribir estas líneas sin conocer las comunicaciones que sobre el tema que me fué encomendado hayan enviado los congresistas. Tengo que operar, por tanto, sin la base de unas aportaciones que hubieran señalado camino y meta a mi labor. Al propio tiempo se me pide brevedad en esta ponencia, por lo que una concreción excesiva y omisiones de nombres y doctrinas reconocen una causa instrumental y no nacen, ciertamente, de un deseo subjetivo.

Problemas de método

Estudiar el ámbito de aplicación de las leyes laborales equivale jurídicamente a delimitar las fronteras del Derecho del Trabajo, pero socialmente significa también concretar y definir en un momento determinado el dinamismo y desarrollo del proceso jurídico-laboral, ese agitado proceso siempre en desarrollo y modificación. Pero, además, si de aquel empeño genérico descendemos a los problemas específicos, la tarea que nos fué encomendada implicaría también el examen de una serie de actividades humanas que se encuentran en el límite del Derecho del Trabajo y de otras disciplinas jurídicas. Aludimos, naturalmente, a toda esa serie de actividades profe-

(1). En el problema de «frontera» que respecto del ámbito de la legislación laboral hemos de tratar, unimos los números 1 y 3 del art. 10 del Reglamento del Congreso, después de llegar a la conclusión de que nos es imposible separar la delimitación del tema de su estudio doctrinal.

sionales que el profesor Deveali llamó zonas grises del contrato de trabajo, que según el momento, sus características variables y el Derecho positivo de cada país están sujetas o no a la legislación laboral, dependiendo su inclusión o exclusión de elementos circunstanciales y territoriales y no de criterios inmutables y generalizados. El examen concreto y comparativo de cada una de tales situaciones en cada uno de los países representados en este Congreso significaría una multiplicación de situaciones concretas a examinar que excedería en mucho a nuestras posibilidades de actuación y a la duración del Congreso mismo.

Por todo lo hasta ahora expuesto, nuestra directriz metodológica en esta ponencia ha de ser más modesta, pero esperamos que resulte más útil para las futuras deliberaciones.

Trataremos, pues, de presentar grupos de problemas y de examinar las diversas posibilidades de solución, ya que, como el venerable maestro Unsaín nos dijera, el hombre que se ocupa como técnico de los problemas del trabajo debe ante todo procurar resolverlos. Al examinar estos grupos de problemas, trataremos, pues, no de informar de las soluciones locales y concretas de cada una de estas situaciones en cada uno de los países, ya que la finalidad de este Congreso no es informativa ni divulgadora, sino de marcar lo esencial, lo trascendental, si se quiere, induciéndolo de las líneas generales de evolución de la legislación de trabajo iberoamericana. Al fin y al cabo, de lo esencial de cada grupo o cada pueblo surge espontáneamente, según la frase de Unamuno, el desarrollo de su vida cotidiana.

Problemas doctrinales

Lo trascendental respecto del tema que examinamos no es exponer si, por ejemplo, el representante de comercio es, según la ley o la jurisprudencia de éste o del otro Estado, trabajador por cuenta ajena o independiente, sino sobre todo marcar cómo la protección legislativa a los que viven de su trabajo no es un problema jurídico estático y resuelto ya para siempre o para largos años, como puedan serlo toda una serie de instrumentos del Derecho privado, sino un fenómeno dinámico y vivo. La situación social y económica de muchas de esas personas varía de lustro en lustro; a veces, de año en año; es algo en perpetuo cambio, y por tanto, toda regulación legal de sus problemas habrá de ser dinámica también si no se quiere que la ley laboral se convierta —utilizamos una frase, casi un latiguillo, del pensamiento intuitivista— en un puente que pase por encima de la realidad o en un túnel que la atraviese por debajo.

Este dinamismo de la doctrina laboral y de la legislación de trabajo fué advertido, ciertamente, desde hace muchos años por los laboristas iberoamericanos. En Argentina, Tissebaum defiende la necesidad de la revisión sistemática de la legislación de trabajo (2) y advierte su desarrollo en profundidad (individual) y en extensión (social).

(2) Advertimos: a) Que en esta ponencia, dado el ámbito del Congreso, sólo citaremos autores iberos o iberoamericanos; b) Que las citas se hacen sólo *ad exemplum*, sin que la inclusión en ellas de uno u otro autor signifiquen exclusividad en la doctrina a que se refieren.

Deveali dedica estudios a las etapas diferentes de evolución del Derecho del Trabajo, y Krotoschin, como luego el boliviano Pérez Patón, afirman que el Derecho del Trabajo evoluciona desde un Derecho de clase a un Derecho de superestructura. En Brasil, el precursor Evaristo de Morais nos marca desde 1905 hasta más allá del año 40 la continua evolución de la ley laboral. Amaral nos recuerda que el Derecho del Trabajo es un Derecho en marcha hacia el futuro y no una rama jurídica estática, y Cotrim Neto opina que el núcleo central de este Derecho, el contrato de trabajo, no alcanzó aún su forma definitiva. Para el venezolano Caldera la razón de tal dinamismo se encuentra en que lo social no es un adjetivo que califique permanentemente a esta especialidad jurídica, sino un método progresivo de interpretación; el profesor boliviano Pérez Patón deriva este fenómeno de los fines político-sociales de nuestra disciplina; el español García Oviedo y el brasileño Cesarino Junior, de su finalidad social y de su fin de protección a los débiles, y el mejicano De la Cueva advierte cómo el desarrollo industrial o comercial va convirtiendo a ciertos trabajadores, antes autónomos, en empleados de las empresas. En Portugal marca ese sentido progresivo Rodrigues Ventura, uniéndolo a su «sentido técnico» del Derecho del Trabajo, y en España toda la doctrina insiste en esta afirmación, desde la jurisprudencia de hace una treintena de años, que elaboraran los profesores Castán o De Buen, a la actual doctrina, en la que Pérez Botija especifica diversas etapas de evolución, Alonso Olea, Alonso García, Borrajo, Rodríguez Piñero, etc., y nosotros mismos, que hemos dedicado especiales estudios a las evoluciones recientes de nuestro Derecho del Trabajo, realizados sin modificar normas fundamentales, sino en base de evoluciones legales, jurisprudenciales, y a veces, en forzadas interpretaciones a los textos básicos (3).

Es, pues, un hecho ese dinamismo, que, como advierte Despontins, afecta, unas veces, a la persona del trabajador, y otras, a su tarea, por lo que, como destaca Cepeda Villarreal, la legislación laboral se extiende, tanto horizontal como verticalmente, en cuanto a los derechos del trabajador y a las condiciones para su ejercicio.

