

Colaboraciones Especiales

LABORAL

Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato

◆ Por **Antonio Ojeda Avilés**, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. (1)

1. AJENIDAD Y DEPENDENCIA, LA POLÉMICA NO RESUELTA

Durante varias décadas, el laboralismo español ha tratado afanosamente de determinar cuál es el elemento característico del contrato de trabajo que lo distingue de otros contratos afines. Sin embargo, desde finales de los ochenta las nuevas aportaciones parecen haberse detenido, dando la impresión de que, o bien habíamos llegado a desentrañar el enigma, o bien los nuevos derroteros del Derecho del Trabajo –en busca de espacios contiguos y ambiguos, donde las distinciones parecen superfluas– habían terminado por arrumbar el debate. Aprovechando a tranquilidad obtenida de este silencio de veinte años, me propongo en las páginas que siguen reflexionar sobre algunas lagunas de las teorías avanzadas hasta el momento y proponer un cambio de perspectiva que puede ser útil en el momento presente de la disciplina. Creo que el enfoque *suply side* que sugiero ayuda a completar el significado del Derecho del Trabajo en las relaciones productivas y explica ciertas líneas de avance que parecen contradecir la «secularización» o «discreto retorno al arrendamiento de servicios» de nuestro tiempo. Me conformo con considerarla como una nueva perspectiva del elefante de Wedderburn. Si cabe considerarla como una nueva teoría, distinta a las de la ajenidad o la dependencia, lo dejo al criterio del lector.

.....

El art. 1 ET define, sin mencionarlo, al contrato de trabajo como el prestado voluntaria y retribuidamente por el trabajador «por cuenta ajena y dentro

(1) Agradezco a mi colega en la Facultad de Derecho de Sevilla Luis H. Clavería sus sabios consejos desde la perspectiva civilista de su especialidad.

del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». El carácter voluntario delata la estructura contractual en cuyo seno se compromete el trabajo, y la retribución alude al carácter de bilateralidad sinalagmática del vínculo. Y si la causa en tales contratos viene definida habitualmente por la prestación característica, y ésta consiste en el trabajo realizado de una manera peculiar, dicha peculiaridad causal queda plasmada en la ajenidad y el sometimiento a la dirección y al ámbito de organización del empleador. El legislador ha zanjado de tal forma ecléctica la polémica doctrinal en torno al rasgo típico del contrato esforzándose para que no haya ni vencedores ni vencidos, por la vía de hermanar el criterio de la ajenidad con el de la dependencia, pese a que hasta ese momento venían enfrentándose en la arena científica como elementos distintos, patrimonialista el uno, personal el otro, y que habían sido utilizados separada y sucesivamente por el legislador y la jurisprudencia, no sin las oscilaciones propias de cualquier actividad legislativa continuada, aunque desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 parecía haber optado por la dependencia (2). Hacia mediados de siglo va a despuntar con enorme fuerza la teoría de la ajenidad, no bien se cubran las primeras cátedras de Derecho del Trabajo, pugnando por corregir al legislador y llevando a la jurisprudencia a un ejercicio de equilibrio para compaginar ambas teorías, inspirada por relevantes autores y finalmente acogida por el legislador de 1980 (3).

Como es bien sabido, la reflexión sobre el tema se inaugura con dos versiones de la ajenidad debidas a los profesores Bayón Chacón (4) y Alonso Olea (5), a la que siguen las de Montoya Melgar (6), de Albiol Montesinos (7), y de Alarcón Caracuel (8), mientras que la defensa de la teoría de la dependencia, que en el resto de los países europeos era desde un principio la predominante, por no decir la única, viene asumida prácticamente en solitario por Rodríguez-Piñero a partir de 1966 (9), pero arrastrando pronto a la jurisprudencia, hasta que el planteamiento armonizador del Estatuto de los Trabajadores respalda expresamente una utilización conjunta de ambos enfoques. Intriga esta peculiaridad española, muy distante de las preocupaciones y posturas de la doctrina europea, que no había hecho cuestión de la dependencia para preocuparse en cambio de otros temas que entre nosotros aún siguen huérfanos de atención. Analicemos brevemente las diferentes teorías que se expusieron para hacer a continuación una reflexión sobre el tema y ver cuáles son los factores de evolución actualmente.

a) Ajenidad en los riesgos. El origen de la *alienación* de nuestra doctrina parece hallarse en la doctrina francesa de la responsabilidad agravada del empresario, sobre todo en la célebre afirmación de Colin y Capitant de que en el contrato de trabajo «los riesgos son todos para el dueño» (10). El trabajador presta su trabajo y por ello

percibe un sueldo, mientras que el empresario corre con los distintos riesgos que puedan presentarse, sobre todo el del buen fin de la operación. Se trata de un debate muy civilista, el de la atribución de los riesgos por la pérdida o daño de la cosa o de la obra contratada, como puede verse todavía hoy en el Código Civil, arts. 1563, 1568, 1589, 1590, 1591, entre otros, y la diferencia entre el arrendamiento de obra y el de servicios va a consistir justamente en dicha responsabilidad: lo que caracteriza al contrato [de obra], dice el Tribunal Supremo, no es la clase de obra, su tangibilidad o no, sino el hecho de que el contratista asume los riesgos de su cometido, a diferencia del contrato de servicios (11). Menor importancia tiene, en mi opinión, la apuesta del Código de Comercio por definir los auxiliares del comerciante -factores, dependientes y mancebos- en base a actuar «por cuenta» del comerciante (art. 281 y 286) o «por cuenta ajena» (art. 283) (12). Han defendido la teoría de la ajenidad de los riesgos en nuestro país Moneva Pujol, Hinojosa Ferrer, Bayón Chacón, Alonso García, Borrajo Dacruz, Hernáinz Márquez, Guilarte (13).

La teoría parece demasiado esquemática, en cuanto que el riesgo suele estar ligado a la situación de infortunio o pérdida, y es obvio que la causa concreta del empresario no es perder, sino obtener un beneficio. El concepto jurídico de riesgo «hace referencia a la pérdida o destrucción de la cosa, a las consecuencias de éste respecto a la obligación» (14); En otra acepción jurídica del concepto, hace mención al incumplimiento de la obligación por circunstancias sobrevenidas y a la pérdida del precio convenido. También el trabajador sufre su parte de riesgo, como indica la crítica, a través de mecanismos relacionados con la crisis de la empresa, como la reducción de jornada, la supresión de horas extraordinarias, los traslados o los despidos (15). Pero, sobre todo, el problema del riesgo no sirve para diferenciar al contrato de trabajo de los de arrendamiento de obra o servicio, porque no es cierto que en éstos sea el

comitente quien asuma el riesgo de la obra o el servicio, por cuanto con frecuencia se acuerdan mecanismos de reparto; así, en el contrato de obra el riesgo lo asume el contratista (arts. 1589 y 1560 CC), salvo en los casos en que se reciba por partes y se pague en proporción (art. 1592 CC), práctica habitual en, por ejemplo, el sector de la construcción mediante las certificaciones de obra. Ciertamente es que en caso de entrega de una obra defectuosa, el contrato se considera incumplido, pero también el incumplimiento del trabajador genera consecuencias jurídicas, incluido el despido (16). A su vez en el arrendamiento de servicios no existe diferencia en este aspecto con el contrato de trabajo, pues el arquitecto, el abogado o el gestor no asumen los riesgos de su cometido: como indicaba la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1974, lo que caracteriza al contrato de servicios no es la clase de obra, sino el hecho de que el contratista [de obra] asume los riesgos de su cometido, a diferencia del contrato de servicios (17). Además, el profesional, artesano o especialista que cumple un servicio suele pedir adelantos a cuenta -o «provisión de fondos»- cuando se trata de una relación duradera, lo cual no viene contemplado en el Código Civil, y le acerca al contrato de trabajo. Los servicios no laborales se regulan por la costumbre, la naturaleza de las cosas, las reglas generales del contrato y el artículo 1543 CC, dice Lacruz Berdejo (18). En realidad, la parte más importante de los servicios queda regulada mediante contratos nominados como el de depósito, mandato (jurídico), transporte, gestión, mediación, hospedaje, etc., y el tipo «contrato de arrendamiento de servicios» queda como figura marginal o residual cuya diferencia con el contrato de trabajo resulta imposible en base a la responsabilidad por riesgo. Algunos contratos mercantiles de obra o servicio también han sido nominados y/o tipificados, como el de comisión mercantil, que tiene por objeto un acto u operación de comercio (art. 244 CCo), el de transporte, el de seguro, el de depósito mercantil, y los modernamente surgidos con denominación en lengua inglesa, como el de «engineering» (19) y otros. De ellos puede decirse incluso que se encuentran más cerca del contrato de trabajo, al punto de que el moderno debate epistemológico se centra en buena parte sobre figuras fronterizas como el transportista mercantil, el representante de comercio, el agente mercantil, etc.

