

SUPERACIÓN DE LA CONCEPTO CLÁSICO DE CONTRATO DE TRABAJO

Juan Pablo Maldonado Montoya

jpmaldon@ceu.es

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo CEU

Abstract: El contrato de trabajo parece desbordado por la realidad. Nos planteamos dos cuestiones estrechamente unidas. La primera afecta a la caracterización del trabajo objeto del contrato de trabajo -¿Podemos seguir exigiendo la nota de dependencia?- y otras inquietudes que también afectan al ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Dando un paso más, nos preguntamos, hasta qué punto es posible hoy, en la era del trabajo flexible, seguir vertebrando contractualmente las relaciones de trabajo. No se trata de desterrar el contrato de trabajo y volver a teorías relacionistas, sino de adecuar el concepto de contrato de trabajo a los nuevos tiempos.

Conversación a la que se dirige la contribución: La organización del trabajo y de la producción.

* * *

En cierta medida, el derecho del trabajo está mundializado; no solo porque en una economía global tiendan a imponerse regímenes jurídico-laborales no muy distantes, sino, sobre todo, porque el trabajo y sus problemas son más o menos comunes a toda la humanidad, salvo particularidades territoriales, culturales y económicas concretas¹. Esto es precisamente lo que ocurre con los debates sobre la caracterización y origen jurídico de la relación laboral. Un foro como la OIT es el mejor para tratar, en clave supranacional, ambas cuestiones.

Los cambios sociales y los avances tecnológicos de las últimas décadas han supuesto variaciones significativas para el trabajo. El trabajador tipo y la empresa tradicional, en torno a los cuales se forjaron nuestros modernos sistemas de relaciones laborales han dejado paso a nuevos oficios y profesiones, y a nuevos modelos organizativos. Asistimos en realidad a una revolución social y económica, que obliga a examinar la vigencia de instituciones clásicas del Derecho del Trabajo. Los principios que inspiran esas instituciones son imperecederos, pero la realidad social a la que respondían cuando se crearon es por esencia cambiante y fluida. El compromiso con aquéllos principios obliga a estar atentos a esos cambios, para, en su caso, adecuar conceptos, instituciones y normas a los nuevos tiempos².

¹ Para KURCZYN, P.: “El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 2, 2004, pág. 111, “el derecho del trabajo es, como el derecho mismo, universal, su nacionalización es sólo una referencia específica para conocer y atender su trayectoria en un ámbito sociogeográfico, para revelar el nivel de desarrollo de una sociedad determinada e incluso el de ciertos núcleos que la componen. La esencia humanista y las características del derecho del trabajo (dinamismo y expansividad) son invariables, y así continuarán; de variar, se conformaría otra rama jurídica distinta sobre el mercado del trabajo o las relaciones industriales”

² Vienen aquí las palabras de Francisco Ayala: “¡Cuántas veces no se ha visto un determinado sistema de instituciones, creado bajo unos supuestos para garantía de la libertad, volverse en contra de ella tan pronto como tales supuestos desaparecieron dando paso a una nueva realidad social! ¡Cuántas veces no se han convertido en un instrumento de opresión bajo nuevas circunstancias las mismas ordenaciones que antes,

El conjunto de transformaciones es intenso; tanto, que pudieran tener incluso alcance antropológico, si lo que cambiase fuera el valor mismo del trabajo humano. El peligro es la reaparición de esquemas arcaicos ajenos a la concepción del trabajo como digno en sí mismo. La falta de sentido crítico allana el camino a planteamientos de ese tipo.

De entre las instituciones laborales, la primera que parece hay que examinar es el contrato de trabajo, que parece desbordado por la realidad. Entre otras de importancia, queremos aquí plantear dos cuestiones estrechamente unidas. La primera cuestión afecta a la caracterización del trabajo objeto del contrato de trabajo -¿Podemos por ejemplo seguir exigiendo la nota de dependencia?- y otras inquietudes que también afectan al ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Dando un paso más, nos preguntamos, hasta qué punto es posible hoy, en la era de la flexibilidad, seguir vertebrando contractualmente las relaciones de trabajo.

* * *

La historia del Derecho del Trabajo se identifica con el progresivo crecimiento de sus medidas protectoras y de las personas protegidas³. Hace tiempo se planteó la duda de si el trabajo autónomo debía o no seguir quedando extramuros de nuestra disciplina, o si por el contrario debía integrarse en su campo de aplicación. La controversia cobra hoy mayor impulso. Si hasta hace poco el trabajo autónomo era un fenómeno marginal, hoy ha crecido considerablemente, reemplazando en cierta medida los huecos que el trabajo clásico ha ido cediendo.

Se ha dicho que “el Derecho del Trabajo tiende a convertirse en un conjunto normativo en forma de estrella, donde el contrato de trabajo y su relación ocupan el centro de imputación principal, mientras que a su alrededor reciben el impacto de sólo algunas normas laborales otras figuras de trabajo dependiente”⁴. Más probablemente –como desde hace tiempo se apuntara- el punto común de todas esas instituciones conectadas con el contrato de trabajo no sea tanto el trabajo subordinado como “el trabajo libre por cuenta ajena”⁵. Y esa es precisamente la propuesta que, recuperando lo ya pronosticado por los precursores del Derecho del Trabajo⁶, postula la ampliación del ámbito subjetivo de nuestra disciplina para convertirse en el derecho de la actividad profesional⁷. Desde este punto de vista, se propone abandonar el criterio conforme al cual únicamente el trabajador subordinado es merecedor de tutela; debe serlo todo tipo de trabajo; “el

en otras distintas, habían servido para preservar la dignidad de la persona humana! (AYALA, F.: *Historia de la libertad*, ed. facsímil, Visor, Madrid, 2007, pág. 27).

