

*Antonio Ojeda Avilés **

La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo

La década de los noventa ha visto aparecer con fuerza la crisis del Derecho del Trabajo y el debate sobre su futuro. Por todas partes han surgido posibles respuestas, siendo unos pocos los especialistas que han defendido la postura de la resistencia a ultranza, desde los principios mismos del Derecho del Trabajo ¹ o de la función de protección del trabajador dependiente, y muchos más los que ofertan soluciones basadas en la ampliación del ámbito aplicativo a todo el trabajo personal ² o en fórmulas amplias donde los períodos de actividad se verían complementados por períodos formativos ³. El análisis de esa crisis se aborda por los especialistas desde tres perspectivas diferentes:

- a) Desde el significado de la dependencia y la ajenidad, los autores se preguntan hasta qué punto las teorías al uso deben revisarse en favor de otras más amplias o polimorfas, a fin de que puedan mantener su sentido definitorio del Derecho del Trabajo ⁴.
- b) Desde un enfoque sociológico, determinados tipos de actividad muy próximos al cumplido por el trabajador subordinado, como el trabajo autónomo, el falso autónomo, el semidependiente y toda una serie de zonas grises, vienen estudiados para ver hasta qué punto se les puede aplicar la legislación laboral.
- c) Desde el propio Derecho positivo, algunos Ordenamientos analizan las posibilidades de, por ejemplo, su Ley de Convenios Colectivos o su Código Procesal,

* Catedrático de Derecho del Trabajo.

¹ PLA RODRÍGUEZ, A., *La función de la negociación colectiva en la defensa del Derecho del Trabajo*, en VV.AA., «Studi sul lavoro. Scritti in onore dil prof. Gino Giugni», Bari, 1999, vol. II, pág. 1497.

² D'ANTONA, M., *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, en VV.AA. (G. GHEZZI, coord.), «La disciplina del mecato del lavoro: proposte per un testo unico», Roma, 1996, pág. 196, ahora en D'ANTONA, M., *Opere*, a cura di B. Caruso y S. Sciarra, vol. 3.III, pág. 1286.

³ COMISIÓN BOISSONNAT (J. BOISSONNAT, coord.), *Le Travail dans Vingt Ans [1995]*, traducción al portugués 2015. *Horizontes do trabalho e do emprego*, Sao Paulo, 1998; SUPLOT, A., *Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa*, «Revista Internacional del Trabajo», 118-1 (1999), pág. 41, quien propone una visión amplia del trabajo, que abarcaría el subordinado, el autónomo, los períodos intermedios y de formación, así como los trabajos no mercantiles (cuidado de otras personas y voluntariado).

⁴ WANK, R., *Die «neue Selbständigkeit*, «Der Betrieb», 1992, 90 y sigs.

donde aparecen alusiones a los «cuasitabajadores» (Arbeitnehmerähnlichepersonen) o al trabajo de colaboración coordinada continua.

El hecho cierto es la emergencia de un sentimiento de crisis profunda de las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo, una sensación de que hemos perdido el rumbo debido a los embates de fenómenos nuevos cuya subsunción bajo las reglas habituales es difícil, cuando no imposible. El cuadro clásico de «un trabajador, una empresa, un contrato» se fragmenta en múltiples trozos con la dislocación productiva, los grupos de empresa nacionales e internacionales, la externalización y el *outsourcing*, la interposición estructural mediante el recurso sistemático a empresas de trabajo temporal, las franquicias, subcontratas, y otras figuras cuya imbricación depara situaciones de gran complejidad en las cuales el trabajador a menudo no puede decir con certeza quién es su empresario. Imperceptiblemente el entorno jurídico y económico al que se enfrenta el trabajador se hace cada vez más opaco con la aparición de «nuevas» figuras contractuales utilizadas con habitualidad para la prestación de servicios, y de redes o complejos empresariales que ejercen simultánea o sucesivamente el poder de dirección sobre un mismo trabajador. Los cambios más significativos proceden del empresario⁵, que en razón a las transformaciones habidas en el mercado, escenario principal de su actividad, ha introducido las modificaciones antes citadas en la relación de trabajo, su escenario secundario⁶. No ha de perderse de vista que en la relación productiva el empresario participa hasta cierto límite, mientras que el trabajador se involucra de pleno, de la misma forma que en la composición de un clásico desayuno de huevos con bacon, como con humor negro se ha dicho en el reciente Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo celebrado en Lima, la gallina participa, pero el marrano se involucra.

En las líneas que siguen intentaremos demostrar que el propio Derecho del Trabajo tantea su propio futuro sin esperar a las soluciones de los expertos, en una auténtica «creación desde dentro» del más puro estilo Teubner. Prudentemente, a paso lento, el legislador y la jurisprudencia van tejiendo un Derecho del Trabajo distinto, que aprovecha y conserva lo anterior, pero tiene en cuenta lo actual para lanzar reglas nuevas, con un estilo puntillista que haría las delicias de Corot. Visitemos las técnicas jurídicas donde se genera el cambio, y trataremos de hallar un sentido unitario a su interacción.

