

LA DEPENDENCIA Y LA EXTENSION DEL AMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

por Miguel RODRIGUEZ PIÑERO
Catedrático de Derecho del Trabajo de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Sevilla

I. PLANTEAMIENTO

1. Existe unanimidad en la doctrina comparada en afirmar que el Derecho del trabajo limita su ámbito al llamado trabajo dependiente (1). Singularmente la doctrina española en muy importante sector constituye una decidida excepción al impugnarse entre nosotros el criterio de la dependencia y proponerse su sustitución por el de la ajenidad. El Derecho del trabajo sería así, simplemente, el Derecho del trabajo por cuenta ajena. Propósito de esta comunicación es tan sólo examinar la viabilidad y conveniencia de tal sustitución.

2. La función definitoria de la ajenidad se introdujo inicialmente en nuestra legislación al definirse un tipo contractual civil: el mandato. No obstante esto, y por influencia exógena, el legislador vuelve a utilizarlo poco después para definir el nuevo concepto de accidente de trabajo, y después, para fijar el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales Industriales (2). Sin embargo, pese a que la ajenidad es el criterio definitorio decisivo en las primeras instituciones laborales y se desconoce el criterio de la dependencia, en la práctica ambas se confunden al utilizar la jurisprudencia la mención «a las órdenes y por cuenta» (3). También los proyectos de ley de Contrato de trabajo de la época mostraban claramente la equiparación de ambos conceptos, o, más exactamente, que al hablarse de ajenidad se entendía implícitamente la existencia de dependencia (4). El Código de trabajo de 1926 acepta también, en

(1) La excepción más importante en el Derecho del trabajo contemporáneo la constituye DURAND, vid. su *Traité*, tomo I.

(2) Art. 1.º, ley 30-I-1900, y art. 2.º, Reg. 28-VII-1900 («Trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena», art. 1.º, ley 22 de julio de 1912).

(3) Vid., por ejemplo, la sentencia 16-VI-1921. Ya la sentencia de 25-X-1907 había declarado que la «dependencia» es lo que caracteriza el contrato de servicios.

(4) Vid. art. 1.º del Proyecto del Instituto de Reformas Sociales: «El contrato de trabajo tiene por objeto la prestación, retribuida, de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas y domésticos, y cfr., con el párrafo 2.º del

principio, el criterio de la ajenidad, y a él sigue una interpretación jurisprudencial muy casuística, muy influida por el concepto de accidente de trabajo, y en la que ya, claramente, se intenta definir una nueva figura jurídica autónoma y propia: el contrato de trabajo (5), para lo cual pronto tiene que prescindirse del criterio legal de la ajenidad (6), ya sea para referirse al criterio de la existencia de un «lucro especial» (7), ya sea paulatinamente para, partiéndose de la referencia a «de orden y por cuenta» (sentencia 9-II-28), «a la orden y por cuenta» (sentencia 21-III-28), llegar a hablar clara y directamente de dependencia. Así, la importante sentencia de 6-III-28 establece que el concepto legal de operario «tiene su fundamento lógico y adecuado en el vínculo jurídico que entre el patrono y el obrero crea el contrato de trabajo, que, sin requerir una forma precisa y taxativa, establece una situación de dependencia continuada del obrero para con el patrono en la prestación del servicio». Con respecto a la «relación de dependencia de las partes» se habla incluso de la «lealtad y fidelidad recíprocas» (sentencia 1-V-28) (8).

mismo artículo que excluye los contratos de obra y los realizados fuera de la «acción directa del patrono», así como los arts. 16; 19, 1.º y 3.º; 25, y 26, del citado Proyecto, el cual fué presentado, sin modificaciones sustanciales, al Congreso por el ministro Dávila. En el Proyecto La Cierva se suprime el párrafo 2.º del art. 1.º, pero queda mucho más claro el deber de obediencia y de disciplina del obrero (art. 10, párrafo 2.º). El Proyecto Merino recoge en sus líneas fundamentales el Proyecto del Instituto. El texto de todos ellos, en Instituto de Reformas Sociales, *Proyecto de ley de Contrato de trabajo*, Madrid, 1911.

La influencia de LOTMAR en los redactores del Proyecto es manifiesta y de ella nace un confusionismo terminológico y conceptual que llega hasta nuestros días, entre contrato de trabajo y contrato de obra por ajuste a precio alzado (que para aquél era un supuesto específico del muy genérico contrato de obra). En la doctrina alemana todavía no se había independizado la figura autónoma del contrato de trabajo en el sentido restringido que actualmente lo conocemos. Se enfrentaban contrato de servicios y contrato de obra y, frente a la doctrina francesa, se afirmaba (así OERMANN) que «el dato de la dependencia o independencia del trabajador no es señal segura de la distinción, pues si el obrero totalmente dependiente no puede efectuar un contrato de obra, también es cierto, por lo contrario, que el trabajador independiente (médico, empleado por ejemplo) puede hacer un contrato de servicios». Vid. Proyecto, cit., páginas 266 y sigs., esp. pág. 277. El criterio de la dependencia será utilizado poco después para delimitar dentro del contrato de servicios la figura específica del contrato de trabajo (dependiente) al que desde ahora se llamará en general *contrato de trabajo*. Entre nosotros este término tiene inicialmente un significado distinto, alude más bien el pacto colectivo de condiciones de trabajo (Vid. ALONSO OLEA: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid, 1955).

(5) Vid. sentencia de 21-XI-1929. Cfr. ALARCÓN HORCAS: *Código de trabajo*, Madrid, 1927, I, págs. 45 y sigs.

(6) «Pese a actuar por cuenta ajena no obtiene lucro especial.»

(7) Sentencia de 27-VI-1930. Se trata en esta materia fundamentalmente de cuestiones relativas a accidentes de trabajo, en las que la jurisprudencia buscando una solución de equidad acude más que a un criterio dogmático a una consideración socio-económica de calificando de obrero al no empresario contratista de obra. La ausencia de lucro se vincula a la no aleatoriedad del precio, al carácter cierto de éste, aunque no exista unanimidad de criterio en que se entienda por tal (vid. sentencias de 16-III y 16-XI-1929).

(8) La construcción jurisprudencial del concepto de dependencia está muy influida

3. La exigencia de una relación de dependencia en el trabajo comienza ya a generalizarse en la búsqueda jurisprudencial de una definición de contrato de trabajo: «sin que hubiera relación de dependencia alguna con la entidad recurrida» (sentencia 6-VII-1929); «no sufriendo el demandante vigilancia, dirección o subordinación en el trabajo» (sentencia 6-X-1930) (9). La construcción jurisprudencial parece satisfacer al legislador, el cual admite expresamente la nota de la dependencia al definir el contrato de trabajo en la ley reguladora de 1931 (10), aun sin suprimir la ya vieja nota de la ajenidad. La dependencia en la aplicación práctica y en la construcción doctrinal es desde ese momento el criterio decisivo, aun cuando su tratamiento no haya sido lo profundo y detenido que su importancia merece (11).

Esta breve introducción histórica nos permite deducir ya una conclusión preliminar del valor no escaso: la *ajenidad* no es una nota nueva, no es un criterio que parezca más progresivo y novedoso que el de dependencia, sino, antes bien, *un criterio inicialmente empleado por nuestro legislador y que la propia práctica demostró en su momento su ineficacia, aconsejando la introducción de un nuevo criterio más útil y preciso, el de la dependencia*. Otros sistemas han conocido también este fracaso y consecuente abandono del criterio de la ajenidad (12).

por la normativa referente a los auxiliares del comerciante. Vid. por ejemplo, BORRAJO DACRUZ: «Los auxiliares del comerciante en el Derecho español», en *Rev. Der. Merc.*, 1957, págs. 7 y sigs.

(9) La jurisprudencia hubo de realizar su elaboración sin poder basarse en una labor doctrinal sólida que faltó en aquel momento. Cfr., por ejemplo, el tratamiento de la cuestión en la doctrina civil: MANRESA: *Comentarios*, 3.ª edición, tomo X, páginas 752 y sigs.; VALVERDE: *Derecho civil español*, 1913, III, págs. 488 y sigs.

(10) «La nota determinante de la sujeción de ciertos contratos a sus normas no es otra que la dependencia», señala HINOJOSA en su comentario a los arts. 1.º y 2.º, *El contrato de trabajo*, 1932, pág. 26.