YÓN CHACÓN G., «El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», *Revista de Derecho Privado*, junio de 1961, págs. 461 ss., y también citada por MONTALVO CORREA, *Fundamentos*, pág. 219, en nota. Debe tenerse en cuenta que los mismos defensores de las teorías de la ajenidad y la dependencia han partido de considerar válida a la contraria, aunque con un menor peso dogmático: «Reconocer esta propiedad originaria de los frutos no significa necesariamente aceptar que sea el único criterio utilizable para definir el trabajo objeto del Derecho del Trabajo», dice vgr. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, multicopiadas, Sevilla 1970, pág. 6. Para ALONSO OLEA, por su parte, la dependencia existe, pero como derivación de la ajenidad en los frutos, que sería la verdadera causa del contrato, mientras que aquella sería un adjetivo del objeto contractual: ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 2005²³, págs. 53-54.

- (4) En BAYÓN CHACÓN, «El concepto de dependencia», cit., págs. 451 ss., y VICTORIANO SUÁREZ, *Manual de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1958-59², págs. 18 a 21.
- (5) En ALONSO OLEA M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1974⁴, págs. 207-209, y en *La materia contenciosa laboral*, Instituto García Oviedo, Sevilla 1967², 49 ss.
- (6) A partir de «Sobre la esencia del Derecho del Trabajo», Murcia 1972, definiendo la teoría de la ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo (últimamente, en *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2005²⁶, pág. 38), muy próxima a la de la ajenidad en los frutos de Alonso Olea.
- (7) «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia* 1 (1971), 41 ss. Definiendo la teoría de la ajenidad en la titularidad de la organización, ya muy próxima a la teoría de la inserción en el círculo director y organizador del empresario, de matriz personalista.
- (8) «La ajenidad en el mercado», *REDT* 28 (1986), 495 ss.
- (9) «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social* 71 (1966), 162 ss. Ya en su artículo «Empresa y contrato de trabajo», *Anales de la Universidad Hispalense XX* (1960), pág. 22, indicaba que la subordinación gozaba en Europa de «casi unanimidad».
- (10) COLIN y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción española, vol. IV, Reus, Madrid 1955, pág. 482, cit. por MONTALVO CORREA J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1975, pág. 201. Otras influencias menos probables son las Marx, Sartre y otros filósofos estudiados por ALONSO OLEA M. en varios estudios, principalmente en *Alienación: Historia de una palabra*, IEP, Madrid 1974², y en «Sobre la alienación», *Revista de Estudios Políticos* 179 (1971). Para otros autores la

influencia francesa se encuentra en la temprana traducción al español de la obra de CHATELAIN, E., «El contrato de trabajo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* CII (1903), 225 ss., 449 ss., y CIII (1903), págs. 5 ss., 211 ss. Del mismo, *El contrato de trabajo. Naturaleza de este contrato determinada por el derecho de propiedad del obrero sobre el producto de su trabajo*, Reus, Madrid 1904.

- (11) STS 23 nov. 1974, citada por LACRUZ BERDEJO, J.L., *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona 1979, pág. 706.
- (12) La expresión se repite en otros artículos, pues el auxiliar, sobre todo el factor, puede también actuar por cuenta propia, en cuyo caso se obligará directamente con la contraparte del negocio (art. 286). Todos los artículos hacen referencia al CCo actualmente en vigor, de fecha 1885, el cual reproduce lo establecido en el anterior CCo de 1829.
- (13) La bibliografía de cada uno, incluidos los primeros, con obras respectivamente de 1895 (Moneva Pujol), y 1932 (Hinojosa Ferrer), en DE LA VILLA GIL, «Apuntes sobre el concepto», 11, en nota. En la doctrina italiana los más conocidos seguidores de la teoría del riesgo son ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione. L'architettura del libro del lavoro. Profili dell'impresa*, en *Scritti giuridici*, Padua 1961, vol. III, 28; y PROSPERETTI U., *Il lavoro subordinato*, en *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli*, F. Vallardi, Milán 1964, 37 ss.
- (14) RODRIGUEZ-PIÑERO, *Lecciones*, 8.
- (15) DE LA VILLA GIL, L.E., «Apuntes sobre el concepto», cit., pág. 11, minimiza dicho impacto porque «se abstrae el fenómeno social de la dinámica que le es propia», puesto que «el riesgo que asume coincide con la pérdida de su condición de trabajador por cuenta ajena».

- (2) El CCo de 1885 asignaba a los factores y mancebos la responsabilidad por daños producidos a sus principales por malicia, negligencia o «infracción de las órdenes o instrucciones que hubieren recibido» (art. 297). La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, cuerpo legislativo de gran impacto en este asunto debido a las ambigüedades del CC, hablaba del trabajo ejecutado por cuenta ajena (art. 1). Por la misma época el RD de 13 de noviembre de 1900, Reglamento de la Ley sobre trabajo de mujeres y menores, considera patrono a «el que contrate por salario el aprovechamiento de servicios personales para un trabajo cuya dirección y vigilancia se reserva» (art.1). Buscando tempranamente la hibridación, el Reglamento de la Ley de Descanso Dominical, RD 19 de abril de 1905, entendía que «es trabajo por cuenta ajena el que se realiza por orden de un tercero, sin más beneficio (...) que el jornal» (art. 3). Por último la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 define al contrato que le da nombre como «aquél por virtud del cual una o varias personas participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter bajo la dependencia de éstos, mediante una remuneración, sea cual fuere la clase o forma de ella» (art. 1). Dicha definición pasa a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, art. 1. De todas formas el rasgo de la dependencia venía atenuado en otros artículos del mismo texto legal, sobre todo en el artículo 2 de ambas LCT, a cuyo tenor el objeto del contrato era todo trabajo «que se realice por cuenta y bajo dependencia ajena», o como cuando el art. 23 LCT 1931 decía que «el producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono».
- (3) Por ejemplo, DE LA VILLA GIL L.E. considera como presupuestos sustantivos del concepto de trabajador a los de «actividad libre, productiva, dependiente y por cuenta ajena» («En torno al concepto de Derecho Español del Trabajo», *Revista de Trabajo* 26 [1969], 112 ss., ahora en DE LA VILLA GIL, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 271). También el profesor Montoya Melgar admite matizadamente la dependencia como rasgo típico, «siempre que sea concebida como el sometimiento del trabajador a los poderes del empresario» (*El poder de dirección del empresario*, IEP, Madrid 1965, pág. 72), pese a mantener como criterio distintivo básico el de la ajenidad en la utilidad patrimonial, y detrás de ellos la mayor parte de la doctrina y de la manualística asume la dualidad. El TS había utilizado ya ambos criterios desde, al menos, las SS. de 22 jun. 1932 (C.L.S. vol. VIII, pág. 470), 11 en. 1934 (C.L.S. vol. VII, pág. 32), 11 jun. 1935 (C.L.S., vol. XI, pág. 53), 3 en. 1942, 17 jun. 1946, 4 mar. 1942, 13 nov. 1950, 26 jun. 1950, 1 jul. 1959, 18 oct. 1951, 21 feb. 1952, etc., con un predominio que parece estar a favor de la dependencia, hasta llegar a una sentencia de 3 feb. 1961, citada entusiásticamente por BA-

b) **Ajenidad en los frutos.** Con la clásica cita de Marx como frontispicio, de que el trabajador se relaciona con el producto de su trabajo como un sujeto extraño, a partir de Chatelain, la doctrina arraiga entre nosotros de la mano principalmente de Alonso Olea, con precursores como Hinojosa, y viene seguida por De la Villa y Montalvo Correa (20). Como una tesis prácticamente invulnerable la consideran sus defensores, a pesar de haber sido sometida a fuertes críticas por Albiol y Rodríguez-Piñero (21). Los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de la que ejecuta el trabajo, una atribución originaria que es previa a la ejecución del trabajo. Los frutos son «claramente objetos», y el contrato de trabajo es el título jurídico por el cual se opera el cambio. Un contrato cuyo objeto, no obstante, va a ser el trabajo mismo y no los mencionados frutos debido a que la división del trabajo impide obtener la unidad de valor durante el proceso (22). En opinión de Alonso Olea, la pertenencia originaria de los resultados del trabajo al empleador conduce a la potestad de dirección o control del mismo sobre la actividad del trabajador, para ordenar la calidad y cantidad del resultado y para coordinar el esfuerzo de cada uno con el de los demás en la empresa. Es así claro que la dependencia es inconcebible sin la ajenidad, y que la posición contraria no es cierta, concluye el mismo autor.

La brillantez de la exposición, a la que ayudan desde luego las aportaciones igualmente brillantes de Chatelain y Cessari (23), ha permitido una amplia expansión de esta doctrina en la jurisprudencia y ha sido la razón probable del predominio de las teorías de la ajenidad durante un cierto tiempo en nuestro país. Como indica De la Villa, la teoría de la ajenidad en los frutos es la que ha tenido más partidarios en la doctrina (española), hasta el punto de que ha originado teorías derivadas (24).