Quizá pueda interesar a nuestro propósito el establecer cómo hemos podido llegar a una situación tan confusa como la presente, en la que ni siquiera sabemos si el Derecho del Trabajo subsistirá en el futuro⁷. Para responder la cuestión habría-

⁵ AMEGLIO, E., *Vicisitudes del proyecto de convenio internacional sobre trabajo en régimen de subcontratación*, en VV.AA., «Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo», Montevideo, 2000, pág. 411.

⁶ Opinión no pacífica entre los especialistas, la mayoría de los cuales prefiere estudiar las novedades en la situación del trabajador. Las figuras híbridas relacionadas con el Derecho mercantil preocupan tanto a la doctrina española como a la de otros países: así, WANK ha estudiado para el Derecho alemán la situación del mandato, la gestión de negocios ajenos, el agente de comercio, el mediador mercantil, el comisionista, el concesionario, el franquiciado y otras figuras [WANK, R., *Tipi contrattuali con prestazioni di servizi nella Rft*, «Lavoro e Diritto», 2 (1997), 217 y sigs.].

⁷ SIMITIS, S., *Il Diritto del Lavoro ha ancora un futuro?*, «Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali», 4 (1997), 609 y sigs. La réplica de C. CROUCH, en *Un com-*

mos de remontarnos a los años ochenta, cuando las empresas salían de las recepciones producidas por las crisis petrolíferas y se topaban abruptamente con lo que entonces se llamaban los cinco tigres asiáticos. Una respuesta inicial consistió en acentuar el ritmo de los despidos en masa, las fusiones y absorciones y las declaraciones de quiebra, con miras a conseguir la reconversión y el salvamento de los primeros sectores que sufrieron los efectos del choque competitivo de los países asiáticos. Es la época también en que quiebra la relación laboral estable y a jornada completa, con la aparición de políticas incentivadoras del empleo precario y/o a tiempo parcial. Todo sumado, configuran la flexibilidad externa, de entrada y salida, a la que se suman las medidas de flexibilidad interna (movilidad) que han ocupado una buena parte de los estudios y comentarios científicos hasta mediados de los años noventa.

Cuando aquellas técnicas que podríamos llamar clásicas se revelan insuficientes, el empresario recurre a la técnica de la dispersión y a lo que se llamó gráficamente «la huida del Derecho del Trabajo»⁸. Tal es la situación actual, en donde, con la misma frecuencia con la cual hallamos nítidamente al empresario clásico, es dable encontrar otras dos figuras absolutamente desorientadoras, cuya denominación general podría ser la de empleador mediato:

Por una parte, el empresario *fragmentado*, entendiendo por tal a una serie de supuestos, unos más antiguos y otros de factura reciente, en las que el trabajador recibe órdenes de varios patronos, o bien contrata con uno y trabaja para otros. La interposición ha sufrido en tal sentido un auge excepcional de reciente, habiendo desaparecido las últimas prohibiciones en España e Italia y aprobado la OIT la regulación de las empresas de trabajo temporal en su convenio 181 (1997). Se han detectado en el Silicon Valley casos cada vez más frecuentes de nudos empresarios que recurren a la interposición para el 100 por 100 de sus necesidades laborales, pues sólo disponen por todo patrimonio de su actividad personal, contratando instalaciones, maquinaria y plantilla cuando reciben pedidos y en función de los mismos. En otros casos, el trabajador presta sus servicios a varios empresarios, simultánea o sucesivamente, en una rueda de empresas que puede organizarse en grupo o en red, a veces sólo con el propósito de usufructuar conjuntamente una actividad laboral que aisladamente no pueden asumir.

Por otra parte, el grado de confusión aumenta sobremanera con el auge del que podríamos denominar empresario *subordinado*. Conocido por supuesto hace tiempo en la figura de la subcontratación, lo nuevo consiste en la propagación del supuesto, gracias a la habitualidad de los grupos de empresa verticales, en los que la empresa madre determina en mayor o menor medida las políticas de personal llevadas a cabo por las filiales; también, a la moderna y rápida implantación de las franquicias, en donde el franquiciado probablemente ha de considerarse como

mento al saggio di Simitis, en la misma revista y año, págs. 643 y sigs. Ya antes, LYON-CAEN, G., *La crise du droit du travail*, en VV.AA., «In memoriam Sir Otto Kahn-Freund», Munich 1980.

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., *La huida del Derecho del Trabajo*, «Relaciones Laborales», I (1992), págs. 85 y sigs. Véase el fenómeno simultáneo en DEL SAZ, S., *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*, en VV.AA., «Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios», Madrid 1992; BORRAJO INIESTA, I., *El intento de huir del Derecho Administrativo*, «Revista Española de Administración Pública», 78 (1993), 233.

empresario, pero tan sometido a las normas de la marca, que bien podríamos calificarlo como un falso autónomo; y, sobre todo, a la práctica de la externalización, especialmente en la variante de encargar la actividad empresarial a los antiguos empleados convenientemente convertidos en autónomos. Los sociólogos describen el fenómeno como de externalización del personal que no forma parte del núcleo duro de la empresa, en un dualismo que se añade al descrito por PIORE y DOERINGER de los mercados primario y secundario de trabajo.