(11) Cfr., para la primera época, el escaso tratamiento del tema de la dependencia: HINOJOSA: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 26; GARCÍA DE OVIEDO: *Tratado elemental de Derecho social*, 1.ª ed., pág. 123; GALLART: *Derecho del trabajo*, Barcelona, 1936, página 10; MARTÍN GRANIZO Y GONZÁLEZ ROTHVOSS: *Derecho social*, 2.ª ed., pág. 67, Madrid; *Derecho laboral español*, Madrid, 1936, págs. 211 y sigs.

(12) Quizá el caso más significativo sea el de la antigua *Arbeitsgerichtsgesetz* alemana de 23-XI-1926, que en su párrafo 5.º equiparaba, a efectos de la jurisdicción del trabajo, a los trabajadores a los que sin estar en una relación contractual de trabajo prestaban su trabajo por encargo y por cuenta de otra determinada persona (*im Auftrag und für Rechnung*) citándose al trabajo a domicilio y demás personas equiparadas a los trabajadores, incluso si suministraban los materiales. Ya era significativo el que el legislador alemán no hiciese una *calificación* (no decía que se tratase de auténticos trabajadores) sino una mera *equiparación* (pese a su diversa sustancia jurídica los sometía a un mismo tratamiento jurídico) en el marco del sometimiento jurisdiccional. Es decir: la jurisdicción del trabajo junto a los trabajadores dependientes se incluían a otros equiparados a éste. El criterio utilizado para la delimitación de los mismos encontró una crítica doctrinal tan unánime que tuvo que ser abandonado y sustituido en la reforma legal por el de dependencia económica. Cfr., por todos, KNY: *Arbeitsgerichtbehörden*, pág. 119; JOHANNES: *Arbeitnehmerähnlichen Personen in AGG*, Diss., Leipzig, 1931, págs. 31 y sigs.; SCHEIDER: *Zum Begriff der a. a. P.*, Köln Diss., 1934, pág. 27; DEFEBRE: *A. a. P. im Sinne des AGG*, Heidelberg Diss., 1932, págs. 28 y siguientes; SCHULTZE: *A. a. P. im AGG*, Bonn, 1930, págs. 53, etc., que ponen de

II. SOBRE LA VIRTUALIDAD DIFERENCIADORA DE LA LLAMADA AJENIDAD EN LOS FRUTOS

4. La nota de la ajenidad, que un sector de la doctrina española quiere elevar a definidora por sí misma del trabajo objeto del Derecho del trabajo, no ha encontrado, sin embargo, en esa misma doctrina una unánime y concorde definición. Antes bien, después de afirmarse la inutilidad del criterio de la dependencia y su necesaria sustitución por el de la ajenidad, los distintos autores se han visto en la necesidad de explicar qué entienden, a su vez, por tal concepto de ajenidad, el cual está muy lejos de ser claro y preciso. Esta falta de precisión y de entendimiento unánime es un dato muy significativo y precisamente no en favor de la aceptación de este criterio.

Entre las diversas posiciones doctrinales tiene especial significación la del profesor Alonso Olea, según el cual el Derecho del trabajo toma como realidad social diferenciada «aquella en que... los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta a la que ejecuta el trabajo» (trabajo por cuenta ajena) (13). «Es por cuenta ajena el trabajo cuando los frutos o resultado del mismo pertenecen originariamente a persona distinta de la que ejecuta el trabajo» (14). Esta posición tan sugestiva como original no es, sin embargo, aceptable, a nuestro juicio. Tiene razón, ciertamente, el catedrático de Madrid al poner de relieve la existencia en la relación de trabajo de una «cesión originaria de frutos», como la doctrina expresa o tácitamente acepta en general. Ya el propio Marx (15) lo puso de relieve, y en esta cesión de frutos se han basado en buena parte las teorías que han querido equiparar el contrato de trabajo a la compraventa (16).

5. En una consideración jurídica del problema la doctrina laboralista ha puesto de relieve que «en la relación contractual de trabajo el trabajador no es nunca propietario del producto del trabajo, sino siempre el empleador. Esto es evidente en nuestro or-

relieve la imprecisión y poca propiedad de criterio legal elegido para definir a estas personas. Por eso la doctrina comienza a interpretarlo ya sea en el sentido de la no asunción de riesgos (así, DERSCH VOLKMAR: *AGG Komm.*, 1.ª ed., nota al par. 5: DIETZ: *Das Arbeitsgerichtsverfahren*, 1948, pág. 31), ya partiéndose de la jurisprudencia que había hablado de la existencia de una situación intermedia entre el trabajador dependiente y el empresario autónomo —RAG 22-IX-1930— hablarse de dependencia económica (así NIKISCH, en *Samml. A. R. Ent.*, 1930, pág. 614). Cfr. en contra de la idea de dependencia económica por «vaga y nebulosa», BARNBROCK: *Begriff und Umfang der a. a. P.*, Erlangen Diss., 1933, pág. 36: no sólo «confusa», sino «falsa».

(13) *Introducción al Derecho del trabajo*, Madrid, 1963, pág. 19.

(14) *Loc. cit.*, págs. 130 y sigs. Debe tenerse en cuenta que la opinión del profesor ALONSO OLEA no se ciñe a la «ajenidad de frutos» en sentido literal, sino parece tender a la «ajenidad en el trabajo», concepto muy cercano al genuino de dependencia.

(15) *El Capital*, F. C. E., 1959, tomo I, pág. 137: «El producto es propiedad del capitalista y no del productor directo, es decir, del obrero.» «... El proceso de trabajo es un proceso entre objetos comparados por el capitalista, entre objetos pertenecientes a él. Y el producto de este proceso le pertenece, por tanto, a él, al capitalista, ni más ni menos que el producto del proceso de fermentación de los vinos de su bodega.»

(16) Cfr., por todos, CHATELAIN: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1904; PARASSI: *Il contratto di lavoro*, 2.ª ed., I, págs. 89 y sigs.

«den económico y corresponde a los criterios jurídicos generales» (17), y que, «según un principio indiscutible del Derecho del trabajo el resultado del trabajo que el trabajador ha realizado en el marco de su obligación contractual pertenece al empresario» (18).

Pese a esta unanimidad de explicación de la eficacia ajena de la creación productiva del trabajador no ha sido fácil, sobre todo en sistemas distintos al nuestro, en los que la regulación de la especificación acepta como principio general el de la propiedad originaria del productor de la obra nueva (19). Sin embargo, en el momento actual de la evolución jurídica y con una regulación de la especificación del tipo de la española no parece necesario detenerse sobre la justificación de tal traslación de frutos. Pese a que nuestra ley de Contrato de trabajo vigente (frente a lo que por influencia externa previó la ley de Contrato de trabajo de 1931) nada dice expresamente sobre la titularidad de los frutos del trabajo, es evidente, y se deduce claramente de la propia definición legal del contrato de trabajo que los frutos del trabajo se imputan directamente al empleador (20).

6. Reconocer esta propiedad originaria de los frutos no significa necesariamente aceptar que sea el único criterio utilizable para definir el trabajo objeto del Derecho del trabajo:

1) Por de pronto se han de tener en cuenta el concepto jurídico real de producción, que no se corresponde, desde luego, con el concepto económico de producción. Cuando no hay "resultado de trabajo", entendido como producción de obra nueva, no tiene objeto plantearse la cuestión de los frutos (21). Un conjunto muy importante de actividades laborales (piénsese, por ejemplo, en el amplio sector de los servicios) no dan lugar, en puridad, a tal producción de frutos, y por tanto, a tal ajenidad; sólo podría hablarse en estos casos que el trabajo se presta para el empleador. Además, el hecho actual de la producción en masa hace que el resultado productivo sea consecuencia de la colaboración de una variedad de personas y el empleo de medios técnicos e instrumentales, lo que impide, en la mayoría de los casos, delimitar el efectivo creador del resultado productivo (hasta el punto de que se ha afirmado que el verdadero creador es el empresario). Sólo puede hablarse con propiedad de cesión de frutos cuando se cede, aunque sea originariamente, algo posible de diferenciar y por

(17) Así MÜLLER: *Erwerblich sich der par. 950 BGB zu dem Satz, das jeder Arbeiter eigentümer des Arbeitsproduktes werden soll?*, Jena, 1930, pág. 9.

(18) HUBMANN: *Das Recht am Arbeitsergebnis*, Festschrift Hueck o. 43.

(19) Cfr., por ejemplo, par. 950 BGB. El cambio experimentado por el ordenamiento civil italiano es sumamente significativo, compárense los arts. 468 del viejo Código civil (incluidos por el Code, art. 570-571) con los arts. 935 y sigs. del código vigente.