De otra parte, esa tendencia expansiva se marca, además, en una conexión creciente de los problemas del Derecho del Trabajo con los de otras disciplinas científicas (recuérdese algún reciente ensayo de Tissembaum y una monografía sobre conflictos de leyes en las relaciones de trabajo de Gilda Maciel Correa Meyer Russomano) y hasta en una tendencia institucionalista, señalada ya hace muchos años respecto de los problemas de la prevención de accidentes por María Palancar y Pérez Botija, y más recientemente por Ruprecht; tendencia observada igualmente por Mesquita, y que a veces llega a dar un sentido en cierta forma existencial a ciertas normas positivas (comentario de Prescura al Código paraguayo y al experto español Pérez Botija, que lo redactó). Hasta ahora, y desde hace medio siglo, el movimiento en que se refleja es comparable a las ondas concéntricas que produce la piedra que cae sobre el agua. Primero, se produce un impacto fuerte, directo, rotundo, que en nuestra disciplina fué la protección legislativa al obrero manual (no en balde decía nuestro

(3) Este fenómeno expansivo es propio de una rama jurídica nueva, desde el punto de vista científico, como el Derecho del trabajo «rama nueva» en el sentido de DESPONTINS, mejor que «Derecho nuevo», como la llaman ALFREDO PALACIOS o GUILLERMO CABANELLAS.

primitivo laboralista profesor Castroviejo que el Derecho del Trabajo nació como un Defecho para jornaleros); luego, advertimos una expansión de aquellas ondas que se producen posteriormente, pero de forma claramente perceptible: es la protección posterior del empleado administrativo o del trabajador intelectual; por fin, hay otras ondas más extensas, pero débiles y un tanto borrosas, que son equiparables a la protección de las «zonas grises»: de los representantes de comercio, de los trabajadores a domicilio, de los cargos directivos, etc., que marcan la frontera entre el agua agitada y el agua inmóvil. Pero aunque nuestra vista no las perciba, sobre la superficie del agua hay aún otras ondas, tan débiles, que no nos damos cuenta de su existencia y que encierran los ámbitos futuros de vigencia del Derecho del Trabajo; nuevos sectores de actividad que aun hoy no concebimos como propios del Derecho del Trabajo, pero que encierran tal vez su futuro. No estimamos demasiado atrevidas ni literarias estas afirmaciones cuando la moderna ciencia nos afirma, frente a la anterior concepción limitada y concreta del universo, la certeza o la posibilidad de su continuada expansión. Válganos, además, la experiencia pasada. ¿Se hubiera comprendido a principio de siglo que un abogado o un ingeniero jefe pudieran llegar a ser considerados como trabajadores dependientes y por cuenta ajena? ¿Cuáles han sido, en verdad, las causas de esta ampliación del ámbito de las leyes laborales? Múltiples, a nuestro juicio. Espirituales, sociales y políticas, unas; materiales, técnicas o económicas, las otras. Pero si entre todas ellas hubiéramos de escoger las más significativas, yo me atrevería a proponer las siguientes:

- 1.ª La gradación de las conquistas sociales dentro de un mundo capitalista.
- 2.ª La generalización de la necesidad de trabajar para las clases medias.
- 3.ª La tecnificación del trabajo en las Empresas, con la natural disminución de distancias entre el trabajador manual y el intelectual.

Para comprobar la realidad del primer fenómeno señalado, basta pensar que la primitiva legislación moderna del trabajo nace, frente al capitalismo liberal, como una conquista social para remediar injusticias y dolores; que, naturalmente, ante la imposibilidad histórica de suprimir de golpe todas las injusticias sociales, se lucha inicialmente contra las más graves. Por ello las primeras leyes de trabajo buscan sistemas de protección de los más oprimidos: de los obreros manuales, que, en frase de León XIII, se encontraban en situación que recordaba a la esclavitud, y se procura reducir su jornada para evitar su fatiga y su miseria y asegurar una serie de medios de presión (Sindicatos, huelgas) y de instrumentos jurídicos (convenios colectivos, intervencionismo estatal, etc.) que sean eficaces para asegurarles, dentro de la concepción capitalista que subsiste, unos salarios mínimos suficientes.

Esa gradación de medidas protectoras (principio de gradualismo, que diría Deveali) reconoce, desde luego, otras causas concretas y evidentes. Una, tal vez, el progreso económico de la sociedad moderna que, dentro de los principios capitalistas y del sistema habitual de reparto de beneficios, permite la concesión de mejores condiciones de trabajo, acudiéndose al practicarla a las clases más necesitadas de ella. De otra parte, se concede antes a quien reclama más y más fuerte, y por ello se atiende con preferencia a los obreros de la construcción, por ejemplo, que a los sufridos trabajadores a domicilio, vergonzantes, ocultos muchas veces, o a los médicos, los abogados

que los ingenieros, ya que ellos mismos tardan muchas décadas en adquirir conciencia de que también pueden ser trabajadores por cuenta ajena.

Además, el empresariado cede poco a poco; no es un mundo en revolución el de este siglo, sino en evolución; evolución desde el capitalismo liberal al capitalismo intervenido, y aquél cede en los lugares de mayor presión; es decir, en el de la presión agobiante de las masas, y sólo muy posteriormente, en la más suave de las minorías profesionales.

Pero no todo tiene una explicación tan materialista y tan economicista. Hay también, afortunadamente, otras influencias de hondo sentido espiritual. La doctrina pontificia, las nobles aspiraciones de mayor aproximación entre las clases de todas las tendencias ideológicas, la natural repugnancia actual frente a las grandes desigualdades, son causas que provocan la aplicación de los primeros remedios allí donde las distancias son mayores. Nosotros, como conjunto, somos más sociales que nuestros padres; nuestros hijos lo serán más que nosotros. Por ese sentimiento y ese afán, cualquiera que sea un régimen político, busca y no rehuye hoy el calificativo de social, y por la fuerza misma de los fenómenos sociales, el imperativo de la justicia social se manifiesta con intensidad y con expansión crecientes, aunque con una velocidad aterradora, para unos; demasiado moderada, para otros, como una constante histórica.

El segundo fenómeno a que aludíamos anteriormente, como concausa de la expansión del ámbito de la legislación de trabajo, era la progresiva incorporación al trabajo por cuenta ajena de extensas zonas de la clase media y aun de las clases elevadas económicamente, que por avatares económicos han perdido su privilegiada posición.

Esa incorporación al trabajo por cuenta ajena de grandes masas de antiguos propietarios, rentistas, empresarios o trabajadores independientes tiene, a su vez, una serie de causas diversas, pero como principal hemos de destacar el generalizado fenómeno inflacionista, que impide a todo pequeño propietario vivir, como antes, de sus rentas. También influye, en verdad, la dificultad de vida independiente de los pequeños patronos frente a las grandes empresas, la más fácil distribución de los productos, y muy marcadamente, la generalización del ansia de progreso y de mayor bienestar, que induce a buscarlo a través de un trabajo remunerado frente al antiguo conformismo con la insalvable modestia en que antes se mantenían los pequeños rentistas.

Se produce así, pues, una integración numéricamente importantísima de estas clases en el ejército de los trabajadores al servicio de las empresas.

El tercer fenómeno que señalábamos como causa de la expansión de la legislación laboral era la progresiva tecnificación del trabajo. A comienzos de siglo, el trabajo manual era predominante y hasta el maquinismo era un trabajo de esfuerzo en el que la máquina, sin reemplazar totalmente al hombre, estaba accionada y controlada por él en grado muy superior al actual. Hoy, en los países que figuran al frente de la producción industrial, ese automatismo maquinista es intensísimo, y el esfuerzo manual, mucho menor, y aunque en países de técnica menos desarrollada se acusa el fenómeno con menor intensidad, se ofrece proporcionalmente semejante. En aque-

lla primera época, el trabajo manual, directo o con máquina, exigía sólo, por lo general, un aprendizaje relativamente elemental, y entre la masa obrera y la intelectual existían abismos de cultura. La complejidad técnica actual ha creado una serie de profesiones especializadas, y ciertos maquinistas, trabajadores en electrotecnia, en industrias químicas, en maquinaria de precisión, etc., que aunque no requieren un título superior, necesitan una cultura técnica de grado medio, unos conocimientos que no permiten ya su equiparación desde el punto de vista de la formación profesional con los simples obreros manuales.