La figura del empresario subordinado conlleva una dosis suplementaria de desorganización del cuadro tradicional del Derecho del Trabajo, porque con él quiebran hasta un punto aún no determinado los criterios de la dependencia y la ajenidad para diferenciar al trabajador del empresario. La multitud de empresas auxiliares o proveedoras cuyo mercado se compone de un único cliente que monopoliza el sector están sujetas a los caprichos del mismo y pueden adoptar comportamientos defensivos cuasisindicales en fiel reproducción de cuanto hasta ahora considerábamos característico de la figura del trabajador. Si del empresario proveedor pasamos al autónomo cuyo único patrimonio es el vehículo o las herramientas de su profesión con las cuales trabaja para una empresa mediante un contrato de arrendamiento de obras o servicios, las dudas provendrán de acertar con cuál sea la naturaleza auténtica de tal relación, con todo el debate suscitado en torno a los falsos autónomos y a los parasubordinados ⁹.

Si ahora tratamos de describir en un cuadro sistemático el panorama que se nos ofrece, veremos cómo la prestación de lo que podríamos denominar genéricamente trabajo dependiente se presta a través de una diversidad de cauces, que ya no son únicamente el del contrato de trabajo:

a) Relación contractual, de dos tipos. Sin duda la mayor parte del trabajo dependiente se realiza bajo la cobertura del contrato de trabajo, al menos en los países europeos. Su importancia crece allí donde la fomalización y juridificación están mejor implantados. Pese a todo cuanto vengo diciendo, el porcentaje de trabajadores con contrato laboral tiende a crecer. Junto a ello, otros muchos prestan sus servicios con un contrato de distinto signo, unas veces civil (arrendamiento en sus diversas manifestaciones), otras mercantil (agencia, suministro, leasing, etc.). De seguir las estadísticas sobre empleo autónomo, por ejemplo las referentes a las altas en los regímenes de seguridad social, aumenta igualmente su número, aunque en menor medida en España ¹⁰.

b) Relación acontractual. También se trabaja para otro sin una cobertura contractual donde puedan quedar especificados los derechos y obligaciones y que sirva de enganche de una legislación complementaria, protectora o no. En esta situación se encuentran, por supuesto, quienes forman parte del empleo sumergido, si bien hemos de tener en cuenta que en sentido propio gozan de un contrato de trabajo por aplicación de las presunciones de laboralidad adscritas al haz de

⁹ SANTORO-PASSARELLI, G., *Il lavoro «parasubordinato»*, Milán, 1979.

¹⁰ Como indica la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral para el año 2000 del Consejo Económico y Social (Madrid, 2001, pág. 210), el empleo asalariado ha sido en los últimos años en España el motor del crecimiento de la ocupación. Algunos rubros de ocupados por cuenta propia, que en 1999 habían aumentado, en el año 2000 han disminuido.

indicios por todos conocido. Sólo el trabajo ilícito queda al margen definitivamente del contrato, pero la relación surte efectos jurídicos, especialmente la pretensión al salario por el trabajo realizado (art. 9.2 TRET), y la mínima cobertura aseguradora que les depara la Ley General de Seguridad Social. En un supuesto muy relevante hoy día, los extranjeros ilícitamente ingresados en el país consiguen ciertos efectos de la relación laboral acontractual reseñados en la Ley Orgánica 4/2000.

c) Como una relación apenas nacida, pero de prometedora futuro al abrigo de las políticas de empleo basadas en la «empleabilidad», las relaciones continuativas de carácter administrativo entre el INEM y los parados con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo conectan con las propuestas francesas de los contratos de actividad, en una versión más realista o menos empresarial de las soluciones a largo plazo a la flexibilidad del contrato de trabajo. En estos casos del artículo 15.1.e) TRET se alternan las relaciones contractuales con las administrativas de formación (calificables como relaciones acontractuales, por tanto). Para superar las limitaciones al empleo de los parados de difícil inserción, el INEM monitoriza su evolución en el tiempo, encargándose de cubrir las lagunas formativas cuya superación permita en lo posible períodos de empleo cada vez más largos del individuo tutelado.

El escenario actual ofrece, como acabo de exponer, una diversidad de situaciones contractuales cuya combinación pone al descubierto numerosos momentos de vacío contractual. Parafraseando una idea leída a YOURCENAR, hay momentos en que el trabajador se encuentra solo, entre un contrato y otro, sin una norma segura a la que poderse encomendar. Situaciones quizá transitorias, de paso hacia etapas más confortables, pero convertidas frecuentemente en situaciones definitivas.

Pues bien, entiendo que la frecuencia con que se producen dichas situaciones de acontractualidad o de contrato no laboral es la razón última que pone en crisis al Derecho del Trabajo clásico e incita a la doctrina a buscar nuevos modelos alternativos. Trataré de explicar este punto de vista antes de pasar a señalar las diferencias con otras posturas. Quede dicho ante todo que no se trata de una teoría «au de là du contrat», sino de todo lo contrario, pues conserva la virtualidad del contrato de trabajo como fundamento mayoritario y más usual del trabajo dependiente, si bien flanqueado por otras situaciones contractuales y acontractuales que vienen a cubrir sus limitaciones.