(20) Art. 23 de la ley de Contrato de trabajo, 1931: «El producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél por el hecho mismo del contrato». Sobre el mismo, vid. HINOJOSA: *En contrato de trabajo*, cit., pág. 69. Sobre la situación actual vid., por todos, ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1964, págs. 505 y sigs.

(21) Cfr. HUECK: *Lehrbuch*, 7.ª ed. (con NIPPERDEY), I, pág. 496. Sobre el influjo modificador de la división de trabajo en la estructura de la ajenidad de los riesgos, vid. el propio ALONSO OLEA: *Introducción*, cit., pág. 110.

quien sea efectivamente su autor, supuesto que en general no suele hoy darse. En muy numerosos contratos de trabajo existentes no cabe hablar con propiedad de una auténtica ajenidad de frutos en el sentido técnico jurídico, por lo que ésta no es necesaria para la definición de aquél. En consecuencia, la relación de trabajo no puede definirse por la mera cesión originaria de los frutos del trabajo.

2) Existen, además, supuestos en los que los frutos del trabajo no son originariamente del empresario, sino originariamente de un tercero, o, en el caso que aquí interesa señalar, del propio trabajador. Frente a los casos normales de prestaciones profesionales o rutinarias se afirma, en general, que el trabajador tiene derecho a la actividad creativa de excepcional valor producida en el curso de la relación de trabajo (22), sin que esto influya sobre su calificación. La ley de Contrato de trabajo lo admite al regular el invento libre que puede darse, «aunque haya nacido con motivo de la actividad del trabajo en la explotación» (23). Se trata, además, en especial, en lo referente a la propiedad intelectual, de una cuestión de derecho dispositivo, cuya regulación no afecta a la existencia o no de la relación de trabajo (24).

3) Pero el argumento más decisivo en contra de la teoría de la ajenidad de los frutos reside en su no suficiencia, pues el ordenamiento conoce otros supuestos jurídicos en los que se da una «especificación ajena», sin que pueda hablarse, sin embargo, de la existencia de una relación jurídico-laboral de estilo propio. El supuesto más importante nos lo da el propio contrato de obra sobre el material ajeno (o sobre propiedad ajena); en estos casos existe una completa unanimidad en afirmar la propiedad originaria del que encarga la obra (25). La propia denominación usual que se

(22) HUBMANN: *Loc. cit.*, pág. 67.

(23) Cfr. art. 29, 3.º, de ley de Contrato de trabajo, sobre el mismo PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, 2.ª ed., pág. 111; RODRÍGUEZ PIÑERO: *Problemática jurídica del invento del trabajador*, comunicación al I. C. I. D. I. S., Tarragona, 1965.

Según CORRADO, la concepción de contrato de trabajo como contrato traslativo ha encontrado su último baluarte en la hipótesis en la que tenga por objeto una actividad inventiva, pero también en ese supuesto es criticable (*La nozione unitaria del rapporto di lavoro*, Torino, 1956, págs. 45 y sigs.).

(24) Cfr. art. 31 de la ley de Contrato de trabajo. Se trata, según es sabido, de una materia en la que los derechos del «autor» está aún más protegida que en el Derecho industrial, por considerarse que la obra intelectual es una forma de expresión del espíritu del individuo y por ello a él le debe pertenecer «incluso si él está obligado a su realización por un mandato, un contrato de obra o de servicio (BGHZ Schulze, núm. 1, pág. 3, por HUBMANN: *Das Recht am Arbeitsergebnis*, cit., págs. 51 y siguientes). En suma son posibles los contratos de trabajo en los que la propiedad intelectual no se ceda.

(25) «Casi con generalidad es reconocido que el empresario de la obra (contratista) no obtiene la propiedad cuando el material le ha sido suministrado por su contratante: LAUFKE: *Zum Eigentumsverwerb nach*, 950 BGB, Festschrift Hueck, pág. 69.

Según CORRADO la consideración del *appalto* como contrato que produce inmediatamente la adquisición de la propiedad a favor del comitente de la obra, en cuanto negocio, que importa un empeño de trabajo por cuenta de otro, permanece confirmado por la analogía con lo dispuesto respecto al mandato que es contrato de estructura análoga (pág. 44). La definición del *appalto* y del contrato de obra, como negocios, que suponen la realización de una obra por cuenta de otro, que deviene inmediatamente

da «al dueño de la obra», así como el llamado derecho de retención, evidencia que el que realiza la obra, esto es, el contratista, no deviene propietario de la misma en ningún momento. Sólo en el caso extremo en el que el contratista suministra materiales y éstos no se incorporan al inmueble puede hablarse de que el contratista obtiene originariamente los frutos y los cede *a posteriori* al hacer la entrega de la obra al que encarga la obra. Pero precisamente se trata en estos casos de una figura muy peculiar de contrato de obra que un buen sector de la doctrina califica de compraventa por acercarse notablemente a ésta (26).

La especificación o creación de frutos originariamente ajena es un concepto genérico que tiene lugar en diversos puestos contractuales o no; por eso la doctrina civil más reciente prescinde, al estudiar la cuestión de especificación por cuenta ajena, de la forma económica y jurídica de que el trabajo se preste tomando en cuenta tan sólo que se trabaje para otro (27). A efectos de no obtención de propiedad es igual la situación del trabajador: que la del contratista en material ajeno. Aún más: no es un criterio suficiente por su generalidad el de la ajenidad de los frutos si se tiene en cuenta el sentido notablemente favorecedor de la propiedad que inspira nuestros preceptos civiles sobre especificación. Se dan o pueden darse numerosos casos de especificación por cuenta ajena, sin que pueda hablarse en ellas de contrato de trabajo (28). Precisamente por ello no puede ser utilizado como criterio definidor de la relación de trabajo. Ciertamente en ella se da generalmente (cuando existan frutos y éstos no sean de especial valor creativo) una especificación ajena de frutos, pero esta relación de especificación no puede ni con mucho elevarse a elemento distintivo.

4) Se acaba de decir que el título jurídico en el que descansa la cesión de frutos del contrato de trabajo es peculiar y propio de esta figura. Según un sector muy importante de la doctrina, la *obtención de la propiedad* del producto de trabajo por el empleador *descansa* no en una relación de representación, sino en el poder auténticamente jurídico que el empleador tiene sobre el trabajador, esto es, *sobre la dependencia*. No es porque los frutos sean del empleador por lo que el trabajo corresponde a éste, sino que del dominio sobre el trabajo deriva la propiedad de sus frutos (29).

propietario de ella, fija netamente la demarcación con la venta «que otorga una disponibilidad jurídica a través de un cambio traslativo» (pág. 43, *La nozione unitaria*, cit.).

(26) Cfr. CROME, II, par. 264, núm. 20; TUHR, II, 25, pág. 371; STAUNDIGERBERG, par. 950, núm. 14; MÜLLER: *Op. cit.*, pág. 94 (según el cual el derecho de retención que no puede corresponder en puridad al propietario de la cosa, es un reconocimiento expreso de que el contratista no es propietario) aunque en realidad se trata de una consecuencia de que no es propietario.

(27) Sobre los diversos fundamentos de la *Fremdspezifikation*, vid. LAUFKE: *Zum Eigentumserwerb*, cit., págs. 70 y sigs., y bibliografía allí citada. El carácter genérico de la *Zurechnungsverhältnis* constituye hoy algo indiscutido en la doctrina civil.

(28) Cfr. arts. 353 y sigs. del Código civil, sobre los mismos por todos, MANRESA: *Comentarios*, cit., tomo II, págs. 175 y sigs. Se suele hoy distinguir entre *acesión*, que significa incremento de una «res» que conserva su entidad originaria, y *especificación* que hace referencia a la creación de una obra nueva, partiendo de otra preexistente.

(29) Así, por todos, SINZHEIMER: *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2.ª ed., pág. 152.

5) En suma, la ajenidad en los frutos no puede concebirse ni entenderse como el criterio definidor propio fundamental y esencial del contrato de trabajo, y por eso del trabajo objeto del Derecho del trabajo. Además de los argumentos anteriores existe también un razonamiento de tipo ético y espiritualista. En una pura relación de intercambio de bienes, en una mera especificación de propiedad ajena, no puede basarse todo el contenido complejo y rico en manifestaciones de la relación de trabajo. *No explica la ajenidad de los frutos esa gama de relaciones personales* de las partes de relación de trabajo y que le dan a ésta la sustancia propia diversa a la de otros vínculos y relaciones contractuales.