Un fenómeno análogo ocurre con el personal administrativo, cuya especialización: dactilografía, taquigrafía, máquinas de calcular, racionalización y métodos, etc., los aproxima al intelectual, al menos en parciales aspectos.

Este acortamiento de distancias entre lo manual y lo intelectual tiene también un reflejo económico: un buen obrero especialista gana más que un administrativo; un jefe de ventas o de propaganda, pues, gana más que un abogado en una Empresa. De ahí que ya los administrativos y los intelectuales no se consideren colocados en una esfera radicalmente distinta, y que, sujetos a las obligaciones laborales, jornada, etcétera, reclamaran y obtuvieran también los derechos de dicho tipo. A ello contribuyó esencialmente la ansiedad de ganar en lo posible la estabilidad en el empleo, y sobre todo los beneficios de la Seguridad Social. El costo actual de las medicinas, la gran dificultad práctica del ahorro con vistas a la vejez o a la incapacidad, dados los medios y los modos de hoy, impulsaron a la inclusión más o menos progresiva o completa en las leyes de trabajo de quienes antes no estaban amparados por ellas. En tal tendencia influye notoriamente la sindicalización de empleados e intelectuales. Por este conjunto de fenómenos nos habla el profesor De la Cueva de la proletarianización de las profesiones intelectuales, aunque también pudiera decirse con mayor generalidad que lo que se había producido era la desproletarianización del concepto de trabajador, y por tanto, de la legislación laboral.

Pero cuando ya aparecen estabilizadas jurídicamente tales conquistas sociales surgen esas otras ondas más débiles y se actualiza el problema de las «zonas grises», en las que el Derecho del Trabajo se debate en medio de grandes dificultades jurídicas y en el que las soluciones varían de país a país, de tribunal a tribunal y de profesión a profesión, moviéndose entre problemas técnicos y posibilidades económicas, entre aspiraciones y resistencias y buscando instrumentos jurídicos que a veces no logran adecuarse a los esquemas clásicos del contrato de trabajo. En estas materias, aunque socialmente no se haya avanzado lo suficiente, es mayor aún el retraso de la técnica jurídica, y ello nos hace recordar la afirmación de Videla de que lo social perturba el Derecho del Trabajo porque el fenómeno social se antepone siempre en el tiempo a su regulación jurídica.

Para resolver, sin embargo, estas realidades sociales hace falta una instrumentación jurídica muy precisa, pero muy flexible. Quiere ello decir que la dogmática jurídico-laboral tradicionalmente utilizada ha de emplearse en lo futuro con espíritu crítico a fin de comprobar si ante el fenómeno de expansión constante del Derecho del Trabajo y de las leyes laborales los principios antes admitidos como básicos siguen siendo válidos, continúan apareciendo como jurídicamente útiles o si, ante nuevos

realidades sociales, hay que proceder a reformarlos o a buscar otros nuevos. Con ello queremos aludir esencialmente al principio de la «dependencia» o de la «subordinación jurídica» no para combatirlo esencialmente en este momento, y sin afán alguno de polémica, sino para actuar con prudencia y sin pasión y comprobar si su exigencia como requisito que acuse la presencia de un trabajador es útil o es entorpecedora para el desenvolvimiento futuro de la legislación social. No pretendemos, pues, la exposición de una doctrina general sobre este punto, sino el examen concreto del problema en relación con las zonas fronterizas del Derecho del Trabajo. No queremos tampoco actuar de iconoclastas ni destruir categorías instrumentales que han servido con utilidad en nuestra disciplina, pero sí creemos que no hay tampoco que rehuir el examen de si tal o cual dogma es socialmente útil, cuando el mundo ha evolucionado intensamente en relación con instituciones políticas, económicas, religiosas, etc. Preconizamos, pues, simplemente, el abandono de cualquier dogmatismo *a priori* respecto de estos problemas. La configuración lógica de las normas exige ser adecuada, más que a una teoría de la estructura, a una doctrina de la acción.

El problema general de la inclusión o exclusión de determinadas categorías profesionales en la legislación de trabajo se ha centrado y tratado de resolver en gran parte alrededor de la presencia o ausencia en cada caso del elemento llamado «dependencia» o «subordinación». La incorporación de este requisito al concepto de contrato de trabajo es tal vez un fenómeno histórico provocado por el hecho de que la protección inicial de las leyes laborales recayera sobre trabajadores manuales en evidente situación de dependencia económica ante una ley de mercado que les era adversa y en dependencia técnica como consecuencia de una formación profesional que entonces, y en conjunto, exigía una escasa especialización y una casi nula o muy rudimentaria preparación cultural.

Es posible también que influyera en dicha incorporación el recuerdo gremial del empresario-maestro, que pervivía con cierto rigor en los talleres artesanos, en la pequeña industria y en el pequeño comercio. El hecho es que, con unas u otras palabras, las leyes de trabajo exigen esa dependencia, esa subordinación, ese poder de mando, de dirección, de fiscalización del empresario para admitir la existencia de un contrato de trabajo. El hecho es tan generalizado, tan conocido e incluso tan presente hoy, que no resulta necesaria la transcripción de textos legales.

No obstante, si observamos la moderna literatura laboral, advertiremos que ya hoy este tema de la dependencia o subordinación se plantea en una forma diferente a como lo fuera en tiempos anteriores. En los libros de hace algunas décadas, el requisito de la dependencia se explicaba de una forma dogmática, afirmando simplemente que el contrato de trabajo es el referente al trabajo subordinado o dependiente, con exclusión, por tanto, del trabajo independiente o autónomo. Hoy, aunque la mayor parte de la doctrina continúa exigiendo el elemento dependencia, éste, como requisito esencial de la calificación jurídica no se impone, sino que se expone, se analiza y se interpreta.

Este hecho evidente es consecuencia, a nuestro juicio, de la expansión de las leyes laborales a que antes nos hemos referido. Ante unas legislaciones laborales que rechazaban como trabajador al que lo es a domicilio, que no concebían que lo

fuéran los intelectuales en ejercicio de profesiones liberales y con un título superior, que no protegían al representante de comercio, ni al aparcerero o mediero, etc., y concebidas para amparar a trabajadores de escasa cultura y formación técnica, es evidente que el requisito de la subordinación o dependencia resultaba tan claro y evidente que no necesitaba de gran explicación. Pero cuando se estima que esos profesionales excluidos antes de la protección laboral deben ser amparados por la legislación que la regula, ya sea por una inclusión incondicionada a ella, ya por el establecimiento de normas especiales, el concepto de dependencia necesita ser analizado rigurosamente, y así, en la moderna literatura laboral observamos que se interpreta dándole una gran flexibilidad y que hasta en ocasiones se niegan sus caracteres absolutos o hasta se llega a desconfiar de su valor como característica relevante para determinar la existencia de un contrato de trabajo. De tal forma, a nuestro juicio, se demuestra una vez más cómo los hechos van por delante de la instrumentación jurídica. No se trata de que la evolución de la doctrina jurídica provoque la inclusión legal de ciertas categorías de profesionales en el concepto de trabajador, sino que resulta necesario acoplar el concepto de dependencia en su primitivo sentido absoluto a moldes más flexibles para hacerlo, en todo caso, compatible con la necesidad social y el sentimiento general de proteger como trabajadores a elementos profesionales excluidos antes de la legislación sobre el trabajo.