La crisis actual del Derecho del Trabajo surge, como digo, por la saturación del contrato de trabajo, por su incapacidad para abarcar todas las situaciones posibles del trabajo dependiente. Lo cual implica una petición de principio: ¿hasta qué punto es tan importante el contrato de trabajo como para aceptar que sus insuficiencias lleven al hundimiento del Derecho del Trabajo? Al ritmo que vamos, la crisis se transformará en incumplimientos generalizados, y llegaremos a tener ese Derecho del Trabajo Virtual de que nos habla WOHLMERATH ¹¹, un conjunto normativo estéticamente bello, pero raramente aplicable, como esos preceptos del

¹¹ WOLMERATH, W., *Virtuelles Unternehmen + Virtuelle Beschäftigte = Virtuelles Arbeitsrecht?*, en VV.AA. (T. KLEBE, P. WEDDE, M. WOLMERATH, coords.), «Recht und soziale Arbeitswelt», Colonia, 1999, págs. 717 y sigs.

Código Civil relativos a la propiedad del enjambre de abejas que un buen día decide abandonar la plácida certeza del panal para merodear por fundos ajenos.

Siempre se ha afirmado que en esta rama del Derecho lo importante no era el contrato, que a lo sumo serviría como factor constitutivo o desencadenante, sino el período más o menos largo que denominamos relación laboral. Tan hondo enraíza la distinción, que se deja de lado la que podría considerarse como denominación apropiada de dicho período de tiempo, la *ejecución* del contrato, y ello porque durante la relación laboral los derechos y obligaciones en juego, el contenido de la misma, derivan en su mayor parte de la ley y del convenio colectivo antes que de lo acordado por las partes en sus estipulaciones. El hecho de que probablemente la afirmación inicial no sea cierta para la mayor parte del mundo, desde América en sus dos hemisferios hasta Asia, pasando por Africa y Oceanía, no impide a los especialistas europeos y latinoamericanos el continuar aferrados al relacionismo, considerando marginales la influencia del contrato. El Derecho del Trabajo estaría poco condicionado por el contrato, de modo que no cabría achacar al desbordamiento del ámbito contractual las incertidumbres de aquél.

Aceptemos la premisa relacionista, por más que sea discutible. Aceptémosla incluso en los momentos actuales, en pleno reflujó de la Ley mediante amplias remisiones a la autonomía colectiva y a la individual. Unos tiempos asimismo difíciles para la negociación colectiva, sometida a tan enormes presiones en torno al sinalagma salario-jornada por la competencia internacional, que los aumentos retributivos pactados no igualan a los incrementos de la productividad desde hace años, y la jornada máxima de los convenios desciende con gran lentitud, por lo que los instrumentos colectivos se dedican a regular otros aspectos. El contrato no es lo significativo, admitamos, sino la relación laboral.

Sin embargo, las fronteras del Derecho del Trabajo no se definen por los diversos contenidos de la relación, sino por los elementos y requisitos del contrato. La epistemología de lo laboral participa del entorno privatístico en que se mueve, y para diferenciarlo del arrendamiento de servicios o de obra, o de la agencia, la sociedad y demás figuras mercantiles próximas, el término de comparación va a ser el contrato de trabajo, pues la relación laboral, al igual que la relación arrendaticia o societaria, se supedita básicamente a la arquitectura contractual a pesar de sobrentender en todos los casos un cierto componente legal. Incluso para diferenciar lo laboral de la relación administrativa de los funcionarios públicos, que sí tiene entidad propia, hallaremos de ordinario la referencia al modo de constituirse una y otra, el nombramiento administrativo o el contrato laboral, para intentar justificar lo que modernamente en su contenido relacional no ofrece diferencias sustantivas.

Un Derecho del Trabajo volcado en la relación individual y colectiva, pero caracterizado por el contrato que se desprecia como aspecto marginal, y cuya evidente crisis parece provenir de aspectos de la primera, como la difuminación del lugar de la prestación, la fragmentación del poder directivo o las nuevas formas remuneratorias. Las causas del incierto futuro se pierden entre los pliegues de esa superficie enredada, pero habremos de dar con ellas para diagnosticar si la crisis de que hablamos es agónica o, en el sentido griego, decisiva para construir su personalidad característica.

El punto de conexión de los elementos del rompecabezas se encuentra, a mi juicio, en los indicios de laboralidad. Como se sabe, el haz de indicios sirve para escudriñar situaciones oscuras o dudosas, y hace referencia casi siempre a factores o elementos relacionistas, tales como el sometimiento a instrucciones, a horarios, la percepción de una cantidad fija y periódica de dinero, la prestación del servicio en los locales de la contraparte, etc.¹² Sólo excepcionalmente se utilizan factores contractuales, como el responder del buen fin de las operaciones. Incluso indicios aparentemente contractuales, como la práctica del transporte público sin necesitar autorización administrativa, o el no detentar la titularidad de la mayoría de las acciones en una sociedad, hacen referencia en el fondo a características del sujeto que podrían enervar el poder directivo en la relación laboral. Merced al haz de indicios los tribunales deciden si determinada relación, con independencia de cómo se haya producido su nacimiento, merece la aplicación de las normas contenidas en la legislación laboral y los convenios colectivos oportunos. La marginación del contrato quedaría así puesta de relieve, al conectar los jueces unos rasgos de la relación con normas supracontractuales.