III. LA AJENIDAD EN LOS RIESGOS COMO CRITERIO DISTINTIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO

7. Un criterio que ha sido utilizado para completar o para sustituir a la anterior de la ajenidad de los frutos, en la delimitación del concepto «por cuenta ajena», es la llamada ajenidad de los riesgos. Esta es la posición que fundamentalmente mantiene el profesor Bayón Chacón (30).

8. La primera observación crítica que ha de hacerse a esta tesis de la ajenidad de riesgos consiste en su *imprecisión conceptual* al utilizar como criterio técnico-jurídico una mera consideración económica no traducida debidamente al lenguaje jurídico: una cosa es el llamado riesgo económico del empresario capitalista, y otra, muy distinta, el problema jurídico del reparto de riesgos de las obligaciones contractuales que ese empresario asuma. Pese a su variedad de acepciones en la relación obligatoria, cabe hablar de un concepto técnico jurídico de riesgo (31), que hace referencia a la pérdida o destrucción de la «cosa», a las consecuencias de éstos respecto a la obligación, y subsiguientemente, a las consecuencias respecto a la contraprestación (32). Es evidente que en la estructura económica capitalista el propietario de los medios de producción es el único que asume el riesgo económico y obtiene en el mercado el beneficio o lucro

(30) «La obligación de trabajo implica el ejercicio de una actividad cuyo resultado material y económico se traspaşa inmediatamente, a cambio de un salario, al empresario o patrono con todos sus resultados favorables o adversos. El trabajador es, por tanto, extraño al riesgo y ventura del proceso económico; por ello el resultado económico de la relación laboral es jurídicamente un asunto ajeno para él. La irrelevancia del riesgo para el trabajador, ese no afectarle directa o inmediatamente precios, averías, posibilidades de venta o resultado, constituye, a nuestro juicio, el gran elemento diferenciador de las relaciones estrictamente laborales de otras obligaciones de trabajo» (*Manual de Derecho del trabajo*, 5.ª ed., con PÉREZ BOTIJA, págs. 18 y sigs.).

(31) Según STERN para el jurista el término riesgo puede tener un doble significado o un fenómeno que por circunstancias desconocidas nos produce un resultado dañoso (*periculum*) y es lo que interesa al seguro, o la realidad o conocimiento de la posibilidad del acaecimiento de un resultado dañoso, debiendo recaer las consecuencias en determinada persona que debe «soportar» ese «riesgo». Este segundo sentido es el que hace referencia al riesgo en sentido jurídico auténtico y es el que interesa al problema del reparto de riesgos. *Die Gefahrtragung*, Marburg, 1910, pág. 5 y sigs.

(32) ESSER : *Schuldrecht*, par. 275 ; MOLITOR : *Schuldrecht*, 5.ª ed., II, pág. 89.

de la actividad económica; pero carecería de sentido considerar como trabajadores a todos los que colaboran en la actividad del empresario sin participar directamente de ese beneficio lucrativo.

Pero es que *ni aun* entendido «riesgo» en su sentido técnico jurídico puede elevarse a elemento diferenciador de la relación de trabajo frente a otras relaciones no laborales. Ya hace años se intentó utilizar para diferenciar el contrato de obra y el contrato de servicio, sin que en la doctrina civil encontrara acogimiento (33). El criterio de la ajenidad de riesgos no puede servir ni siquiera para diferenciar el contrato de trabajo del contrato de obra, y ello por lo siguiente:

a) Se trata de una cuestión de *derecho dispositivo* que puede (al menos en el contrato de obra) ser modificada por las partes sin alterar por ello la calificación del contrato (34).

b) Se trata, además, de una «petición de principio», pues la cuestión de los riesgos afecta no a los elementos constitutivos, sino a los efectos jurídicos (35). Según la lógica jurídica, debe decirse, si existe contrato de obra, tiene lugar tal regulación de los riesgos y no, viceversa; es una consecuencia y no un presupuesto de la calificación de la figura, que deriva, según la mejor doctrina, de la autonomía o no del prestador del trabajo (36). Esta falta de valor *in abstracto* de la ajenidad de los riesgos no impide que *in concreto* pueda ser utilizado como «síntoma» de la existencia de una u otra figura contractual (37).

c) El riesgo no puede elevarse a componente típico del trabajo autónomo no sólo porque éste *no puede ser concebido como dirigido a un resultado incierto*, ni mucho menos aleatorio (38), sino porque *en muchos aspectos* la cuestión del soporte de los riesgos es *regulada de modo similar* en muchos contratos de trabajo y de obra.

— El riesgo de la *pérdida de la cosa* (sólo existente en las obras «materiales») se imputa en nuestro ordenamiento en principio al propietario de los materiales. Ciertamente el contratista tiene una obligación de custodia,

(33) Se trata de la conocida teoría de RUMELIN: *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905, págs. 16 y sigs.

(34) Así STERN: *Op. cit.*, pág. 119; ENNECERUS: *Derecho de obligaciones*, 1.ª ed., I, páginas 231 y 242; GASPARRI: *Dir. lav.*, 1942, I parte, pág. 121; SANTORO PASSARELLI: «Opera (Contrato de)», en *Nov. Dig. It.*

(35) Así RIEZLER: *Der Werkvertrag*, Jena 1900, pág. 49, nota. 7. Cfr. CORRADO; la diversa incidencia del riesgo corresponde sobre todo a las consecuencias jurídicas más que a los elementos constitutivos de los contratos que se quieren distinguir.

(36) RIVA SANSEVERINO: *Comm. Cod. Civ. Scialoja, Del lavoro*, 2.ª ed., art. 2.222, página 157. Según SANTORO en el trabajo autónomo, no existiendo subordinación la utilidad del dador de trabajo se determina en función del resultado que asume relevancia propia en el esquema causal del contrato. «En este sentido el criterio distintivo basado sobre el objeto de los dos contratos (actividad-resultado) se presenta como reflejo del esencial, la subordinación, del cual deriva una diversa distribución de riesgos. La autonomía del trabajador lleva a la consecuencia de que debe soportar el riesgo inherente al resultado del trabajo» (*Loc. cit.*).

(37) Vid. ARDAU: *Corso di Diritto del Lavoro*, I, Milán, 1960, págs. 19 y sigs.

(38) Cfr. RIVA SANSEVERINO: *Loc. cit.*

pero también en el contrato de trabajo se tipifican obligaciones muy similares (39).

— El riesgo de la obligación propiamente dicha hace referencia a los supuestos de imposibilidad y el problema básico no es el de la liberación o no de la obligación de trabajo, sino el de la obtención o no de la remuneración en estos casos. Precisamente el principio de la posnumeración hace que en buena parte de supuestos se pierda el trabajador el derecho a la remuneración en los casos de imposibilidad de la prestación, sin que la aplicación de la doctrina del círculo de riesgos suponga entre nosotros una quiebra fundamental de aquel principio, pues también en el contrato de obra puede hablarse de una mora del dueño de la obra (40).

— La doctrina laboral ha hablado del llamado *riesgo del trabajo*, entendido por tal el relativo a la actividad laboral, en sí misma considerada, por el que lo realiza; es decir, el riesgo del trabajo posible, pero cuya consecución y logro puede ser más o menos dificultosa (riesgo de la dificultad del *opus*) (41). Al margen de que es dudoso que tal tipo de riesgo pueda ser individualizado, y que de serlo su aplicación llevaría en última instancia a configurar el contrato de obra como aleatorio (42), se trataría en todo caso de una mera consecuencia del diferente contenido del débito en ambos tipos contractuales: como en el contrato de obra la mera actividad laboral no constituye normalmente cumplimiento, sino que éste consiste en la entrega (total o parcial) de la obra ya realizada, hasta que ésta no tiene lugar no existe cumplimiento. Más que un problema de riesgos es una cuestión de contenido de la relación obligatoria, de la configuración en cada caso del débito contractual asumido. Finalmente, no debe olvidarse que incluso este riesgo es asumido a veces por el trabajador: dependiente en el contrato de trabajo, en especial cuando la remuneración toma como módulo de cálculo el resultado del trabajo (43).

9. Aun prescindiendo del dudoso valor dogmático del riesgo en el sentido económico, tampoco éste podría considerarse criterio distintivo del Derecho del trabajo. En contra de ello pueden aducirse muy importantes razones: cabe relación de trabajo en la que el empleador no sea «empresario» en sentido económico, y en tales casos no podría jugar tal criterio, mientras que habría de hablarse de relación de trabajo para

(39) Cfr. arts. 1.589 y 1.590 del Código civil. Se distingue por otros según el contrato recaiga sobre cosa genérica o específica: TRAVIESAS: *Arrendamiento R. D. P.*, 1918, páginas 2-3.

