

# El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO \*

## 1. INTRODUCCIÓN

Puesto que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social se configura en España como una única y misma disciplina se hace necesario plantear la cuestión de si al concepto de trabajador por cuenta ajena se le atribuye un significado unívoco o, por el contrario, cabe apreciar diferencias por lo que respecta al ámbito laboral y al de Seguridad Social.

Igualmente atrayente resulta indagar sobre si en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico se atribuye al vocablo trabajador un alcance y significado distinto.

El debate puede llegar a complicarse aún más si cabe, y ello porque también se ha de tener presente la existencia de una pluralidad de conceptos de trabajador en el ámbito del Derecho Comunitario, que no tienen por qué coincidir, necesariamente, con las definiciones nacionales.

## 2. EL CONCEPTO LABORAL

De todos es sabido que el objeto del Derecho del Trabajo consiste en la ordenación de

las relaciones jurídicas surgidas con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero<sup>1</sup>.

Siguiendo a Javillier<sup>2</sup> puede afirmarse que la persona humana es, simultáneamente, el sujeto y el objeto del contrato de trabajo.

De tal premisa deriva que respecto a éste último se predique el carácter personalísimo de la prestación contractual, «no ya en el sentido jurídico estricto de que sea debida por persona determinada sino en el, a la vez más amplio y sutil, de que empeña la persona del trabajador en su cumplimiento»<sup>3</sup>. Es decir, que «el trabajador no puede dar cumplimiento al débito por él asumido en el acuerdo de

<sup>1</sup> El artículo 1 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 se considera clave a los efectos de determinar el concepto de trabajador, pues en el mismo «se agrupan, por vez primera, los tres presupuestos sustantivos de la relación laboral, a saber, la dependencia, la ajenidad la remunerabilidad». Cfr. DE LA VILLA GIL, L.E., «El Concepto de Trabajador». REDT nº 100/2000, pág.40.

<sup>2</sup> JAVILLIER, J.-C., *Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1982, pág. 58.

<sup>3</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E.. *Derecho del Trabajo*. 15<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid, 1997; pág. 52.

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

voluntades sino a través de su propia persona»<sup>4</sup>.

Hasta tal punto es consustancial al contrato de trabajo su carácter *intuitu personae*<sup>5</sup> que, «cuando no existe obligación personal de efectuar la prestación de servicios, difícilmente será posible imaginar una relación de carácter laboral» (STSJ Galicia de 21-1-2000, AS.55).

A través del contrato el trabajador asumirá libre y voluntariamente<sup>6</sup> la obligación de prestar el trabajo pactado. Y de realizarlo, además, con sujeción a las órdenes del empleador y con la diligencia y colaboración que resulte legalmente exigible.

La ausencia de la voluntariedad conlleva la exclusión de la relación del ámbito de aplicación del ET, tal y como el artículo 1.3.b) ET se encarga de reiterar.

Este último sería el caso de quienes realizan prestaciones personales obligatorias (RD 2756/1976, de 12 de noviembre); de los sentenciados a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (RD 690/1996, de 26 de abril); y de quienes ejecutan trabajos temporales de colaboración social (RRDD 1445/1982, de 25 de junio y 1809/1986, de 29 de junio), entendiéndose por tales aquellos que la Administración Pública puede exigir de los perceptores de la prestación o subsidio por desempleo.

La obligatoriedad de la realización de tales prestaciones «tiene una especial trascen-

dencia a la hora de excluir de raíz la totalidad de la legislación laboral, convenios colectivos incluidos» (Auto del TSJ Madrid de 3-2-1999, AS.594)<sup>7</sup>.

Pero, no obstante, se comprueba que, paradójicamente, aunque tales relaciones quedan excluidas del ET, las mismas son objeto de protección (limitada<sup>8</sup>) por la normativa de Seguridad Social.

En otro orden de ideas es preciso destacar cómo retribuir los servicios prestados por el trabajador constituye una de las principales obligaciones del empresario<sup>9</sup>.

Por eso, la ausencia de retribución determinará la inaplicación del artículo 8.1 ET y, por ende, la inexistencia de una relación laboral.

Sin embargo, de lo anterior no cabe deducir que el mero hecho de que la prestación de servicios tenga carácter remunerado conduzca, necesariamente, a proclamar el carácter laboral de la relación. Un ejemplo de lo anterior es que se califique como relación asociativa<sup>10</sup> y no laboral la existente entre quienes ostentan cargos de representación sindical y su sindicato, sin que tal conclusión pueda verse enervada por el hecho de que se perciba una remuneración mensual, «que en tales supuestos no juega como indicio de laboralidad, sino más bien como compensación por la dedicación exclusiva que corresponde al liberado» (STS de 7-4-1987, RJ.2364).

<sup>4</sup> VALDÉS DE LA VEGA, B., *La Profesionalidad del Trabajador en el Contrato Laboral*. Trotta. Madrid. 1997; pág. 15.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAA-MONDE, M<sup>a</sup> E., «El Trabajo Autónomo y el Derecho del Trabajo». RR.LL. n<sup>o</sup> 7-8/2000; pág. 3: «el Derecho del Trabajo se configura como un instrumento protector de un sujeto que pone su persona en el centro de la relación contractual».

<sup>6</sup> Esta libertad contractual es fruto de «la concepción iusnaturalista del derecho que predominó durante el siglo pasado», Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria*. Civitas, Madrid, 1995, pág. 115.

<sup>7</sup> Sobre la restringida protección social dispensada a tales «trabajadores», cfr. MONTROYA MELGAR, A. (Coord.) *Curso de Seguridad Social*. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 1998, págs. 252 y 253. Y DE LA VILLA GIL, L.E., *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 117.

<sup>8</sup> Cfr. RD 690/1996, de 26 de abril; RD 2756/1976, de 12 de noviembre; RD 1445/1982, de 25 de junio; y RD 1809/1986, de 29 de junio.

<sup>9</sup> Por todos, cfr. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (Coord.); *Estudios sobre el Salario*. ACARL. Madrid, 1993.

<sup>10</sup> STSJ Galicia de 21-1-2000 (AS.54).

Puede suceder también que el elemento de la remuneración sea objeto de distinta valoración judicial en función de que existan, o no, vínculos familiares entre el empleador y el presunto trabajador <sup>11</sup>.

Precisamente es la falta de remuneración, entre otros rasgos <sup>12</sup>, lo que impulsa al legislador a excluir del ámbito de aplicación del ET los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia <sup>13</sup> o buena vecindad <sup>14</sup>.

Y es que, como señala Montoya Melgar <sup>15</sup>, tales actividades, «por su propia naturaleza liberal y graciable no exigen ningún especial régimen jurídico para su desenvolvimiento, pues el legislador carece de razones serias para invadir este ámbito de actividades motivadas por la generosidad».

<sup>11</sup> Tal y como lo evidencia, entre otras, la STSJ Andalucía de 11-6-1999 (AS.1940) cuando afirma que «la percepción regular de cantidades imputadas al concepto de salario constituye un indicio menos determinante del carácter laboral de la relación cuando ésta se establece entre personas que reúnen el tipo de parentesco contemplado en el art. 1.3.e) ET) y no entre extraños». No se encuentra comprendida en el artículo 1.3.e) ET la convivencia «*more uxorio*» a efectos de excluir la existencia de relación laboral (STS de 24-2-2000, RJ.2236).

<sup>12</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., *Derecho del Trabajo*. Op. cit., pág. 59: «Los trabajos prestados amistosa o benévolamente no constituyen contrato de trabajo, ni probablemente contrato alguno, al faltar el *animus obligandi*».

<sup>13</sup> Mientras que de los trabajos amistosos, de vecindad y familiares son beneficiarios personas físicas, «en todos los ejemplos jurisprudenciales es un ente colectivo el receptor de los trabajos benévolos». Cfr. ALONSO OLEA, M., «Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. Trabajos Familiares». REDT n<sup>o</sup> 100/2000; págs. 84-86.

<sup>14</sup> Aunque infrecuente, los servicios de buena vecindad pueden ser onerosos. Al respecto, cfr. GASPARD BAYÓN CHACÓN; «El Intercambio de Servicios». RDT n<sup>o</sup> 21/57. Pero, en cualquier caso, tales intercambios «tampoco están sujetos a la legislación laboral». Cfr. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*. Tecnos, 10<sup>a</sup> edición, Madrid, 2001; pág. 179.

<sup>15</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho y Trabajo*. Civitas, Madrid, 1997, pág. 20.

La exclusión estatutaria cobra una nueva perspectiva como consecuencia del auge de los movimientos solidarios y el incremento del número de personas que prestan, altruísticamente, sus servicios a organizaciones sociales sin ánimo de lucro y, consiguientemente, faltos de «*animus laborandi*».

A resultados de lo anterior, aunque «la forma de organizar y estructurar el trabajo es muy parecida a la de cualquier empresa» <sup>16</sup>, la doctrina laboralista excluye al voluntariado del ámbito de aplicación del ET. Y ello debido al carácter no retribuido de la actividad, pues, evidentemente, la naturaleza de la persona, física o jurídica, o comunidad de bienes que recibe la prestación de servicios es, a tales efectos, un dato irrelevante <sup>17</sup>.

## 2.1. La ajenidad

En aras de la simplificación no resulta infrecuente que la expresión trabajo por cuenta ajena sea empleada como sinónimo de trabajo subordinado. Y en la mayor parte de las ocasiones tal equivalencia resultará ciertamente ajustada.

Pero, como subraya Martín Valverde<sup>18</sup>, «desde el punto de vista dogmático, la clasificación que distingue entre trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena no es exactamente coincidente con la que distin-

<sup>16</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, I.S., «Trabajo voluntario como posible forma de empleo» en: VV.AA. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2000; págs.189-191.

<sup>17</sup> MONTOYA MELGAR, A. (Coord.) *Curso de Seguridad Social*. Op. cit., pág. 253.

<sup>18</sup> MARTÍN VALVERDE, A., «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho comunitario Europeo» en: CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.); *Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la Delimitación de Fronteras del Derecho del Trabajo*. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán. Tecnos. Madrid. 1999; pág. 93.

gue entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. La primera atiende al criterio de la asignación o atribución del resultado del trabajo; la segunda atiende al criterio del modo de realización o ejecución del trabajo».