Ahora bien: por mucho que se trate del cómo se cumple la prestación, el haz de indicios que convoca a las leyes y convenios no pretende otra cosa que determinar si tal prestación contiene el grado de dependencia característico del contrato de trabajo. Al punto de aplicar, a renglón seguido de detectar tales indicios, la presunción de haber celebrado dicho tipo de contrato. Es la causa sinalagmática de este contrato, a saber, el trabajo humano cumplido a las órdenes de otro a cambio de una retribución, lo que en realidad se busca, a efectos de descartar el régimen jurídico de otros contratos civiles o mercantiles. Fijado el tipo contractual, se suspende sobre él la estructura vertical de las normas laborales, como si de un tornado que gira estático en el mismo punto del terreno se tratara. Tan enorme y frágil trama tiende a salirse del angosto anclaje, pero duda entre las diversas direcciones que le muestran las interpretaciones doctrinales.

¹² La crítica a la delimitación por un haz de indicios viene agudamente planteada por PÉREZ DE LOS COBOS, F., *El «desvelo» de los grupos de empresa*, «Aranzadi Social», V (1998), págs. 447 y sigs.; del mismo, *Filiatización. Grupos de Empresa*, en VV.AA., «Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de empleo», Madrid, 2000, págs. 627 y sigs. Mientras que los conceptos están fijados por su definición normativa, dice el autor, los *tipos* no vienen definidos sino que son descritos a través de notas distintivas, como por ejemplo sucede con la determinación del trabajador subordinado. Lo malo del tipo, concluye, es que permite a los tribunales una muy laxa valoración conjunta de la prueba, y sobre todo, que provoca una tendencia expansiva seguramente inherente al llamado método tipológico. Crítico con el método tipológico como opuesto al dogmático se muestra también MENGONI, L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», I (1986), pág. 5, para quien «como método de calificación jurídica es una versión del razonamiento por analogía: y la analogía, no se olvide, es una inducción que no quiere confesar su nombre». BALLESTERO, M. V., *Il lavoro parasubordinato*, «Lavoro e diritto», 1987, pág. 41, señala que «el tipo normativo sirve sólo para sustituir el concepto legislativo por otro concepto, llamado tipo normativo, elaborado por la doctrina». Un detenido estudio sobre el método tipológico aplicado a la calificación de la relación laboral en D'ANTONA, M., *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, «Rivista critica del diritto privato», 1988, págs. 195 y sigs., quien rechaza la aplicación de dicho método para establecer niveles de protección, en la forma propuesta por CARINCI, LUCA, TOSSI, TREU, *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Turín, 1985, y ya antes por TOSSI, P., *Il dirigente di azienda*, Milán, 1974.

Con tan magra base para tamaña superestructura, cabe plantearse hasta qué punto continúa siendo válido remitir las leyes y convenios colectivos al contrato de trabajo. El legislador y la jurisprudencia, más pragmáticos que la doctrina, han comenzado a lanzar desde hace tiempo algunos ramales normativos hacia otros terrenos, sin aparente orden ni concierto. Cada vez con mayor frecuencia la calificación fundamental colisiona con otras calificaciones legítimas, de otros tipos de contrato o de situaciones acontractuales. El legislador laboral ha comenzado a declarar aplicables ciertas normas por fuera del contrato laboral con un punto de inflexión respecto a ciertas técnicas del pasado: declarando de entrada el propósito de afectar puntualmente a ámbitos que para el resto permanecen en el reino de los contratos civiles o mercantiles o en la relación administrativa, lejos por tanto de la técnica originaria de colonizar y absorber dentro del Derecho del Trabajo a la situación completa, de sustraerla a la calificación civil o mercantil en su integridad. Con semejante actitud delata no sólo la saturación del contrato que le sirve de base, sino que además teje poco a poco un entramado de situaciones próximas o conexas, preparatorias de un ámbito más amplio para la aplicación de esta rama del Derecho, situaciones sobre las cuales la doctrina aún no se pone de acuerdo a la hora de determinar si se mantienen aún en la categoría de trabajo dependiente, o si han saltado ya al trabajo autónomo en sentido estricto. También los tribunales laborales han debido crear por analogía soluciones coyunturales que restañan vacíos de situaciones que en principio no les competen, pugnando tal solución con las suministradas por los tribunales civiles o contencioso-administrativos, pero sin pretensiones de declarar por ello la existencia de un contrato laboral.