Es de justicia en este momento rendir tributo de admiración a un viejo laboralista americano, el maestro Unsaín, que habiendo vivido la mayor parte de su vida científica en la época que llamaremos del «concepto absoluto de dependencia», ante su convencimiento de que el Derecho del Trabajo debe avanzar por zonas, empezando por los obreros manuales, siguiendo por los empleados hasta cubrir en su día a todo el que trabaja para otro, llega a afirmar que, en definitiva, la dependencia no faltará nunca en el que, de una u otra forma, trabaja por cuenta ajena. Ese sentido evolutivo de nuestra disciplina se marca también en otros laboristas de primera época, como de Morais, o suscita la convicción de que el contrato de trabajo no ha encontrado aún su forma (Cotrim Neto). Surge así el examen del problema de la dependencia o subordinación y empiezan a advertirse ciertas desconfianzas, análisis e interpretaciones. Vemos así cómo el concepto económico de la subordinación o dependencia pasa a ser un tanto un elemento de coyuntura, de mercado, y se desconfía de él o se niega su valor en cuanto a la dependencia, por estimarse a veces que se refiere a una concepción estrecha o anticuada del concepto (De la Cueva, Russomano). El hecho de que con el progreso técnico actual muchos empresarios no puedan dirigir el trabajo de ciertos especialistas lleva a eliminar del concepto la dependencia técnica y en gran parte el poder de dirección como labor efectiva (Pozzo, etc.), admitiendo que la efectividad de la dirección no es esencial a la dependencia, bastando la posibilidad de su ejercicio (De la Cueva), con lo que se distinguen diversos grados de subordinación (por ejemplo, Sidauy, Deveali, etc.). Así, la dependencia, o se considera más que como dirección efectiva, como mando y fiscalización (Galli Pujato, Krotoschin, etc.), como una subordinación jurídica (Cazanave, etc.), jerárquica (Russomano, etc.), que incluso se estima como una subordinación general a los fines de la empresa (De la Cueva), una puesta a disposición de otros (Deveali), o que hasta

puede admitirse que existe, incluso para los trabajadores a domicilio por la simple aceptación de un programa (Gallart). De esta forma la dependencia clásica se transforma en algo elástico, flexible, no exclusiva, propia en cierto grado de la «deuda de actividad» (Pinto Antúnez), de una prestación de servicio sin apellido (Cesarino Junior), y por ello algunos sectores doctrinales la consideran, más que como un requisito constitutivo, como una circunstancia que unas veces se da rotundamente, otras se desdibuja de tal forma que hay que desentrañarla (Despontins, Bayón), o hasta el punto de perder su valor como elemento conceptual frente a la prestación de servicios profesionales (Bayón, Borrajo) (4).

Pero hay que hacer notar que, salvo en ciertas excepciones, como la propia nuestra, el conjunto de la doctrina, más que negar el principio de dependencia, lo acopla, lo adapta a nuevas situaciones, para que la legislación laboral pueda extenderse a las zonas de frontera o incluso a lo que Ramírez Gronda llama «situaciones atípicas», pero manteniéndolo como concepto trascendente siempre (Pérez Botija) en la calificación de un contrato de trabajo (5).

(4) El profesor BORRAJO es todavía más terminante que nosotros en cuanto a la formulación de sus conceptos: «El Derecho obrero» se ha transformado, en consecuencia, en el Derecho del trabajo profesional por cuenta ajena. Es más, en nuestro tiempo se percibe claramente que la situación social y económica del trabajador artesano, con su pequeño taller familiar: la del cultivador directo en el campo, que vive del fruto de sus propias tierras; la del representante de comercio, que trabaja a comisión para varias Empresas; la del gestor de negocios, que lleva personalmente su modesta oficina, etcétera, es una situación muy parecida a la de los propios asalariados. Una enfermedad, la falta de empleo o de clientela, la vejez, etc., les causan un grave daño económico, con todas sus consecuencias personales y sociales. De ahí que las medidas protectoras del obrero, primero, las del trabajador por cuenta ajena después, se vayan extendiendo a todos estos trabajadores por cuenta propia o autónomos, con lo que el Derecho del trabajo, que había pasado ya del Derecho obrero a Derecho del trabajo profesional por cuenta ajena, tiende a ser hoy el *Derecho del trabajo profesional, sin más*. Obsérvese que estas afirmaciones van más allá de nuestro concepto de profesionales (*Manual de Derecho del Trabajo* en colaboración con PÉREZ BOTIJA en sus varias ediciones y resto de nuestra exclusiva producción científica). Parte de la doctrina española ha abandonado o suavizado el valor del elemento subordinación o dependencia, así ALONSO OLEA refiere el Derecho del trabajo al trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena, sin incluir el elemento de la dependencia o subordinación, porque es una vía muerta utilizarlo para tratar de distinguir el contrato de trabajo del de arrendamiento de servicios, ya que en el propio trabajo directivo hay elementos de subordinación jurídica más intensos muchas veces que en el trabajo no directivo. ALONSO GARCÍA sólo admite el elemento dependencia en cuanto lo exige el Derecho positivo, pero no en un concepto amplio o doctrinal del Derecho del trabajo, advirtiendo en esta rama jurídica síntomas de extensión progresiva incluso a costa del elemento de la ajenidad.

(5) El autor de esta ponencia advierte expresamente que la brevedad de espacio le obliga a realizar unas citas en exceso abreviadas que pueden no reflejar por sí mismas las posiciones totales de los profesores citados. Esto, a nuestro juicio, no representa inconveniente en una ponencia que no es didáctica sino dirigida a expertos que conocen perfectamente la doctrina y a la que bastan estos «puntos de posición» para simple recordatorio de un conjunto de opiniones que mentalmente reproducen automática y exactamente ellos, en su total y verdadero sentido. Iguales razones de

Como hemos indicado, no parece éste el lugar ni el momento de abordar con hondura el problema del valor del elemento «dependencia» o «subordinación» en el contrato de trabajo. Lo que nos interesa es sólo marcar que la flexibilidad con que hoy se interpreta es una aportación instrumental y teórica de los juristas a una necesidad social de ir ampliando el ámbito personal de aplicación de la legislación de trabajo a categorías profesionales antes no protegidas por la misma.

2. EXPOSICIÓN SUCINTA DEL DERECHO ESPAÑOL

Parece, en verdad, llegado el momento de examinar cuál es la situación legislativa presente sobre este ámbito. Sería imposible reflejar la de todos los países afectos a este Congreso.

Por ello, y de acuerdo con el artículo 10 del Reglamento del mismo, nos limitaremos a nuestro país, pero con el condicionamiento del valor indicativo y no exhaustivo de nuestra exposición.

Nuestra ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, reformada en su artículo 6.º por la de 21 de julio de 1962, incluye en su artículo 1.º como contrato de trabajo, tanto la prestación de servicios como la ejecución de obra, pero la inclusión de la segunda no pasa de ser puramente teórica y de constituir una situación normalmente no laboral, y a la que luego nos referiremos. En dicho artículo se incluye expresamente, tanto el trabajo manual como el intelectual, prestado bajo dependencia del empresario, con lo que *in genere* existe una inclusión amplísima, por falta de exclusiones, que hace inútil la reiteración más especificada del artículo 6.º, que, a su vez, contiene una fórmula general en el final de su párrafo primero, que reitera la condición de trabajadores de quienes desarrollen actividades en situación de dependencia respecto de las personas que las ordenan o encargan, pagando por ellas o por sus resultados una remuneración.