(40) Vid., por ejemplo, art. 1.590 del Código civil («morosidad para recibirla»). Vid. sobre la cuestión más ampliamente, SAGARDOY: *Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra A. D. C.*, 1964, págs. 52-55.

(41) Vid. STERN: *Op. cit.*, págs. 108 y sigs.

(42) Cfr. CORRADO: *La nozione unitaria*, cit., págs. 84 y sigs.

(43) Cfr. RIVA SANSEVERINO: *Loc. cit.*, pág. 157: «Un cierto riesgo existe también en el trabajo subordinado cuando es a destajo, viceversa puede suceder que el riesgo no sea particularmente relevante.»

ta que es indiferente al carácter de empresario del empleador (44). Además, sociológica y económicamente no puede decirse que el trabajador sea enteramente ajeno al riesgo de la Empresa, sino, antes al contrario, le afecta sensiblemente, e incluso jurídicamente la regulación de la llamada crisis económica las hace soportar directamente por los propios trabajadores. La posibilidad de una remuneración basada en la participación de beneficios dentro de una relación de trabajo supone también una negación de la ajenedad de los riesgos.

Además, como ha puesto de relieve entre nosotros Sagardoy, el riesgo de explotación afecta aún, menos que al propio trabajador, al contratista (45), y ello es lógico, pues el contrato de obra no tiene el matiz levemente societario que caracteriza en cierto modo a la relación de trabajo (46). Por otro lado, como recuerda Corrado, con la referencia a la ajenedad de riesgo económico se individualiza ante todo el riesgo económico inherente a la determinación genérica de toda prestación de hacer antes que al riesgo específico propio de determinados contratos (47).

En resumen, la ajenedad de riesgos tampoco puede elevarse a nota definitoria de la relación de trabajo. Ni aun añadiéndole con Alonso García la nota de «realización personal», tendríamos un criterio decisivo, pues el carácter personalísimo es una nota genérica que puede existir en numerosas obligaciones de hacer ajenas *ex definitione* del Derecho del trabajo (48).

IV. LA DEPENDENCIA COMO CRITERIO DEFINIDOR DEL DERECHO DEL TRABAJO

10. Si la ajenedad no puede constituir, según se ha visto, un criterio definidor del Derecho del trabajo, y hasta el momento no es concebible, ni se ha propuesto, otro se habrá de concluir afirmando la necesidad de volver al *criterio tradicional: el de la dependencia*, que es en todo caso el que expresamente admite el legislador español. En contra de esta aceptación de la dependencia no son, a nuestro juicio, suficientes los argumentos que hasta el momento ha aducido nuestra doctrina. Muchos de estos argumentos parten de una concepción imprecisa de la dependencia entendida como mero sometimiento a instrucciones; ambas cosas no deben confundirse, pues éste puede existir perfectamente sin una sujeción de la persona misma, consistir en una mera conformación del contenido de la prestación. Cabe así afirmar con Prosperetti que esta objeción formulada tan genéricamente no tiene ningún valor (49).

(44) Así, por todos, MAYER-MALY: *Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff*, Berlín, 1965, pág. 9.

(45) *Un contrato especial de trabajo*, cit., pág. 49, nota 149.

(46) HUECK NIPPERDEY: *Compendio de Derecho del Trabajo*.

(47) *La nozione unitaria*, cit., págs. 84 y sigs.

(48) *Curso cit.*, pág. 64. Cfr. art. 1.595.

(49) *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, págs. 65 y siguientes. Los poderes del empleador en el contrato de trabajo hacen referencia a la conducta en sí y por sí, siendo este objeto primario del interés del empleador, mientras que los del dueño de la obra hacen referencia sólo a la conducta en función del resultado al que se refiere directamente el interés de éste (pág. 66).

La imprecisión doctrinal, y sobre todo jurisprudencial, en torno al concepto de dependencia explica el que se haya dudado de su propia validez; precisamente por ello la primera tarea que debe realizarse es un estudio completo y satisfactorio del mismo, lo que, desde luego, no es propósito de estas páginas. En esta imprecisión ha influido la aplicación analógica al Derecho del trabajo de principios extraídos de la aplicación de los preceptos de la Seguridad Social, el confundir la dependencia con indicios concretos que en el caso singular pueden ser útiles para decidir la existencia o no en ese caso de dependencia, pero sobre todo el intentar extender el Derecho del trabajo más allá de los límites de la dependencia, pero partiendo precisamente de una interpretación extensiva y deformante del concepto (50), y además, el utilizar la dependencia como criterio para decidir algunas excepciones legales expresas en las que es posible la existencia de dependencia (51).

11. Para decidir si la dependencia es o no criterio definitorio del Derecho del trabajo debe, por tanto, decidirse primeramente qué se entiende por ella.

La dependencia debe examinarse partiendo del objeto de la relación contractual entre trabajador y empleador. La relación del trabajo compromete, se dice, a la persona misma del trabajador; éste no se obliga a la mera cesión de un valor patrimonial, sino al empleo de su persona; el trabajador debe no tanto la prestación como su fuerza de trabajo, de la que sólo puede derivarse la prestación. La característica esencial de la relación de trabajo deriva de que al ser el trabajo manifestación de la propia personalidad, es la persona del trabajador la que se compromete en la relación.

El trabajador se ordena bajo el poder directivo del empleador no sólo porque éste regula el trabajo a través de órdenes y directrices, sino ya sólo porque el trabajador se pone a disposición de otra persona (52). Más exactamente *pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquél*. De esta puesta a disposición deriva la disponibilidad por el empleador de la fuerza del trabajo del trabajador, el *dominio*, por tanto, *sobre la persona* de éste, y basta esto para afirmar la existencia de una relación de trabajo (53). Este rasgo de vinculación personal (que no

(50) En efecto, la inclusión de los representantes de comercio se ha intentado, e incluso aún se intenta, fundamentar en la existencia de una genuina relación de dependencia, lo que, como es sabido, no es el caso.

(51) El caso típico es el supuesto previsto en el art. 7.º de la ley de Contrato de trabajo. Vid., sobre el mismo, SAGARDOY: «Una norma en blanco: el art. 7.º de la ley de Contrato de trabajo», en *Rev. Der. Trabajo*, núm. 52.

(52) Cfr., por ejemplo, MÜLLER: *Ob. cit.*, pág. 70.

(53) Conceptualmente es la puesta a disposición del trabajo lo que caracteriza a la relación de trabajo. Por eso se ha podido decir que sólo cuando se realiza efectivamente ese deber es cuando el empleador tiene efectivamente una disposición sobre la fuerza de trabajo de la persona, esto es, un dominio sobre la persona del trabajador y consiguientemente, es entonces cuando realmente está subordinado a su empleador. Sólo en el curso de la relación adquiere la dependencia toda la riqueza de sus manifestaciones, al hacer uso el empleador de la fuerza de trabajo del trabajador (cfr. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, 3.ª ed., I, págs. 5 y sigs.).

Al ser la dependencia manifestación de una disposición jurídica sobre el trabajo, requiere para su existencia de una temporalidad, de una relativa duración, por eso, en principio, una prestación aislada de trabajo no puede señalarse como dependiente. El

supone negación de los elementos obligacionales de la relación de trabajo) es lo que hace al trabajador dependiente, no autónomo.

En general, esa disponibilidad se traduce en el momento de su realización en la inordinación del trabajador en la organización de la Empresa. La *marca exterior* más característica como síntoma de la existencia de la dependencia es, por tanto, la *incorporación del trabajador a la Empresa* del empleador, realizando en la misma «su función» dentro de la estructura jerárquica de la Empresa. El mando, elemento esencial de toda organización, adquiere forma jurídica en base a la disponibilidad de la fuerza de trabajo que se realiza en la incorporación a la Empresa. En este sentido, diríamos con Potthoff que la relación de trabajo se caracteriza como relación organizativa que hace del trabajador miembro dependiente de la Empresa ajena (54). Pero esta incorporación —traducción de la puesta a disposición—, siendo el elemento exterior más característico en que se manifiesta la dependencia, no se confunde con ésta. Es la dependencia, no la incorporación a la Empresa ajena, la que define al trabajador; puede existir aquélla sin ésta. La incorporación, sin embargo, sin elevarse a elemento definitorio constitutivo, es al menos un síntoma concomitante que en la mayoría de las ocasiones servirá para decidir la existencia de la dependencia. En principio, los que realizan trabajos incorporados a una organización productiva ajena han de ser considerados como trabajadores.