Conviene ya que pasemos a enumerar y comentar cuáles son dichas respuestas precontractuales, esos mecanismos transversales que aspiran a colmar algo más que los vacíos propios, aventurándose más allá de la competencia «natural». Advierto por anticipado que los aspectos citados a continuación no son nuevos en su mayoría, pues sólo pretendo reordenarlos en su significado diacrónico para el Derecho del Trabajo.

a) El alcance más brillante tiene origen legal y ampliación jurisprudencial, en la confusa temática del empleador subordinado. El legislador establece inicialmente que de los incumplimientos del empresario con sus trabajadores responde también solidariamente el empresario principal en los casos de subcontratas (art. 42 TRET), de modo que los trabajadores del subcontratista pueden dirigirse contra quien no mantiene con ellos vínculo laboral alguno, siendo en cambio parte de un contrato mercantil con el empleador, a cuya virtud se produce la actividad de la obra o servicio subcontratada. El mecanismo de la responsabilidad presenta rasgos especialmente apropiados para el salto hacia el exterior del contrato, pues tanto en su versión contractual como extracontractual tiene identidad de naturaleza, persiguiendo indemnizar por los perjuicios sufridos con el incumplimiento del contrato o de la norma. Con ella los trabajadores consiguen ir más allá de los derechos y obligaciones que forman el contenido del contrato, y no sólo frente a la contraparte del mismo, sino también frente a un tercero. El legislador parece tomarle gusto a la extensión de efectos, pues también reconoce la responsabilidad solidaria en la cesión ilícita, cuando el empleador presta indebidamente sus trabajadores a otro empresario (art. 43 TRET); así como en la transmisión de empresa, entre el empleador actual y el que ya dejó de serlo (art. 44 TRET); y en la cesión

lícita, entre la ETT empleadora y la empresa usuaria (art. 16.3 LETT¹³). Planteado el avance, el Tribunal Supremo amplía la técnica a los grupos de empresa jerarquizados, cuando resulta evidente que el empleador nominal obedece instrucciones de la empresa madre, al punto de que pudiera calificarse a ésta como verdadera empleadora.

Quizá el supuesto de mayor exotismo en que los tribunales utilizan la responsabilidad para «completar» las insuficiencias contractuales aparezca en el asunto de las indemnizaciones por accidente de trabajo. Si en la invalidez o la muerte consiguientes hubiera quedado demostrada la falta de medidas de seguridad, el empleador pecha con un recargo de la pensión, como se sabe, de entre el 30 y el 50 por 100 del valor de ésta. La insuficiencia de tal recargo¹⁴ lleva a los tribunales civiles y laborales a conceder una indemnización complementaria que de ordinario se basa en una responsabilidad extracontractual, pese a referirse a sujetos unidos por un contrato de trabajo del cual nace la responsabilidad contractual en que consiste la pensión aseguradora. En deslumbrante paradoja, los jueces aparcan el contrato en la medida justa para completar la insuficiencia de su régimen normativo mediante la aplicación de un elemento jurídico de naturaleza —como viene indicada por su nombre— extracontractual.

b) Con posterioridad en el tiempo, el legislador procede a imputar obligaciones a ciertos empresarios frente a trabajadores que no mantienen con ellos ninguna vinculación jurídica, o no es de tipo laboral. El grueso de estas normas son de seguridad y salud, contenidas en la LPRL 31/1995, o en la LETT 14/1995, llegando incluso a obligar al empresario titular de la instalación donde desarrollan sus actividades otros empleadores a coordinar las medidas preventivas de todos ellos (art. 24.2 LPRL, obligaciones informativas). El empresario usuario está obligado a vigilar la seguridad y salud de los trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal, informarles de los riesgos del puesto de trabajo, y poner a su disposición los medios de transporte y las instalaciones colectivas de la empresa (arts. 16 y 17 LETT); etc. Se trata de obligaciones directas, no de responsabilidades por incumplimiento del empleador, y de naturaleza puramente *ex lege*, al margen del contrato que el trabajador mantenga con la empresa de trabajo temporal. La LPRL llega al extremo de obligar a la observancia de las medidas de seguridad y salud a los autónomos y cooperativistas con prestación de trabajo personal (art. 3), suscitando no poca perplejidad en el primer caso, pues *prima facie* parecería referirse a las obligaciones consigo mismo; pero al hablar de autónomos la Ley implica también el frecuente caso de autopatronos con empresa familiar, donde quienes tra-

¹³ Adscribe responsabilidad «subsidiaria» a la empresa usuaria por obligaciones salariales y aseguradoras durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, y «solidaria» en ciertos casos de incumplimiento, siguiendo una diferenciación entre subsidiariedad y solidaridad que no parece correcta, pero que es muy frecuente en las normas administrativas y laborales. Repárese en que la solidaridad puede ser principal, cuando el acreedor puede exigir indistintamente a uno o a otro deudores el total de la deuda, y subsidiaria, cuando debe ir necesariamente contra el principal en primer término, siempre por el total de la deuda, a diferencia de la responsabilidad mancomunada.

¹⁴ Mantengo esta opinión con mayor detalle en el artículo titulado *Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica*, «Relaciones Laborales», II (2000), 347 y sigs.

bajan no son empleados, carecen de contrato alguno con el empresario, pues cooperan en una actividad que beneficia a todos ellos.