Es claro que cuando no hay objetos o frutos (en sentido jurídico de bienes materiales), la base de la teoría deviene algo resbaladiza, como apunta Rodríguez-Piñero (25). Pero sobre todo, la insuficiencia de aquella radica en haberse dejado atraer por una institución omnipresente en los debates políticos y sociológicos de la revolución industrial sin haber establecido las necesarias distinciones para alcanzar un análisis jurídico: en el fondo la ajenidad en los frutos habla de la propiedad

del producto, y, cuando se habla de propiedad, el contrato príncipe es el de la compraventa, donde efectivamente se traslada aquélla en el último momento: igual que en el Derecho Romano, la compraventa produce en el español meras obligaciones de transmitir, respectivamente, la cosa y el precio; no opera, ella misma, la transferencia, dice Lacruz Berdejo (26). La diferencia entre la compraventa y el contrato de trabajo, por tanto, es manifiesta en el sentido de que el empresario/propietario hace suyos los productos desde antes incluso que hayan sido producidos.

Por desgracia el contrato de trabajo no necesita tomar distancias de la compraventa, a pesar de todas las disquisiciones de los economistas y filósofos clásicos sobre la propiedad del trabajo, porque desde una perspectiva jurídica hablamos del producto que surge de la conjunción entre el esfuerzo de una parte y los materiales de la otra, y ese producto siempre ha pertenecido, *ab origine*, al empresario. El contrato de trabajo no tiene por objeto la transmisión de propiedad, de igual modo que tampoco discuten la titularidad del bien muchos otros contratos civiles o mercantiles cuya finalidad nada tiene que ver con los negocios adquisitivos de dominio. Y cuando por excepción en alguno de ellos se produce una transmisión de propiedad, como sucede en los casos contemplados por el art. 377 del Código Civil o la Ley de Propiedad Intelectual, el hecho no consigue por sí mismo determinar que nos hallamos ante un contrato de trabajo (27).

Con lo cual las diferencias con los arrendamientos de obra o de servicio no se encuentran aquí: en ellos existe igualmente esa ajenidad en los frutos, pues por ejemplo el gestor, depositario, transportista autónomo o contratista con materiales del dueño de la obra han «transferido» *ab initio* el resultado de su actividad al comitente, porque no pueden apropiarse de ninguno de los resultados de la conmixión entre su trabajo y la propiedad del *dominus* en cualesquiera fase del proceso: como veremos en seguida, cuando un esfuerzo humano, sea independiente o dependiente, se aplica a un objeto físico, el resultado parcial o final es siempre del propietario del bien al que se aplica el esfuerzo, salvo que este último tenga una relevancia excepcional (art. 377.2 CC). Las denominadas accesión industrial y la especificación

implican que, por ejemplo, todo lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos pertenezca al dueño de los mismos (art. 358 CC: *superficies solo cedit*), con independencia del modo en que se ha realizado la acción; en la especificación, el propietario de la cosa principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al dueño de ésta (art. 375 CC). Como dice Albiol Montesinos, «en ningún momento el resultado material del trabajo ha pasado a pertenecer al sembrador, constructor o especificante, sino que el Código Civil lo atribuye al titular del suelo o de la materia sobre la que se trabajó» (28). Y esto es así en el contrato de trabajo y en el arrendamiento de obra o de servicio. Especialmente en el arrendamiento de obra, el contratista nunca es el propietario del resultado, además de perder el material y hasta el precio convenido cuando se pierda o destruya la obra (arts. 1589 y 1590 CC). Así, un edificio que queda detenido en plena construcción por incumplimiento del dueño de la obra (promotor) no por ello implica la facultad del contratista de hacerse con el conjunto del suelo y el vuelo, sino que habrá de pedir una indemnización a la contraparte; *ad limina*, si la parte accesoria es separable de la principal, el que pone la primera podrá separarla sin daño para la segunda. Con rotundidad F. Santoro-Passarelli recordaba que «la función misma del contrato de obra impide que el artifice adquiera por especificación la *res nova* (...) y determina, por conversión, la adquisición de ella a título originario por parte del comitente» (29). Otras diferencias secundarias entre el contrato de trabajo y los tipos analizados, como la facultad de retener en prenda la cosa mueble por quien ha ejecutado una obra sobre ella hasta que se le pague (art. 1600 CC), en nada afectan a la propiedad originaria del resultado para el propietario-comitente, sino más bien refuerzan la idea.

Si se me permite una breve nota sicológica, posiblemente la traslación en que incide la teoría provenga de los estudios históricos sobre la revolución industrial y la alienación del trabajador, tan importantes en la formación de todos los iuslaboralistas europeos, hasta el punto de haber llevado a algunos a olvidar los secos preceptos del Código que hablaban de algunos matices entre contratos (30).

(28) «En torno a la polémica», pág. 39.

(29) Salvo cuando el contratista pone la materia suministrada, arts. 940 y 2223 CC italiano, indica en «Variazioni sull contratto di opera», en VVAA (Carullo V., coord.), *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Giuffrè, Varese 1966, 811-812.

(30) Entre los análisis históricos y filosóficos sobre la revolución industrial y la alienación del trabajador cabe citar, significativamente, a ALONSO OLEA M., «La Revolución Industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo», *Revista de Trabajo* 41/42 (1973); del mismo, «Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios», *Anuario de Derecho Civil XXVIII/V* (1975); del mismo, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 1979; del mismo, *Alienación: historia de una palabra*, IEP, Madrid 1974; del mismo, «Personalidad, propiedad y arrendamiento de servicios. Un estudio sobre Hegel», en VVAA, *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Comares, Granada 1984; del mismo, «Sobre la alienación», *Revista de Estudios Políticos* 179 (1971) y 181 (1972); del mismo, «Alienación en Sartre. La visión terrorífica del otro», en VVAA, *Estudios en memoria del profesor Legaz Lacambra*, CEC y FDUC, Madrid 1983; del mismo, «División del trabajo y alienación en "La riqueza de las naciones"», *Hacienda Pública Española* 53 (1978); del mismo, «Las raíces del trabajo alienado en Carlos Marx», *Anales de la Real*

c) **Ajenidad en la utilidad patrimonial.** Como perfeccionamiento o ampliación de la anterior teoría, el concepto de utilidad patrimonial elude las limitaciones en que incurre la de ajenidad en los frutos (31), pero se topa igualmente con el problema de fondo acabado de ver.

d) **Ajenidad en la titularidad de la organización.** Muy influida por la teoría de la ajenidad en los frutos, a la cual considera la explicación más coherente en la atribución del poder de dirección, entendiendo a la dependencia como «mera consecuencia de la ajenidad [en los frutos]» y a los riesgos como un efecto de la titularidad de los dichos frutos (32), esta teoría parte del momento originario para reflexionar sobre la traslación que se produce. Cuál sea la causa de ella, una cuestión poco analizada por los defensores de la teoría de partida, merece un análisis más detenido para solventar algunas dudas que pudieran surgir. Por ejemplo, entre los modos de adquirir la propiedad contemplados por el Código Civil, la ocupación otorga la propiedad al trabajador sobre bienes apropiables, «como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto o las cosas muebles abandonadas» (art. 610 CC), aun cuando para ello deben carecer de dueño; la especificación permite a quien aplica su esfuerzo a un bien mueble hacerlo suyo en casos como la pintura o la escultura (art. 377 CC); y en la accesión, el que de buena fe empleó material ajeno para hacer una obra de nueva especie la hace suya (art. 383 C).

Sin embargo, las ocasiones en que el Código Civil adscribe la propiedad del resultado a quien aplica el esfuerzo son excepciones a la regla general, consistente en asignar al propietario de la cosa principal el resultado de la unión de propiedades. «El estudio de los supuestos de accesión industrial y de especificación dan cuenta cabal de que en ningún momento el resultado material del trabajo ha pasado a pertenecer al sembrador, constructor o especificante, sino que el CC lo atribuye al titular del suelo o de la materia sobre la que se trabajó, en virtud de un fenómeno de expansión natural del derecho del propiedad o del poder absorbente del mismo» (33). La consecuencia de lo anterior resulta clara para los defensores de la teoría: la atribución del resultado material del trabajo a sujeto distinto del trabajador no necesita recurrir a la doctrina de la ajenidad en los frutos, sino que la adquisición de los resultados del trabajo se produce por vía legal y en virtud de fenómeno

Academia de Ciencias Morales y Políticas 61 (1984).

(31) La intención de la teoría fue desde el principio «salvar alguna objeción contra la tesis de la ajenidad en los frutos, que evidentemente sirvió de punto de partida», señala MONTOYA MELGAR A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2005³⁶, pág. 38, en nota, donde además recogía las palabras de Alonso Olea en la edición de su *Introducción al Derecho del Trabajo* inmediatamente posterior a la aparición de la teoría de la utilidad: «La expresión fruto ha de ser entendida en el amplio sentido de abarcar toda resultante del trabajo productivo del hombre (...); de ahí que pueda afirmarse que la ajenidad se refiere a la utilidad patrimonial del trabajo».

(32) ALBIOL MONTESINOS I., «En torno a la polémica», pág. 31.

(33) ALBIOL MONTESINOS I. *op. cit.*, pág. 39.

(20) Cfr. MONTALVO CORREA J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1975, 202-203: «tesis a la que —con ciertas matizaciones— me siento más próximo», dice.

(21) DE LA VILLA GIL, «Apuntes sobre el concepto», pág. 12.

(22) ALONSO OLEA M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, en el resumen efectuado por ALBIOL MONTESINOS I., «En torno a la polémica», págs. 24-26.