En la relación de trabajo —y ésta es otra nota característica— no se delimitan previamente las concretas y determinadas prestaciones singulares de trabajo que ha de realizar un trabajador, sino que, en general, ésta se va especificando caso por caso por el empleador en el curso de la relación a través de órdenes que él debe obedecer. Esto constituye el llamado poder de dirección del empleador, que nuestra doctrina ha estudiado con bastante precisión (55).

Al dirigir y disponer de la fuerza de trabajo del trabajador (normalmente destinándole una función correspondiente a un puesto de trabajo) dentro de sus correspondientes límites, el empleador exterioriza un poder sobre la persona del trabajador que se encuentra sometida y sujeta a ésta por la decisión de trabajo, es la manifestación fundamental de la subordinación del trabajador, constituye su dependencia. No cabe hablar propiamente de dependencia en sentido jurídico sino haciendo referencia a esta vinculación personal a este compromiso de la persona. Esto es lo que caracteriza la situación peculiar del trabajador: su subordinación al poder de mando del empleador dentro de la zona propia de la prestación de trabajo y del orden de la Empresa. El no disponer, el carecer de iniciativa sobre el empleo de su propia fuerza de trabajo, sino el existir una disposición ajena sobre la misma es la nota fundamental del trabajo dependiente, y éste, y sólo éste es, en nuestra opinión, el objeto fundamental propio del Derecho del trabajo.

elemento de la duración es un elemento auténticamente constitutivo de la relación de trabajo (cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO: «La relación de trabajo de duración determinada», en R. P. S., 1961).

(54) Sobre cómo la incorporación en la Empresa es un signo caracterizador de la existencia de dependencia, vid., por todos, NIPPERDEY: *Op. cit.*, pág. 1.107.

(55) MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965.

Precisamente al configurarse la dependencia como una vinculación personal de trabajador y empleador adquiere la prestación del trabajador un sentido marcado notable de colaboración. También en muy directa conexión con esta vinculación personal existente entre las partes se habla del aspecto personalista de la relación de trabajo (56). Por eso entre nosotros la mejor doctrina ha afirmado que en la relación de trabajo existe una relación de coordinación social (57).

12. Pero aun delimitado rectamente el concepto de la dependencia, no deja de aducirse que en toda prestación personal de trabajo cabe reconocer una cierta dependencia personal del que trabaja, lo que en los casos límites puede plantear serios problemas de calificación jurídica.

En estos argumentos, en estas impugnaciones, hay un cierto elemento de razón: debe reconocerse que la dependencia personal tiene sus *grados* y que lo que es decisivo para afirmar la existencia de una relación de dependencia es que esté basada en una puesta a disposición de la fuerza de trabajo y que tenga un alcance importante. Con esto se reconoce la importancia del grado de la dependencia, el elemento no solo cualitativo sino también cuantitativo que hay en ella. La dependencia no es, así, concepto valorable rigidamente, ya que no es un concepto firme e inmovible sino que tiene un cierto carácter indeterminado. En la vida jurídica esto sucede con muchos conceptos jurídicos e incluso con muchas figuras contractuales, y es inevitable.

La variedad de circunstancias y situaciones que pueden darse en las relaciones jurídicas da lugar a algunas formas y situaciones intermedias de difícil calificación *in concreto*, lo que empece a la existencia *in abstracto* de la distinción y no elimina su significado para la dogmática jurídica; la distinción de trabajo dependiente y trabajo autónomo, afirma Hueck, permanece firme pese a la relatividad de la dependencia que puede crear en algunos casos límites y extremos dificultades de calificación (58).

13. Aparte de que los argumentos que se utilizan para combatir la dependencia no son convincentes, debe señalarse la existencia de argumentos conceptuales y positivos muy importantes en favor de la aceptación del criterio de la dependencia.

La dependencia no es un concepto jurídico formal inventado por el jurista sino una realidad fáctica que sociólogos y economistas han puesto de relieve. Si el Derecho prescindiera de la dependencia desconocería la realidad de las relaciones que tienen lugar en la vida del trabajo. Además, un conjunto de instituciones típicas fundamentales en el Derecho del trabajo tienen su razón de ser y su raíz en el criterio de la dependencia. En el plano de las consecuencias jurídicas son tan considerables las derivaciones inme-

(56) Con ello se indica el vínculo ético-jurídico de lealtad que las partes de la relación de trabajo tienen entre sí y que distinguen la relación de trabajo de otras relaciones jurídico-patrimoniales de mero contenido patrimonial. Según PÉREZ BOTIJA, «La esencia espiritualista de la relación de trabajo se cifra en las nociones de fidelidad y obediencia como obligaciones fundamentales del trabajador» (*Curso de Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., pág. 180. Vid. del mismo autor *Humanismo en la relación laboral*, Madrid, 1953) (Disc. ap. Un. Madrid) donde se critica agudamente la concepción meramente patrimonialista de la relación de trabajo.

(57) Así, DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 3.ª ed., tomo I, pág. 26.

(58) *Compendio de Derecho del trabajo*, cit., pág. 20.

diatas o mediatas de la dependencia (59) que ésta se torna en rasgo típico de la relación de trabajo y, por eso en elemento de un supuesto definitorio.

En nuestro Derecho positivo el requisito de la dependencia aparece clara, precisa e indubitadamente en la propia definición legal del contrato de trabajo, elevándose a característica fundamental la calificación del trabajador. Además de esto las manifestaciones positivas de la dependencia son notables y muy numerosas; prescindiendo de las muy numerosas referencias que reglamentaciones de trabajo y normas colectivas hacen a la autoridad del empleador, nuestra propia ley de Contrato de trabajo es radical en el reconocimiento de la dependencia a que está sometido el trabajador. La mera calificación de una relación jurídica como de trabajo tiene como consecuencia, desde luego, la aplicación de tales preceptos, por ejemplo los artículos 60, 64 y 69 del Cuerpo legal citado. De no aceptarse la dependencia como criterio calificador de la relación de trabajo se tendría la paradoja de que ella existiría en todo caso en el plano de la consecuencia jurídica, de resultas de la calificación como laboral de la relación. Esta sería siempre una relación de trabajo dependiente. En el ordenamiento positivo actual no cabe, pues, una relación de trabajo en sentido propio en la que no exista la llamada relación de dependencia. Por tanto ésta debe seguir siendo considerada como elemento definitorio del Derecho del trabajo.

V. LAS LLAMADAS ZONAS GRISES Y LA TENDENCIA A LA EXPANSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

14. El Derecho del trabajo es, según esto, el Derecho del trabajo dependiente; ello no empobrece, a nuestro juicio, la existencia de las llamadas «zonas grises», con esto no se suele aludir entre nosotros a los casos intermedios in concreto, sino el muy distinto (60) de los *supuestos genéricos de trabajos no dependientes que tienden a ser incluidos en el Derecho del trabajo*. Las «irradiaciones» de éste, es decir, su posible aplicación más allá de las fronteras del trabajo dependiente, más que de «zonas grises» constituyen el problema, bien actual, de la posible *ampliación* del ámbito de vigencia del Derecho del trabajo.

No se trata aquí ya de un problema de las dificultades de interpretación de la existencia de dependencia sino que se parte exactamente de su inexistencia. La cuestión es simplemente la *de la aplicación de normas jurídico laborales a trabajos no dependientes*, el cuándo, cómo y qué supuestos tiene esto o debe tener esto lugar.

Cuando la aplicación de estas normas jurídico laborales alcanzan un relieve considerable, esto es, cuando se trata de aplicar extensas zonas de la legislación laboral a ciertos tipos de trabajos no dependientes en cuanto ya puede plantearse con exactitud el problema de la extensión del Derecho del trabajo como tal. Precisamente porque

(59) Piénsese, por ejemplo, en el Derecho protector del trabajador: normas de seguridad e higiene en el trabajo, regulación de jornadas y descansos, etc., en la materia del poder de dirección *ius variandi*, poder disciplinario, etc., en el llamado derecho de la organización social de la Empresa, etc.