Otras obligaciones directas frente a no-trabajadores han surgido en la legislación laboral en campos como, por ejemplo, la representación de los trabajadores cedidos en las empresas usuarias y contratistas (art. 17 LETT y disp. ad. 3.ª Ley 45/1999, de desplazamiento temporal de trabajadores), o la información por la empresa dominante a los representantes de las empresas del grupo (Ley 10/1997, de comités de empresa europeos). También los efectos salariales del contrato nulo previstos de antiguo en nuestra legislación, y hoy en el artículo 9.2 TRET. El legislador se mueve con mucha cautela al imputar obligaciones pretercontractuales, con toda lógica, aunque ya podamos afirmar cierta normalidad en ellas.

c) Casi en secreto, moviéndose en la esfera del Derecho Administrativo del Trabajo, el legislador viene estableciendo sanciones por infringir las normas laborales un empresario frente a terceros que no son sus trabajadores. No hablamos de los casos en los que hubo incumplimiento de las obligaciones pretercontractuales recién descritas, sino por ejemplo sanciones por el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo o de residencia que hallamos en el artículo 37 LISOS 5/2000.

d) La fuerza «transponedora» de los derechos fundamentales adquiere en la expansión del Derecho del Trabajo un sentido diverso al hasta aquí visto. Algunos de tales derechos, es cierto, son específicamente laborales que se reconocen a sujetos más allá del contrato de trabajo, como típicamente vemos en el derecho de sindicación de los trabajadores autónomos, los parados, inválidos y jubilados, ampliación contemplada por la Ley (art. 3 LOLS); o en el derecho de huelga de los funcionarios, inicialmente producto de una interpretación extensiva hecha por el Tribunal Constitucional del concepto de «trabajadores» con que el artículo 28.2 CE denomina a los titulares del derecho. De esta forma, un poder inicialmente contractual adquiere virtualidad pretercontractual al otorgarse a sujetos desprovistos de empleador típico. Algunos casos de huelga de profesionales (abogados en reclamación de mejores servicios de estrados¹⁵ han desembocado en la ampliación en tal sentido de la titularidad del derecho por los tribunales en Italia¹⁶.

Pero la expansión de los derechos fundamentales producida en torno al cambio de siglo tiene otro carácter, y se refiere a los derechos denominados inespecíficos. No surgen desde la relación laboral para fertilizar otros ámbitos, sino que la Constitución los concibe desde un principio con carácter universal. Tanto da que su violación se produzca en un contrato civil o mercantil como en una relación administrativa, los jueces otorgarán el amparo siguiendo las vías procesales de las Leyes 1/2000 (LEC) y 29/1998 (LJCA), en verdad muy estandarizadas respecto a lo que en el ámbito laboral supone el procedimiento de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Pero en la interpretación hecha por las distintas jurisdicciones, el derecho al honor, a la intimidad personal, a la libertad de expresión o de información, etc., se benefician de una configuración uniforme realizada por el TC en numerosas sentencias, una parte sustancial de las cuales procede de

¹⁵ TORRENTE GARI, S., *El «turno de oficio» y el derecho de huelga*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», núm. 83 (1997).

¹⁶ SANTONI, F., *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, apud VV.AA., «Studi sul lavoro», cit., pág. 114.

litigios en el ámbito laboral. Aunque no podemos afirmar, evidentemente, que a su través el Derecho del Trabajo surca espacios más allá del contrato de trabajo, es claro que al coincidir con otras ramas del Derecho en la salvaguarda de los derechos fundamentales inespecíficos les insufla su espíritu e incluso su estilo procedimental.

Podría decirse que algunos elementos de la tutela de los derechos fundamentales se forjan con referencia al ámbito laboral clásico, para después convertirse en patrimonio común del conjunto del Ordenamiento, como tan reiteradamente se ha dicho de la STC 11/1981, sobre el derecho de huelga.

e) Para terminar con esta panorámica de los sectores pretercontractuales ya existentes, ciertos derechos colectivos sin categoría de derechos fundamentales también han abandonado el seno típico para extenderse a otros ámbitos. Así, los representantes unitarios de la empresa usuaria deben representar los intereses de los trabajadores en misión para presentar reclamaciones de éstos contra la empresa usuaria (art. 17 LETT), lo que la Ley 45/1999 proclama también respecto de los trabajadores de empresas extranjeras desplazados a España para realizar una obra o servicio en una empresa prestataria (disp. ad. 3.ª). Dichos representantes reciben información al menos trimestral de los supuestos de subcontratación (art. 64.1.1.º TRET) y de cada contrato de puesta a disposición que se realice, con entrega de la copia básica del contrato o de la orden de servicio (art. 9 LETT). Con todo, el caso más espectacular lo constituyen los derechos de representación e información de los comités de empresa europeos: la empresa dominante debe reunirse con representantes de todas las empresas del grupo para rendirles información y escuchar su parecer sobre la marcha del consorcio, corriendo los gastos de la reunión, incluidos los traductores necesarios para los trabajadores de empresas extranjeras, por cuenta de la empresa dominante. Por cierto que lo acabado de decir existe en Alemania desde mediados del siglo XX para los grupos de empresas nacionales (los Konzerne), y en Francia desde hace menos tiempo.