La falta de discriminación por ramas de actividad incluye, pues, como trabajadores a los de la industria, comercio, servicios, agricultura y mar. De forma expresa menciona el artículo 6.º, párrafo primero, a los obreros y operarios, especializados o no en los distintos oficios y profesiones manuales o mecánicas, a los empleados en comercio, bancos, oficinas, contabilidad y gestión.

El propio párrafo primero del artículo 6.º establece la inclusión en el concepto de

brevidad nos obligan a reducir el número de citas, lo que no es desconocimiento o falta de aprecio al respecto de los no citados sino cumplimiento de la orden reglamentaria de brevedad que nos ha sido impartida y que a pesar de estas omisiones, que lamentamos, no estamos seguros de poder cumplir rigurosamente. Por último, a pesar de nuestro propósito de reducir alusiones doctrinales a los autores de las naciones hermanas presentes en este Congreso, sería injusto no mencionar sobre este punto de la dependencia el nombre del malogrado profesor DURAND, que con trazos firmes y subjetivos planteó el problema de hasta qué punto el Derecho del trabajo no se encamina hacia un Derecho de la actividad profesional.

trabajador por cuenta ajena a «los llamados trabajadores intelectuales». Así, pues, trabajadores manuales de todo tipo, empleados y trabajadores intelectuales, se encuentran protegidos por la legislación laboral, y lo están, tanto sean sus empleadores Empresas particulares como el Estado u otras Corporaciones públicas, conforme al artículo 5.º

El propio artículo 6.º, que incluye también a los aprendices, incluye igualmente como trabajadores a los ejecutores de obra, a los trabajadores a domicilio y a los representantes de comercio, en las condiciones y forma que más adelante se examinará. Excluye en cambio la ley, como es lógico, los servicios benévolos, amistosos y de buena vecindad, de tipo ocasional (art. 2.º, b), los trabajos de carácter familiar, siempre que los que los realicen no se consideren asalariados, y de otra parte, el servicio doméstico (art. 2.º, a), los cargos directivos (art. 7.º) y los funcionarios públicos, que se rigen por su legislación especial (art. 8.º).

Tenemos, pues, un cuadro que, aparentemente al menos, presenta cierta complejidad, y en el que una doble remisión a la situación de dependencia (arts. 1.º y 6.º) establece una serie de supuestos fronterizos que examinaremos a continuación.

Ejecutores de obra.—El artículo 1.º de la ley de Contrato de Trabajo de 1944 incorpora, siguiendo a la de 1931, el concepto de trabajador a los que ejecutan una obra, pero exigiendo también para ellos la situación de dependencia. Tal inclusión es, evidentemente, una influencia romanística del original sentido unitario de la *locatio*. Nuestro Código civil, al establecer los tipos de arrendamiento, incluye en un mismo título del libro IV los diversos contratos de arrendamiento: de fincas, de obras y de servicios; la ley de Contrato de Trabajo no se atreve a excluir de lo laboral, por dicha tradición, el arrendamiento de obra, pero al mencionarlo en el artículo 1.º incurre en una deliberada falsedad respecto del resto del texto de la ley, puesto que en ésta, luego, dicho tipo de actividad profesional no aparece en absoluto regulada por tal ley, puesto que la admisión de tipos de contrato en que se atiende a efectos de remuneración al resultado (arts. 38 a 41) no implica una desaparición de la relación laboral propia como arrendamiento de servicios o *locatio-conductio-operarum*. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no vaciló, sin embargo, en acusar esa falsedad de la ley y en excluir, tanto en lo relativo al contrato de trabajo en sí como en la protección por accidentes, al ejecutor de obra de la protección laboral, precisamente porque no trabaja en condiciones de dependencia. La postura de nuestro Tribunal era perfectamente lógica cuando, con evidente oposición al artículo 1.º y al 6.º, el 5.º califica de empresario al contratista de obra, explotación, industria o servicio respecto de los trabajadores que utilice en la ejecución.

Por ello la ejecución de obra aparece regulada sólo por el Código civil (arts. 1.588 a 1.600), no hay protección contra el «despido», que no existe como tal, sino sólo (artículo 1.594) indemnización de los gastos, trabajo y utilidad obtenible, y no es la jurisdicción laboral sino la civil la competente para entender en los litigios que con motivo de los contratos de este tipo se originen.

Y, sin embargo, aunque la ley no lo reconozca así, la realidad nos muestra que si

bien unos ejecutores de obra son verdaderos y con frecuencia fortísimos empresarios (empresas de la construcción, contratos de obras públicas, etc.), otros no son sino trabajadores que aisladamente, o todo lo más con algún ayudante (recuérdese el estudio del profesor Rodríguez Piñero sobre el «auxiliar asociado»), ganan en la realización de esas obras mediante el ejercicio de su actividad profesional normal en estos contratos a *forfait* o tanto alzado, cantidades con finalidad de sostenimiento y no de negocio, que a veces no exceden de los salarios propios de los trabajadores tipo. La inclusión de estos ejecutores de obra de que se ha ocupado más de una vez la doctrina (Ramírez Gronda, Sagardoy, un trabajo próximo de Pérez Botija, etc.), en la legislación laboral siquiera sea a través de un tipo o «contrato especial», parece una exigencia social ineludible y no es justificación suficiente para su desamparo la negación de su calidad de trabajadores dependientes. En realidad, igual que pasa con frecuencia con el trabajo a domicilio existe un mínimo, al menos, de dependencia del ejecutor de obra respecto de su comitente en cuanto a la tarea a realizar, el plazo, las instrucciones, etc. (Morais Filho).

Lo sorprendente en la legislación española es que al reformarse por la ley citada de 1962 el artículo 6.º de la de Contrato de Trabajo se haya insistido en su inclusión como trabajadores, al hablar de «trabajadores en situación de dependencia con respecto de las personas que pagan un resultado por la retribución de su trabajo». Se incide con ello en un fraude de la ley respecto de sí misma. Sin embargo, tal vez esta contradicción no sea tan gratuita o anómala como a primera vista pudiera parecer. La reforma de este artículo se promulga en pleno desarrollo de los convenios colectivos, y muchos de ellos, sobre todo los relativos a una sola, y generalmente importante, empresa, establecen una serie de remuneraciones en relación con los índices de productividad alcanzados, es decir, con el resultado, que superan notoriamente las cifras del salario mínimo por tiempo, y tal vez se temió que la exclusión rotunda de los ejecutores de obra, que trabajaban en relación a un resultado, pudiera provocar concretas oposiciones a la consideración laboral de estas actividades, remuneradas principalmente por el resultado.

Puede, pues, en resumen concluirse, y estimamos que ello es un conjunto válido para la generalidad de los países representados en el Congreso, que el ejecutor de obra no se encuentra protegido por la legislación laboral, pero que debe estarlo cuando su actividad consiste en un trabajo personal y directo como operario y cuando el resultado económico de la misma lo equipara al trabajador normal y no al dueño o titular de una empresa. Si ese momento llega, su protección habrá de ser, sin embargo, especial, ya que si él, social que más jurídicamente es un trabajador, el convertir, sin más, al comitente en empresario acarrearía serias dificultades para el tráfico jurídico.