(60) Cfr. ALONSO GARCÍA: *Curso*, cit., págs. 65 y 289.

se entiende que el Derecho del trabajo es un Derecho protector en ciertos puntos y porque este sentido protector debe alcanzar al económicamente débil que vive meramente de su trabajo, es por lo que en la actualidad se plantea la posibilidad y conveniencia de aplicación de grandes zonas del Derecho del trabajo a personas en una situación social, o mejor dicho, socioeconómica muy similar a la de los trabajadores dependientes. Esta extensión de ciertas normas del Derecho del trabajo en mayor o menor extensión a trabajos no dependientes puede tener lugar fundamentalmente a través de dos formas:

— A través de una «cláusula general». Es decir, definiendo un supuesto genérico de personas equiparadas por decisión legal, total o parcialmente a los trabajadores dependientes y siempre que tal supuesto definido tenga lugar se aplicarán en la medida legalmente prevista las normas laborales a esos trabajadores.

— A través de «cláusula especial» por la que se extiende la aplicación de algunas disposiciones del Derecho del trabajo a supuestos específicos expresamente definidos.

15. Este último caso es evidentemente el que existe entre nosotros: prescindiendo del caso peculiar del aprendiz (cuya situación de dependencia no puede negarse) existen dos supuestos concretos en los que en nuestro ordenamiento del Derecho del trabajo se aplica prescindiendo, a nuestro juicio, del requisito de la dependencia, o fundamentalmente el *trabajo a domicilio* y los *representantes de comercio*. A éstos, únicamente a éstos, se aplica una parte de disposiciones laborales y se someten a conocimiento de sus instituciones pese a la inexistencia de la dependencia.

La reforma reciente del artículo 6.º de la ley de Contrato de trabajo incluye expresamente en la legislación laboral a los representantes de comercio, como ya anteriormente había sucedido con los trabajadores a domicilio, pero ello no supone un abandono definitivo y total del criterio de la dependencia sino meramente la equiparación legal expresa a algunos efectos de estos dos tipos de trabajos no dependientes a los trabajadores dependientes. No se crea, por tanto, un concepto jurídico genérico de trabajador que incluya dogmáticamente estas tres figuras (trabajo dependiente, representante de comercio y trabajador a domicilio) sino simplemente el someter, sin pretensiones de calificación jurídica, a una regulación parcialmente similar a la del trabajador dependiente, a los representantes de comercio y a los trabajadores a domicilio que socialmente están en una situación semejante. No se establece que ambos trabajos no dependientes estén en una relación de trabajo en sentido auténtico, ni ha tenido lugar una adaptación, flexibilización o superación de la dependencia sino tan sólo de que la relación en la que ellos prestan su trabajo, prescindiendo de su calificación jurídica es regulada parcialmente de acuerdo a las disposiciones propias del Derecho del trabajo (61). Al igual que existen

(61) Se trata simplemente, afirma SCHUTTZE, de la equiparación en base a una situación económica semejante a la del trabajador dependiente, a ciertos trabajadores que no tienen este carácter jurídico (*Arbeitnehmerähnliche Personen im AGG*, cit., pág. 62).

exclusiones expresas de trabajos dependientes (por ejemplo el servicio doméstico) el legislador acepta *inclusiones expresas* en la legislación del trabajo, lo que, a nuestro juicio, no es obstáculo para el valor definitorio de la nota de la dependencia.

Los dos únicos supuestos expresos reconocidos por nuestro legislador son, además, tan *heterogéneos* que muy difícilmente podrían ser incluidos dentro de un concepto jurídico genérico que comprendiera a ambos, o a ambos más los trabajadores dependientes. En todo caso, desde luego, el principio calificador nuevo, no puede ser el de la *ajenidad* que en ninguno de sus significados puede aplicarse y comprender a estos tres tipos tan diversos.

La *imposibilidad de considerar bajo un punto de vista jurídico unitario* a estos tres supuestos, es lógica consecuencia de que el legislador se mueve en base a dos principios distintos: por un lado el principio jurídico dogmático de la dependencia como criterio calificador de la relación de trabajo, prescindiendo de la situación socioeconómica del trabajador. Por otro lado un principio de protección de ciertas situaciones socioeconómicas que las hace someter, al margen de su calificación jurídico-material, a normas especiales del Derecho del trabajo.

De *lege data* la dependencia es el criterio fundamental para definir el supuesto principal y básico del Derecho del trabajo, que sólo incluye así al trabajo dependiente y, además, por decisión legal expresa, a estos dos tipos equiparados parcialmente al trabajo dependiente. En consecuencia el *Derecho español del trabajo es el Derecho del trabajo dependiente y de los supuestos legalmente equiparados a éste*.

16. De *lege ferenda*, sería interesante plantear si esa ampliación específica del Derecho del trabajo que ha tenido lugar ya en el ordenamiento español debería extenderse en una *cláusula general*, para llegar a comprender a todas las personas que, con independencia de su situación jurídica (desde luego de no dependencia) desde el punto de vista socioeconómico están en una situación semejante a la de los trabajadores dependientes en la medida que no tienen otro capital que su trabajo y de su aplicación obtienen de otro una remuneración, fuente de su subsistencia. El carácter social que de todo Estado contemporáneo se predica, le impone prescindir de los criterios formales y ampliar la protección social, por mandato incluso del principio de igualdad, a quienes socialmente tienen una condición semejante. Parece conveniente, por lo tanto, construir al lado de los trabajadores dependientes un concepto de *personas equiparables legalmente a estos trabajadores*, e incluibles por ende en el Derecho del trabajo.

La dificultad mayor en esta materia consiste en fijar un *criterio definitorio* de estas personas equiparables a los trabajadores dependientes. El criterio de la *profesionalidad*, que en algún momento tuvo entre nosotros sus propugnadores, no parece utilizable en el estado actual de la evolución jurídica por ser excesivamente nebuloso, amplio e impreciso (62). Más adecuado parece el de la mal llamada dependencia económica siempre que sea entendida correctamente. Siguiendo a un buen sector de la doctrina comparada (63) para definir a las personas equiparables legalmente a los trabajadores dependientes deben darse las siguientes circunstancias:

(62) Vid., no obstante, un intento de construir dogmáticamente el concepto de profesionalidad en NAPOLETANO: *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955, págs. 97 y sigs.

(63) El concepto de «dependencia económica» (que podría designarse entre nosotros

1.^a Debe tratarse de una *prestación personal* y "*pura*" de trabajo, en sentido propio, sin importar la estructura jurídica (*operis u operarum*) en que tal trabajo se preste.

2.^a Debe tratarse de un *trabajo no dependiente*. Esto por definición, pues de otro modo se trataría de un trabajo en sentido propio, un trabajo sometido por sí mismo al Derecho del trabajo.

3.^a *No debe prestarse trabajo al público*, ofrecerse servicios al mercado, sino para una *persona o un círculo determinado de personas determinadas* diríamos (prescindiendo de un significado jurídico preciso) *por cuenta de persona determinada*. Esto es, debe existir un acuerdo previo con esa determinada persona (con independencia de que la cesión de los frutos previa sea o no originaria) por el que el primero se obliga a prestar trabajo y éste a recibirlo y remunerarlo; no es equiparable así a la del trabajador la situación del que presta trabajo para almacenar y luego vender el resultado al comprador que lo desee (64). El no actuar para el mercado, sino para determinada persona es lo que para algunos constituye el rasgo más típico de la llamada dependencia económica (65). Se argumenta la necesidad de someter a la regulación protectora del trabajo a quienes viven de él, no tienen otro bien económico y no «negocian con él», no lo usan libremente frente a terceros sino que trabajan para determinadas personas. La noción se acerca a la idea de riesgo económico: el productor al no acercarse al mercado no se aprovecha de sus alteraciones con la consiguiente posibilidad de ganancias y riesgo de pérdidas, lo que hace su dador de trabajo que es empresario. Pero el elemento de la ajénidad de riesgos económicos más que elemento caracterizador (para lo que no es apto por ser necesariamente confuso) es *justificador* de la exigencia conceptual del carácter limitado y determinado del dador o dadores de trabajo.

ajénidad si a esta nota quiere darse un valor positivo) ha sido elaborado fundamentalmente por la doctrina alemana. Vid. sobre la misma, por todos: SCHEIDER: *Zum Regrütt*, cit., págs. 34 y sigs.