El Derecho del Trabajo ha iniciado, como hemos podido ver, la colonización de otros ámbitos distintos al tradicionalmente suyo del contrato de trabajo, expandiéndose por los terrenos propios del Derecho Civil, Mercantil y Administrativo de una manera distinta a la que en otros tiempos hiciera hablar del carácter expansivo de la legislación social y su consideración como un Derecho de Frontera (ROMAGNOLI): ahora mantiene la identidad no laboral de la situación de base, sin tratar de redefinirla, pero le incrusta los elementos propios que considera oportunos. No pretende la aplicación de todo su material normativo —o de casi todo, como pretendía al final de la expansión clásica en las relaciones laborales especiales¹⁷—, sino de alguna institución apta para corregir el desequilibrio detectado. Si ahora retomamos la cuestión abierta al principio de estas líneas, sobre el carácter autónomo o dependiente de las nuevas situaciones contempladas, creo que en todos los casos se trata de trabajo dependiente, incluso allí donde expresamente el legislador alude a los trabajadores autónomos —recuérdese lo referente al derecho de sindicación o a las obligaciones de seguridad y salud—, pues se trataría en realidad de los *económicamente* dependientes o de empleadores con personal no laboral.

¹⁷ La técnica seguida en ellas consiste, como se sabe, en indicar lo que *no* es aplicable del Derecho del Trabajo, remitiendo en lo demás a la legislación laboral, salvo el caso de los altos cargos y de los penados.

En este desbordamiento del Derecho del Trabajo las técnicas utilizadas son muy precisas, como el bisturí que se abre camino limpiamente entre los tejidos para alcanzar el lugar exacto, pero ofrecen una amplia virtualidad aplicativa. Así, la responsabilidad de terceros empresarios por los incumplimientos del empleador directo en cuya decisión ha tomado parte se extiende hasta el momento a los casos de transmisión de empresas, cesión lícita e ilícita de trabajadores, subcontratas y grupos de empresa, pero el momento está maduro para aplicarlas también a las franquicias muy laboralizadas y a otros supuestos de empresario subordinado, como los tribunales británicos han hecho en el caso *Harrods Ltd. vs. Remick*¹⁸. Cuándo y cómo se operará la ramificación dependerá del legislador y del TS, que observan el consolidarse paulatino de las ampliaciones existentes antes de dar el nuevo paso. Así las cosas, 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 a su alrededor reciben el impacto de sólo algunas normas laborales otras figuras de trabajo dependiente. Asume con lentitud, por ello, el papel de Derecho común del trabajo dependiente, el cual se aplicaría en la medida precisa y establecida con abstracción del vínculo jurídico que una al trabajador y a quien ostenta una preeminencia en orden a la obtención del producto. Al igual que el Código Civil, cuyos preceptos sobre derechos reales y contratos civiles son exclusivos, pero cuyas normas generales sobre contratos o aplicación de las normas son aplicables a todo el Ordenamiento; de igual manera que las leyes mercantiles contienen una masa normativa de relevancia puramente mercantil, pero cuyas prescripciones sobre libre competencia o sobre actividad mercantil adquieren consideración general, así también el Derecho del Trabajo reclama la aplicación de algunos de sus preceptos allí donde se encuentre una prestación personal en condiciones de dependencia. Y del mismo modo que el Derecho Civil, Mercantil o Administrativo penetran en las estructuras del Derecho del Trabajo con sus construcciones e instituciones, éste comienza a insertar sus técnicas comunes en las estructuras propias de aquéllos —en los arrendamientos, los contratos mercantiles, las empresas complejas—, sin pretender por ello disputarles el terreno.

Termino con unas puntualizaciones sobre la pretercontractualidad. El Derecho del Trabajo no parece querer salir de su ámbito natural, el contrato de trabajo, que engloba a la gran mayoría del trabajo dependiente, en una cantidad que a efectos visuales pudiéramos cifrar en los dos tercios del conjunto. Las tensiones y la crisis del momento presente nacen por la existencia de una abultada minoría de actividades personales, calificables propiamente bajo rúbricas de contratos civiles o mercantiles o de relaciones administrativas o «apátridas», con fuerte impacto social por hallarse en los sectores de la nueva economía y en los estratos más jóvenes de la población, a las cuales conviene la aplicación correctora de determinadas técnicas laborales. La pretercontractualidad no consiste en escapar hacia otro lado, abandonando el propio, sino en desbordarlo por insuficiente, tratando de alcanzar, además, a otros terrenos limítrofes.

¹⁸ [1997] IRLR 9, EAT, Court of Appeal. Similarmente, caso *BP Chemical Ltd. vs. Gillick* [1995] IRLR 128. Un comentario a esta doctrina en DEAKIN, S., y MORRIS, G., *Labour Law*, Londres, 1998, págs. 179 y sigs.