³ Por ejemplo, MONTOYA, A.: “Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del Trabajo”, *Anales de la real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 36, 2006, pág. 65.

⁴ OJEDA, A.: “La saturación del fundamento contractualista: la respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo”, en *REDT*, nº 111, 2002, pág. 343.

⁵ ALONSO GARCÍA, M.: *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 94, afirma: “En un sentido amplio, que es el que nos parece más defendible sobre todo proyectado con vistas al futuro, el objeto del Derecho laboral vendría representado por ser el trabajo libre por cuenta ajena, comprendiéndose así no sólo el englobado bajo la noción de subordinación, sino también aquel otro que fuese prestado sin atender a tal situación de dependencia”.

⁶ BAYÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, V. I, 2ª ed., Madrid, Victoriano González, 1959, pág. 29.

⁷ SAGARDOY, J. A.: *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: el Derecho de la Actividad Profesional (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)*, Madrid, Cinca, en especial, págs. 59 y ss.

Derecho del Trabajo se habría convertido en el Derecho de la actividad productiva en régimen de alteridad más que en derecho del trabajo estrictamente subordinado”⁸.

Para ello, el camino más seguro no es el de distorsionar la nota de dependencia hasta desnaturalizarla⁹. En realidad –enseña ALONSO OLEA- la dependencia es una nota derivada; lo realmente definitorio del contrato de trabajo es su causa, la cesión originaria y onerosa de los frutos del trabajo¹⁰, o –más propiamente- de la utilidad patrimonial del trabajo¹¹. Por esa otra vía, la sacralización del requisito de dependencia, se puede llegar a proponer la extensión del Derecho del Trabajo y del régimen jurídico del trabajo asalariado a realidades que poco tienen que ver con la relación laboral, como pudiera ser el caso del vínculo que une a un sacerdote con su obispo, o la que une a un religioso con su congregación, pues en ambas existe un deber de obediencia¹². O incluso, puede que en un afán desmedido de ampliar las lindes de nuestra disciplina se lleguen a incluir en ella, “como contratos laborales relaciones contrarias a la ley y/o a la moral (...) en la que al final perderían su sentido las nociones de legalidad e ilegalidad, licitud e ilicitud, prohibición y autorización”¹³.

Estamos en un escenario de crisis del Derecho del Trabajo, que podría estar provocada “por la saturación del contrato de trabajo, por su incapacidad para abarcar todas las situaciones posibles de trabajo dependiente”¹⁴. Desde esa perspectiva, lo que se propone es apartar el contrato de trabajo de la posición central que en nuestro sistema de relaciones laborales ocupa; lo significativo no sería el contrato, que habría quedado desbordado por la realidad productiva, sino la relación laboral¹⁵.

Repárese en la fácil derivación hacia relaciones de trabajo acontractuales. El peligro es que el Derecho del Trabajo pierda “su temple contractual”¹⁶, lo que ocurriría de pretender fijar el ámbito subjetivo de la disciplina laboral al margen del objeto del contrato de trabajo¹⁷. De hecho, existen propuestas aisladas que consideran insuficiente el tratamiento contractual de la relación laboral y que proponen el concepto de “nexo de trabajo personal” como categoría unificadora de trabajos personales de todo tipo¹⁸.

“La equitativa pretensión de dotar de un estatuto protector, inspirado en el que proporciona el Derecho del Trabajo, a ciertas categorías de trabajadores no dependientes,

⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Cuestiones actuales (y no tanto) del Derecho del Trabajo”, en *Temas Laborales*, núm. 64, 2002, pág. 23.

⁹ Contra lo que nos previene CAVAS, F.: “El ‘nuevo’ Derecho del Trabajo”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, págs. 9.

¹⁰ ALONSO OLEA, M.: *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Universidad de Madrid, 1968, págs.1 y ss, e *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 2002, pág. 89.

¹¹ MONTOYA, A.: *Derecho y trabajo*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 23.

¹² Frente a dicha confusión, que ha penetrado en la doctrina española del Derecho Eclesiástico del Estado por influencia del derecho italiano, MALDONADO, J. P.: *Las actividades religiosas ante el Derecho del Trabajo*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006, págs. 31 y ss.

¹³ MONTOYA, A.: “Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del Trabajo”, cit., pág. 67.

¹⁴ Esta es la tesis mantenida por OJEDA, A.: “La saturación del fundamento contractualista: la respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo”, en *REDT*, nº 111, 2002, pág. 337.

¹⁵ OJEDA, A.: “La saturación del fundamento contractualista...”, cit., pág. 338.

¹⁶ MONTOYA, A.: “El ámbito personal del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Política Social*, nº 71, 1966, pág. 101.

¹⁷ Así se deduce de MONTOYA, A.: “El ámbito personal del Derecho del Trabajo”, cit., pág. 87.