(64) Cfr., por todos, JOHANNES: *A. ä., Personen in A. O. G.*, cit., pág. 40. La distinción francesa entre el contrato de obra y el contrato de Empresa tiene también su raíz en el hecho de trabajarse para empresario determinado en un caso o para la clientela indeterminada en otro caso. Sobre la distinción entre nosotros, vid. por todos, ALONSO OLEA: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, cit., págs. 149 y sigs. Según NART la distinción entre ambas figuras estaría según que la actividad humana se tome contractualmente en consideración como *medio de un resultado* (obra), o no ser considerada en ninguna manera por atender *exclusivamente al resultado* (Empresa) aunque aquella actividad sea de hecho un presupuesto necesario para éste («Contrato de obra y Empresa», en *Rev. Der Privado*, 1951, págs. 816). Precisamente de esta consideración mediata de los servicios deriva el carácter personalísimo de este contrato de obra o más exactamente la idea de ejecución personal en el que un sector de la doctrina laboral se basa para montar dogmáticamente la figura de un contrato «laboral» de obra, basándose en la imprecisión terminológica del art. 1.º de la ley de Contrato de trabajo (omitiéndose, a su vez, la clara referencia que contiene a la dependencia). Cfr. ALONSO GARCÍA: *Curso*, cit., pág. 266; SAGARDOY: *Un contrato especial de trabajo*, págs. 59-63. A nuestro juicio, el criterio que se propone es insuficiente y tendría mucha más entidad si a la nota de ejecución personal (debidamente matizada) que admitamos en el número 1, se añaden estas otras que se proponen.

(65) *Keinen Publikumsabsatz*, sino actividad por encargo de ciertas personas determinadas, SCHEIDER: *Loc. cit.*, pág. 27.

4.^a Carácter «asalariado» de ese trabajo. No basta que el productor no trabaje para el mercado sino para un empresario concreto, sino que además debe trabajar para él por un «precio cierto» de modo que el que trabaja *no actúe como empresario buscando un lucro empresarial* derivado de las situaciones del mercado, sino simplemente *buscando la remuneración de su propio trabajo* (66). Este tipo de productor carece de la preocupación del mercado; el pacto con su empresario garantiza una determinada remuneración por un determinado *quantum* de trabajo (67). Desde el punto de vista sociológico este productor está, por tanto, más cerca del trabajador que del empresario, aunque jurídicamente pueda ser calificado de empresario autónomo: *es un prestador de trabajo independiente en una situación de dependencia económica*. Su fundamento de ganancia es su trabajo (su único bien económico por carecer de capital) y de este trabajo obtiene simplemente una adecuada remuneración similar a la que un trabajador dependiente recibe por su trabajo.

La idea de prestación personal de trabajo no dependiente por precio cierto para o, si se quiere, por cuenta de determinada persona, es lo que permite definir a ese trabajo jurídicamente independiente pero equiparable a ciertos efectos al trabajador dependiente. Esta equiparación es limitada, sólo «a ciertos efectos» se produce fundamentalmente en cuanto a la posición de *acreedor* de la remuneración frente al dador de empleo, a través de la consecución de sus intereses y derechos frente al empleador (68). Si la utilización de la fuerza de trabajo como fuente exclusiva de la renta personal y por cuenta de persona determinada, es lo que sirve para calificar a estas personas equiparables a los trabajadores dependientes, se observa claramente que la equiparación debe limitarse a los puntos de semejanza que existen en la posición de ambos como acreedores frente al dador de trabajo. Es lógico y consecuente por ello que el Derecho del trabajo extienda la aplicación de sus instituciones y normas que garantizan la efectiva obtención de tales adecuados derechos, en especial de la remuneración también a estos trabajadores no dependientes. De este modo *el Derecho del trabajo*, más concretamente sus instituciones protectoras de garantía jurídica, sus medios peculiares de fijación de condiciones de trabajo, la protección de crédito salarial y la conservación del contrato, etc., *extiende su ámbito de aplicación más allá de las fronteras del trabajo dependiente*.

La casuística de esas personas equiparables a los trabajadores podría ser muy amplia y extensa, pues incluye, desde luego, a figuras jurídicas muy diversas. Las dos más típicas y más generalmente admitidas son precisamente la del trabajo a domicilio y la del representante de comercio, que son las específicamente admitidas por nuestro legislador, al lado de ellas habría de hablarse de otras formas de trabajo de agencia o comisión (por ejemplo los agentes de seguros), de los contratistas de obra que actúan no persiguiendo «lucro especial», como intenta nuestra jurisprudencia (69), ciertos tipos de trabajo parciario, etc.

(66) Cfr. DEFEBRE: *A. ä. Personen im Sinne des AGG.*, cit., pág. 43.

(67) Así expresamente SCHEIDER: *Loc., cit.*, pág. 27.

(68) Cfr. SCHULTZE: *A. ä. P. im AGG.*, pág. 41.

(69) La construcción de la jurisprudencia española sobre el criterio del «lucro especial» que nos parece inservible para calificar a la relación de trabajo en sentido pro-

17. Afirmada la posibilidad y conveniencia de ampliación de la aplicación de parte importante del Derecho del trabajo a esos trabajos no dependientes surge la duda de si la aceptación de la cláusula general ampliatoria daría lugar *de lege ferenda* a la superación del criterio tradicional de la dependencia.

A nuestro juicio *ni aun admitida esta extensión parcial* del Derecho del trabajo *más allá del trabajo dependiente podría justificarse el abandono de la noción de dependencia*, y ello fundamentalmente porque hasta el momento no cabe establecer un concepto superior que encuadre unitariamente a los trabajadores dependientes, y éstos no dependientes pero equiparables a algunos efectos a aquéllos. Todos los intentos realizados llevan al fracaso fundamentalmente, pues el legislador se mueve en cada caso en planos diferentes, conceptual respecto al trabajo dependiente y socioeconómico respecto al trabajo equiparado a aquél.

Existe unanimidad en la doctrina en que para la calificación del trabajo dependiente carece de importancia la situación o no de dependencia económica del trabajo, el carácter o no empresarial del empresario. Siempre que exista una prestación libre y privada de trabajo dependiente debe decidirse, salvo exclusión legal expresa, la existencia de un trabajo sometido al Derecho del trabajo. En su campo la cláusula general supondría, al contrario, prescindir de la calificación jurídica de la relación en la que la persona equiparable al trabajador presta su trabajo, y tomar en cuenta el criterio antes apuntado de la mal llamada dependencia económica.

En todo caso un conjunto muy importante de instituciones laborales, en concreto todas las que hacen referencia al desarrollo de la relación de trabajo y a la vida de la Empresa, giran en torno a la dependencia, y sin ella el Derecho del trabajo sería un Derecho de tarifas salariales, lo que, desde luego, no es el caso. El núcleo central, la sustancia propia regulada por el Derecho del trabajo es el trabajo dependiente que debe elevarse, por tanto, a elementos definitorio de la disciplina, con independencia que, por criterios sociales, se incluyan en su ámbito a diversas formas de trabajo autónomo en una situación socioeconómico muy similar, en ciertos aspectos, a la de los trabajos dependientes.

El Derecho del trabajo es, por tanto, el Derecho del trabajo dependiente, así como de los trabajos legalmente equiparados a éste. La doctrina hispanoamericana ha llegado con casi unanimidad a esta conclusión, sirviendo en esto de ejemplo a la doctrina española.

pio si ha de ser de mucha utilidad para la ampliación de la extensión del Derecho del trabajo a formas de trabajo no subordinado. Vid., por ejemplo, sentencia de 18-4-62.

Recuérdese una vez más que la jurisprudencia aludida hace referencia siempre a cuestiones de accidentes de trabajo donde decididamente se sostiene un concepto de trabajo protegido que no coincide, desde luego, con el definido en el art. 1.º de la ley de Contrato de trabajo, aunque pretendiendo calificar a la relación como laboral (vid., por ejemplo, sentencia de 13-V-1950).

VI. CONCLUSIONES

1.^a La ajenidad, ni en su forma de ajenidad de frutos ni de ajenidad de riesgos, es criterio necesario ni suficiente para la calificación del trabajo objeto del Derecho español del trabajo.

2.^a La dependencia, correctamente entendida, es el criterio fundamental definitorio del trabajo objeto del Derecho del trabajo.

3.^a El Derecho del trabajo español incluye en su seno dos supuestos específicos de trabajo no dependiente: el representante de comercio y el trabajo a domicilio. Se trata meramente de la equiparación parcial, en base a una situación económica semejante, al trabajo dependiente de ambos supuestos heterogéneos y no de una cuestión de calificación jurídica o de construcción de un concepto jurídico genérico nuevo que incluya ambas figuras y al trabajo dependiente.

4.^a Sería conveniente extender la aplicación del Derecho del trabajo a quienes prestan trabajo personal dependiente por cuenta de determinada persona y por precio cierto. La ampliación del ámbito del Derecho del trabajo por una cláusula general de este tipo no haría perder, sin embargo, su valor definitorio al criterio de la dependencia.