(23) CESSARI A., «In tema di struttura del contratto di lavoro», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1958, 1252, citado por ALBIOL, «En torno a la polémica», 25.

(24) «Apuntes sobre el concepto», pág. 12.

(25) «Cuando no hay "resultado de trabajo", entendido como producción de obra nueva, no tiene objeto plantearse la cuestión de los frutos»: *Lecciones*, pág. 6.

(26) Quien agrega: «Es pues un contrato obligacional creador de un título que justifica y da causa a una ulterior adquisición. Por el mero hecho de comprar, yo no llego a ser dueño de la cosa comprada: es preciso que me la entregue el vendedor, y sólo entonces adquiero la propiedad» (*Manual de Derecho Civil*, cit. pág. 686).

(27) Cfr., por ejemplo, la situación de los reporteros y fotógrafos *free lance* y la jurisprudencia sobre los mismos analizada por SOLER MASOTA y LUQUE PARRA, «Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos», *Relaciones Laborales* II [1999], 609: «cuando el medio de prensa explote de manera continuada las fotografías que adquiere de sus reporteros, éstos toleren la situación, y (sobre todo) no se constata pacto escrito que gobierne esta situación, cabrá presumir la existencia de una relación laboral entre las partes». En general el trabajo de los artistas plantea en la cesión de la propiedad intelectual el problema de la deslaborización del contrato, como indica HURTADO GONZÁLEZ L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid 2006, 247.

nos distintos a la transmisión inicial y originaria: «cabe explicarla, sin más, en virtud del juego del instituto jurídico de la accesión». En efecto, el trabajador presta sus servicios trabajando sobre materiales o utilizando cosas o instrumentos cuya titularidad no le pertenece. Esta ajenidad en la titularidad explicaría suficientemente el fenómeno de incorporación del resultado material del trabajo al patrimonio del titular efectivo. Y, en su virtud, explicaría asimismo el poder de especificación de la actividad necesaria para producir estos resultados, en definitiva el sometimiento al círculo rector, ordenador y disciplinario del empresario.

No cabe duda de la brillantez del análisis acabado de sintetizar. Se trata de una plausible juridificación de la doctrina política sobre la ajenidad de los medios de producción, que «describe la realidad social de base de modo tan directo que no puede por menos de acertarse en el análisis» (34). El esfuerzo en demostrar cuál pueda ser el título de adquisición del producto por parte del empresario, que en la teoría de la ajenidad en los frutos quedaba en la penumbra, llega a una solución más satisfactoria, aun a pesar de no contradecir a la que dice corregir, pues realmente viene a explicar por qué hay una atribución originaria del resultado o fruto al empleador. A lo sumo viene a decir que no hay traslación de propiedad, porque el producto pertenece siempre al empresario.

Ahora bien: concentrada en analizar el momento inicial en la vida de la mercancía, la teoría de la ajenidad en la titularidad de la organización pierde de vista lo ya mencionado respecto a la de los frutos, a saber: que no sirve para diferenciar al contrato de trabajo de los arrendamientos de obra o servicio y de tantos otros contratos civiles y mercantiles en donde el trabajo se aplica a un bien ajeno. La misma construcción teórica parte de no distinguir entre las distintas formas de trabajar, sin llegar posteriormente a la oportuna distinción: «la actividad laboral, con independencia de la existencia de un contrato de trabajo, se considera por el CC entre los modos de adquisición de la propiedad en los siguientes: en la ocupación, en la accesión y en la especificación» (35). Aun cuando no haya traslación de propiedad, sino adquisición originaria de la misma por el empresario, la ajenidad no marca las diferencias con cuanto sucede con el transportista mercantil, el agente de comercio o el contratista de obras.

e) Ajenidad en el mercado. A tenor de esta teoría, el contrato de trabajo separa al trabajador del mercado, pues los productos van a ser vendidos por el empleador, quien detenta la propiedad de los medios de producción e intermedia entre el trabajador y los clientes (36). Lo característico frente a los contratos civiles y mercantiles

de trabajo autónomo sería el obligar al trabajador a prestar su servicio para un empleador, quien vendería el producto al precio que estimara oportuno y se relacionaría con los clientes o consumidores en el mercado.

Dejando al margen los casos en los que el empleador no se dirige al mercado por tratarse de entidad sin ánimo de lucro o ente no económico en general (37), considerar que lo típico del contrato de trabajo consiste en erigir al empleador en intermediario entre el trabajador y el mercado carece de fuerza distintiva por las siguientes razones: hay multitud de contratos mercantiles y civiles en donde el trabajador independiente también actúa para un solo empleador, en lo que se llama «económicamente dependientes», cuasi trabajadores, etc., en un fenómeno en expansión cuyas manifestaciones ordinarias no pueden calificarse de falsos autónomos (38). Así, desde los albores de la economía de mercado han existido las denominadas empresas auxiliares de una empresa principal, en el extendido fenómeno de las subcontratas y otras figuras que conocemos como empleador *captured* —en la terminología británica— o empresa dependiente (39), y muchas de ellas consisten en un solo trabajador autónomo cuya diferencia por la ajenidad en el mercado no cabe establecer (40). Y es que entre el trabajador y el mercado puede no haber un solo intermediario, sino varios, que según esta teoría deberíamos considerar como trabajadores subordinados.

Lo cual nos llevaría a una especie de definición anticipada del quizá futuro *Derecho de los Trabajos*, si no fuera por otra reflexión: hay numerosas categorías de trabajadores no autónomos que operan en el mercado en nombre propio pero por cuenta de su empresa, y no solo el representante de comercio (41), que unas veces responden del buen fin de las operaciones y otras

no (42): por ejemplo el comisionista mercantil podrá contratar en nombre propio o en el de su comitente (art. 245 CCo), y los factores y gerentes de establecimientos contratarán a nombre de sus principales, aunque en otro caso se entenderán hechos [los contratos] por cuenta del propietario cuando recaigan sobre el giro o tráfico del establecimiento, o resultare que obró por orden de la empresa, o ésta aprobara su gestión en términos expresos o por hechos positivos, como indica el art. 286 CCo. Más aún: el Código de Comercio admite que el factor actúe en nombre propio pero por cuenta del principal (art. 287).

En definitiva, si en las teorías anteriormente comentadas de la ajenidad en los riesgos, en los frutos o en la organización los rasgos considerados como diferenciadores efectivamente existen, pero también se encuentran en los contratos de trabajo autónomo, en la teoría de la ajenidad en el mercado el rasgo no siempre existe —el trabajador no autónomo puede operar en el mercado— y además tampoco sirve para diferenciar —el trabajador autónomo puede no operar en el mercado—. En realidad el mercado es un ente polimorfo, al que hasta los grandes fabricantes acceden a través de grandes empresas distribuidoras o comercializadoras, en una extraña y frecuente ajenidad «b to b». Centros comerciales, cooperativas de autónomos, marcas franquiciadoras, canales de televisión, exponen diversos tipos de intermediación en una sociedad-red donde la ajenidad en el mercado no puede suministrar, aunque pudiera, la necesaria nitidez en este asunto (43).

Del conjunto de las teorías sobre la ajenidad se ha dicho que es una nota puramente descriptiva de la realidad social sobre la que se proyecta la relación laboral, sin añadir nada a sus elementos constitutivos (44). Sin ir tan lejos, la práctica jurisprudencial nos demuestra las dificultades de su aplicación en solitario, por cuanto se trata de una característica que comparten el trabajo autónomo y el no autónomo. Ni siquiera la pretensión de aplicar los diferentes criterios «alienadores» simultáneamente resolvería la insuficiencia, que es de base al no especificar el criterio diferencial (45). No es que todos los elementos de ajenidad utilizados por las diversas teorías constituyan criterios externos, de la relación laboral, que vengan considerados como elementos internos y definitivos en la estructura del contrato de trabajo (46), sino que en su mayor parte aluden a ca-

racterísticas reales de dicho contrato que sin embargo no son típicas o exclusivas de él. Dicho en otros términos, la mayoría de ellos son elementos necesarios, pero no suficientes para definir a este contrato cuya difuminación vengo comentando. Como indican Palomeque López y Álvarez de la Rosa, la ajenidad pierde toda su virtualidad configuradora de relaciones exclusivamente laborales, ya que también puede estar presente en relaciones de otra naturaleza (47).

Llegado un cierto momento en la jurisprudencia de nuestro país, la ajenidad deja de ser el criterio mayoritariamente utilizado para ceder el paso al de la dependencia. Se produce lo que ha sido descrito como la huida tendencial de nuestros tribunales hacia parámetros de enjuiciamiento que, en rigor, se inscriben en el ámbito de la nota de la dependencia (48). Incluso algún autor ha llegado a considerar las diversas teorías de la ajenidad como otras tantas manifestaciones de la de la dependencia (49).

f) La dependencia. Desde la concepción patrimonialista y economicista de las teorías de la ajenidad, la de la dependencia produce un salto hacia el plano personal de la relación entre el trabajador y el empleador, a cuya virtud lo definitorio del contrato de trabajo sería el compromiso asumido por el primero de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquél. «El no disponer el carácter de iniciativa sobre el empleo de sus propias fuerzas de trabajo, sino el existir una disposición ajena sobre la misma, es la nota fundamental del trabajo dependiente, éste y solo éste es, en nuestra opinión, el objeto fundamental propio del contrato de trabajo» (50). Precisamente al considerarse la dependencia como vinculación personal del trabajador y empleador, adquiere su prestación un sentido marcado notablemente de colaboración (51).