La ajenidad se traduce, por tanto, en la apropiación por parte del empleador del resultado de la actividad personalmente desarrollada por el trabajador (STSJ Cataluña de 21-7-1999, AS.3443, entre otras muchas). Es lo que se conoce como ajenidad en los frutos<sup>19</sup>, cuya definición más depurada se encuentra, según de la Villa Gil, en el artículo 23 de la LCT de 1931<sup>20</sup>. Pero la ajenidad también puede ser referida a la no asunción por parte del trabajador de los riesgos de la explotación del negocio<sup>21</sup>.

En cualquier caso, tal rasgo no concurre en aquellos supuestos en los que el prestatario del servicio coincide con el titular de la organización empresarial<sup>22</sup>, o «se sabe legítimo poseedor y usufructuario de los mismos bienes patrimoniales que su supuesto empresario» (STSJ Cantabria de 7-6-1999, AS.2107).

<sup>19</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho y Trabajo*. Op. cit., pág. 27: «lo que en rigor traslada el trabajador al empresario no son frutos o productos, sino más exactamente, utilidades susceptibles de valoración económica».

<sup>20</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., «El concepto de trabajador». Op. cit., pág. 40: «a tenor del artículo 23, en el contrato de trabajo el producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél, por el hecho mismo del contrato».

<sup>21</sup> Cfr. RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, M., «La ajenidad en el mercado. Un criterio definitorio del contrato de trabajo». REDT nº 28/1986, págs. 495 y ss.

<sup>22</sup> STSJ Cataluña de 10-1-2000 (AS.72): «en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre de forma clara y plena la ajenidad, nota fundamental tipificadora del contrato de trabajo, mientras que la misma no existe, de ningún modo, en la relación jurídica de los miembros de los órganos de administración, ya que éstos, son parte integrante de la propia sociedad, es decir, la propia persona jurídica titular de la empresa de que se trate».

Esto último se pone de manifiesto, muy especialmente, en relación a los servicios prestados entre familiares<sup>23</sup>, respecto a los que rige la presunción *iuris tantum*<sup>24</sup> de su no laboralidad conforme previene el artículo 1.3.e) ET, y sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado favorablemente el TC<sup>25</sup>. Para destruir dicha presunción<sup>26</sup> se precisará «la demostración vigorosa de que concurren en ese actuar todos los requisitos que definen la relación de trabajo, singularmente el de la ajenidad» (STSJ Baleares de 16-6-1999, AS.2845).

Sin perjuicio, claro está, de que en el supuesto de faltar la nota de la convivencia, reviva la *presunción*<sup>27</sup> de laboralidad del artículo 8.1 ET cuando se prueba que se prestan servicios en el ámbito de organización del empresario (STSJ Cantabria de 27-10-1999, AS.3591).

<sup>23</sup> Que la presunción *iuris tantum* de no laboralidad contenida en el citado artículo 1.3.e) ET despliega toda su eficacia cuando el empleador es persona física es algo incuestionable. Ahora bien, más problemática resulta ser la cuestión cuando el empleador resulta ser una persona jurídica. En pura lógica no resulta factible en tales circunstancias aludir a los parientes del empresario. Y en tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el TS: SSTs de 19-12-1997 (RJ. 9520); de 22-12-1997 (RJ. 9530); de 18-3-1998 (RJ. 3724) y de 17-1-2001 (RJ. 778); entre otras.

<sup>24</sup> STS de 25-11-1997 (RJ. 8623): «no puede realizarse una aplicación del art. 1.3.e) ET que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario para transformar en presunción *iuris et de iure*». STSJ Castilla y León de 19-4-1999 (AS. 1893): «la valoración de las presunciones –art. 1253 CC– corresponde al *iudex a quo*, de no resultar ilógica, irrazonable o contraria a las reglas del buen criterio».

<sup>25</sup> Cfr. sentencias del TC 79/1991, de 15 de abril; y 2/1992, de 13 de enero.

<sup>26</sup> STSJ Andalucía de 11-6-1999 (AS. 1940): «no existen reglas generales o fijas acerca de las situaciones en que cabe apreciar dependencia y ajenidad en el trabajo de quien está vinculado por lazos de parentesco con el titular de la empresa, sólo a la vista de los hechos definitorios de cada caso es posible juzgar si los mismos son o no suficientes para destruir la presunción legal de la naturaleza extralaboral».

<sup>27</sup> Por todos, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*. Civitas. Madrid. 1995.

En cualquier caso, se trata de una exclusión de carácter declarativo, por cuanto que es mera constatación del hecho «de que en este tipo de prestación de trabajo falta una de las notas características del trabajo asalariado. Esta nota es la ajenidad o transmisión a un tercero de los frutos o resultados del trabajo prestado; ajenidad que no cabe apreciar cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social o familiar común» (STS de 29-10-1990, RJ.7721).

Como supuesto excepcional en el que no procede alegar la presunción del artículo 1.3.e) ET se ha de citar el de aquellas situaciones de desempleo amparadas en una decisión de la autoridad laboral adoptada en un expediente de regulación de empleo. Y ello en base a que «se trata de una cuestión ya resuelta por una resolución administrativa firme y adoptada previo cumplimiento de los trámites legalmente previstos» (STS de 19-10-1994, RJ.8060, citada por la STSJ Galicia de 8-6-1999, AS.1872).

## 2.2. La subordinación jurídica y técnica

Hoy por hoy, la subordinación continua siendo el rasgo esencial que permite diferenciar la relación laboral de otras prestaciones de trabajo<sup>28</sup>.

Característica ésta última que el Derecho español comparte con el resto de los ordenamientos jurídicos occidentales, tal y como Sschoukens<sup>29</sup> constata.

<sup>28</sup> SUPLOT, A. (Coord.) *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia. 1999; pág. 31: «la cuestión del poder ejercido sobre los trabajadores es central, ya que dicho poder ha servido para caracterizar el contrato de trabajo».

<sup>29</sup> SCHOUKENS, A., «A Comparative Presentation of the National Social Security Systems for the self-employed: outstanding issues of co-ordination». Conferencia

Consecuentemente, se afirma que el Derecho del Trabajo no protege todas las formas y modalidades de trabajo, sino solamente el trabajo subordinado o dependiente<sup>30</sup>.

*A sensu contrario*, es la ausencia de subordinación lo que, como señala Cruz Villalón<sup>31</sup>, permite definir –por exclusión– el concepto de trabajador autónomo<sup>32</sup>.

En cualquier caso, la dependencia o subordinación es «un concepto graduable, que muestra distinta intensidad según la cualificación del trabajador, la forma de organización del trabajo o el lugar de prestación de servicios»<sup>33</sup>.

En opinión de Javillier<sup>34</sup>, el status de subordinación en que se halla el trabajador por mor de su contrato encuentra su fundamento último, en el hecho de que «en el régimen capitalista, el empleador asume todo el riesgo económico y el trabajador ninguno. La subordinación es reflejo de esas relaciones de producción: trabajo jurídicamente subordinado al capital».

En este mismo orden de ideas se ha señalado cómo «el criterio de partida para la confi-

Europea, Atenas 21-23 septiembre 2000. Texto mult copiado sin lugar ni fecha de impresión; pág. 4.

<sup>30</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M<sup>a</sup> T. «El nuevo poder de dirección del empresario» en: BODAS MARTÍN, R. (Coord.); *El poder de dirección del empresario*. Ibidem. Madrid. 1997; pág. 10: «tal subordinación sólo tiene sentido si es necesaria para el interés general y con pleno respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores».

<sup>31</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales». RR.LL. nº 7/8 2000; pág. 159.

<sup>32</sup> Asimismo, es la nota de la independencia del agente mercantil la única y capital diferencia frente a la nota de subordinación o dependencia del trabajador representante de comercio.

<sup>33</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*. Op. cit.; pág. 174.

<sup>34</sup> JAVILLIER, J.-C. *Derecho del Trabajo*. Op. cit.; pág. 76.

guración de la dependencia fue la subordinación jerárquica, la autoridad, el control, la inspección y la dirección técnica del empresario sobre el contenido y todos los detalles de la actividad de su dependiente<sup>35</sup> y ello como reflejo de la realidad empresarial de la época.

Subordinación o dependencia resultan, por tanto, «de la integración del trabajador en una organización colectiva del trabajo diseñada por y para otros»<sup>36</sup>.

Y es por ello que la vigente definición legal de dependencia<sup>37</sup> acentúa el hecho de que la prestación de servicios se realice dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero<sup>38</sup>, y por ello resulta ser más amplia que «la dependencia exigida por la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 y en la de Relaciones Laborales de 1976» (STSJ Aragón de 24-1-2000, AS.26).

<sup>35</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. naturaleza y requisitos*. Aranzadi. Pamplona. 1995; pág. 298.

<sup>36</sup> SUPLOT, A. (Coord.) *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Op. cit.; pág. 49. En el mismo sentido, entre otros, PEDRAJAS MORENO, A., «Los Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio». Op. cit.; mag. 152: «la subordinación implica que el trabajador por cuenta ajena, como consecuencia del contrato de trabajo, queda inmerso en el círculo organizativo, rector y disciplinario empresarial».

<sup>37</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., *Derecho del Trabajo*. Op. cit.; pág. 55: «los servicios se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de quien paga los salarios; tal es la formulación moderna en el ET de lo que tradicionalmente se ha llamado subordinación o dependencia del trabajador al empresario».

<sup>38</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. «El Concepto de Trabajador». Op. cit.; pág. 50: «la jurisprudencia social sigue confiando en la dependencia para hacer de ella el presupuesto sustantivo básico en la delimitación de las relaciones laborales, porque los presupuestos de remunerabilidad y ajenidad concurren en otras formas contractuales, mientras que la dependencia es la nota característica de la relación laboral».

Cabe hablar de subordinación tanto en un sentido *jurídico* como *técnico*. En relación a este punto Rivero Lamas<sup>39</sup> aclara que «la subordinación definida en el Estatuto implica que sobre el trabajador recae una subordinación técnica lo que supone una actividad dirigida o vigilada de forma constante o inmediata por el empleador y su cadena jerárquica de mando; pero también la existencia de una subordinación jurídica, que inscribe al trabajador en el ámbito de organización del trabajo del empleador, en el cual se ejercitan los poderes de dirección y disciplinario». En la misma línea Ojeda Avilés resalta como característica del ordenamiento laboral español el que el artículo 1 ET haya optado por una solución ecléctica: «la de exigir conjuntamente tanto la dependencia económica como la personal»<sup>40</sup>.

Que no resulta imprescindible el que ambas facetas de la subordinación concurren para proclamar el carácter laboral de la relación lo prueba el que el propio ET en su artículo 13 regule un supuesto de trabajo por cuenta ajena caracterizado, precisamente, por la falta de vigilancia empresarial directa<sup>41</sup>: el contrato a domicilio<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> RIVERO LAMAS, J., «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo» (en: VV.AA. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2000; pág. 77.

<sup>40</sup> OJEDA AVILÉS, A., «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo». RR.LL. 1988-I; pág. 148.

<sup>41</sup> LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL y JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET; en: VVAA; *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo III*. Endersa. Madrid. 1985; pp.336-398: «también es trabajo a domicilio el que se lleva a cabo en lugar libremente elegido por el trabajador, aunque no sea su domicilio».

<sup>42</sup> STCT de 9-3-1984 (RTCT.2273): «el trabajo a domicilio se caracteriza por las notas propias de la relación laboral –ajenidad del producto elaborado, incardinación organizativa, retribución salarial– aunque por la sede en que se desarrolla el mismo o *locus operarum*...no se precise la vigilancia del empresario.» STSJ de Cataluña de 12-11-1994 (AS.4368), con cita en la del TS de 29-1-1991 (R).190): «tampoco el hecho de que el trabajo se realice en el propio o distinto domici-

Muestra de hasta qué punto se ha flexibilizado<sup>43</sup> la interpretación doctrinal y jurisprudencial en torno al concepto de la dependencia es que se rechaza que la dependencia implique, inexcusablemente, la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales con sujeción a un horario determinado, ni la exclusividad en la prestación del trabajo contratado<sup>44</sup>.

Pese a todo cabe afirmar que «la no integración en este ámbito de organización y dirección es con seguridad el único dato actual que separa el contrato de trabajo del arrendamiento civil de servicios»<sup>45</sup>.

Tarea ésta última que no suele resultar fácil<sup>46</sup>. Y ello debido no sólo a que, aisladamente considerados, los elementos que legalmente configuran la relación laboral suelen ser insuficientes para pronunciarse sobre la existencia de un contrato de trabajo<sup>47</sup>, sino

lio desvirtúa la nota de dependencia, pues ello entra dentro de la propia modalidad del contrato de trabajo de tal naturaleza».

<sup>43</sup> MORENO DE TORO, C., *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*. CES. Madrid. 1999; p.136: «la dependencia es actualmente un concepto amplio que se reconoce allí donde el trabajador se considera inserto en el círculo rector y disciplinario empresarial».

<sup>44</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo». RR.LL. 1987-II; pág. 260: «la dependencia, concebida en términos tan amplios que abarca incluso a la de carácter estrictamente económico y no jurídico».

<sup>45</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., *Derecho del Trabajo*. Op. cit.; pág. 55.

<sup>46</sup> Cfr. LÓPEZ GANDÍA, J., *Contrato de trabajo y figuras afines*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999; pág. 35 y ss.

<sup>47</sup> STSJ Cataluña de 1-7-1999 (AS.3421): no es concluyente para apreciar la existencia de una relación laboral la presencia de «determinadas circunstancias formales, como la categoría profesional o el salario atribuidos (STS de 13-12-1983, 6200; y 23-4-1984, RJ.2120), la afiliación y cotización a la Seguridad Social (STS de 15-12-1981, 5137; y 18-11-1982, RJ.6838), que aparenten más no acrediten la real y efectiva prestación de servicios por cuenta ajena, bajo el ámbito de dirección y organización de otra persona física o jurídica».

también porque tales elementos pueden igualmente concurrir en otras relaciones jurídicas excluidas del ámbito de aplicación del ET<sup>48</sup>.

### 3. ¿LA «CRISIS» DE LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO DEFINITORIO DEL CONTRATO DE TRABAJO?

Nuestros Tribunales, a la hora de calificar una prestación de servicios como laboral, atienden preferentemente a la existencia, o no, de la nota de dependencia o de subordinación «como criterio aplicativo-diferenciador, prestando una importancia secundaria al examen de los indicios de la ajenidad»<sup>49</sup>.

Ocurre, sin embargo, que el concepto «*laborab*» de subordinación no tiene porqué coincidir con la acepción que se asigna a ese término en otras ramas del Derecho.

#### 3.1. Prestaciones de servicios subordinados en el Derecho civil y penal

En numerosas ocasiones se ha resaltado que la principal diferencia entre el contrato de trabajo y el civil radica en que «el Derecho

<sup>48</sup> Es el caso de aquellos transportistas que les sea de aplicación la previsión contenida en el artículo 1.3.g) ET, en tanto y en cuanto que sus vehículos sobrepasen un determinado tonelaje. STSJ Cataluña de 6-4-1999 (AS.1031): «cuando el medio de transporte sea de un peso inferior al reseñado, podremos estar ante una relación laboral o mercantil, en función de la concurrencia de las notas que conforme al art. 1.1. ET caracterizan al contrato de trabajo. En estos casos no opera la exclusión automática del ámbito laboral y habrá de estarse a las concretas circunstancias de cada caso para establecer la naturaleza del vínculo». STS de 22-12-1997 (RJ.9528): «la autorización administrativa exigida por la Ley es la específica para determinados vehículos (p.e., en función del tonelaje) y no el permiso de circulación».

<sup>49</sup> VV.AA.; *Derecho del Trabajo: Una visión panorámica*. Laborum, Murcia, 2001; pág. 36.

del Trabajo añade al contenido del contrato ese elemento de la sujeción jurídica del trabajador al empresario que no consagraba la Codificación civil»<sup>50</sup>.

Y, ciertamente, es tal criterio el que venía siendo tradicionalmente empleado para trazar las fronteras entre el contrato de trabajo y aquellas otras modalidades contractuales civiles en las que una persona realiza una prestación en favor de un tercero (el arrendamiento de servicios y de obras, paradigmáticamente).

a. *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus trabajadores*

No obstante lo afirmado en el epígrafe precedente, el dato de que el decimonónico Código Civil regule en su artículo 1903.4<sup>51</sup> la responsabilidad extracontractual<sup>52</sup> del em-

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Contrato de Trabajo y autonomía del trabajador» en: CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.); *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán. Tecnos. Madrid. 1999; pág. 23.

<sup>51</sup> El precepto ha sido interpretado con tal rigor por nuestros Tribunales que la responsabilidad empresarial ha pasado a convertirse en una «responsabilidad cuasi objetiva», por lo que resultan imputables al empresario todos los riesgos hacia terceros que procedan del mal funcionamiento de los elementos personales y materiales de la empresa –sin que resulte necesario identificar o demandar al concreto empleado causante del daño–. Habiéndose de calificar, además, dicha responsabilidad como de «directa y solidaria», no de subsidiaria. Cfr. PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*. Tomo II. Bosch. Barcelona. 1990; pp.199-212.

<sup>52</sup> MORENO DE TORO, C., *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*. Op. cit.; pág. 31: «la responsabilidad extracontractual deriva de actos dañosos producidos en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica entre el causador del daño y el que lo sufre; es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar».

presario por actos de sus empleados y auxiliares<sup>53</sup> hace necesario plantearse al menos dos cuestiones:

- 1) Si tales expresiones han de identificarse con el concepto de trabajador del ET o están dotadas de un distinto alcance y significado.
- 2) Si, realmente, la nota de la subordinación o dependencia resulta completamente extraña a las relaciones contractuales civiles.

Por lo que al primer punto respecta y, a efectos puramente polemizadores, se presenta como mucho más plausible considerar que el concepto civil de empleado no siempre coincidirá con el de trabajador del ET.

En primer lugar porque, atendiendo al dato cronológico, resulta obvio que la promulgación del Código Civil se produjo décadas antes de la aparición de las primeras normas laborales reguladoras del contrato de trabajo. Por ello es evidente que el término civil de dependiente o auxiliar no puede identificarse con el concepto de trabajador acuñado por el Derecho del Trabajo<sup>54</sup>.

En segundo lugar, porque de la exégesis del Código Civil en modo alguno puede llegarse a la conclusión de que la responsabili-

<sup>53</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. naturaleza y requisitos*. Op. cit.; pág. 292: «la responsabilidad por el hecho de los dependientes responde en el Código Civil a un esquema de culpa presunta, pero ella opera en la práctica jurisprudencial con las mismas características y con la misma forma que el régimen de responsabilidad vicaria, es decir, el empresario es objetivamente responsable de los daños que causen a terceros con dolo o negligencia sus propios dependientes o auxiliares».

<sup>54</sup> Semejante dicotomía en cuanto al lenguaje jurídico puede apreciarse también, p. e., en el hecho de que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 para calificar a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación usa el término de operarios y no la terminología civilista.

dad del empleador<sup>55</sup> por los actos de terceros esté condicionada a que en éstos concurren todos los requisitos exigidos por la normativa laboral para calificarlos como trabajadores.

En otro orden de ideas, similares interrogantes a los expuestos y análogas respuestas plantea el hecho de que el Código Penal, en su artículo 120.4 consagre la responsabilidad civil subsidiaria, en defecto de los que lo sean criminalmente, de las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios<sup>56</sup>.

Tanto en uno como en otro caso, elemento ineludible para que puedan ser invocados los artículos 1903.4 CC y 120.4 CP es la existencia de una relación jerárquica o de dependencia entre los sujetos (entre otras, SSTs de 8-5-1999, RJ.3101; y de 11-5-1999, RJ.3104).

Pero, y aquí radica la esencia de la cuestión, a tales efectos resulta suficiente para apreciar la existencia de dependencia con «que el comitente se hubiera reservado la injerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia y dirección...o cuando se reserva su supervisión (STS

5-10-1995, RJ.7020)»<sup>57</sup>. Pero no es necesaria la concurrencia de un vínculo laboral (SSTs de 16-10-1958, RJ.3316; y 29-10-1994, RJ.8330, entre otras).

Es decir, que si bien «la característica fundamental de la relación o vínculo entre el empresario y el agente directo del daño es la subordinación, ésta no es entendida en su significado estrictamente laboral, sino como aquella situación de cualquier origen o fuente, en la cual existe un cierto control y dirección por parte del empresario civilmente responsable, respecto de algunos aspectos de la actividad de su dependiente»<sup>58</sup>.

En la misma línea argumental y siguiendo a Moreno de Toro<sup>59</sup>, preciso será reconocer que existen supuestos «en los que no es apreciable la existencia de un contrato de trabajo y sí de un arrendamiento de servicios y, a pesar de ello, se afirma la dependencia y se declara la responsabilidad civil (SSTs de 18-6-1985, RJ.3022; 18-5-1990, RJ.4146; y de 12-2-1990, RJ.677, entre otras<sup>60</sup>).

Y es que la relación laboral sólo es una más «de las múltiples formas objetivas que puede adquirir o revestir el vínculo necesario para atribuir la responsabilidad del dependiente culpable al empresario inocente»<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Civitas, Madrid, 1994, pág. 466: «puede decirse que su responsabilidad extracontractual conforme a esta norma es indirecta en el terreno de la causación del daño: se responde de daño causado (directamente) por otro, pero no en el terreno de la imputación: no se responde por la culpa de otro, sino por una culpa propia, personal, aunque legalmente presumida».

<sup>56</sup> MORENO DE TORO, C., *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*. Op. cit.; pág. 113: «la norma civil permite la prueba en contrario, mientras que la norma penal no prevé prueba alguna que permita la exención de responsabilidad. Otra diferencia es que la responsabilidad que deriva del 1903 es directa, aunque con el derecho de repetición del art. 1904, mientras que la derivada del específico artículo 120 CP es subsidiaria».

<sup>57</sup> MORENO DE TORO, C., *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*. Op. cit.; pág. 139.

<sup>58</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*. Op. cit.; pág. 300.

<sup>59</sup> MORENO DE TORO, C., *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*. Op. cit.; pág. 137.

<sup>60</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*. Op. cit.; pág. 433: «la jurisprudencia ha llegado a decir que basta con que la actuación o actividad del culpable directo esté, al menos potencialmente, sometida o dirigida a la posible intervención del segundo, para generar la responsabilidad civil».

<sup>61</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*. Op. cit.; pág. 298.

A la vista de las consideraciones expuestas cabría concluir que tanto el CC como el CP permiten imputar al empresario la responsabilidad por los actos realizados por personas a su servicio, aunque no pudieran reputarse como trabajadores a los efectos de la legislación laboral<sup>62</sup>. Y aunque para que tal responsabilidad despliegue eficacia se precisa la existencia de una relación de dependencia, a tal concepto se le atribuye un significado muchísimo más laxo que en el ámbito laboral<sup>63</sup>.

El comprobar cómo la dependencia puede predicarse igualmente de la contratación civil, unido a que por impulso de la nueva coyuntura económica se haya incrementado la «autonomía y la pérdida de subordinación en el trabajo subordinado y viceversa, esto es, la pérdida de autonomía y el incremento de la dependencia en el trabajo autónomo»<sup>64</sup>, hacen que cada vez resulten más difusas las fronteras entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil.

A lo que hay que sumar el «incremento del margen de libertad reconocido a las partes

en cuanto a la calificación como laboral o extralaboral del trabajo prestado»<sup>65</sup>.

Todo ello ha propiciado posturas extremas<sup>66</sup>, como la defendida por Bustos Puche<sup>67</sup> quien tajantemente afirma que «no resultaría ni complicado técnicamente, ni insatisfactorio para los trabajadores la reintegración del contrato de trabajo al Código Civil».

#### b. *El omnicompreensivo concepto penal de trabajador*

Aunque históricamente el Derecho Penal se configuró como un «instrumento de represión contra los trabajadores»<sup>68</sup>, el panorama actual es radicalmente diferente.

En este sentido se ha producido un «cambio de mentalidad» del legislador, que ha pasado de considerar al Derecho Penal del Trabajo como «instrumento de control de los derechos de los trabajadores a estimar su existencia como instrumento de protección de estos mismo derechos»<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, E., «Aspectos jurídico-laborales de las Franquicias». REDT nº 97/1999; pág. 663: «aun en casos en los que resulte dudoso que exista una relación laboral pura –desde la perspectiva del artículo 1.1. ET– entre franquiciador y franquiciado, podría resultar factible apreciar la existencia de responsabilidad vicaria del primero por los actos del segundo».

<sup>63</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*. Op. cit.; pp.361-365: «algunas sentencias civiles han condenado a un sujeto o empresa que ha solicitado de otra una determinada obra o servicio y que –en teoría– no debería haber sido condenado a indemnizar perjuicios por tener el segundo una total y absoluta autonomía e independencia en el modo de desarrollar la labor encomendada. También existe jurisprudencia penal que condena como responsable civil al sujeto que solicitó y pagó la obra o servicio respectivo por los daños causados por aquel que se obligó a realizar la prestación debida, sus representantes o dependientes».

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAA-MONDE, M.ª E., «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo». Op. cit.; pág. 1.

<sup>65</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La flexibilidad del tiempo de trabajo: Un viejo, inacabado y cambiante debate». RR.LL., 1999-I, pp. 11-18. MÜLLNER, W., *Privatisierung des Arbeitsplatzes. Chancen, Risiken und rechtliche Gestaltbarkeit der telearbeit*. Boorberg. Stuttgart, 1985; pág. 114: las partes son libres a la hora de escoger la modalidad contractual bajo la que se va a prestar el teletrabajo; ello no supone abuso de ningún tipo. No puede ser tarea del Derecho del Trabajo preocuparse tanto de la protección de los empleados que se desemboque en una polarización extrema entre ser trabajador o estar desempleado.

<sup>66</sup> ORTIZ LALLANA, Mª C., «La supervivencia del Derecho del Trabajo». AL nº 42/1999, mag. 816: «tampoco faltan quienes postulan la pura y simple desaparición del Derecho del Trabajo y en consecuencia la total desregulación del mercado de trabajo y el retorno al Derecho Civil».

<sup>67</sup> BUSTOS PUCHE, J. E., «Sobre el posible retorno del Contrato de Trabajo al Código Civil». DL nº 52/1997; pág. 104.

<sup>68</sup> JAVILLIER, J.-C., *Derecho del Trabajo*. Op. cit.; pág. 65.

<sup>69</sup> RUEDA GARCÍA, L., «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en: VV.AA.; *Empresa y Derecho Penal (I)*.

Ello se pone especialmente de manifiesto tras la promulgación del CP de 1995, con la creación de un nuevo Título XV que lleva por rúbrica de los *Delitos contra los Trabajadores*. En opinión de García-Penasco Morales<sup>70</sup> la finalidad de la reforma fue la de «proteger a la clase trabajadora en su conjunto, como grupo social que, tradicionalmente, ha sufrido abusos y menoscabos en sus derechos».

Y hasta tal punto han cambiado las tornas que, aunque resulte paradójico, la jurisdicción penal puede llegar a ser «más social» que la laboral. Fenómeno éste que, al parecer, no resulta ser exclusivo de España<sup>71</sup>.

Corroboran semejante aseveración sentencias como la del Juzgado de lo Penal nº 1 de Huesca de 7-10-1999, que califica como delito del artículo 312.2 CP el no haber afiliado y dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a unas extranjeras que, careciendo del permiso de trabajo y de residencia, ejercían la prostitución en España.

Si dicha sentencia se trae a colación no es sólo porque admite sin remilgos la licitud de que un contrato de trabajo pueda tener un objeto semejante<sup>72</sup> –en contra de la jurisprudencia social que sólo reputa lícita la actividad de *alterne*<sup>73</sup>–, sino también porque en la

misma el Ponente afirma rotundamente «que el sujeto pasivo de esta clase de delitos se identifica con el colectivo de los trabajadores» entendiéndose por tales no sólo aquellos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 1.1. ET sino también «a los sujetos que deseen ejercitar su derecho –deber al trabajo conforme al art. 35 CE–».

Se verifica así algo que la doctrina ya había puesto de relieve al promulgarse el CP de 1995<sup>74</sup>: a efectos de la consideración como sujetos pasivos de los delitos contra los trabajadores el concepto penal trasciende los límites del ET, puesto que sujetos protegidos pueden serlo no sólo los trabajadores por cuenta ajena sino también quienes desean ejercitar su derecho-deber de trabajar<sup>75</sup>, los trabajadores autónomos y otros colectivos excluidos del ET.

En tal sentido se pronuncian rotundamente Valle Muñiz y Villacampa Estiarte<sup>76</sup> quienes son de la opinión de que los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio pueden ser sujetos pasivos en algún caso.

Aún más rotundo se muestra Navarro Cardoso<sup>77</sup> que aboga por incluir también en

Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1998; pág. 234.

<sup>70</sup> GARCÍA-PENASCO MORALES, G., «Notas sobre algunos delitos contra los derechos de los trabajadores». *Revista del Ministerio Fiscal* nº 7/2000, pág. 194.

<sup>71</sup> Algo similar ocurre, p. e., en Francia. Cfr. JAVILLIER, J.-C., *Derecho del Trabajo*. Op. cit.; pág. 33: «un aforismo habla de una Sala de lo criminal (del Tribunal Supremo) más social que la Sala de lo social».

<sup>72</sup> En la sentencia comentada se explicita que «no cabe constreñir la norma penal a las disfunciones o distorsiones que eventualmente pueden presentar la normativa de extranjería o la socio-laboral» y que «tampoco hay base razonable para excluir las actividades de alterne o de prostitución de la normativa general que regula la relación laboral».

<sup>73</sup> Cfr. HAVA GARCÍA, E., «Prostitución y delitos contra los derechos de los trabajadores». *RDS* nº 11/2000, pp. 179-186.

<sup>74</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T. y otros; *Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 552.

<sup>75</sup> ORTIZ LALLANA, entre otros, aboga por la ampliación y extensión del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo a los demandantes de empleo. Cfr. ORTIZ LALLANA, Mª C., «Líneas de tendencia y problemas fundamentales en el sector jurídico-laboral en las sociedades industriales: El caso Español». *RT* nº 82/1986, pp. 98 y 99.

<sup>76</sup> VALLE MUÑIZ, J.M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., «De los delitos contra los Derechos de los Trabajadores» en: QUINTERO OLIVARES, G. Y OTROS, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 808.

<sup>77</sup> NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los Derechos de los Trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 46: «a los efectos penales debiera ampliarse ese concepto de trabajador que proporciona el artículo 1.1. ET...porque de no ser así, va a resultar muy difícil fi-

el concepto penal de trabajador a los que mantengan una relación administrativa o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas, «pues pueden ser sujetos de un delito contra el derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo (art. 314 CP); de un delito contra la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 315 CP); o incluso de un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo (art. 316 y 317)».

### 3.2. Subordinación del personal sometido a Derecho Administrativo

De exclusión constitutiva se ha calificado la contemplada en el artículo 1.3.a) ET<sup>78</sup> que afecta tanto a la relación de servicios de los funcionarios públicos como a quienes sin ostentar dicho status desempeñan su actividad en régimen administrativo o estatutario.

Pero, como señala López Gómez<sup>79</sup>, «todo intento de diferenciación material entre la relación laboral y la funcionarial respecto al contenido esencial de las prestaciones resulta inútil. En ambas se dan las notas que caracterizan la relación laboral: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución».

Puesto que no parece existir ninguna diferencia intrínseca en lo que respecta a la prestación de servicios, ya se realice con sujeción al Derecho laboral<sup>80</sup> o al Derecho adminis-

jar determinados extremos de algunos tipos penales (311 ó 312.2 CP)».

<sup>78</sup> Por todos, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *La presunción de existencia del Contrato de Trabajo*. Op. cit., pág. 133: «el art. 1.3.a) ha sido considerado tradicionalmente como una exclusión constitutiva, a diferencia de las demás previstas en el artículo 1.3 ET, por tratarse de verdaderas y propias relaciones jurídico-laborales exceptuadas».

<sup>79</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*. Civitas, Madrid, 1995, pág. 239.

<sup>80</sup> CORDERO SAAVEDRA, L., «Laborales y Funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas. ¿Derecho

trativo, «lo determinante para que la relación se entienda excluida de la presunción del artículo 8.1 del ET es que la Administración haya contratado en virtud de una ley que expresamente permita la forma de contratación administrativa y el contrato se hubiere sujetado a esta legislación» (STSJ de Cataluña de 21-7-1999, AS.2883, entre otras).

Pudiendo incluso ocurrir, como ilustra la STS de 14-1-1999 (RJ.1309) que si se transforma la naturaleza jurídica del organismo para el que se prestan los servicios, ello provoque una alteración en el régimen jurídico de las relaciones entre el Ente (la ONCE) y sus servidores, «pasando de uno inicialmente administrativo a otro laboral».

Sin embargo, el que a colectivos que realizan similares funciones les sean de aplicación previsiones legales diferentes no crea sino disfuncionalidades cuya razón de ser radica, en última instancia, en motivos históricos<sup>81</sup>. De ahí que por un autorizado sector doctrinal se propugne *de lege ferenda* poner fin a esta dicotomía<sup>82</sup>. E, incluso, al amparo

del Trabajo versus Derecho Administrativo?. AS nº 3/2000, pág. 46: «la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 es la que vino a romper la exclusividad del régimen funcionarial de los servicios públicos al permitir la incorporación de personal sometido a Derecho privado».

<sup>81</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., «Tipología, estructura y caracteres de la protección social de los Funcionarios Públicos en España». Comunicación presentada en el Seminario «*Etude sur les Convergences des Politiques de Protection Sociale Pour les Fontionnaires Migrants*», celebrado en Sevilla los días 1 y 2 de diciembre de 1995. Texto multicopiado sin lugar ni fecha de impresión; pág. 9: «las diferencias comparadas –privilegios y discriminaciones– de la Seguridad Social de los funcionarios públicos con respecto a todos los demás regímenes protectores existentes obedece a argumentos menores (de orden histórico fundamentalmente) y no a exigencias tipológicas o de estructura. Cabe decir, con el maestro Perrin, que esos caracteres son resultado de intereses corporativos, preocupaciones financieras, rutinas administrativas o prejuicios sociales que sobreviven a sus propias justificaciones».

<sup>82</sup> Cfr. GODINO REYES, M., *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*. Civitas. Madrid. 1996. pág. 279.

del artículo 2.1.i) ET, se defiende la necesidad de «regular una relación laboral especial del empleado público laboral»<sup>83</sup>.

En cualquier caso, lo que no deja de ser una paradoja es que a un colectivo que se encuentra excluido del ET le resulten aplicables un numeroso elenco de disposiciones laborales<sup>84</sup>:

Así, en primer lugar, es de destacar la equiparación que efectúa el artículo 1.2 de la LOLS entre trabajadores por cuenta ajena y aquellos que sean sujetos de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas. En este sentido, es digno de mención cómo no sólo se reconoce el derecho de éstos últimos a la negociación colectiva<sup>85</sup>, sino también el que se haya hecho práctica habitual en nuestro país la negociación «mixta»<sup>86</sup>.

Similar equiparación entre trabajadores y funcionarios efectúa el artículo 3.1 de la LPRL.

Igualmente, en el caso del derecho de huelga se consideró que «el concepto de tra-

bajador engloba al de funcionario a efectos de reconocer a éste la autotutela de sus derechos»<sup>87</sup>.

Más recientemente, y en lo que respecta a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, García Murcia<sup>88</sup> afirma que la misma constituye un nuevo punto de encuentro entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de los Funcionarios.

Por no hablar del hecho de que un colectivo próximo a los 900.000 funcionarios se encuentran integrados en el Régimen General de la Seguridad Social por razón de su procedencia o pertenencia a determinados Cuerpos o Escalas<sup>89</sup>.

En fin, para concluir este epígrafe cabe destacar cómo el Derecho comunitario –tal y como es interpretado por el TJCE– da pruebas de encontrarse más evolucionado que la mayoría de los ordenamientos nacionales, por cuanto que el concepto comunitario de funcionario se equipara al de trabajador por cuenta ajena<sup>90</sup>.

Una reciente prueba de lo anterior la tenemos en la reforma del artículo 2 del Reglamento 1408/71 efectuada por el Reglamento 1606/98. Como consecuencia de la misma, los funcionarios públicos, ya se rijan por un régimen general o especial, han pasado explícitamente a ser sujetos protegidos por el Reglamento 1408/71 en calidad de trabajadores por cuenta ajena.

<sup>83</sup> RENTERO JOVER, J., «Sobre la relación de empleo Público Laboral». RDS nº 11/2000; pág. 102.

<sup>84</sup> Por todos, cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup> J., *El Estatuto de los Funcionarios Públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*. Comares, Granada, 1997.

<sup>85</sup> Ello puede plantear en no pocas ocasiones dificultades, como ilustra la STS de 21-12-1999 (RJ.528): la cuestión que se debate es la relativa a la elección de la regla aplicable para determinar la legitimación para negociar en los supuestos de unidades empresariales complejas, como pueden ser las Administraciones Públicas. La Sala opta por una solución mixta, consistente en aplicar la regla del artículo 87.1 ET a la Administración de la Generalidad de Cataluña y la del número 2 de ese mismo artículo a la de los trabajadores. El voto particular que formulan MARTÍN VALVERDE –y al que se adhieren otros cinco magistrados– se tacha a tal solución de excesivamente «creativa».

<sup>86</sup> Cfr. MARÍN ALONSO, I., *La Negociación Colectiva conjunta del personal Laboral y Funcionarial en las Administraciones Públicas: los Acuerdos Mixtos*. Comares. Granada, 1999.

<sup>87</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones*. Comares, Granada, 1998, pág. 99.

<sup>88</sup> GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 39/1999, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». JL nº 1/2000, pág. 15.

<sup>89</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., *Seguridad Social de los Funcionarios Públicos en España*. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 32.

<sup>90</sup> Sentencia del TJCE de 24-3-1994, 71/93, (Van Poucke) Rec., pág. I-1101: «los funcionarios se cuentan entre los empleados o trabajadores por cuenta ajena».

a. *La vis atractiva laboral ante las irregularidades en la contratación administrativa*

Se ha de partir de la base de que el carácter laboral o administrativo de una relación de servicios resulta ser una mera cuestión de técnica organizativa de la Administración, pero sólo si tal actuación se ajusta a la legalidad vigente.

Caso contrario, es decir, cuando la contratación administrativa se haya realizado sin habilitación legal suficiente, una jurisprudencia uniforme y constante ha interpretado que en tales circunstancias la relación habrá de calificarse como laboral «cuando presenta las notas típicas de ajenidad y dependencia y tiene además carácter retribuido» (STS de 21-1-1999, RJ.819, y las sentencias que en ella se citan).

Asimismo, los tribunales han declarado que el artículo 8.1 ET resultará aplicable en los supuestos en los que la contratación administrativa se lleve a cabo «al amparo de una ley pero con flagrante desviación del fin legal previsto» (STS de 18-1-1999, RJ.806).

Ahora bien, conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que inspiran la selección del personal de la Administración<sup>91</sup>, el trabajador no podrá ser calificado como fijo de plantilla sin superar previamente el pertinente procedimiento de selección [STS (Social) de 30-3-1999, RJ.3775], por lo que se le califica de trabajador indefinido, en tanto y en cuanto que tal contrato «no está sometido, directa o indirectamente a un término» (STS de 19-1-1999, RJ.2474).

La Administración, por su parte, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de tal puesto de trabajo en la forma legalmente procedente y, cuando

<sup>91</sup> STS 20-1-1998 (RJ.1000).

ello se produzca, «existirá una causa lícita para extinguir el contrato [SSTS (Social) de 20-1-1999, RJ.812; y 3-6-1999, RJ.6005, entre otras]».

Por lo que respecta a cuál sea la jurisdicción competente para conocer de estos litigios en los que «se aprecia a simple vista un desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo», la STS de 23-4-1999 (RJ.4435) se decanta por la social.

### 3.3. Trabajadores jurídicamente independientes pero económicamente subordinados

El trabajador autónomo ha sido definido como aquella persona que realiza una actividad profesional con ánimo de lucro sin ser trabajador por cuenta ajena ni funcionario<sup>92</sup>. Se trata, por tanto, de una definición *negativa* o por *exclusión*<sup>93</sup>.

Que el deslinde entre trabajadores autónomos y subordinados es del todo necesario resulta evidente por cuanto que «el negocio jurídico que habilite la prestación de trabajo personal en régimen de autonomía es ajeno al Derecho del Trabajo»<sup>94</sup>.

No obstante, semejante tarea puede llegar a resultar notablemente ardua<sup>95</sup> como lo evi-

<sup>92</sup> SCHOUKENS, P., «A comparative presentation of the National Social Security Systems for the self-employed: outstanding issues of co-ordination». Op. cit., pág. 1.

<sup>93</sup> Cf. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El trabajo autónomo y la propuesta de refundación del Derecho del Trabajo». RR.LL. 2000-I, pp. 429-443.

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>E., «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo». Op. cit., pág. 15.

<sup>95</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., «Las nuevas formas de empleo en el Derecho del Trabajo Español: Evolución y tendencias» en: VV.AA.; *Transformaciones del Derecho del Trabajo: Nuevas formas de empleo y Concertación Social*. Universidad de Barcelona, 1991, pág. 41: «las viejas fronteras de la ajenidad-subordinación se resienten hoy ante las nuevas formas de trabajo terciario que

dencia el que, en alguna ocasión, el propio TS haya llegado a aventurar la existencia de «dos regímenes jurídicos para una misma realidad o substrato social»<sup>96</sup>.

Dificultad que no hace sino acrecentarse a medida que proliferan las actividades profesionales que presentan características de ambos grupos<sup>97</sup>.

A lo que se le ha de añadir el dato, puesto de relieve por la doctrina en numerosas ocasiones, de que mientras trabajadores por cuenta ajena, especialmente los muy cualificados, disfrutan cada vez de más «autonomía»<sup>98</sup>, un mayor número de trabajadores *autónomos* se ven abocados a situaciones que han dado en calificarse como de *dependencia económica*. Esta última se caracterizaría por el dato de que quien efectúa personalmente el trabajo para un solo empresario y sin la colaboración de terceros, lo hace básicamente sin aportación de capital propio

---

se sitúan en sus confines tendiendo a escapar de la regulación del ordenamiento laboral». En sentido similar, la STSJ Aragón de 24-1-2000 (AS.26): «la cuestión no resulta nada fácil de dilucidar, por cuanto que el contrato que vincula a las partes litigantes se sitúa, ciertamente, en esa frontera imprecisa entre la propia y verdadera relación jurídica de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios».

<sup>96</sup> STS de 9-2-1990, citada por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *La presunción de existencia del Contrato de Trabajo*. Op. cit., pág. 134.

<sup>97</sup> Este sería el caso, por ejemplo, de los «colaboradores de prensa». Al respecto, la STS de 23-5-1985 (RJ.2746) excluye de la relación laboral a quienes sin estar sujetos a horario ni al régimen disciplinario de la empresa se limitan a enviar al periódico, artículos o trabajos literarios que éste publica o no según su criterio, cobrando un tanto por el trabajo publicado.

<sup>98</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus Intereses Profesionales». Op. cit., pág. 155: «la falta de separación, tan nítida en el pasado, entre trabajo por cuenta propia y trabajo dependiente, viene sustituida por la emergencia de una pluralidad de trabajos donde se desdibujan tanto los rasgos definitorios del profesional libre como del prototipo de trabajador sometido a la legislación laboral».

pero integrado en una organización ajena<sup>99</sup>. Es por ello que Ojeda Avilés califica a este colectivo como trabajadores «semiautónomos»<sup>100</sup>.

Por su parte, Rodríguez-Piñero y Casas Baamonde sostienen que, «aun sin dependencia jurídica, las empresas que poseen poderes contractuales hegemónicos pueden asegurar por su dependencia socioeconómica la suficiente sujeción del contratista autónomo a sus directrices»<sup>101</sup>.

Todo lo cual lleva a Rivero Lamas ha afirmar que estamos ante una «quiebra de validez en las nociones de trabajador y empresario»<sup>102</sup>.

Ante una realidad tan compleja, no han faltado quienes aboguen por la superación de la dicotomía entre trabajo autónomo y subordinado para postular una solución ecléctica: la creación de un *tertium genus* respecto al cual se propugnaría un sistema de garantías inferiores que el previsto para los trabajadores por cuenta ajena pero más elevado que el existente para los trabajadores autónomos.

Incluso, yendo aun más lejos, D'Antona ya apuntaba la necesidad de extender la protec-

---

<sup>99</sup> SUPLOT, A. (Coord.) *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Op. cit., pág. 53.

<sup>100</sup> OJEDA AVILÉS, A., «La sindicación de trabajadores autónomos y semiautónomos». AS nº 10/2000, pág. 73: «por semiautónomos entendemos a quienes, siendo formalmente autónomos...quedan sometidos a una dependencia económica».

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo». Op. cit., pág. 5.

<sup>102</sup> RIVERO LAMAS, J., «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo». Op. cit., pp. 20-36: «se compromete la identidad y unicidad de la figura del empresario como sujeto acreedor de la relación de trabajo cuando, además del contratante formal, hay otro empresario al que revierte la utilidad de la prestación del trabajador».

ción dispensada al trabajo subordinado al «trabajo sin adjetivos»<sup>103</sup>.

Por lo que al Derecho comparado se refiere, algunos ordenamientos jurídicos se han hecho eco de estas nuevas corrientes y contienen específicas previsiones para este colectivo de trabajadores: es el caso de Alemania («*ähnliche Arbeitnehmer*»<sup>104</sup>); Francia (trabajador «*parasubordonné*»); e Italia (trabajador «*parasubordinato*»<sup>105</sup>).

Desde el punto de vista nacional existe, teóricamente, cobertura legal para extender la protección dispensada a los trabajadores subordinados a aquellos otros que sin poder ser calificados como tales<sup>106</sup> «manifiestan una marcada dependencia económica respecto de un concreto sujeto empresarial»<sup>107</sup>:

<sup>103</sup> ROMAGNOLI, U., «Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D'Antona». RDS nº 9/2000, pág. 14.

<sup>104</sup> Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung; *Telearbeit. Ein Leitfaden für die Praxis*. Gotha-Druck: Günthersleben-Wechmar. 1998, pág. 102: respecto a los asimilados a trabajadores por cuenta ajena no se da la nota de la subordinación personal sino económica. Para esta categoría no rigen en general las previsiones de protección del trabajador, con excepción de la normativa de vacaciones.

<sup>105</sup> SUPLOT, A. (Coord.) *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Op. cit., pág. 43: la noción italiana de parasubordinación apareció con la Ley nº 533/1973 (codificada en el artículo 409 del Codice de procedura civile). GONZÁLEZ BIEDMA, E., «Aspectos jurídico-laborales de las franquicias». Op. cit., pág. 665: «algún autor (Zanelli) ha llegado a plantear la posibilidad de incluir al franquiciado dentro del esquema dogmático de la parasubordinación».

<sup>106</sup> ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup> C., «La supervivencia del Derecho del Trabajo». Op. cit., mag. 820: «ello no supone la conversión de estos colectivos en trabajadores en sentido técnico-jurídico, dada la elasticidad limitada de las notas caracterizadoras de la tipificación legal del contrato de trabajo. Se trata únicamente de que éstos se beneficien de la tutela legal y colectiva que reconozca y respete los caracteres propios de este trabajo, tengan acceso a la jurisdicción de trabajo y puedan gozar de una protección efectiva de Seguridad Social».

<sup>107</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales». Op. cit., pág. 155.

– Por un lado, la Disposición Final 1ª ET<sup>108</sup>.

Si bien, como Montoya Melgar<sup>109</sup> recuerda, «el legislador laboral ha hecho escasísimo uso de esta posibilidad de extensión del Derecho del Trabajo a los trabajadores autónomos».

– De otro lado, como apunta Rivero Lamas, el artículo 2 ET, en tanto y en cuanto que en base al precepto citado podrían calificarse «como contratos de trabajo las prestaciones laborales situadas a medio camino entre el trabajo subordinado y el trabajo por cuenta propia»<sup>110</sup>.

En cualquier caso, lo que es evidente es que no estamos ante un problema marginal sino frente a «una realidad cada vez más numerosa, heterogénea y trascendente»<sup>111</sup>.

#### 4. ¿EL CONCEPTO LABORAL DE TRABAJADOR COINCIDE CON EL DE SEGURIDAD SOCIAL?

La cuestión planteada no es baladí si se atiende al dato de que en los últimos tiempos la mayoría de las sentencias en las que se plantea la existencia, o no, de una relación laboral se suscitaron, precisamente, con ocasión de la solicitud de una prestación de Seguridad Social.

Ahora bien, este debate en modo alguno es novedoso, pues ya fue abordado en su

<sup>108</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿Un criterio en crisis? TT.LL. nº 40/1996, pág. 69.

<sup>109</sup> MONTOYA MELGAR, A., «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo». REDT nº 91/1998, pág. 71.

<sup>110</sup> RIVERO LAMAS, J., «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo». Op. cit., pág. 79.

<sup>111</sup> DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., «Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia». RR.LL. 2000-I, pág. 445 y ss.

momento por Almansa Pastor <sup>112</sup>, entre otros <sup>113</sup>.

A juicio de este último autor resultaba rechazable la obligatoriedad de una remisión directa a la normativa laboral. Y ello en base a la ausencia en la LGSS de una delimitación conceptual de lo que hubiera de entenderse por trabajador. Por eso, el citado autor se decantaba por considerar que se trataba de relaciones jurídicas diversas.

Solución diametralmente opuesta fue la defendida por Alonso Olea y Tortuero Plaza <sup>114</sup>, para quienes «puesto que la Ley de Seguridad Social no dice qué deba de entenderse por trabajador por cuenta ajena, remite implícitamente al Estatuto de los Trabajadores, y hay que entender que el trabajador de que se habla es el que trabaja en virtud de un contrato de trabajo» <sup>115</sup>.

Podría pensarse que este debate ha quedado definitivamente zanjado tras la nueva redacción que al artículo 7.1.a) de la LGSS dio la Ley 66/1997, de 30 de diciembre <sup>116</sup>, que proclama la inclusión en el ámbito de

aplicación personal del sistema español de Seguridad Social de «los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos» <sup>117</sup>.

A dicho artículo 7.1. a) de la LGSS se remite, precisamente, el artículo 97.1 del mismo cuerpo legal para delimitar el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, la propia redacción del artículo 7.1. a) y del art. 97.2 de la LGSS hace posible que subsistan interrogantes y que, a efectos puramente polemizados, pueda seguir defendiéndose la existencia de un concepto de trabajador a efectos de Seguridad Social más amplio que el previsto en el ET.

Y ello es así por cuanto que, a los efectos de la LGSS, las previsiones legales contempladas por el Régimen General de la Seguridad Social resultarán aplicables tanto a los trabajadores por cuenta ajena de las distintas ramas de actividad económica, como a los que a ellos se encuentren «asimilados» <sup>118</sup>.

<sup>112</sup> ALMANSA PASTOR, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*. 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 236.

<sup>113</sup> Igualmente, cfr. MARTÍN VALVERDE, A., «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social». RPS nº 71/1966.

<sup>114</sup> ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*. 16ª edición, Civitas, Madrid, 1998, pág. 58.

<sup>115</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 114: «el concepto de trabajador por cuenta ajena debe integrarse recurriendo a la legislación laboral».

<sup>116</sup> DEL REY GUANTER, S., «Notas sobre la ajenidad en la Seguridad Social: A propósito del régimen jurídico de la Protección Social de los Administradores en la Ley 66/1997» en: CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.); *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 212: «la Ley 66/1997 debe considerarse como una clara indicación sobre los límites de las tendencias autonomistas entre Orden Laboral y de la Seguridad Social».

<sup>117</sup> DEL REY GUANTER, S., «Notas sobre la ajenidad en la Seguridad Social: A propósito del régimen jurídico de la protección social de los Administradores en la Ley 66/1997». Op. cit., pág. 210: «sorprende el esfuerzo que la Ley hace para equiparar el ámbito laboral y el de la Seguridad Social al hablar de trabajador por cuenta ajena y la poca preocupación que se demuestra respecto del caso del trabajador por cuenta propia».

<sup>118</sup> HURTADO GONZÁLEZ, L., «Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del Sistema español de Seguridad Social: La asimilación a trabajador por cuenta ajena» en: PRADOS DE REYES, F.J. (Coord.), *Constitución y proceso de trabajo. Balance y perspectivas de la Seguridad Social en España*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, pág. 360: «la asimilación puede ser definida como la técnica específica del ordenamiento de Seguridad Social, prevista y regulada por la propia LGSS, en virtud de la cual se atribuye a los integrantes de un determinado colectivo la condición que, anteriormente no tenían, de incluidos

Es por ello posible considerar aún vigentes las palabras del TS cuando afirmaba que «el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena no son exactamente idénticos o coextensos». Por ello, «la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión», pero también, en algunos supuestos, a quienes «no prestan su trabajo en régimen de dependencia» o no se rigen por la normativa laboral (STS de 29-1-1997, R.J.640).

Y, ciertamente, a efectos de Seguridad Social, y con independencia de que exista o no relación laboral, se «asimilan» a trabajadores por cuenta ajena colectivos muy heterogéneos, tales como el Clero de la Iglesia Católica y Ministros de culto de otras Iglesias y Confesiones; las personas sujetas a prestaciones personales obligatorias; los Diputados al Parlamento Europeo; los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre y cuando no posean el control de éstas; funcionarios<sup>119</sup>, personal contratado administrativamente mediante contrato de colaboración temporal...

Se pone así en evidencia, una vez más, que la exclusión del ámbito de aplicación del ET no tiene porqué conllevar también la del Régimen General<sup>120</sup>.

O, dicho con otras palabras: si bien la existencia de un contrato de trabajo no está condicionada a la afiliación a un determina-

en el campo de aplicación del Sistema, esto es, de sujetos protegidos».

<sup>119</sup> Respecto a qué funcionarios resulta de aplicación el Régimen General y a quiénes el de Clases Pasivas, cfr. SALGADO MÉNDEZ, E., «Las pensiones de los Funcionarios Públicos» en: VVAA; *Los Sistemas de Seguridad Social y las Nuevas Realidades Sociales*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 94.

<sup>120</sup> STS de 11-12-1984 (R.J.6363).

do régimen de Seguridad Social<sup>121</sup>, la inexistencia de contrato laboral tampoco es, por sí sola, determinante para excluir de la afiliación y/o alta al Régimen General.

A *sensu contrario* se constata que no todos los trabajadores por cuenta ajena que reúnen los requisitos exigidos por el artículo 1.1. del ET son sujetos protegidos por el Régimen General, sino que son excluidos aquellos que, por las peculiaridades de su actividad<sup>122</sup>, se encuadren en alguno de los Regímenes Especiales de Seguridad Social existentes<sup>123</sup>.

Por último, y como caso paradigmático, puede traerse a colación el caso de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado: aunque la relación entre los primeros y la segunda no es de naturaleza laboral y por tanto no resulta aplicable el ET, la Disposición Adicional 4ª de la LGSS permite a las Cooperativas de Trabajo Asociado considerar a su socios trabajadores como trabajadores por cuenta ajena o como trabajadores autónomos, lo cual provocará la afiliación de los mismos a uno u otro régimen de Seguridad Social.

Y, «una vez producida la incorporación al Régimen de Seguridad Social correspondiente, a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado les serán de aplicación en su integridad las normas reguladoras del respectivo régimen, en los mismos térmi-

<sup>121</sup> SSTS de 3-10-1988 (R.J. 7497); de 6-6-1990 (R.J. 5025); y STSJ Cataluña de 10-1-2000 (AS. 72), entre otras.

<sup>122</sup> MONTOYA MELGAR, A. (Coord.) *Curso de Seguridad Social*. Op. cit., pág. 247: «el campo de aplicación del RGSS está formado por los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios ... pues los trabajadores por cuenta ajena en actividades agrícolas, forestales y pecuarias, los trabajadores del mar, los empleados domésticos y el grueso de los funcionarios públicos quedan encuadrados en distintos regímenes especiales».

<sup>123</sup> Cfr. BLASCO LAHOZ, J.F., *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 233.

nos y condiciones que rijan para el común de los colectivos» (STSJ Cataluña de 23-9-1998, AS.3652).

Es decir, que en tales supuestos y por lo que respecta al encuadramiento de tales trabajadores se prescinde totalmente de los caracteres de la prestación de servicios a realizar, quedando la decisión al arbitrio de la propia Cooperativa a través de sus Estatutos.

De todo lo expuesto resulta evidente que el ámbito de aplicación personal del ET no coincide con el de la LGSS, ni tan siquiera con el del Régimen General.

## 5. LA PLURALIDAD DE CONCEPTOS EN DERECHO COMUNITARIO

A lo largo del articulado del Tratado de Amsterdam aparece con frecuencia el vocablo «trabajador» del que, sin embargo, no se ofrece definición alguna. El mismo problema se repite a nivel de Derecho derivado.

Pero, al igual que a nivel de Derecho interno se ha defendido que el concepto de trabajador por cuenta ajena no es unívoco, también en el ámbito del Derecho comunitario cabría diferenciar entre un concepto «laboral» (el empleado por el Reglamento 1612/68) y un concepto «de Seguridad Social» (el del Reglamento 1408/71)<sup>124</sup>.

### 5.1. El significado a efectos del ejercicio del Derecho a la libre circulación

A la luz del Reglamento 1612/68 que desarrolla al artículo 39 del Tratado (antiguo 48), el concepto de trabajador se restringe al

<sup>124</sup> Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*. Comares, Granada, 1997, pág. 177 y ss.

trabajador por cuenta ajena o asalariado, excluyéndose a los trabajadores autónomos que se rigen por el principio de libertad de establecimiento, o en su caso, el de libre prestación de servicios.

Conforme a la jurisprudencia emanada del TJCE han sido destacados los siguientes caracteres:

1) Que se trate de una relación laboral en la que la persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración, cualquiera que sea el campo en el que se desarrolla, siendo irrelevante el importe del salario y el carácter a tiempo parcial o intermitente de la actividad<sup>125</sup>, en tanto se trate de actividades «reales y efectivas»<sup>126</sup>, entre las que se incluyen las actividades deportivas, siempre y cuando se realicen con carácter profesional<sup>127</sup>.

2) Asimismo, el TJCE ha declarado que resultan indiferentes tanto los motivos que impulsaron al trabajador de un Estado miembro

<sup>125</sup> STJCE de 14-7-1976, -13/76, (Donà) Rec., pág. 1333.

<sup>126</sup> La STJCE de 26-2-1992, -357/89, (Raulin) Rec., pág. 1054, no niega la consideración de trabajador a la luz del artículo 48 del Tratado de la CE a quienes estén vinculados por un «*oproep contract*», que es un medio de emplear trabajadores en sectores en los que, como en la hostelería, el volumen de trabajo varía según la temporada; y aunque con frecuencia el interesado sólo trabaja durante escaso número de días por semana, o de horas por día. Por el contrario, la STJCE de 19-1-1978, -84/77, (Recq) Rec., pág. 7, no resuelve la cuestión de si los «*au pair*» han de considerarse trabajadores o turistas. STJCE de 31-5-1989, -344/87 (Betray), Rec., pág. 1621: conforme al art. 48.1 del Tratado de la CE, un ciudadano de un Estado miembro empleado en otro Estado miembro en el que las actividades sólo constituyen un medio de reeducación o de inserción, no puede calificarse como trabajador en el sentido del Derecho comunitario.

<sup>127</sup> STJCE de 12-12-1974, -36/74, (Walrave) Rec., pág. 1405. Conforme a la STJCE de 15-12-1995, -415/93, (Bosman) Rec., pág. I-4921, los jugadores de fútbol de nacionalidad comunitaria no pueden considerarse como «extranjeros» a efectos de limitar su número en las plantillas.

a buscar trabajo en otro país, como la naturaleza jurídica del vínculo entre empresario y trabajador <sup>128</sup>; llegándose hasta el punto de conceptuar como tal, a quien ha trabajado en un Estado miembro del que no es nacional, efectuando prácticas en el marco de un programa de formación profesional <sup>129</sup>.

En líneas generales cabe concluir que el TJCE ha defendido una interpretación extensiva respecto a la noción de trabajador a los efectos del ejercicio del derecho de libre circulación <sup>130</sup>. Hasta el extremo que tal derecho se reconoce no sólo a los que se desplazan con ocasión de «responder a ofertas efectivas de trabajo», sino, también, a las personas que «desean ejercer una actividad económica», esto es, los demandantes de empleo <sup>131</sup>.

E, incluso, en el caso extremo de que la legislación nacional previera la posibilidad de que un ciudadano comunitario pudiera ser obligado a abandonar el territorio de otro Es-

tado miembro si no encuentra un empleo al cabo de un período razonable de tiempo, el TJCE admite, como excepción, el supuesto de que el interesado aporte pruebas de que continúa buscando empleo y que tiene la posibilidad real de ser contratado <sup>132</sup>.

Del derecho a la libre circulación sólo pueden ser exceptuados, conforme al art. 39.4 del Tratado, aquellos empleos que «suponen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás colectividades públicas y que suponen por este hecho, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad» <sup>133</sup>.

## 5.2. La extensiva interpretación en el ámbito de la coordinación de los Regímenes de Seguridad Social

Por lo que se refiere a los «trabajadores» incluidos en el ámbito de aplicación del Re-

<sup>128</sup> Para determinar la condición de trabajador, procede tener en cuenta todas las actividades profesionales ejercidas por el interesado en el territorio del Estado miembro de acogida, pero no las actividades ejercidas en otro lugar de la Comunidad, cfr. SSTJCE de 12-2-1974, -152/73, (Sotgiu) Rec., pág. 153; de 23-3-1982, -53/81, (Levin) Rec., pág. 1035; de 3-7-1986, -66/85, (Lawrie-Blum) Rec. pág. 2121; y de 26-2-1992, -357/89, (Raulin) Rec., pág. 1054. También es considerado trabajador a los efectos del artículo 48 del Reglamento 1612/68 el nacional de un Estado miembro que ocupa, en otro Estado miembro, un empleo que se rige por un estatuto especial de Derecho Internacional; cfr. SSTJCE de 15-3-1989, asuntos acumulados -389/87 y 390/87, (Echternach y Moriz) Rec., pág. 723; y de 27-5-1993, -310/91, (Schmid) Rec., pág. 3037.

<sup>129</sup> STJCE de 26-2-1992, 3/90, (Bernini) Rec., pág. 1098. De la misma se infiere que los estudios sólo pueden considerarse como actividad económica cuando se trate de los emprendidos por una persona que ha sido trabajador y que, cesada la actividad laboral, emprende estudios con vistas a mejorar su cualificación profesional.

<sup>130</sup> STJCE de 23-3-1982, -53/81, (Levin) Rec., pág. 1035.

<sup>131</sup> STJCE de 31-5-1989, -344/87, (Bettray) Rec., pág. 1621.

<sup>132</sup> STJCE de 26-2-1991, -292/89, (Antonissen) Rec., pág. I-745.

<sup>133</sup> Entre otras muchas, SSTJCE de 26-5-1982, -149/79, (Comisión/Bélgica) Rec., pág. 1845; de 16-6-1987, -225/85, (Comisión/Italia) Rec., pág. 2625; de 30-5-1989, -33/88, (Allué y Coonan) Rec., pág. 1591; y de 27-11-1991, -4/91, (Bleis) Rec., pág. I-5638: «el empleo de profesor de enseñanza secundaria no constituye un empleo en la Administración Pública con arreglo al apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE». Resulta también muy interesante la STJCE de 23-2-1994, -419/92, (Scholz) Rec., pág. 517, según la cual: «el artículo 48 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que cuando un organismo público de un Estado miembro prevé con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una Administración Pública dicho organismo no puede efectuar distinciones respecto a los nacio-

glamento 1408/71, el TJCE ha defendido que el concepto comunitario de trabajador a los efectos del Reglamento 1408/71 comprende a «cuantos, sea bajo la apelación que sea, se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social» incluso si no ostentan en el presente un empleo pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral<sup>134</sup>.

Como tempranamente resaltó la sentencia Pierik<sup>135</sup>, aunque no ejerzan actividad profesional alguna, por el simple hecho de encontrarse afiliados a un régimen de Seguridad Social, los beneficiarios de una pensión o de una renta que deba abonarse al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, para el Derecho comunitario no resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado o no al régimen correspondiente, siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable<sup>136</sup>.

Asimismo, es indiferente a los efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71, el motivo que impulsó los desplazamientos del «trabajador»<sup>137</sup>.

No es de extrañar, por tanto, que hayan sido muchos los que han resaltado que más que ante un concepto «laboral» nos halla-

nales comunitarios en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en las Administraciones de ese mismo Estado miembro o en la de otro Estado miembro».

<sup>134</sup> STJCE de 19-3-1964, -75/63, (Unger) Rec.1964, pág. 347.

<sup>135</sup> STJCE de 31-5-1979, -182/78, (Pierik) Rec., pág. 1977.

<sup>136</sup> STJCE de 15-12-1976, -39/76, (Monthaan) Rec., pág. 1901.

<sup>137</sup> STJCE de 9-12-1965, -44/65, (Singer) Rec., pág. 1191.

mos ante un concepto de «Seguridad Social»<sup>138</sup>, que conduce a que los términos de «persona asegurada» y «trabajador» se confundan.

Buena prueba de ello lo tenemos en el asunto Kits van Heijningen<sup>139</sup> en el que se reconoce expresamente que es la sumisión a una legislación de Seguridad Social de un Estado miembro lo que justifica la aplicación del Reglamento 1408/71, y no el ejercicio de la movilidad profesional.

En resumen, el Reglamento 1408/71 resultará aplicable a aquellos ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que estén o hayan estado asegurados en un Estado miembro en virtud de una o más legislaciones incluidas dentro del ámbito material del Reglamento, contra una o más de las contingencias descritas en su articulado, no siendo requisito imprescindible que realicen o pretendan realizar algún tipo de actividad profesional fuera de las fronteras del Estado del que son nacionales y siendo igualmente irrelevante los motivos que motivaron su desplazamiento.

Por tanto, la interpretación jurisprudencial de la noción de trabajador a los efectos de la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social «desborda» las exigencias de la libre circulación de trabajadores regulada en el Tratado de la CE, pues-

<sup>138</sup> Entre otras, SSTJCE de 23-10-1986, -300/84, (Van Roosmalen) Rec., pág. 3097; y de 9-7-1987, asuntos acumulados -82 y 103/86, (Laborero y Sabato) Rec., pág. 3401: «lo que vincula al nacional comunitario al Reglamento 1408/71 es, pues, la relación con el régimen de Seguridad Social de un Estado miembro y no la calificación del Derecho interno sobre la actividad desempeñada».

<sup>139</sup> STJCE de 3-5-1990, -2/89, (Kits van Heijningen) Rec., pág. I-1755: una persona entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 si reúne los requisitos exigidos por el artículo 1.a) en conexión con el artículo 2.1 del citado Reglamento, con independencia del tiempo que consagra al ejercicio de su actividad.

to que prescinde de lo que podríamos denominar el «aspecto profesional transfronterizo».

Los razonamientos hasta ahora expuestos tendentes a demostrar que un trabajador por cuenta ajena en el sentido del Reglamento 1612/68 puede no serlo a efectos del Reglamento 1408/71 se ven plenamente confirmados por la sentencia recaída en la cuestión prejudicial Ferlini <sup>140</sup>.

En la meritada sentencia los funcionarios de las Comunidades Europeas afiliados al Régimen del Seguro de Enfermedad Común de las Instituciones de las Comunidades Europeas se reputan como trabajadores por cuenta ajena a los efectos del derecho a la libre circulación, pero al no ser sujetos protegidos por un régimen nacional de Seguridad Social coordinado, se les niega el calificativo de trabajadores protegidos por el Reglamento 1408/71.

---

<sup>140</sup> STJCE de 3-10-2000, -411/98 (Ferlini). Actividades del Tribunal de Justicia nº 26/2000; pp.12-15.

**RESUMEN:** El concepto de trabajador es, naturalmente, básico y previo para la determinación de los límites del ordenamiento laboral. El Derecho comunitario empieza a materializar uno propio y distinto, por tanto, de los conceptos aceptados en los ordenamientos internos de los quince países miembros, no rotundamente alejados unos de otros, pero sí con presencia en cada uno de ellos de elementos característicos y peculiares.

El estudio se inicia, para posibilitar el análisis del concepto comunitario de trabajador en un segundo momento, con la determinación del concepto del mismo en el ordenamiento español, integrando a tal efecto los criterios legales y los jurisprudenciales, y de la mano de la más constructiva tipología doctrinal, diferenciadora de los denominados «presupuestos sustantivos» –voluntariedad, remunerabilidad, dependencia y ajenidad– y «presupuestos adjetivos» –inclusiones y exclusiones, declarativas y constitutivas en cada caso– que, desde la década de los sesenta, formuló el prof. De la Villa Gil. La puesta en confrontación de los ordenamientos laboral, sindical y de Seguridad Social, permite concluir sin embargo que en el Derecho español no se utiliza un concepto unitario, sino plural, de trabajador por cuenta ajena. Esta conclusión inicial es sumamente útil para la aproximación al concepto de trabajador en el Derecho comunitario, tanto en el Derecho originario como en el Derecho derivado. Tomando el ordenamiento en su conjunto es dable diferenciar el concepto jurídico laboral de trabajador (Reglamento 1612/68) y el concepto que se utiliza en el ámbito de la Seguridad o, mejor, de la protección social (Reglamento 1408/71).

En el primer ámbito, el Tribunal de Justicia está colaborando a la determinación de un concepto amplio, extensivo no sólo a los desplazados con ocasión de responder a ofertas efectivas de trabajo sino también a las personas que desean ejercer una actividad económica en territorio comunitario. Incluso en casos límite se ha aceptado que la consideración de trabajador se extienda a quien pueda probar que, aún no habiendo encontrado empleo, se busca éste y se tiene la posibilidad efectiva de encontrarlo.

A su vez, desde la perspectiva de la protección social, se considera trabajador a cuantos se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social, incluso si no ostentan en el presente un empleo pero tienen opciones de ocupar un puesto laboral. Es decir que, aún en ausencia de trabajo efectivo, el simple hecho de encontrarse afiliados a un régimen determinado de Seguridad Social, o los beneficios de una pensión o de una renta al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros, entra dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.