La legislación de Seguridad Social, que muchas veces se encuentra en vanguardia respecto de lo estrictamente laboral, ha avanzado en nuestra patria en dicho camino al admitir que ese ejecutor de obra se pueda asegurar por su cuenta contra accidentes del trabajo al crear, a diversos efectos de previsión (principalmente invalidez común y vejez), la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, etc.

Trabajadores a domicilio.—La inclusión del trabajador a domicilio en la legislación de trabajo ha presentado prácticamente diversas dificultades teóricas y de aplicación: 1.º La escasa dependencia o subordinación y la imposibilidad de ejercicio del poder de dirección de quienes realizan su labor lejos del empresario, sin posibilidad de control de la jornada y remunerado en atención a un resultado. 2.º El carácter clandestino de muchos trabajos de ese tipo. 3.º El carácter ocasional que en ocasiones reviste esta prestación; y 4.º La facilidad, por todas esas circunstancias, de ocultar el despido o no utilización futura de este tipo de trabajadores. A ello hay que unir la semejanza real de muchos de los supuestos de trabajo a domicilio con un conjunto de arrendamientos de obra.

Se complica aún el problema con la posibilidad de ayuda al trabajador por familiares suyos y hasta por obreros, con la dificultad de determinar dónde hay una sociedad familiar de trabajo por cuenta ajena y dónde el trabajador a domicilio se convierte en un contratista, empresario, a su vez, de una serie de trabajadores.

La doctrina ha marcado, sin embargo, caminos suficientes de diferenciación de situaciones que fueron recogiendo las leyes y jurisprudencia. Así Krotoschin señala la gran dependencia económica que suele agobiar a estos trabajadores, Russomano señala cómo aun con un ejercicio escaso del poder de dirección hay una efectiva subordinación, que Sussekind recuerda afirmó vieja doctrina brasileña (Morais), ya que se señala tarea, tiempo, tipo, se exige un resultado determinado y se dan instrucciones para la realización del trabajo. Análogamente, Bezerra de Meneses y Serra. Cualquiera que sea la forma de esta prestación, hay, al fin y al cabo, dependencia por su naturaleza misma (De la Cueva), y tal dependencia radica, según nuestro más moderno especialista en la materia (Luis Enrique de la Villa), en la puesta a disposición de un tercero y en la obediencia a unas instrucciones para conseguir un resultado que, aunque no continuo, es una forma de dirección. Como hemos señalado Pérez Botija y nosotros, en el trabajo a domicilio se da, además, el elemento de ajenidad respecto del ulterior resultado del proceso económico, que recae sobre el empresario.

La legislación española incluye hoy expresamente a los trabajadores a domicilio en el ámbito laboral, definiendo en el artículo 5.º a los empresarios de este tipo de actividad, y en el 6.º a dichos trabajadores como aquéllos que ejecutan su trabajo en su morada u otro lugar escogido por ellos, sin vigilancia del empresario o su representante, mediante retribución, y le dedica los artículos 114 a 121 de la vigente ley de Contrato de Trabajo.

Se comprende en él tanto el trabajo manual como el que emplea pequeña maquinaria, excluyendo del concepto el que se realiza para satisfacer necesidades familiares o para la venta directa de productos, sin mediación de empresario, exigiendo total independencia de local respecto del mismo. Se incluye, en cambio, a los destajistas a domicilio por cuenta de un empresario, se ordena la fijación de unas retribuciones mínimas, que resultarán similares a las de los trabajadores ordinarios, tanto se remunere por hora como a destajo y se establecen otras normas complementarias, que por razón de espacio no podemos detallar aquí. Las Reglamentaciones de Trabajo de cada rama de actividad y los convenios colectivos regulan con precisión estos

trabajo y fijan tarifas de salarios. Muchos convenios, para prevenir el fraude, prohíben la suspensión de estos contratos. Las causas de despido son las ordinarias.

En materia de Seguridad Social existe para ellos un régimen especial.

En conjunto, pues, nuestra legislación ha logrado un Estatuto jurídico aceptable para el trabajador a domicilio, y la Inspección de Trabajo va consiguiendo, aunque no haya alcanzado aún la deseada meta, eliminar en buena parte la clandestinidad.

Cargos directivos.—La interpretación jurisprudencial, ese tipo de creación de situaciones jurídico-laborales, tan grato, por ejemplo, a un Antero do Carvalho, ha marcado en estos últimos años una evolución que nos parece trascendental.

Recordando la diferenciación que respecto de los cargos de confianza realiza Nelio Reis, de *confianza especial*, de *gestión o técnica*, tenemos que marcar:

a) Que en España, hoy, la diferenciación esencial es entre cargos de *dirección del negocio* y otros tipos de actividad directora.

b) Que la diferenciación produce no los efectos previstos en otros países (Brasil, por ejemplo), que, en cuanto a jornada, etc., los considera trabajadores, pero sin estabilidad y con amplísimo *ius variandi* en favor del empresario, sino como incluido o excluido de la ley de Contrato de Trabajo.

El artículo 7.º de la misma establece que no rige dicha ley para quienes desempeñan funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, características de los siguientes cargos u otros semejantes: director general, director o gerente de la empresa, subdirector general, inspector general, secretario general o excluidos en las correspondientes Reglamentaciones de Trabajo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (especialmente estudiada por Pérez Botija y por nosotros) ha clasificado perfectamente el problema en dos direcciones:

a) Para que el cargo excluya de la ley de Contrato de Trabajo es necesario que las funciones correspondan a la denominación y que la remuneración sea la propia de aquéllos, a fin de evitar la utilización de uno u otro nombre como sistema de fraude a la ley.

b) Un cargo no es directivo si no recaen sus funciones en la dirección del negocio; la función técnica de dirección no deja de ser un trabajo dependiente. Así, por ejemplo, es trabajador, y no cargo directivo, un director cinematográfico. El problema, pues, se monta en base de diferenciar gestión y técnica y no en la anterior distinción de ser o no el directivo trabajador no dependiente (6).

Los cargos directivos propios no se benefician económicamente por prolongación de jornada (horas extraordinarias), ni gozan de protección contra el despido (sin perjuicio de que en sus contratos civiles se estipulen condiciones de rescisión e indemnizaciones). Los cargos directivos técnicos gozan, en cambio, de esa protección. Esta juris-

(6) CALDERA hace notar que un directivo puede no depender de otro, pero sí de Asambleas, Consejos de la sociedad, del dueño individual de un negocio, etc. DELIO MARANH&O, SEG&DAS VIANNA y SUSSEKIND, estiman que la restricción de protección legal de los directivos nace de la naturaleza misma de la función desempeñada; en el fondo late una apreciación de valor, según se tenga un concepto ampliatorio o restrictivo del Derecho del trabajo (CAM&CHO HENRÍ&UEZ, WALKER LINARES, etc.).

prudencia de la Sala VI del Tribunal Supremo recoge, ciertamente, el fenómeno de la continua y descendente delegación de la dirección, del que se han ocupado recientemente en España los profesores Montoya y Almansa.

Hay que indicar, para terminar, que la legislación española sobre Seguridad Social marcha en vanguardia respecto de la estrictamente laboral, en materia de protección de los titulares de cargos directivos (por ejemplo, inclusión en las Mutualidades Laborales).

Representantes de comercio.—Respecto de ellos se plantearon tres problemas técnicos, que durante largo tiempo impidieron su inclusión en las categorías laborales: 1.º La incidencia en la regulación de su actividad de la legislación mercantil. 2.º La atenuación o casi desaparición del ejercicio del poder de dirección por el empresario. 3.º La realidad de multitud de representantes que no trabajan exclusivamente para una empresa. Estos problemas son, naturalmente, paralelos a los de otros países. Recordemos así, a simple título de ejemplo, importantes trabajos de Deveali y sus comentarios a la ley de 1958, de De la Cueva, Krotoschin, Goyatá Celio y tantos otros laboristas iberoamericanos.