¹⁸ FREEDLAND, M.: “Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. I, 126, 2007, nº 1-2, págs. 3 y ss.

debería discurrir, no por vía de desdibujar el concepto de dependencia para hacer entrar en él formas de trabajo cuasi o semidependiente, sino por la más clara y rigurosa de asimilar dichas categorías a los trabajadores dependientes”¹⁹, tal vez introduciendo en el ordenamiento jurídico una relación de tercer tipo entre el trabajo dependiente y el trabajador autónomo, que dotaría de un marco jurídico propio a un conjunto de relaciones que técnicamente quedan –y deben quedar– fuera de la relación laboral, pero que participan de muy parecida idiosincrasia²⁰.

Precisamente, porque el concepto de trabajador remite al objeto del contrato de trabajo se hace innecesario buscar un concepto de empresario (en sentido jurídico-laboral) que no sea reflejo de la definición de trabajador; ambos remiten a la causa y objeto del contrato de trabajo. A nuestro juicio, el intento doctrinal de personificar el empresario en sentido jurídico-laboral resulta –más que complejo– un tanto artificioso (en realidad exigiría una revisión de la caracterización de la relación laboral)²¹. Sencillamente, existe empresario allí donde hay trabajador asalariado, con independencia tanto de la existencia o no de ánimo de lucro empresarial, como de que los bienes o servicios en los que el trabajador contribuye con su esfuerzo estén o no destinados a un mercado. Por esta última razón, entre otros motivos, no creemos viable la propuesta de caracterizar la relación laboral a través de la teoría de la ajenidad en el mercado (o intermediación del empleador), según la cual, el contrato de trabajo separaría al trabajador del mercado (los productos son vendidos por el empresario, que ostenta los medios de producción e intermedia entre el empleador y los clientes)²².

A lo dicho sobre la ampliación del ámbito subjetivo de nuestra disciplina habría que añadir que dicha tendencia redundaría en la quiebra de uniformidad de las relaciones laborales, dando paso a la diversidad del Derecho del Trabajo, esto es, a un proceso “deshomogeneizador” de la disciplina del trabajo asalariado²³. Manifestación de ello es la incorporación de nuevos colectivos bajo el manto protector del contrato de trabajo como relaciones laborales de carácter especial, lo que normalmente significa un menor nivel de protección del trabajador que el existente en la relación laboral común²⁴.

No obstante, debiéramos preguntarnos también si el ideal de mantener un régimen jurídico laboral más o menos similar para todos los trabajadores es hoy conveniente. Ese ideal tenía todo su sentido en procesos de conquista –incluso mantenimiento– de derechos. Pero en el escenario actual, en el que las circunstancias empujan a reducir derechos de los trabajadores, tal vez sería mejor que la flexibilización de ciertos aspectos de las relaciones de trabajo se produzca por sectores, oficios y profesiones.

¹⁹ MONTOYA, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, en *REDT*, nº 91, 1998, pág. 724.

²⁰ En esta dirección, sin mucho optimismo en cuanto a su materialización, REVILLA, E.: *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Navarra, Aranzadi, 2003, págs. 317 y 318.

²¹ Esta es la línea seguida en DESDENTADO DAROCA, E.: *La personificación del empresario laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2006, en especial, págs. 673 y ss.

²² Mantenido por ALARCÓN, M. R.: “La ajenidad en el mercado”, en *REDT*, núm. 28, 1986, págs. 495 y ss. Una contundente relación de objeciones jurídicas a la teoría de ajenidad en el mercado, en DEL VALLE, J. M.: “Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español”, en *Revista de Trabajo*, núm. 89, 1988, págs. 84 y ss.

²³ CAVAS, F.: “Diversificación versus uniformidad en el Derecho español del Trabajo”, en *REDT*, núm. 63, 1994, pág. 71.

²⁴ Con preocupación, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, págs. 100 y ss.

El derecho del trabajo “se concibió, desde el principio, como un derecho expansivo que, por ende, cubriría expansivamente todo el espectro del trabajo prestado por cuenta ajena” , pero “que se levantó (...) sobre el paradigma de la subordinación, asumida como criterio identificativo de la relación de trabajo”²⁵. “La noción de subordinación laboral, como uno de los elementos de la relación laboral clásica, es objeto de amplios cuestionamientos. Si existe una figura que no ha sido claramente discernida por la doctrina, ha sido la de subordinación”²⁶.

Tanto desde la Sociología, en un plano más teórico, como desde el *management* post-fordista, eminentemente práctico, se predicán modos de organización del trabajo menos jerárquicos que los que se implantaron a partir de la Revolución Industrial, nuevos métodos de trabajo que precisan y fomentan la mayor autonomía posible en la ejecución del trabajo individual. Si antes la prioridad era la de producir la mayor cantidad posible, la de ahora es la atención individualizada y de mayor calidad a sus potenciales clientes²⁷. Para conseguirlo, el trabajador ya no ha de ejecutar sin más el plan y las instrucciones de trabajo, sino que debe improvisar y tomar decisiones, lo que requiere de una mayor creatividad, a la vez que debe participar y sentir como propios los objetivos de la empresa.