Tres factores permitieron la inmediata recuperación de la teoría de la dependencia hasta la implantación de criterio ecléctico del Estatuto de los Trabajadores: en primer lugar, su absoluto predominio en el resto de los países europeos, como han reconocido incluso los partidarios de la ajenidad; en segundo término, la legislación sobre la relación laboral gira principalmente en torno a aspectos personales como por ejemplo la jornada máxima, horarios, vacaciones, permisos, seguridad y salud, lugar de trabajo, etc., mientras que las normas sobre retribución o imposibilidad de la prestación no

(37) Por ejemplo, el servicio doméstico, en la crítica efectuada por VALLE MUÑOZ J.M., «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo Español», *Revista de Trabajo* 889 (1988) 87 ss., considerada como «la crítica más decisiva que puede hacerse a la postura» (CAIRÓS BARRETO D.M., *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil. Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones*, Lex Nova, Valladolid 2004, pág. 74).

(38) Se calcula en cerca de 200.000 el número de económicamente dependientes en una cifra global de aproximadamente 3,5 millones de autónomos afiliados al Régimen Especial de la Seguridad Social de Autónomos.

(39) VVAA (Supiot A., coord.), *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2001, pág. 17 (hay traducción española).

(40) Por ejemplo, el contrato de agencia mercantil viene definido en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia Mercantil, de la siguiente forma en su art. 1: «Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica denominada agente se obliga frente a otra de manera continuada y estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones». El art. 2 admite y regula la posibilidad de que tales agentes puedan ser trabajadores subordinados: «Se presumirá dependencia cuando no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a ella conforme a sus propios criterios».

(41) Véase el RD 1438/1985, 1 ag., por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. En el sentido de la ambivalencia de los mediadores, representantes de comercio y agentes comerciales, CAIRÓS BARRETO, *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil*, cit., pág. 77.

(42) Véase la nota anterior, en donde las notas de dependencia no derivan del buen fin de la operación, el cual puede regularse por pacto entre las partes.

(43) Cfr. por ejemplo, las dificultades para establecer este criterio en el caso de los reporteros gráficos, que lleva a SOLER MASOTA y LUQUE PARRA a hablar de «diáspora jurisprudencial» y a ubicar la ajenidad en el mercado como criterio que camina parejo al de la ajenidad en los frutos y necesita de éste («Relación laboral y propiedad intelectual», cit., 606-608).

(44) GARCÍA BECEDAS G., *Introducción al Derecho Español del Trabajo. Caracteres y Fundamento*, Civitas, Madrid 1994, pág. 271.

(45) Defiende la ajenidad como una noción compleja LUJÁN ALCARAZ J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid 1994, 355 ss.

(46) CAIRÓS BARRETO hace esta crítica, acertadamente, a la teoría de la ajenidad en el mercado, en *Contratos de mediación laboral*, cit., pág. 73.

(34) DE LA VILLA GIL L.E., «Apuntes sobre el concepto», pág. 12.

(35) ALBIOL MONTESINOS I., «En torno a la polémica», pág. 33.

(36) ALARCÓN CARACUEL M.R., «La ajenidad en el mercado», cit., págs. 495 ss. En pág. 549 indica que su tesis es la de la intermediación del empleador.

(47) *Derecho del Trabajo*, CEURA, Madrid 2003, pág. 627 y 641. En el mismo sentido, CAIRÓS BARRETO, *op. cit.*, pág. 77, y SSTS 7 jul. 1996 y 21 oct. 1996, citadas por la autora.

(48) SOLER MASOTA y LUQUE PARRA, «Relación laboral y propiedad intelectual», cit., pág. 608.

(49) PÉREZ DE LOS COBOS F., «El trabajo subordinado como tipo contractual», págs. 39 y 43.

(50) RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Lecciones*, pág. 10.

(51) RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *ibidem*, pág. 10, donde agrega: «Entre las partes existe un vínculo personal de mutua lealtad».

alcanzan igual cuantía (52); por último, la existencia de una multitud de *indicios* de la dependencia a cuyo través puede resolverse más fácilmente la calificación del contrato (53).

La principal objeción planteada a la teoría, además del carácter genérico de la dependencia, por su capacidad de comprender las gradaciones más contrapuestas, ha sido tradicionalmente la de venir considerada como una segregación de la ajenidad, ya sea en los riesgos, en los frutos o en los medios de producción, una crítica que parece haber calado en la más diversa doctrina, para la que el trabajar por cuenta ajena exige normalmente que el que trabaja esté controlado por aquél para quien trabaja (54). Pero si la ajenidad es un carácter común a los contratos laborales, civiles y mercantiles donde el comitente hace suyos los resultados del esfuerzo humano y eventualmente obtiene plusvalías, no sucede lo mismo con la subordinación personal del trabajador hacia el empleador: en todos los países, incluido el nuestro, esta «subordinación jurídica», como venía mencionada en principio, pasa a prevalecer sobre la «dependencia económica» a la hora de determinar la aplicación de las leyes tuteladoras de la persona del trabajador.

En los diversos países la jurisprudencia ha perfilado una panoplia de *indicios* con los cuales distinguir la posición subordinada en un contrato y, por ende, aplicar la legislación laboral. En España pueden contabilizarse siete: trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa, prestar servicio en un centro de trabajo de la misma, sujetarse a un horario y a una jornada determinados por la contraparte, no detentar poderes inherentes a la titularidad de ella, recibir órdenes del empresario, percibir una retribución fija y periódica, y estar afiliado como dependiente en la Seguridad Social (55).

(52) En una sistematización cumplida por DE LA VILLA GIL L.E., las primeras normas laborales referidas a la relación laboral serían: normas sobre el trabajo de mujeres, niños y otra categorías especiales de personas; normas sobre salarios; normas sobre descanso dominical; normas sobre jornada de trabajo; y normas sobre seguridad e higiene: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada 2003, 83 ss.

(53) «La simpleza del sistema indiciario es la base de la eficiencia de la subordinación», señala UGARTE CATALDO J.L., «La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo», en internet, pág. 14.

(54) «Tendremos que afirmar que eso que llamamos dependencia no es sino una secuela de la ajenidad, a la que no añade nada sustancial»: MONTALVO CORREA J., *Fundamentos*, cit., pág. 221, citando en pág. 220 las palabras de Alonso Olea insertadas en texto. Igualmente CAIRÓS BARRETO, *Contratos de mediación laboral*, cit., pág. 80: «Es una nota [de ajenidad] de la que no se puede prescindir porque es la base sobre la que se asienta la dependencia, y es en ese sentido en el que se sostiene que la ajenidad constituye el presupuesto habilitante del contrato de trabajo».

(55) MARTÍNEZ GIRÓN, ARUFE VALERA, CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 44. Para estos autores el salario suele merecer por los tribunales un tratamiento privilegiado. Sin negar la observación, el motivo de dicho tratamiento puede deberse a que en el salario confluyen tanto la ajenidad como la subordinación, dos de los tres requisitos que aparecen en el art. 1 ET. Por su parte MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SANUDO Y GARCÍA MURCIA destacan como indicios más usados por los tribunales —aunque no todos compartidos por los mencionados autores— los de asistencia regular y continuada al lugar de trabajo, horario preestablecido, utilización de despacho o dependencia estable en el lugar de trabajo, continuidad en el trabajo, exclusividad del trabajo prestado a un empleador, posibilidad de rechazar o no los encargos, etc. SALA FRANCO y otros, *Derecho del Trabajo*, Tirant, Valencia 1997¹¹, págs. 223-224, distinguen por su parte entre indicios de la ajenidad y de la dependencia: de la ajenidad serían la no participación

de la subordinación podría bastar para delimitar la causa del contrato de trabajo, pues integra la línea divisoria con los contratos civiles y mercantiles cuyo objeto es también el trabajo personal, y bien puede decirse por ello que forma parte de la causa típica de aquél. Sin embargo no explica plenamente el origen de este contrato ni la configuración del Derecho del Trabajo ni, en fin, las líneas de futuro de nuestra materia. No porque haya errado la dirección, pues repito que se encuentra en el núcleo del tipo contractual, sino porque adolece de una insuficiente perspectiva para explicar plenamente el fenómeno, como si para describir un elefante —en el conocido símil empleado por Lord Wedderburn— lo hiciéramos desde la grupa y no desde la testa (56).

2. EL PODER DIRECTIVO CONTINUO COMO CAUSA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El empresario busca en verdad algo muy concreto, un *bien* que posee el trabajador pero que el primero desearía poder utilizar sin tener que contar para nada con su poseedor. Y el trabajo ha sido durante siglos una mercancía que los economistas trataron de aislar conceptualmente para darle un precio y someterla a las reglas del mercado, en lo cual hallaron inesperados aliados en los propios trabajadores que compenian unos contra otros por alzarse con el empleo (57). El empresario desea poder utilizar sin trabas esa fuerza de trabajo ajena, por lo que se reserva el *cómo* una vez que ha contratado el

en pérdidas, aportación o no de medios de trabajo, apropiación empresarial del producto elaborado y otros; de la dependencia serían más concretos, los de carácter personalísimo de la prestación, sometimiento a jornada y horario, asiduidad o exclusividad, alta en el Régimen apropiado de la Seguridad Social, y «en general, todos los indicios que revelen la presencia de facultades de dirección o disciplinarias del empresario». En Reino Unido el *multi-factor approach* ha sustituido al «test de integración» en la empresa en sentencias como la *Market Investigation v. Minister of Social Security* (1969), las cuales tienen en cuenta los siguientes indicios o factores: servicio personal, control del empresario, provisión por éste de herramientas y equipo, si el trabajador contrata a sus propios ayudantes, si asume riesgos financieros, si se beneficia directamente de su propio trabajo, etc. (PITT G., *Employment Law*, Sweet and Maxwell, Londres 1995², 56). En Chile, por su parte, los indicios de laboralidad comprenderían «aquellas manifestaciones paradigmáticas del ejercicio del poder jurídico de una parte con respecto a otra (cumplimiento de jornada, recepción de instrucciones, cumplimiento de horario, etc.): UGARTE CATALDO J.L., «La subordinación jurídica», cit., 14. Como algo diferente a los indicios de laboralidad se encontrarían lo que los británicos denominan *implied terms of the contract*, más cercanos a los *naturalia negotii* del Derecho Romano, o elementos naturales del contrato: vide los ocho citados por BATT F.R., *The Law of Master and Servant*, Pittman, Londres 1967³, reiterados con alguna crítica por CRONIN T.B. y GRIME R.P., *Labour Law*, Butterworths, Londres 1970, pág. 15.

(56) Para WEDDERBURN la relación laboral es como un elefante, del que cada observador destaca un rasgo distintivo (trompa, altura, orejas, patas), pero nadie tiene dificultades para distinguirlo de otros animales.

(57) De «guerra civil» entre los trabajadores habla PÉREZ DÍAZ P., *El contrato de trabajo y la cuestión social*, con prólogo de don Gumersindo de Azcárate, presidente del Instituto de Reformas Sociales, Reus Editores, Madrid 1917, pág. 154. Los conflictos derivados de la competencia por obtener los empleos y mantener los salarios debieron ser frecuentes, pues incluso están documentadas protestas de los trabajadores adultos por el empleo de niños en los puestos de trabajos reservados a aquéllos. Los empresarios del textil, por ejemplo, contrataban habitualmente a familias enteras, y los anuncios en la prensa indicaban incluso el número de hijos que deseaban para emplear en las diferentes tareas: así, un anuncio de 1820 en Reino Unido por el que una fábrica de algodón buscaba familias con entre cinco y ocho hijos para contratar, citado por KUCZYNSKI, *Evolución de la clase obrera*, Guadarrama, Madrid 1967, 63, y MONTALVO CORREA, *Fundamentos*, 104.

cuándo (58). Pretende disponer del control de esa fuerza con la misma libertad que hallaba en los primeros siglos de la liberalización y le garantizaron las leyes, cuando el trabajador se hallaba inerme y su voz no contaba porque llegaba a la ciudad expulsado de sus antiguos campos. Para el uso cuasipleno del trabajo dispone de una vía sutil y elegante en la mayoría de los países, la aplicación analógica de los principios del arrendamiento de cosas a las numerosas lagunas del arrendamiento de servicios en los Códigos: en el español, por ejemplo, hablamos de los cuarenta artículos del de cosas contra los cinco del de servicios, ocupando los trece del de obra una posición intermedia quizá más proclive al primero que al segundo. En otros países las recopilaciones civiles eran aún más chirriantes. Como indica Veneziani, el laconismo del Código se debía suplir de alguna forma destilando de los principios generales relativos a la locación de las cosas los aplicables a la de servicios (59). Pero los contratos civiles no sirven, probablemente porque la codificación y la pandectística llegan tarde a la Revolución Industrial: desde el siglo XVIII las máquinas exigen una enorme disciplina para ofrecer a cambio unas pingües ganancias, una disciplina drástica que además ha de ser colectiva, y los contratos que andan elaborando desde finales del XVII hasta bien entrado el XIX Domat, Pothier, Pufendorf o Savigny carecen de la energía y la crueldad precisas, pues hablan de sinalagma, de equilibrio de prestaciones, de consenso en cada modificación de las cláusulas. Nada de ello interesa al fabricante, sino todo lo contrario, amplia libertad de actuación en el uso de la fuerza de trabajo, poder incondicional para dirigir. Declinan los gremios por la competencia de los fabricantes no agremiados, y cuando la Revolución Francesa consagra la libertad, se ve llegado el momento de contratar a los obreros sin condiciones, pues a lo sumo algunos tribunales obligarán al fabricante a fijar el reglamento de taller en la puerta de la factoría, así como las modificaciones que vayan sucediendo. En la mente de los economistas, los legisladores y los empresarios de los siglos XVII a XIX, el auténtico fenómeno que ocurre al contratar los servicios del trabajador es la compra de trabajo por precio, y de tal manera el empleador deviene propietario de ese trozo de esfuerzo humano que paga periódicamente a su titular (60). En particular el siglo XIX está plagado de estudios de todo tipo referentes al trabajo como mercancía adquirida por el empresario a bajo precio, lo que

(58) Sentencia *Collins v. Herts County Council* [1947]: «en un caso el comitente puede ordenar o requerir qué debe hacerse, mientras que en el otro, [el empresario] no sólo puede ordenar o requerir qué debe hacerse, sino cómo debe hacerse». Sentencia *Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins and Griffith Liverpool Ltd.* [1947]: es empresario la persona que no sólo controla el trabajo a realizar, sino también el cómo de realizarlo. Ambas sentencias cit. por GALIANA MORENO J., *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch, Barcelona 1978, 33.

(59) «Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione», pág. 413.

(60) Los debates jurídicos sobre la naturaleza de la relación laboral como de compraventa o arrendamiento fueron frecuentes, y todavía en el proyecto de CC de 1821, el art. 42 establecía: «Es propiedad: 1º. El derecho de aprovecharse y disfrutar libremente del producto del trabajo personal. 2º. El derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o las cosas ajenas con arreglo a la ley».

desde el punto de vista jurídico significa propiedad y dominio: es el poder omnímoto de un propietario el que se ejerce sobre el trabajador para arrebatarle su fuerza productiva, el poder absoluto de mando con que tratará de impregnar al contrato. Al empresario se le da un ardite la persona del trabajador, que él desearía evitar, pero pronto el Estado y los sindicatos se lo impiden. Su objetivo al contratar consiste en dirigir a su arbitrio el esfuerzo laboral que paga, del cual pretende el control pleno mediante la dirección, vigilancia y disciplina del trabajador: en suma, mediante las denominadas por los norteamericanos como «prerrogativas» del *management* (61).

Un poder organizador, colectivo, pleno, no se hallaba en los contratos codificados, ni antes ni después de la Revolución burguesa. La causa de la obligación de retribuir se encuentra, pues, en disponer del trabajo cosificado, del trabajo en sí mismo, y no en el trabajo con adjetivos, llámese dependiente o ajeno. «Quizá este derecho de corrección, de vigilancia del patrón; esta obligación suya de cierta atención personal, surgen únicamente del contrato», aventuraba en su momento Barassi, quien añadía que la dependencia es solo un efecto natural del mismo (62). De ahí la gran fábrica, el gran espacio cerrado, donde la división del trabajo y después el fordismo enclaustran a los trabajadores para vigilarlos mejor en su actividad a beneficio del empresario, a quien le resulta fácil ejercer el mando. El *control test* como prueba de indicios para determinar la existencia de un contrato de trabajo ya fue utilizado desde antiguo por la jurisprudencia británica, por ejemplo en el caso *Yewens v. Noakes* (1880), al decir que un trabajador es una persona «sujeta a las órdenes de su empleador en lo referente al modo de realizar su trabajo», y ha continuado aplicándose en ese país para caracterizar al contrato por «la naturaleza y el grado específico de control sobre la persona del trabajador», o para definirlo como el derecho del empresario «a controlar el modo de ejecución de los actos del trabajador» (63).

El contrato de trabajo debería haberse llamado, consiguientemente, contrato de dirección laboral, pues el salario es pagado para dirigir continuamente una fuerza humana en propio beneficio. Como decía en 1917

(61) «Por control entendemos el poder de impartir órdenes al trabajador, con la expectativa de que serán obedecidas»: FRIDMAN G.H.L., *The Modern Law of Employment*, Stevens and Sons, Londres 1963, 20, quien agrega: «Como trabajador (servant) se hallaba bajo el control del considerado como empleador (master)», y cita en este sentido varias sentencias.

(62) VENEZIANI B., *op. cit.*, 412.

(63) Las frases entre comillas últimamente citadas pertenecen a las Sentencias *Performing Right Society Ltd. v. Mitchell and Booker* [1924] y *Gibb v. United Steel Co. Ltd.* [1957]. Ambas sentencias, y la *Yewens v. Noakes*, en GALIANA MORENO J., *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, pág. 32. En pág. 39 cita también las sentencias debidas a Lord Cooper y a Lord Thankerton en los casos *Park v. Wilsons and Clyde Coal Co. Ltd* [1928] y *Short v. Henderson Ltd.* [1946], respectivamente, el segundo recogiendo literalmente lo establecido por el segundo, en el sentido de considerar como indicios de la relación laboral: (a) al poder del empresario de elegir al trabajador, (b) al pago de un salario, (c) al poder del empresario de controlar el modo de ejecución del trabajo, y (d) al poder del empresario de suspensión y despido. De los cuatro indicios, el de control se consideraba el más importante.

Pérez Díaz, este contrato no puede ser más que el uso y disfrute de la actividad ajena, con un fin útil, por mayor o menor cantidad de tiempo a cambio de remuneración o recompensa (64). Ocurre, sin embargo, que los contratos vienen denominados normalmente conforme a la prestación típica, que es la debida por quien percibe el precio, y en este caso se trataba del trabajo. Pese a lo cual hay contratos cuya denominación no sigue tal regla, como por ejemplo el de compraventa, o el romano de *locatio conductio* (65).

En puridad el de trabajo refiere, no a la accesión o a la especificación, sino al usufructo, a cuyo tenor el usufructuario/empleador consigue «el derecho de goce más amplio que se puede estructurar sobre cosa ajena», como indica el artículo 471 CC (66), con derecho a «gozar plenamente de la cosa; a extraer de ella la totalidad de sus utilidades» (67), durante el tiempo y en las condiciones marcadas por el título de constitución y, evidentemente, *salva rerum substantia*. Tal es la intención del empleador cuando contrata, a la explotación absoluta de las fuerzas productivas del trabajador durante la jornada pactada, como le reconocerá radicalmente el legislador británico durante los siglos XVIII y XIX y con mayores matices la judicatura francesa del siglo XIX (68).

Mediante el contrato de trabajo se trataba de marcar la diferencia con los tipos conocidos de contratos contemplados por los Códigos Civiles y Mercantiles y demás leyes de la época, basados en el consenso detallado del contenido contractual: los empresarios necesitaban de mayor amplitud de movimientos en la organización diaria de la fábrica, por lo que los equilibrios debían hacerse a nivel global ya fuera mediante mínimos judiciales o legales, o mediante la negociación colectiva. Las normas sobre mínimos y máximos laborales que comienzan a aparecer *per saltum* en los distintos Ordenamientos marcan el cambio de actitud del Estado y el comienzo de las limitaciones a la autoridad omnimoda del empresario, cristalizando en la aspiración de una figura contractual que permitiera corregir los principales desequilibrios entre las partes mediante normas indero-

(64) PÉREZ DÍAZ P., *El contrato de trabajo y la cuestión social*, pág. 130.

(65) Que en Derecho Romano se utilizaba para regular la entrega de una cosa por su propietario a un tercero para ser usada o para trabajar sobre ella, pagando el precio quien resultara beneficiado por la cesión, ya el locator, ya el conductor.

(66) Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid 1974, 218.

(67) LACRUZ BERDEJO J.L., *Manual de Derecho Civil*, cit., 390.

(68) La jurisdicción francesa de los tribunales industriales posterior a la Revolución y hasta 1868 consideró que los preceptos del Code por los que el amo sería creído respecto a la cuantía del salario no eran aplicables a los trabajadores, sino solo a los criados y jornaleros. No hubo durante ese tiempo penalización criminal de los abandonos del empleo. Desde los años 1860, el deber de obediencia a las órdenes del empresario se acentuó, sin embargo, mientras que las sanciones criminales británicas quedaron abolidas, en una convergencia hacia el concepto unitario de contrato de trabajo: COTTEREAU A., «Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth Century France», apud VVAA (STEINMETZ W., ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age. Comparing legal cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford University Press, Oxford 2000, 219-220. El autor suaviza bastante, sin embargo, las consecuencias esclavizadoras de la libreta de trabajo en Francia.

gables referidas tanto a la estructura del contrato en sí (edad mínima, consentimiento, etc.), como a las obligaciones principales, y a las directamente conectadas con la persona del trabajador, a saber, jornada y seguridad, como las referidas a la retribución (prohibición del sistema de trueque, garantías del salario, etc.). El contrato de trabajo envuelve consiguientemente la idea de una ponderación o equilibrio supraindividual en el uso de la fuerza ajena, introduciendo un plus característico respecto a la figura o figuras próximas, que se va a alojar en la causa modalizando el uso pactado. El legislador pretenderá al tipificar el nuevo contrato un ejercicio razonable del poder organizativo empresarial, lo que inicialmente buscará mediante límites en los supuestos más dramáticos, y paulatinamente ampliará en el ámbito de las medidas y los sujetos protegidos, para en un momento final de madurez del tipo introducir algunas indicaciones criteriológicas generales como por ejemplo las referidas a la buena fe y la consideración debida a la dignidad humana del trabajador, así como su derecho a la no discriminación, a la dignidad, etc., contempladas en el artículo 19 ET y otros preceptos del mismo cuerpo legal.

No hay, sin embargo, la referencia a un posible criterio unitario para definir la ponderación en el ejercicio de la autoridad empresarial, y es oportuno realizar una breve reflexión sobre el tema. Parece claro que el legislador no confía en los criterios unitarios de ponderación utilizados en el Derecho Civil, el Mercantil o el Constitucional para delimitar en abstracto poderes similares y permitir a los tribunales una aplicación hermenéutica, pues no sugiere ninguno, ni para el trabajador ni para el empleador. Y en efecto, seguramente el concepto de «buen padre de familia» servirá para clarificar las obligaciones adquiridas (69), pero no con los trabajadores, pues las leyes laborales son de mínimos, y el concepto aludido hace referencia al cumplimiento de las obligaciones con un alcance medio o normal. Los criterios de «buen comerciante» o de honrado comerciante, a su vez, hacen referencia a la diligencia exigida en el cumplimiento de las obligaciones (70), por lo cual tendrían una limitada aplicación en lo laboral, más bien dirigida al deber de prevención de riesgos. Otro posible criterio radicaría en la *lex artis*, la pericia debida en la ejecución del contrato..., por el trabajador, lo que, además, vuelto hacia el empleador haría definitiva la descalificación que de ella realiza Vaquero Pinto, de carecer de relevancia en la determinación del cumplimiento material (71). Por último, los criterios constitucionales de proporcionalidad o razonabilidad en el ejercicio de los propios derechos serían los más próximos a cuan-

(69) Así, en el cuidado de los bienes entregados en usufructo (art. 497 CC), o en el cumplimiento de la obligación (art. 1104 CC). Ver también arts. 270, 498, 1094, 1555, 1719.2, 1889, 1903 in fine CC.

(70) Se alude al mismo en la gestión de cuentas en participación, en la gestión de los asuntos confiados al factor, o en la explotación de empresa arrendada, por ejemplo. El criterio halla también expresión en Alemania.

(71) VAQUERO PINTO M.J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada 2005, 505.

to buscamos, y cabría utilizarlos como de hecho viene haciendo la jurisprudencia desde hace años para determinar el alcance del poder directivo empresarial en aspectos no solamente relacionados con la colisión con derechos fundamentales de los trabajadores. Razonabilidad y/o proporcionalidad, sin embargo, proclaman un uso medio –en el primer concepto– o indispensable –en el segundo– del poder que no puede servir respecto al uso del esfuerzo ajeno transferido al empresario, pues se trata de impedir el exceso, pero no el uso pleno: en la causa del moderno contrato de trabajo ha de estar la ponderación frente a la desmesura, pero niveles superiores de protección deben quedar fijados expresamente en las leyes, los convenios o el propio contrato.

Probablemente sea difícil establecer una separación entre el poder del empresario de controlar y el deber del trabajador de subordinarse al mismo. Es el mismo elefante, como diría Lord Wedderburn, visto desde un distinto ángulo (72). No obstante, el enfoque desde el poder del empresario permite interpretar mejor lo ocurrido hasta el momento, e incluso calibrar mejor la orientación de la marcha. Porque lo que sucede en las relaciones productivas encuentra su paralelismo en lo ya sucedido en las relaciones políticas: se trata de una larga marcha desde el absolutismo hasta la democracia, primero mediante limitaciones al despotismo con derechos individuales de los trabajadores y actuación de las asociaciones, y después mediante la implantación en las empresas de órganos de participación. En una época en que el poder político absoluto ya no existe, carece de legitimidad el poder económico absoluto, y se van cumpliendo las mismas etapas para constreñirlo a sus justos límites (73). Los dos instrumentos se hallan presentes, los derechos individuales del trabajador y los derechos de participación colectivos, pero es necesario profundizar en ellos. En todo caso, ya desde antiguo se ha visto que para «igualar» a las partes en las relaciones de producción no basta con el contrato de trabajo y los derechos contractuales, sino que se precisa, además, de una estructura de participación: la democracia industrial ha sido una aspiración bien aireada desde hace tiempo (74), y, de aceptar el paralelismo con la evolución política, parece la más lógica de las evoluciones futuras, a lo que la Unión Europea contribuye con las Directivas sobre participación e implicación de los trabajadores en la dirección de las empresas. Es lo que Sinzheimer, Pedrazzoli y otros han conectado al indicar

(72) Pese a lo cual, algunas sentencias británicas han considerado distintos los test de obediencia y de control, como explica FRIDMAN G.H.L., *The Modern Law of Employment*, Stevens and Sons, Londres 1963, 19-20, quien añade que están «íntimamente conectadas».

(73) Subsisten sin embargo algunas diferencias: en las relaciones industriales se ha abandonado mayoritariamente la idea de la autogestión de los trabajadores, que correspondería a la democracia política plena, en favor de la cogestión, que deja a los empresarios una sustancial cuota de poder. El objetivo de la democracia industrial no consiste en transferir el control de los medios de producción, sino en compartirlo a partes iguales, posiblemente bajo el modelo germánico de la *Mitbestimmung in der Montanindustrie*.

(74) La evolución del concepto de *Industrial Democracy* en los países anglosajones y de la *Wirtschaftsdemokratie* en Alemania, con su riqueza de acepciones, en PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale*, 127 ss.

la ausencia de autonomía como supuesto típico del Derecho del Trabajo y resolver el problema específico de la integración teórica del mismo en la contemplación de la democracia industrial (75). Y no solamente nos permite adivinar una futura evolución de este sector del Ordenamiento; a pesar de que Barassi viene criticado como uno de los autores que más hizo por conservar el contractualismo estricto y «civilista» en el Derecho del Trabajo (76), el poder de dirección del empresario le inspiró su teoría de la potestad del empresario para alternar, a *signoria*, los contratos de trabajo con los de servicios autónomos en el desempeño de la moderna empresa. Un fenómeno muy actual en toda Europa, del cual se extrae una segunda evolución futura del Derecho del Trabajo hacia los campos inéditos del trabajo autónomo.

El poder organizativo del empresario explica con mayor precisión, como acabamos de ver, los antecedentes, la evolución y las posibles rutas del contrato y su causa. Las convulsiones de los siglos XVIII y XIX en Europa impiden un seguimiento más preciso de la doctrina judicial ante el fenómeno de las relaciones industriales, salvo en el caso de Reino Unido, y las pocas sentencias del siglo XIX español expurgadas por la meritoria labor de algunos especialistas no ofrecen pistas seguras sobre la actitud judicial ante el nacimiento del contrato de trabajo (77).

De más está decir que la diferencia con otros tipos contractuales cercanos, como el arrendamiento de servicios, se halla en el tipo –y no solamente en el grado– de control de la persona del trabajador por el empresario, en paralelo a cuanto se viene hablando de la subordinación, y poco puede añadirse respecto al problema de

(75) ***ZACHERT U., «Hugo Sinzheimer: juriste praticien et pionnier du droit moderne. Autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale», apud VVAA (Herrera C.M., dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Kimé, Paris 2002, 56. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milán 1985, en especial págs. 103 a 107. Otros intentos de contrarrestar la verticalidad del contrato con el equilibrio de la asociación se han dado en la Historia, siendo uno de los más importantes el de GIERKE O., en su obra *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868), sobre la personalidad real del grupo cooperativo, viendo en las asociaciones de trabajadores «la solución al problema de individuo y sociedad, libertad y autoridad» (BLACK A., *Guilds and Civil Society in European political thought from the Twelfth Century to the present*, Methuen, Cambridge 1984, 210).

(76) «Ludovico Barassi è riuscito a tener lontani da una simile ipotesi alternativa generazioni di studiosi, accreditando la stretta e contraddittoria osservanza degli inputs iusprivatistici di allora come una scelta necessaria» (PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, pág. 107). Sobre la ambigüedad del Barassi corporativo, curador de la doctrina fascista en su Universidad, cfr. MARIUCCI L., *Le fonti del Diritto del Lavoro. Quindici anni dopo*, Giapichelli, Turin 2003, 251 ss.

(77) Ni el Derecho aplicable ni los tribunales que debían aplicarlo eran cosa cierta en el siglo XVIII, y la situación no era mucho mejor en el XIX. Durante la etapa de consolidación de la Revolución Industrial en Reino Unido, en España el Consejo de Castilla y las justicias ordinarias y tribunales provinciales pasaron a entender de la aplicación de las Ordenanzas gremiales en los pleitos entre mercaderes y fabricantes u otras personas, si bien los jueces señalados en las últimas Ordenanzas de cada gremio continuaron entendiendo «de las causas de mercader a mercader por asuntos de trato o comercio o por hecho de mercaderías»: Real Decreto de 13 de junio de 1770, declarando los asuntos sobre comercio, artes y manufacturas en que ha de entender la Junta General de Comercio y Moneda y los que respectivamente tocan al Consejo de Castilla y a Justicias Ordinarias (en la obra *Ordenanzas del Consulado de Burgos*, edición facsímil, Lex Nova, Valladolid 1988, pág. 2 del Real Decreto).

la difuminación de límites y las zonas grises. De todos modos el control siempre ha sido personal y continuo, mediante la institución de la jornada laboral, dentro de cuyos límites el poder de dirección se ejercía en tracto sucesivo, convirtiendo el correlativo deber del trabajador en una obligación de medios (78). No otra cosa quiere decir el tercer criterio de laboralidad mencionado en el art. 1 ET, el de servicios «dentro del ámbito de organización y dirección» del empresario (79). El poder del acreedor sobre el comportamiento del deudor, afirma Prosperetti, puede darse asimismo en el trabajo autónomo, pero tiene una distinta función, pues refiere a la fijación de condiciones atinentes al resultado de la obra y no al comportamiento del deudor, mientras que en el contrato de trabajo el comportamiento en sí y por sí es el objeto primario del interés del empleador (80). El «control detallado» a través de diversos indicios ha sido el criterio principal para la calificación del contrato, si observamos a la jurisprudencia, en toda la historia del contrato que nos ocupa (81). En cambio el arrendamiento de servicios del autónomo no permitía semejante control sucesivo de la persona, sino el periódico de sus resultados (82).

El contrato de trabajo confirma la existencia de un Ordenamiento autónomo en las relaciones industriales, cuyas raíces no se encuentran en el arrendamiento de servicios de los Códigos Civiles, sino en un contrato de servicio industrial que aparece en los reglamentos de taller a lo largo del siglo XIX, el cual evoluciona hacia 1870 para dulcificar los desequilibrios entre las partes y dar así origen al tipo contractual moderno. Cuyos vínculos con el arrendamiento de servicios son meramente formales, porque su causa no se encuentra en el resultado o fruto, sino en el control del esfuerzo laboral, y las correcciones iniciales a la verticalidad del mismo advienen de la mano de la negociación colectiva y/o de los medios de solución extrajudiciales. Del mismo modo que los comerciantes crearon un Derecho mercantil autónomo que después el Estado hizo propio, así también industriales y obreros crearon un Derecho del Trabajo autónomo en las populosas fábricas de las grandes ciudades, cuyo instrumento más olvidado hasta el presente es el contrato que le da nombre (83). Un tema al que dedicaré atención en otro lugar.

(78) La distinción entre obligación de medios del trabajador como reflejo del modo de ser subordinado del contrato de trabajo, como contrapuesto a la obligación de resultados del contratista independiente, en SANTORO-PASSARELLI F., «Variazioni sull contratto di opera», cit., 810-811.

(79) Sobre el «nuevo criterio de la integración orgánica», LUJÁN ALCARAZ J., «Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial», *Aranzadi Social V* (2000), 269.

(80) PROSPERETTI U., *Il lavoro subordinato*, cit., 40-41.

(81) Así lo expresaba la sentencia *Performing Right Society Ltd. v. Mitchell and Booker* [1924] I K.B. 762 at p. 767: «Certainly the test to be generally applied lies in the nature and degree of detailed control over the person alleged to be a servant» (apud COOPER W.M. y WOOD J.C., *Outlines of Industrial Law*, Butterworths, Londres 1966⁵, pág. 4).

(82) De ahí que para SANTORO-PASSARELLI F. no quepa efectuar una distinción entre contrato de trabajo y de arrendamiento de obra, porque este último puede efectuarse también en régimen de subordinación («Variazioni sull contratto di opera», 810-811).

(83) La sociedad crea un Derecho al margen del Estado en multitud de áreas, y no solamente en materia laboral o mercantil. GURVITCH G., *L'Idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social*, Sirey, Paris 1932, 53 ss., distingue al respecto entre Derecho Social puro e independiente (el Derecho Canónico, el económico, el internacional, etc.), el Derecho Social puro, pero sometido a la tutela estatal (el de integración de diversos grupos particulares, etc.), el Derecho Social anexionado por el Estado, pero autónomo (tendencias descentralizadoras territoriales, autogobierno local, sindicatos [corporativos], servicios públicos descentralizados, representaciones profesionales en órganos del Estado, etc.), y Derecho Social condensado en el Ordenamiento estatal (autolimitación del Estado, soberanía del pueblo, derechos públicos subjetivos, Estado federal, etc.).