En España, la presión de los representantes de comercio por adquirir la calidad de trabajadores tuvo, más que un fundamento laboral, una causa procesal. La exclusión del ámbito laboral significa que en caso de litigio tenían que acudir a los Tribunales ordinarios, sin gozar, pues, de la rapidez y gratuidad de nuestra Magistratura de Trabajo. El problema fué actualizado doctrinalmente de forma especial por el catedrático de Barcelona, profesor Alonso García, y vino a resolverlo la ley de 21 de julio de 1962, número 21, que dió nueva redacción al artículo 6.º de la de Contrato de Trabajo.

El párrafo segundo de dicho artículo dice así:

«Son también trabajadores, aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o a vigilancia en su actividad, las personas naturales que intervengan en operaciones de compraventa de mercancías por cuenta de uno o más empresarios, con arreglo a las instrucciones de los mismos, siempre que dichas operaciones exijan para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no queden personalmente obligadas a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación. Su situación laboral será regulada específicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe del de Comercio y oída la Organización Sindical.»

Dicho precepto ha sido desarrollado por el Decreto 2.412/1962, de 20 de septiembre.

Como se ve, en el Derecho español no sólo es trabajador el viajante de una casa que trabaja exclusivamente para ella, siguiendo el programa de visitas, viajes, etcétera, que ordena la empresa, sino también los que: a) Trabajan para varias empresas (7). b) No tienen jornada; y c) No están sujetos a vigilancia en su acti-

(7) La dedicación exclusiva al servicio de una sola Empresa no es requisito para poseer la calidad de trabajador (CALDERA, MONTENEGRO BACA, VELA MONSALVE, CESARINO

vidad, con lo que se esfuma intensamente el requisito de la dependencia, o de nuevo tenemos que interpretarlo con gran elasticidad, dándolo por presente con sólo la existencia de unas instrucciones, su falta de capacidad para perfeccionar por sí el contrato y su no responsabilidad del buen fin de la operación.

El Decreto de desarrollo hace más liberal y en cierta forma menos costoso el despido de los representantes que el de los demás trabajadores.

La *jurisprudencia insiste especialmente en el requisito de que no respondan del buen fin de la operación que califica al comisionista.*

Socios.—En buena construcción jurídica el copropietario de una empresa no puede ser parte opuesta, trabajador por cuenta de la misma. Sin embargo, la realidad conduce a soluciones muy distintas. El problema carece en general de solución única en las legislaciones, y desde luego en la española. De importancia en la evolución legislativa son dos leyes argentinas de 1964, que marcan el carácter de trabajadores de los socios con trabajo y efectiva recepción de órdenes, con aplicación de normas legales y convenios e inclusión en los regímenes jubilatorios.

No es posible negar (Krotoschin) la calidad de trabajador al socio comanditario si, efectivamente, trabaja de forma habitual, y menos aún al accionista empleado en una empresa. Indirectamente está reconocida esta situación en realidad española por la existencia de un accionariado laboral, que a veces tiene cierto volumen, como en la Compañía Telefónica Nacional de España.

La solución tiene que adoptarse caso por caso, según predomine, en definitiva, la calidad de socio o la de trabajador (Deveali), según se trate de socios trabajadores o de trabajadores-socios y en qué grado y según el importe de su participación en la Sociedad y de su remuneración, así como el carácter limitado o ilimitado de su responsabilidad (Bayón-Pérez Botija), según la condición de socio esté o no sobreañadida a la de trabajador (Alonso García), según su trabajo sea empresarial o directivo o subordinado (Sussekind).

La solución, por tanto, puede estructurarse en lo genérico por una norma legislativa, pero en lo específico será siempre necesaria una fina interpretación jurisprudencial.

Profesiones liberales.—Antes los titulados superiores que ejercían profesiones liberales —abogados, médicos, etc.— sólo servían a las empresas a través de contratos civiles, ya fueran de arrendamientos de servicios, ya, principalmente, de ejecución de obra, hoy es indiscutible su calidad de trabajadores por cuenta ajena si figuran en la plantilla de la empresa (8).

JUNIOR, etc.), pero sí en cambio, como indica CABANELLAS, constituye una presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo. Sobre el tema de representantes, agentes productores y otras «Zonas grises», son de especial interés los comentarios de MONZÓN en *Derecho del trabajo*.

(8) Sobre trabajadores intelectuales destaca en la doctrina española el estudio de PÉREZ BOTIJA en el libro-homenaje al profesor GARCÍA-OVIEDO, en el cual se inserta, entre otros un destacado trabajo de doña MARÍA PALANCA DE PÉREZ BOTIJA dedicado a

La legislación positiva española (L. C. T., art. 1.º) las incluye entre los trabajadores intelectuales por cuenta ajena.

Dos problemas principales se plantean en este orden de cosas: el primero, técnico; el segundo, práctico. En primer término, ¿cómo se compagina el servicio en situación de dependencia con la independencia técnica que requiere el ejercicio de las profesiones liberales?

Hay en el fondo de este tema una confusión (advertida y censurada por De la Cueva, Sussekind, etc.) entre subordinación jurídica y técnica. Esa subordinación, esencial para Córdoba (a quien desde estas líneas y en su exilio, igual que a nuestro discípulo y catedrático cubano, también en el exilio, profesor Mesa Lago, enviamos un cordial saludo), no existirá para la técnica del ejercicio de la profesión respectiva, como no existe en ningún caso de fina especialización, pero sí para una serie de circunstancias y supuestos de tal ejercicio. (Por ejemplo, al abogado al servicio permanente de una Empresa no le dice el directivo cómo ha de seguir un proceso ejecutivo contra un cliente moroso, pero sí si ha de seguir o no ese proceso, pues a veces, por consideraciones comerciales, no interesa enfrentarse con aquel cliente.)

El segundo problema es el de las situaciones intermedias: es claro que el profesional liberal es trabajador por cuenta ajena cuando está sometido a horario y tiene sueldo (Deveali), sobre todo si la remuneración es fija (Despontins), cuando existe habitualidad, subordinación, profesionalidad y la posible subordinación (Ramírez Gronda y Sussekink); pero ¿y cuando falla o se debilita alguna de estas características?

Para nosotros, lo esencial es conjugar la jornada fija y el salario fijo. Si existe la primera hay un trabajador por cuenta ajena, aunque, dentro del mínimo legal, cobre por servicios, y si existe salario fijo es trabajador también, siendo irrelevante (y coincidimos en ello plenamente con Despontins) que no tenga jornada o trabaje en su despacho. Habrá, en cambio, que excluir los asesoramientos jurídicos no personales, sino de un estudio (Oswaldo José de Lima).

La materia está claramente necesitada de regulación especial, que no existe, en buena parte, para los médicos de Empresa, tema tan estudiado por la ilustre laboralista doña María Palancar de Pérez Botija, y en Perú, por Jaramillo Pérez, que combate la jurisprudencia que niega a los médicos distintos beneficios laborales. En relación con esta y con otras profesiones, el profesor Alonso Olea indica cómo rompen el principio de «unidad de empresa», típico de nuestras Reglamentaciones laborales.