De esta manera, la antigua moral laboral de “sujeción” propia del *fordismo* va siendo sustituida por una “moral de cooperación libremente aceptada”²⁸. La empresa se convierte así en “un lugar de encuentro entre los proyectos personales y los colectivos, en el que cada individuo hallaría el lugar más acorde con sus aptitudes y capacidades laborales”²⁹. Se persigue la integración del trabajador en la empresa entendida no tanto como organización productiva, como conjunto de relaciones humanas³⁰. Con optimismo, se ha dicho que este nuevo tipo de empresa “trascendería (...) su dimensión meramente

²⁵ VILLASMIL, H.: “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo” (primera parte), *Revista latinoamericana de Derecho Social*, núm. 21, 2015, págs. 206 y 207. “En el vértice de las dos principales obligaciones surgidas del vínculo –salario: prestación de servicio– estaba la subordinación y las condiciones de trabajo se normaban, precisamente, a partir de aquel intercambio bilateral o sinalagmático. Siendo la de trabajo una relación cuya causa jurídica es la prestación de un servicio por cuenta ajena –que representa (...) el título del salario a devengar–, faltaba por agregar a la subordinación como el criterio delimitador del contrato de trabajo con otros contratos prestacionales. Por esto mismo, la historia de la relación de trabajo fue, en rigor, la de la subordinación y por ende no puede extrañar que la crisis que para el derecho del trabajo significó la reducción del ámbito de su regulación, haya llegado de la mano de la crisis de la subordinación” [VILLASMIL, H.: “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo” (segunda parte), cit., pág. 304].

²⁶ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A.: “¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 3, 2006, pág. 229.

²⁷ En palabras de ARCHIER, G. y SÉRIEYX, H.: *L'entreprise du troisième type*, París, Éditions du Seuil, 1984, pág. 136, “En la empresa *taylorista*, el *management* se interesaba en particular (...) por la evolución cuantitativa de una parte de las producciones (...) el otro ‘*management*’ se interesa por priorizar la introducción de los progresos de todo tipo en las estructuras empresariales y en la mejora de la calidad de los productos, así como de la vida de la empresa”.

²⁸ LANDIER, H.: *Hacia la empresa inteligente*, Madrid, Deusto, 1992, pág. 177.

²⁹ DURÁN VÁZQUEZ, J. F.: “Durkheim y Saint-Simon: La construcción del ideario de la sociedad del trabajo y las nuevas paradojas de las sociedades tardo-modernas”, *Athena Digital*, núm. 9, 2006, pág. 163.

³⁰ Esta es la propuesta de PAYET, M.: *La integración del trabajador en la empresa*, traducida por María Antonia Pelauzy, Barcelona, Ariel, 1963, a la que en el prólogo a la edición española, pág. 22, Manuel Alonso García calificó de “idílica”, y que hoy, sin embargo, cobra actualidad.

productiva para adquirir un claro contenido moral, en el que finalmente encontrarían acomodo los principios universales de la Revolución Francesa”³¹.

A nuestro juicio, propuestas de este tipo apuntan una importante evolución en la manera de entender la causa del contrato de trabajo, que ya no puede ser entendido restrictivamente, como mero intercambio de trabajo por salario. A la causa del contrato de trabajo debe incorporarse el deseo de desarrollo personal a través del trabajo; hoy, el trabajador no espera sólo salario, sino también desarrollo profesional y personal.

Podríamos hoy admitir que la causa del contrato de trabajo sea entendida como intercambio de trabajo por salario, encaminado –como se viene admitiendo con naturalidad- a la producción de bienes y servicios, así como al desarrollo de la persona. El propósito de desarrollo personal está sin duda en el *quid pro quo* de las partes. Aquél no puede ser una mera expectativa; ha de objetivarse a través de su positivización normativa. Ha de recalcarse por lo demás la significación que la causa tiene en el contrato de trabajo, en la medida en que es un contrato bilateral típico³². La vulgarización del concepto de contrato al confundirlo con el mero acuerdo –consentimiento- pone en peligro el carácter típico del contrato de trabajo y abre la puerta a su desnaturalización, dando cabida tal vez a actividades que difícilmente tienen causa laboral.

Estos nuevos métodos de organización del trabajo, aparentemente menos organizados (en realidad, son menos ordenancistas) tienen un reflejo jurídico en una cierta tendencia a dotar al trabajador de cierta autonomía en la ejecución del trabajo. Seguramente, se hace precisa una revisión del concepto, siempre equívoco, de subordinación y de sus indicios. Ya ALONSO GARCÍA advertía, refiriéndose al concepto de subordinación, que no es “que vaya a desaparecer, (...) sino que dicho concepto no puede jugar un papel de relevancia tan absoluta que sea el que marque la inclusión o exclusión de determinados tipos de trabajo en el marco de nuestra disciplina”³³.

Nestor DE BUEN advierte de la insuficiencia de la nota de subordinación, y de cómo dicha insuficiencia se solventa –solventaba- a través de la vieja presunción legal de laboralidad de toda relación de servicio personal³⁴. CAMERLYNCK y LYON-CAEN, apuntan esa misma idea³⁵. Como explica SANGUINETI, “debido en gran medida a la adopción de una defectuosa conceptualización de la subordinación por parte de la jurisprudencia, que tendió a identificarla con los signos exteriores a través de los cuales

³¹ DURÁN VÁZQUEZ, J. F.: “Durkheim y Saint-Simon...”, cit., pág. 163.

³² Hay que prestar atención a la revisión del concepto de contrato que últimamente se viene haciendo por los romanistas, como PARICIO, J.: *Contrato: La formación de un concepto*, Civitas, Cizur Menor, 2008, y BLANCH, J. M.: *Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato*, CEU, Madrid, 2017.

³³ ALONSO GARCÍA, M.: *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 89.

³⁴ DE BUEN, N.: *Derecho del Trabajo*, 8ª ed., México, Porrúa, 1991, pág. 549.

³⁵ CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G.: *Derecho del Trabajo*, traducido por Juan Manuel Ramírez, Madrid, Aguilar, 1974, pág. 99, advierten cómo, si bien la noción de subordinación jurídica parece muy clara, en realidad “ante la infinita variedad y la complejidad de situaciones contractuales que el juez debe verificar en cada caso particular, su aplicación se revela a menudo muy delicada”, por lo que “los jueces toman en consideración los elementos d hecho más diversos para decidir, a veces indirectamente y por vía de presunción”. LYON-CAEN matiza su posición inicial, favorable a incluir en el ámbito del Derecho del Trabajo a “todos aquellos que están en posición de dependencia *latu sensu*, sólo aquellos que aprovechan para sí su trabajo de otros deben ser excluidos” (LYON-CAHEN, G.: *Manual de Droit du Travail et de la sécurité sociale*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, pág. 22).

ésta normalmente se expresa (sometimiento estricto del trabajador a las órdenes del empresario, puesto de manifiesto a través indicios tales como la presencia constante en el centro de trabajo, el cumplimiento de un horario, etc.), comenzó a ponerse en España en tela de juicio a comienzos de los años sesenta su virtualidad como elemento definitorio del contrato de trabajo”³⁶.

Visto con perspectiva, se advierte que la colocación de la subordinación como clave de bóveda de la relación laboral encajaba a la perfección, desde luego con el carácter tuitivo del derecho del trabajo, pero, sobre todo, con la idea según la cual el contrato de trabajo sería ante todo una herramienta igualadora entre desiguales, trabajador y empresario. Esa finalidad igualadora alcanzaría también a los trabajadores entre sí, al imponerse originariamente un estatuto común para los trabajadores en general (derecho unitario pues a nivel nacional con vocación internacional), con independencia de sectores y localidades, con la excepción, concebida como rareza, de las relaciones laborales de carácter especial.

Sin embargo, los tiempos cambian. Como afirma MONTROYA, una compleja serie de circunstancias viene suponiendo en las últimas décadas la asunción de nuevos fines por el Derecho del Trabajo, que de ser un ordenamiento “de clase”, dirigido exclusivamente a la protección de los trabajadores frente a los empresarios y el Estado, “ha pasado a ser un Derecho protector de los trabajadores pero también de la empresa, es decir, del mantenimiento y buena gestión de ésta”³⁷.

“El derecho laboral se enfrenta en nuestros países a un uso cada día más importante de esquemas de contratación laboral donde se escamotea la relación laboral y se consolida una categoría de trabajadores dependientes-independientes, frente a la cual el ordenamiento jurídico no tiene un encuadramiento claro que proteja al trabajador”³⁸. Desde mi punto de vista, el concepto de *parasubordinación* es la evidencia más palpable de la indebida caracterización del trabajo asalariado a través de la nota de subordinación, sin que sea posible trazar la línea distintiva cierta entre una y otra modalidad de trabajo, más allá de lo abstracto. En el caso español, la institución del *trabajador económicamente dependiente* ha resultado ser poco más que un brindis al sol, pues en la práctica no opera más que cuando tal condición es reconocida expresamente por las dos partes de la relación³⁹.

“En algún momento se ha pensado que la eclosión del trabajo en cadena y de la explotación obrera habían moldeado definitivamente al derecho del trabajo. Se ha creído también que el remplazo del trabajo industrial con fuerte utilización de mano de obra por el trabajo realizado por un robot, así como el cambio de la relación capital-trabajo, implicaría la desaparición de la relación de subordinación; el derecho del trabajo, en esa dinámica, no podría más que desaparecer junto con su función protectora. Esta idea falsa ha sido ampliamente difundida. En realidad se han confundido las transformaciones del trabajo con las transformaciones del derecho. El hombre entrega cada vez menos su fuerza

³⁶ SANGUINETI, W.: *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos: Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral y su aptitud para reflejar las transformaciones recientes de las formas de organización del trabajo*, Lima, Ara, 1996, pág. 19.

³⁷ MONTROYA, A.: *Tendencias actuales del derecho del Trabajo*, CEU, Madrid, 2014, pág. 11.

³⁸ BOLAÑOS, F.: “Organización compleja de empresas y su efectos en el derecho del trabajo. Una visión costarricense”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 9, 2009, pág. 26.

³⁹ El artículo 12.2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, establece que “el trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate”, lo que de facto desvirtúa la protección legal.

de trabajo, pero el intercambio de una actividad por una remuneración continúa, y eso es un acto jurídico”⁴⁰.

A propósito de la concepción clásica de la subordinación laboral, BRONSTEIN advierte: “Simple, coherente y ajustado al entorno social en que se formuló, este enfoque se revela sin embargo simplista e insuficiente, además de injusto, cuando la realidad actual nos muestra que un número creciente de trabajadores prestan servicios en condiciones reales de dependencia sin que por ello se les reconozca la calidad de trabajadores empleados o asalariados. Quizá no *subordinados*, pero en todo caso *dependientes*, estos trabajadores se encuentran en una situación mucho más vulnerable que la de quienes se benefician de la protección dimanante del derecho del trabajo”⁴¹. De alguna manera, esta propuesta recuerda la definición de trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo que en su día, desde Chile, hiciera WALKER ERRÁZURIZ: “Toda persona física, económicamente débil, que ejercita cualquier clase de trabajo, sea material o intelectual, dependiente o independiente”⁴².

En parecido sentido, para REVILLA convendría reinterpretar el significado de la nota de subordinación, para ello propone una vía clásica en el derecho social; revalorizar la noción jurídica de contratante débil. Habría que dotar al concepto legal de trabajador “de un sentido que permita englobar a todos aquellos sujetos que trabajando por cuenta de otro se sitúan en una posición de debilidad contractual”⁴³.

En los últimos tiempos, la creciente precarización del trabajo –en el sentido de pérdida de estabilidad en el empleo– agudiza la distancia de poder entre trabajador y empresario⁴⁴. Más aún en sociedades con problemas estructurales de desempleo. Desde esta otra perspectiva, paradójicamente, la desigualdad entre trabajador y empresario es de facto cada vez mayor, a la vez que los modos del poder empresarial se vuelven más sutiles, menos explícitos, de dificultosa prueba.

Proliferan hoy técnicas de dominación imperceptibles, que ponen fuera del alcance de la mirada de autoridades y jueces relaciones de dominación que rebasan los límites marcados por el derecho. Existe muchas veces una sumisión invisible, tácita, y por lo tanto, intangible.

¡Qué contradicción! Se ha sublimado de tal manera la nota de *subordinación*, como caracterizadora de la relación laboral, que hemos abierto la puerta a relaciones jurídicas que devienen en situaciones de dominación precisamente porque, al no encontrarse huella alguna de dependencia, escapan de la calificación laboral.

⁴⁰ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A.: “¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?”, cit., pág. 242, con cita de LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail. Une technique reversible*, París, Dalloz, 1995, pág. 2.

⁴¹ BRONSTEIN, A.: “Retos actuales del derecho del trabajo”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 2, 2006, pág. 17.

⁴² WALKER ERRÁZURIZ, F.: *Introducción al estudio del derecho del trabajo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1960, pág. 23.

⁴³ REVILLA, E.: *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Navarra, Aranzadi, 2003, pág. 332.w

⁴⁴ Interesante, para advertir la dificultad de atajar esa creciente precarización, GAUSSENS, P.: “¿El fin del trabajo o el trabajo como fin? Proceso constituyente en el Ecuador de la revolución ciudadana”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 23, 2016, págs. 31 a 55.

En todo este debate, sobre la inconveniencia actual del requisito de subordinación, se suele pasar por alto que la subordinación se hace necesaria y acontece, por definición, en un escenario de división material del trabajo. Cuando esa división material ya no es precisa, porque el trabajador se hace cargo del proceso productivo de principio a fin, o de una parte extensa del proceso, las manifestaciones externas de subordinación desaparecen o se atemperan respectivamente. En cualquier caso, aunque las nuevas tecnologías y los nuevos modos de producción de bienes y, sobre todo, servicios han quebrado con la fragmentación -división material- del trabajo, ésta sigue y seguirá produciéndose en gran parte de las actividades generadoras de riqueza⁴⁵.

Por supuesto, existe subordinación jurídica, que se traduce en la existencia de un poder de dirección y poder disciplinario por parte del empresario. Pero estos poderes existen aunque no se manifiesten; incluso, existen de facto cuando quien trabaja para otro vive en todo o en parte importante de ello, pues el mero temor de ver la relación rota por decisión de ese otro hace que el prestador del servicio obedezca de forma natural las instrucciones de aquél, quien a su vez encuentra un mecanismo de represión inigualable. Al no estar este último sujeto a instituciones de reparación ni revisión, a diferencia de lo sucedido con la relación laboral, alcanza un dominio absoluto por la vía de hecho.

* * *

Existen incluso propuestas, que postulan por la incorporación al ámbito del derecho del trabajo actividades no retribuidas. Así Jacqueline RICHTER, a propósito de las actividades domésticas, aboga por la redefinición del concepto *trabajo* y del derecho del trabajo para “superar la bilateralidad de las obligaciones” e “incorporar otros obligados en la corresponsabilidad de contribuir a la generación de bienestar social”⁴⁶.

Lo cierto es que, el trabajo asalariado reúne tan solo a parte de la actividad humana útil, y que mientras que en nuestra sociedad existen problemas graves de desempleo, hay muchas cosas por hacer. Quizás el mundo esté un poco descompensado, al no valorarse en modo algunas actividades humanas cotidianas que resultan imprescindibles para el mantenimiento de la sociedad. Deberíamos preguntarnos si la caída de la natalidad no tiene que ver con este extremo. Lo cierto es que cuando una madre y un padre crían a unos hijos o cuando un familiar cuida de otro están contribuyendo de forma clara al bienestar social. Visto con cierto utilitarismo, esos hijos serán el día de mañana trabajadores cotizantes a la seguridad social que contribuirán a sostener las pensiones de jubilación de quienes no forman parte de su unidad familiar; de la misma manera, cuando un familiar se hace cargo de otro familiar en situación de dependencia, no lo tiene que hacer el Estado. Ya sólo por eso habría que valorizar algunos tipos de actividad humana realizada en favor de otra persona aunque no estén retribuidas y aproximarlas –no hablamos de equiparación- a las asalariadas. Adviértase que ese tipo de actividades muchas veces impiden la realización de una actividad retribuida a jornada completa, y que otras merman la capacidad de trabajo y reducen las expectativas profesionales y laborales.

⁴⁵ Sobre cómo los nuevos modos de producción y la tecnología –el paradigma es el ordenador personal– están permitiendo un cierto retronó a modos artesanales de producción, MARTÍN LÓPEZ, E.: “Especialización flexible y relaciones laborales”, González Enciso (Ed.), *Más allá de la división material del trabajo*, Pamplona, Navarra, 2007, págs.51 y ss., en especial, pág. 61.

⁴⁶ RICHTER, J.: “El trabajo en el derecho del trabajo”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 16, 2013, pág. 210.

Cada vez parece más acertado el diagnóstico de GIARINI y LIEDTKE: “O seguimos creyendo que el único sistema viable de empleo es el monetarizado y, en consecuencia, consideramos que estamos ante un problema insoluble de desempleo, o empezamos a aceptar la idea de que la riqueza se crea de forma integrada e interdependiente mediante la combinación de sistemas monetarizados y no monetarizados”⁴⁷. En parecido sentido, como paliativo a la caída del trabajo asalariado como consecuencia de las nuevas tecnologías avanzasen, se pronostica el crecimiento del tercer sector⁴⁸. La hegemonía de la relación salarial parece hoy cuestionada por la economía de la solidaridad presidida por la lógica de la gratuidad, que replantea la teoría del valor que explica el funcionamiento del capitalismo⁴⁹.

AUVERGNON, fija su atención en los *trabajadores pobres*: “cuando no están en la frontera entre el estatuto de asalariados y de independientes, parasubordinados o cuasi subordinados, autónomos económicamente dependientes, incluso trabajadores invisibles, desconocidos, no declarados, ellos mismos revelan las exigencias de una modernización de los instrumentos de calificación jurídica de las situaciones concretas de trabajo y de empleo, a través de las definiciones-claves de contrato de trabajo, de trabajador o de asalariado, pero también hoy, cada vez más, de empleador”⁵⁰.

Para TOLEDO la causa de la precarización de las relaciones de trabajo obedecería a un error conceptual, pero no por la nota de subordinación, que habría –se deduce– que mantener, sino en una incorrecta contractualización de las relaciones de trabajo. Desde la visión del autor, lo mejor a efectos de protección de los trabajadores y lo coherente con el régimen de dependencia del trabajador sería volver a la *tesis relacionista*. No estamos de acuerdo con esta propuesta; creemos que hay que seguir manteniendo a toda costa la vertebración contractual de la relación laboral, haciendo todo lo posible para que el trabajador sea sujeto y nunca objeto del contrato. Sin embargo, parece que TOLEDO da con la clave del tema: la nota de dependencia sería más bien reminiscencia de las tesis relacionistas⁵¹. La deducción parece clara: la sublimación de la nota de dependencia, al ser requisito de la laboralidad de la relación, sería incompatible con el contrato mismo; pensamiento éste que, como enseña SEMPERE, se palpa en la teoría de la relación laboral⁵². Desde otra perspectiva, cabe preguntarse hasta qué punto, la nota de dependencia como arquetipo de la relación laboral cobró fuerza también para

⁴⁷ GIARINI, O. y LIEDTKE, P. M.: *El dilema del empleo: El futuro del trabajo*, traducido por Syntax, Bilbao, BBK, 1996, pág. 224.

⁴⁸ Con polémica y alarmismo, RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: El nacimiento de una nueva era.*, traducido por Guillermo Sánchez, Paidós, Barcelona, 1996, págs. 291 y ss.

⁴⁹ Desde la nueva teología del trabajo, GASDA, E.E.: *Fe cristiana y sentido del trabajo*, Madrid, San Pablo, 2011, pág. 249.

⁵⁰ AUVERGNON, P.: “El fenómeno de los trabajadores pobres: revelador de las funciones y tendencias del derecho social”, *Revista latinoamericana de Derecho Social*, núm. 14, 2012, pág. 76. Para ello, el autor propone dos vías: el establecimiento de presunciones legales por parte del legislador, y la modernización de los conceptos jurídicos por parte de los

⁵¹ TOLEDO FILHO, M. C.: “Derecho del trabajo y solidaridad: un abordaje desde la teoría de la relación de trabajo”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 13, 2011, pág. 153.

⁵² Sin llegar exactamente a esa conclusión, SEMPERE, A. V.: *Nacional sindicalismo y relación de trabajo*, Madrid, Akal, 1982, págs. 56 y 302 advierte cómo la teoría de la relación laboral se acomoda a una visión autoritaria de la empresa, según la cual los diversos factores de la producción se encuentran sometidos a una jerarquía fuerte, donde emerge el jefe de empresa, como un empresario con poderes laborales reforzados.

contrarrestar la pujanza nacionalsindicalista y, en consecuencia, del relacionismo, en momentos en que precisamente el modelo de producción fordista se impuso⁵³.

En fin, para Nestor DE BUEN la primacía de la nota de subordinación era transitoria: “Llegará el día (...) en que el único dato importante lo constituya, precisamente, la prestación personal de un servicio. Ésta será, entonces, la nota característica de la relación laboral”⁵⁴. De esta manera, el concepto jurídico y semántico del trabajo volverían a encontrarse.

* * *

Como venimos diciendo, no basta con revisar el concepto de trabajo objeto del contrato. Debemos examinar también la idea de contrato misma.

La economía es hoy mucho más competitiva que antes y las empresas deben ajustar su oferta a la demanda. Si el paradigma de antes era el sistema de producción fordista, desde hace tiempo el modelo triunfante es diametralmente opuesto; la especialización flexible. Una economía así concebida, de alta competitividad en el mercado, impone empresas flexibles.

Desde la transición política de la segunda mitad de los años setenta hasta nuestros días, las exigencias productivas han impuesto sucesivas reformas laborales. Esa reforma, constante y progresiva, ha transcurrido por la senda de la “flexibilidad”. Ese término, “flexibilidad”, es en realidad engañoso, porque la supuesta flexibilidad es en realidad flexibilidad en manos del empresario; esto es, potenciación de las facultades directivas y mayor sujeción del trabajador. Se impone un arquetipo de trabajador flexible, con condiciones de trabajo flexibles, que varían, según criterio y necesidades empresariales. La cada vez mayor facilidad para modificar sustancialmente condiciones de trabajo - incluso la cuantía del salario- por causas empresariales erosiona el requisito de que el objeto del contrato sea determinado o determinable. La presunción de existencia de esas causas -económicas, técnicas, organizativas, de producción- cuando la representación colectiva de los trabajadores las admite matiza el principio de condiciones más beneficiosa adquirida a título individual. El contrato sigue siendo el origen de la relación laboral, pero su valor como fuente de los derechos y obligaciones de las partes es cada vez más débil.

Simultáneamente, en los últimos lustros, por razones meramente utilitaristas y económicas, surgen iniciativas que propugnan, no sólo la flexibilidad del trabajador, sino también la flexibilidad del empresario, esto es, mayor autonomía del trabajador. Esta tendencia es claramente perceptible en aquellas actividades de mayor contenido creativo; incluso en actividades administrativas con ciertos niveles de automatización, donde lo importante no es tanto la ubicación como la coordinación con el equipo de trabajo. En estos supuestos, la importancia del tiempo y del lugar de trabajo, como parámetros de determinación del trabajo a realizar, se relativiza. No sólo se relativiza el tiempo de trabajo como criterio determinante -junto con otros- de la prestación del trabajador; también ha devenido relativa la inflexión entre el tiempo del trabajo y el que no lo es.

⁵³ Fenómeno que es advertido por SEMPERE, A. V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Madrid, Akal, 1982, pág. 306, nota 7, y que hoy parece seguir vivo.

⁵⁴ DE BUEN, N.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 551.

Parece que la mayor productividad vendrá de una correcta combinación de flexibilidad en manos del empresario, con flexibilidad en manos del trabajador. Todo ello implica la necesaria potenciación de los deberes derivados de la buena fe contractual.

Quedan tocadas instituciones relevantes de nuestro sistema de relaciones laborales. Afecta tanto a la organización del tiempo de trabajo, que difícilmente es determinable al celebrar el contrato, y por otro, a la importancia misma que el tiempo, entendido cuantitativamente, tenga en la vertebración del contrato de trabajo.

* * *

En conclusión; la noción clásica de contrato de trabajo parece quedar desbordada por la realidad, tanto en lo que se refiere a los sujetos del contrato, como a su objeto. La sublimación del requisito de dependencia, como nota caracterizadora de la relación laboral, deja fuera del manto protector del contrato de trabajo y del Derecho del Trabajo numerosas relaciones de trabajo y genera bolsas ingentes de trabajadores muy vulnerables, que carecen de protección. Por otro lado, la progresiva flexibilización de las relaciones de trabajo erosiona el valor de fuente de la relación laboral del contrato de trabajo, en beneficio de los poderes directivos del empresario y los pactos colectivos.

Es preciso mantener la vertebración contractual de las relaciones de trabajo, pero ello exige adecuar el contrato de trabajo a la nueva realidad. Para ello es preciso superar concepciones clásicas del sistema de relaciones laborales. Se ha reordenar la importancia de la nota de subordinación, como mera consecuencia de la ajenidad. La mayor flexibilidad del trabajador debe ser equilibrada con una mayor autonomía de ese mismo trabajador y la relativización de la tradicional importancia del tiempo y lugar de la prestación como criterios de determinación del objeto del contrato de trabajo. La causa del contrato debe incorporar además la necesidad de autorrealización a través del trabajo y su valor como cauce de vertebración de la sociedad.