Otros supuestos.—Nuestro afán de reducir la extensión de esta ponencia ha resultado estéril frente a la amplitud del tema. Yo pido perdón por ello y presento mis

las profesiones reservadas a la mujer (anterior a la ley de Igualdad de derechos de la mujer), en el que puede observarse cómo no figuran entre ellas profesiones intelectuales ni de verdadera categoría o rendimiento.

En relación con los trabajos de los intelectuales, es esencial la observación de ALONSO OLEA de que es un tipo de trabajo que cada vez se presta más por cuenta ajena, con cesión continua de esos servicios a la organización o empresa que los remunera.

excusas a la Comisión organizadora y a los señores congresistas. Pero al llegar aquí, el conocimiento de mi culposa infracción del Reglamento del Congreso me obliga a abreviar y a reducir a breves indicaciones tantas situaciones intermedias como quedan por examinar.

Recordemos el caso de los medieros o aparceros, o medianeros, tan estudiado en alguno de sus aspectos (tamberos) por Ramírez Gronda, y en España, por el ayudante de nuestra cátedra, Saavedra Acevedo, donde el principal problema es la evitación del fraude de que aparezcan como medieros verdaderos trabajadores; recordemos el supuesto de los futbolistas, que tanto han estudiado la doctrina argentina y la brasileña, y en España, el profesor Cabrera Bazán, y que, al menos en nuestra patria, representa un régimen de excepción no ya de nuestro régimen laboral, sino incluso del principio constitucional de unidad de jurisdicción, y que antes o después habrá de incluirse, junto con otros contratos deportivos ya comprendidos, en el Derecho del Trabajo; recordemos el problema de los artistas, en que nuestra legislación evoluciona con excesiva frecuencia, y que ha estudiado, en especial entre otros, el ilustre Subdirector general de Ordenación de Trabajo y ayudante de nuestra cátedra, Víctor Fernández González; recordemos el tema de los penados, que para nuestro también ayudante de cátedra y profesor de Derecho del Trabajo en el Centro Superior de Formación de Funcionarios Civiles, De la Villa Gil, es un trabajo progresivamente asimilable al ordinario, en contra de nuestra propia opinión y las de Tissebaum y Despontins, ya que nunca podrá ser un contrato de trabajo, aunque, como Rivas advierte, pueda regularse por el Derecho del Trabajo; recordemos el problema de los profesores, tan finamente comentado por Caldera, que en España son trabajadores por cuenta ajena a todos los efectos; el de los socios de Cooperativas de producción, estudiado, entre otros, en España por Pérez Botija y nuestro ayudante Sagardoy, y llegaremos a la conclusión de que por su misma extensión el problema de las «zonas grises» es al propio tiempo que de los más difíciles, de los más actuales del Derecho del Trabajo.

Complemento de todos los temas indicados es la posibilidad de estudio de la sumisión a las normas laborales de los funcionarios públicos. Esta posibilidad ha sido estudiada en España principalmente por el profesor Rodríguez Piñero en su tesis doctoral, en base de la diferenciación entre la situación del funcionario frente al administrado como órgano investido de poder administrativo y de su función de persona que trabaja para la Administración. Sin afán de polemizar en esta ponencia sobre este punto, tenemos que hacer resaltar cómo en nuestro propio Derecho los funcionarios de una serie de órganos paraestatales, que son al fin y al cabo si no funcionarios del Estado sí funcionarios públicos (por ejemplo, los del Instituto Nacional de Previsión) dirimen sus litigios con el ente a que pertenecen ante la Magistratura de Trabajo y no ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De otra parte recientes normas españolas sobre funcionarios distinguen junto al funcionario de empleo el funcionario contratado.

Esta nueva posible expansión del Derecho del trabajo, seguramente inmadura en la actualidad (cifr. la postura excluyente de 1963 del profesor peruano Nugent), no es, sin embargo, tan herética como pudiera presumirse. Prueba de ello es el abandono en

algunos países del sistema jubilatorio clásico y su sustitución o complemento por normas de un régimen especial de la Seguridad Social (cifr. nuestra Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963).

4. CONCLUSIONES

Primera.—La legislación laboral reaparece en la época moderna como una legislación para los trabajadores más necesitados, concretamente para los de orden manual.

Segunda.—Debido al desarrollo técnico de la economía va abarcando a nuevas categorías de trabajadores, primero a empleados e intelectuales, luego a directivos y a personas con menor vinculación a la empresa y a otra serie de zonas cuyo trabajo es en cierta forma intermedio entre el trabajo subordinado y el independiente.

Tercera.—No parece ciertamente que esta evolución y ampliación del ámbito de aplicación personal de las leyes de trabajo se haya detenido, sino que, al contrario, se encuentra en pleno desarrollo.

Cuarta.—Esta ampliación del ámbito personal ha exigido una interpretación muy flexible del viejo criterio de la subordinación o dependencia.

Quinta.—La índole especial de una serie de actividades exige que para su inclusión como trabajos comprendidos en el régimen laboral hayan de establecerse regímenes jurídicos especiales.

No es posible regular uniformemente todos los tipos de actividad laboral bajo las normas rígidas y únicas de un solo modelo de contrato de trabajo, aunque sí establecer los diversos modelos con respeto siempre de unos principios básicos y fundamentales de carácter general (9).

Sexta.—La doctrina jurídico-laboral ha contribuido intensamente a la evolución que señalamos.

Séptima.—Una serie de sectores doctrinales propugnan una ampliación del ámbito personal del Derecho del trabajo a todos los que realizan trabajos remunerados, habituales, por cuenta ajena. Esta postura, que personalmente compartimos plenamente, puede ser acertada o errónea, pero siempre marcará cómo el problema estudiado en esta ponencia no es un problema resuelto sino un problema en evolución.

Octava.—Personalmente estimamos, por último, que el Derecho del trabajo debe ir procurando los instrumentos jurídicos para dicha ampliación del ámbito personal de la legislación de trabajo. Ante la tendencia que marcan la participación de los trabajadores en los beneficios y en la gestión de las empresas, conforme preconizaba la *Quadragesimo Anno*, se va suavizando el contrato de trabajo con elementos del contrato de sociedad.

(9) El profesor uruguayo FERRARI recuerda la especialidad de muchos contratos mediante normas ampliatorias o derogatorias de las generales (por ejemplo el despido de los empleados en industrias frigoríficas). Por nuestra parte hemos señalado en algún trabajo la especial disciplina y facilidad de despido o al menos de cambios de tareas que se observa en ciertas delicadas profesiones (tripulación de aeronaves). El *ius variandi* se reconoce también en diverso grado en las distintas profesiones (cfr. tesis doctoral sobre el tema del costarricense doctor CARRO ZÚÑIGA).

lo que acabará dando entrada en la legislación laboral a una serie de categorías de trabajadores todavía no encuadrados claramente por la misma.

El ponente que suscribe, al terminar su exposición ha de ratificarse una vez más, sin otra autoridad que la que la ocasión procura, en la petición que realizó en un momento solemne de su vida (10) a todos sus colegas, instándoles a laborar sin descanso por buscar fórmulas que faciliten no el progreso técnico de nuestra disciplina, que eso puede ser lo de menos, sino la «protección especial del que nada posee», en dramática frase de Caldera, o, más llanamente, la *protección de la ley para cuantos ganan su vida por un trabajo, cuyo fruto sólo parcialmente les es atribuido.*

(10) Discurso de recepción como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación