

UN ENSAYO SOBRE EL DEVENIR DEL DERECHO DEL TRABAJO A LA LUZ DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

ROGERIO RODRIGUEZ FERNANDEZ FILHO(*)

INTRODUCCIÓN

El estudio que ahora se aborda es una proposición sugestiva para reflexionar sobre las tendencias de evolución y transformación del Derecho del Trabajo en España.

Existe una unanimidad en el análisis de que el mundo del trabajo ha vivido transformaciones profundas a lo largo de este siglo, a la vez que, por un lado, la fuerza de trabajo ha aumentado de manera colosal — resultado de la multiplicación de la población del mundo y de la duplicación de la esperanza de vida —, por otro lado, las economías se ven obligadas a competir, en un mundo cada vez más globalizado, en mercados llenos de productos en los que el coste del factor trabajo tiende a la disminución⁽¹⁾.

El último factor — la competencia globalizada —, poniendo en crisis el sistema taylorista o fordista de organización de la producción, acarrea un cambio en la estructura ocupacional que, a su vez, reclama adaptación en las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo incluso en "algunas de las categorías centrales alrededor de las cuales se ha abordado hasta el momento la edificación conceptual de esta disciplina"⁽²⁾.

Este escenario, en España como en muchos otros países, implica en un replanteamiento de la vieja y permanente cuestión de la delimitación del

(*) Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo, doutorando pela Universidad de Salamanca, Procurador Regional do Trabalho na 15ª Região e integrante do Movimento do Ministério Público Democrático.

(1) En algunos países como Corea del Sur, Tailandia y China, los niveles salariales son mucho más bajos que en las viejas economías industrializadas y las cotizaciones sociales a cargo de la empresa mucho más reducidas.

(2) RAYMOND, *Wilfredo Sanguinetti*. Presentación del Curso "Trabajo Subordinado y Nuevas Formas de Empleo", integrado en el Programa de Doctorado "La regulación del mercado de trabajo (Estructura y transformación del sistema normativo de relaciones laborales)" del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social de la Universidad de Salamanca (inédito) original dactilografado.

Derecho del Trabajo y de la posible crisis de la ajenidad y de la dependencia como criterios constitutivos de esta rama disciplinar⁽³⁾, tarea que sobrepasa los objetivos de este trabajo, de finalidad más restrictiva, y también menos consistente, que es proyectar el papel que la dependencia económica puede jugar en el futuro en la aplicación tutelar de la disciplina en comento.

Es aconsejable hacer una mayor aclaración en cuanto al objetivo expreso en el texto, que no es, desde luego, un análisis dogmático del derecho positivo español y sí una reflexión respecto a una determinada política del derecho⁽⁴⁾, claramente volcada en la necesidad de cambiar la tutela del Derecho del Trabajo de modo que fuera posible dar cobijo las tensiones generadas por posiciones contradictorias de explotación⁽⁵⁾ acaecidas en una realidad multidimensional de las clases sociales⁽⁶⁾.

En este punto, está bien recordar que si se parte de postulados teóricos distintos, se llega a conclusiones distintas y aquí se arranca de la problematización de una realidad de intercambio desigual de trabajo, cuando algunos agentes trabajan más — y otro menos — del trabajo socialmente necesario para la reproducción de la fuerza del trabajo.

Va bien, aún, decir que, si en el texto se toma posición⁽⁷⁾ sin un estudio que merecería ser más riguroso⁽⁸⁾, el daño no será de gran significación

(3) MONEREO PEREZ, José Luiz. "Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del derecho del trabajo". Madrid: Civitas, 1996, pág. 81 y *passim*. Interesa destacar la importancia en esta obra en las aportaciones que se siguen por dos razones fundamentales: Primero por el análisis crítico de la fragmentación del Derecho del Trabajo, segundo por el estímulo a buscar una solución que admita distintos niveles de protección, según la creciente heterogeneidad social de los trabajadores, pero privilegiando alguna racionalidad.

(4) "En este contexto, se han abierto camino tres tipos de respuestas alternativas principales, dotadas eso sí de racionalidad diversa: 1) el regreso de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del Derecho común de bienes e contratos; 2) la configuración de un Derecho del mercado de trabajo; y 3) la configuración de un Derecho común del trabajo, que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que proporcione su articulación jurídica: (...)" (LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. "La función y la refundación del Derecho del Trabajo". Madrid: Relaciones Laborales, n. 13, julio de 2000).

(5) "Los directivos (explotados capitalísticamente pero explotadores de organización) y los expertos (explotados capitalísticamente pero explotadores de cualificación)" (FRANCISCO de, Andrés. "Explotación, clase y transición socialista: una década de marxismo analítico". Madrid: Universidad Complutense. Política y Sociedad, n. 11, 1992, pág. 76).

(6) "Puede decirse que este problema conceptual derivado de la innegable y creciente presencia de dichas clases medias en el capitalismo contemporáneo (y su manifiesta contradicción con la tesis marxiana de la tendencial polarización de la sociedad capitalista) ha determinado las distintas orientaciones y estrategias del análisis de clase dentro del marxismo contemporáneo. De entre ellas cabe distinguir tres principalmente: 1) las nuevas clases medias quedan integradas en una concepción polarizada de las relaciones de clase; 2) se incluyen en la categoría difusa de la (nueva) "pequeña burguesía"; 3) se consideran como nuevas clases por derecho propio. (*idem*, pág. 75).

(7) "El que la dogmática jurídica haya podido prescindir del componente socioeconómico no excluye que la política legislativa tenga que prescindir también de ese componente, y no deba tener en cuenta no sólo criterios jurídico-formales sino también la realidad social subyacente, para atender en lo que resulta necesario a nuevas y viejas formas autónomas de empleo." (RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. "El derecho del trabajo a fin de siglo". Madrid: Relaciones Laborales, n. 24, Diciembre/1999, pág. 8).

(8) Una reflexión oportuna, con relación al rigor científico con respecto a temas ideológicamente saturados, puede ser advertida en José Eduardo Campos de Oliveira Faria: "Haverá normas real-

para el debate doctrinario, ya que las transformaciones en curso, en una velocidad jamás experimentada, luego *confrontarán la interesada*⁽⁹⁾ teoría, confirmándola o desmintiéndola.

LA DEPENDENCIA JURÍDICA, COMO CRITERIO ACTUAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO, FRENTE A LA ECONÓMICA

Más adelante se sustentará la dependencia económica como criterio futuro de aplicación del *Derecho del Trabajo*, ahora sólo se quiere cuestionar brevemente por qué ésta fue relegada por la doctrina como criterio identificador del contrato del trabajo en favor de la *dependencia jurídica*, sin que tal cuestionamiento sea tampoco original en España⁽¹⁰⁾.

El derecho vincula efectos jurídicos con ciertos sucesos llamados hechos operativos y en el *contrato de trabajo*, como tipo de relación jurídica estructurada, también es decisiva la regulación que ha recibido del sistema legal. Es decir la noción técnica de dependencia *arranca del artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores*⁽¹¹⁾.

En las notas hasta entonces definitivas del contrato de trabajo, como campo de aplicación del *Derecho del Trabajo*, a pesar de que el legislador utilice la expresión "por cuenta ajena", es posible afirmar la dependencia como el elemento central del binomio por ser un *concepto que presupone la alteridad*⁽¹²⁾.

mente capaces de reflejar una opinión común en contextos estigmatizados pelas contradicções sociais, pelo relativismo do conhecimento e pelos antagonismos de classe?" ("A crise do direito do trabalho no Brasil". São Paulo: Revista da Faculdade de Direito. Vol. LXXX, Jan./Dez. 1985, pág. 198).

(9) RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. "Flexibilidad, un debate interesante o un debate interesado?". Madrid: Relaciones Laborales, 1987-I, págs. 1 y sigs.

(10) Algunos de los patriarcas del Derecho del Trabajo español — Gaspar Bayón, Manuel Alonso Olea, Manuel Alonso García — mostraron, hace alrededor de cuarenta años, una actitud claramente contraria a la hegemonía de la noción de *dependencia como rasgo definidor del contrato de trabajo*, al tiempo que se decantaban por el concepto de *ajenidad*. Por otro lado, en una perspectiva crítica vinculada a la *heterogeneidad del mercado del trabajo*, advierte Miguel Rodríguez-Piñero que la "vocación del Derecho del Trabajo no es crear un espacio privilegiado o hiperprotegido para una minoría de personas, abarcando poco y apretando mucho; sino asegurar unos niveles de protección adecuados para todos los que viven de su trabajo; y para ello ha de buscar un equilibrio pragmático ente el nivel de protección y el ámbito de esa protección. Ello implica, desde luego, que el Derecho del Trabajo deje de ser huido, y asuma su responsabilidad reguladora en todo el conjunto del mercado de trabajo, evitando la diabólica alternativa entre los que algunos llaman un sector superprotegido e hipoproductivo y un nivel hipoprotegido y superproductivo." ("La huida del Derecho del Trabajo". Madrid: Relaciones Laborales, 12, 1992, pág. 92).

(11) "Ámbito de aplicación — 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario."

(12) "Depender v. inir. (lat. *dependere*) [2]. Estar subordinado a una persona o cosa, venir de ella como de su principio, o estar conectada una cosa con otra." (Diccionario manual de la lengua española. Larousse, 1998). Sin embargo, la doctrina iustlaboralista española ha venido dedicando grandes esfuerzos a decidir la nota verdaderamente cualificante del contrato de trabajo. La jurisprudencia, por otro lado, desde hace mucho mantiene, mayoritariamente, la nota de subordinación como indicio caracterizante de la relación laboral, como recuerda Miguel Rodríguez-Piñero: "Vid.,

En un paso más, si introducimos en la dependencia, ya reconocida como variable independiente, el adjetivo económico — hecho sociológico donde reposa la dependencia jurídica — se llega fácilmente a la conclusión de que la ajenidad deriva de una relación de causación.

La noción técnica de dependencia jurídica fue elegida como fórmula descriptiva del contrato del trabajo en razón de la potencial verificación de los elementos que normalmente la componen, *verbi gratia* el sometimiento a órdenes, la existencia de exclusividad en el trabajo, la continuidad de éste, la sujeción a jornada y horario fijados por tercero, la no asunción por el trabajador de riesgos y gastos, etcétera. Por tanto, a la postre por su operacionalidad como soporte de un sistema indiciario para el uso doctrinal y jurisprudencial⁽¹³⁾.

En la dependencia, realidad bicéfala, el ente económico, pese a ser la condición social suficiente del contrato de trabajo, no permite por su fluidez identificar ese fenómeno jurídico como realidad social diferenciada del conjunto de la formación social total, en específico en las relaciones del trabajo, o que torna obligatorio el uso del ente jurídico, *salvo si su concepto fuera, en el marco de una opción legislativa*⁽¹⁴⁾, dotado de un claro contenido, como se verá adelante.

Ya se afirmó y no será demasiado recordar, como en su momento lo hizo De La Villa⁽¹⁵⁾, que la definición del trabajador, en su noción jurídica, únicamente parece factible desde la base del ordenamiento jurídico vigente, de modo que sea posible superar las dificultades para su operacionalización a efectos de investigación empírica de la posición del que vende su fuerza de trabajo susceptible de tutela amplia del Derecho del Trabajo.

Las anteriores observaciones indican que el Derecho del Trabajo debe su existencia a una interacción de las dos faces del mismo elemento, premisa que es el eje a partir del cual si no se puede articular una crítica a las

por ejemplo, la sentencia 16-VI-1921. Ya la sentencia de 25-X-1907 había declarado que la "dependencia" es lo que caracteriza el contrato de servicios. (...) Así, la importante sentencia de 8-III-28 establece que el concepto legal de operario "tiene su fundamento lógico y adecuado en el vínculo jurídico que entre el patrono y el obrero crea el contrato de trabajo, que, sin requerir una forma precisa y taxativa, establece una situación de dependencia continuada del obrero para con el patrono en la prestación del servicio" ("La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo". Madrid: Revista Política Social 1966, págs. 147/148).

(13) "No se puede olvidar, a este respecto, que la noción técnica de "subordinación" ha sido una fórmula descriptiva del modelo de trabajador socialmente predominante, la cual como criterio delimitador del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo deviene, como se sabe, en una categoría elástica y sujeta a un sistema indiciario de construcción jurisprudencial para abarcar la complejidad de lo real." (MONEREO PEREZ, José Luiz, *op. cit.*, pág. 87).

(14) Traducir debidamente una consideración económica en un criterio técnico-jurídico se trata de una cuestión de derecho positivo, como en la Alemana *Arbeitsgerichtsgesetz* (sustituta de la antigua de 28-XI-1926) que utilizaba el criterio de dependencia económica. En este caso, todavía, con una imprecisión conceptual, según la crítica doctrinal.

(15) "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español". Valencia: CCDT, n. 4, 1972, págs. 2 y ss.

teorías que estructuran el Derecho del Trabajo sobre la nota de la dependencia jurídica⁽¹⁶⁾ sí se puede reconfigurar la dependencia económica como herramienta legislativa para la aplicación del Derecho Tutelar del Trabajo.

Tal cambio de paradigma resultará necesario porque la supervivencia hasta ahora del criterio de dependencia jurídica no es fruto ni de la arbitrariedad, ni de la ingeniosidad, de la doctrina, más de la permanencia material, en huida progresiva, de las condiciones que lo produjeran⁽¹⁷⁾.

Como colofón, sin pretensión de negar que la dependencia jurídica va seguir de momento desempeñando un papel relevante en la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, una excelente garantía acerca de la necesidad del cambio de paradigma es la creciente huida de la mano de obra del sector industrial — principal *locus* de aplicación armónica de la nota tradicional — para el sector servicios, en lo cual la aplicación se hace con creciente desajuste teórico⁽¹⁸⁾.

LA CRISIS DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA JURÍDICA

Uno de los tres grandes efectos producidos en la esfera laboral por el proceso de industrialización⁽¹⁹⁾ en las primeras fábricas movidas por la máquina de vapor fue a dar lugar a una mayor complejidad en la coordinación de las diversas actividades que se llevaban a cabo en la producción industrial.

La coordinación requería a su vez una dirección encargada de controlar la variedad de operaciones propias para un modelo de línea de producción tipo taylorista/fordista "y una dependencia y subordinación respecto a sus jefes de los llamados a desempeñar las funciones propias del maquinismo"⁽²⁰⁾.

Destacando a la nota de dependencia, se observa en la evolución del capitalismo que, cada vez con una mayor fuerza, junto a la gran masa de

(16) "El prototipo normativo acabará marginando el tipo social, al elaborarse un concepto jurídico de dependencia fuera de toda contaminación económica, social o política, para tipificar una relación contractual que sustituirá a la figura civil del arrendamiento de servicios. Aunque la justificación de la existencia de un área de trabajo protegido desgajado del Derecho Civil, fuera originariamente la existencia de ese tipo social, para delimitar esa área se ha acabado utilizando exclusivamente un concepto jurídico, el de subordinación o dependencia." (RODRIGUEZ-PINERO, Miguel. *Op. cit.*, nota 7, pág. 1).

(17) En la doctrina discordante de esta afirmación, por todos, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, para quién, "lo cierto es que la subordinación como categoría jurídica está próxima a ser centenaria y sigue gozando de una mala salud de hierro." ("El trabajo subordinado como tipo contractual". Madrid: Documentación Laboral, n. 39, año 1993, I, pág. 31).

(18) En España, los ocupados en la industria (sin construcción) disminuyó de 22,8 por ciento en 1991 para 20,4 por ciento en 1998. Por el contrario, el sector de servicio, en el mismo período, tuvo un crecimiento de 56,6 por ciento hasta 61,7 por ciento. (Anuario Estadístico 1999. INE, 79-99-111)

(19) Los otros son: disminuyó los esfuerzos físicos necesarios para la operación de ciertas máquinas y favoreció los lazos de solidaridad entre los trabajadores.

(20) CORDOVA, Efrén. "El papel de la industrialización y el principio de la subordinación en la evolución de la legislación laboral". Venezuela: Gaceta Laboral, vol. 3, n. 2, pág. 7.

trabajadores, se da entrada progresivamente a una mano de obra especializada que, no solamente pone en tela de juicio las técnicas de igualación material y la amplitud universal del derecho tutelar, sino también se pasa a un sistema donde se concede más autonomía al trabajador.

La progresiva disminución de la población activa asalariada del sector industrial⁽²¹⁾ en paralelo con una atracción de la mano de obra a la órbita del sector de servicios y, dentro de este ámbito un crecimiento de las profesiones liberales, desarrolla una creciente responsabilidad del trabajador y una organización más independiente del propio trabajo en la razón directa del cambio de paradigma del trabajo con músculos, predominante en la primera revolución industrial, por el trabajo con el cerebro, abundante en la segunda revolución industrial⁽²²⁾.

Pierde, por tanto, importancia el ejercicio del poder de dirección, lo que provoca una debilitación de la frontera de aplicación del Derecho del Trabajo o dicho de otra forma, una debilitación de la frontera entre trabajo dependiente y trabajo autónomo, al desaparecer, o al menos al difuminarse, el rasgo de dependencia como nota esencial para la identificación del contrato de trabajo.

No se niega que el concepto de dependencia tiene una amplia andadura histórica, su sustancia permanece invariable desde la antigua propuesta del Proyecto del Código Civil de 1821⁽²³⁾. No obstante, es cierto que su aplicación como cualificador jurídico exige, cada vez más, un manejo de una gama de supuestos tan volátiles⁽²⁴⁾ que, mas bien, demuestran su agotamiento en la razón directa del cambio de las condiciones materiales que lo produjeran.

(21) "El estancamiento relativo del sector industrial tuvo también otras manifestaciones relativas a la forma cómo se realizaban los trabajos en el seno mismo de las fábricas. Aquel proletariado industrial que encarnaba al prototipo del trabajador que iba a ser sujeto principal del derecho y protagonista de las más radicales doctrinas sociales, lejos de crecer fue reduciendo su tamaño vis-à-vis los otros componentes de la fuerza de trabajo. En los EU nada más elocuente para demostrar la veracidad de esa confirmación que los datos del censo de población: en 1900 el 83 por ciento de los trabajadores estaban en la producción de bienes o en la provisión de servicios a los clientes; hacia 1960 ese por ciento había disminuido al 70 por ciento y en 1984 el descenso llegaba al 38 por ciento. En esa misma fecha el personal de los centros de trabajo industriales comprendía un 27 por ciento de técnicos y profesionales y un 11 por ciento de ejecutivos y gerentes (Census Bureau of Labor Statistics, 1995)" (*idem*, págs. 11/12).

(22) "Las ciencias técnicas y las ciencias de la gestión, al igual que algunas empresas, se preguntan, hoy en día cómo definir un sistema técnico en el cual el trabajador sea no tanto el eslabón débil que puede comprometer la eficacia, como, por el contrario, el actor de su finalidad, sus prestaciones y su evolución?" (FREYSSENET, Michel. "Los enigmas del trabajo: nuevas pistas para su conceptualización". Buenos Aires: Indugraf, 1995, n. 8, pág. 30).

(23) (Art. 462: "el superior tiene derecho a la dirección del trabajo"; art. 467: "el dependiente debe respecto y subordinación al superior.")

(24) "Para resolución de estos casos hay que recurrir al examen de elementos tales como la modalidad de inserción del trabajo en el sistema informático y telemático de la empresa (si existe un enlace directo con la central — "empresa on line" — o la comunicación se produce a través del almacenamiento de datos en disquetes — empresa off-line — las características del programa que encauza la prestación (si permite o no la transmisión de instrucciones y el control de su cumplimiento), el grado de dependencia tecnológica, etc." (RAYMOND, Willredo Sanguinetti. "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales. Un criterio en crisis?" Sevilla: Consejería de Trabajo e Industria Junta de Andalucía, Temas Laborales, pág. 58)

La crisis, sin embargo, puede no ser apenas de carácter epistemológico, y sí axiológico, porque no es menos cierto la inexistencia cada vez mayor de correspondencia biunívoca entre la noción jurídica (formal y abstracta) de subordinación y la situación de dependencia social y económica, todo al contrario.

EL CAMBIO INTERNO EN LA RACIONALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

Lo que conviene señalar en este momento es la existencia de un cambio macrohistórico, entre la primera sociedad industrial — de uso intensivo de mano de obra — y la emergente segunda sociedad industrial — de uso intensivo de capital — sobre la base de la lucha de clase.

Como se sabe, el Derecho del Trabajo cumple una función política de primera grandeza: la función estructural de insertar a la clase trabajadora en el cuadro político-institucional del sistema establecido mediante su integración jurídica en el orden de convivencia imperante en la comunidad política.

De hecho, el originario Derecho del Trabajo era fruto de un ajuste del ordenamiento jurídico individualista del capitalismo liberal a las exigencias de integración de la clase obrera a través de una doble racionalización: 1) de las condiciones de existencia; y 2) del uso de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción capitalista.

La doble exigencia de racionalización jurídica en la regulación de las relaciones sociales tiende ora a un equilibrio, ora a un desequilibrio, como en este momento, con la creciente devaluación de su enfoque de mejora de las condiciones de existencia del trabajador en favor de la de maximización de la fuerza de trabajo en la acumulación capitalista.⁽²⁵⁾

Partiendo del pensamiento de Karl Marx — *"donnez-moi le moulin à vent, je vous donnerai le moyen âge"* — el desequilibrio en los dos vectores de racionalización jurídica puede ser mejor comprendido con las sucesivas paráfrasis, *"donnez-moi la machine à vapeur, je vous donnerai l'ère industrielle"* y *"donnez-moi l'ordinateur, je vous donnerai la mondialisation"* ⁽²⁶⁾, que sintetizan la asimetría dinámica entre el desarrollo de las fuerzas productivas y las relaciones de producción.

Las transformaciones social y en los valores, impulsadas a través del mecanismo de las contradicciones entre el desarrollo de las fuerzas productivas y las relaciones de producciones, determinando, en ese modo, un cambio en las segundas a cada cambio en las primeras, son despla-

(25) "El Derecho del Trabajo de la recesión económica se transforma por su parte, a todas las luces, en un Derecho de la "producción" de la riqueza, para redescubrir así su vocación originaria de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego aplicable a las relaciones profesionales." (LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. "La función y la refundación del Derecho del Trabajo". Madrid: Relaciones Laborales, n. 13, julio de 2000).

(26) RAMONET, Ignacio. "Nouvelle économie. Le Monde diplomatique". Avril, 2000, pág. 1.

zadas al ámbito jurídico político, como consecuencia del cambio en toda la superestructura de la sociedad, asentada, como ya se subrayó, en la correspondencia/contradicción entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción.

Correspondencia/contradicción que se hace patente en el desarrollo actual del Derecho del Trabajo, en que las instituciones jurídicas — derechos y obligaciones — que sancionan los movimientos en el proceso económico, están cambiando⁽²⁷⁾ e imprimiendo una dirección legislativa conectable con el cambio tecnológico sobre la profesionalidad y, junto a él, el substancial aumento del sector servicios propio de la sociedad postindustrial⁽²⁸⁾.

El último abordaje provoca una reflexión sobre la naturaleza de la actual legislación del trabajo en España, cuya introducción de conceptos económicos, sobre todo el lo que se puede denominar reforma laboral, iniciada en 1994 (LL 10/1994, 11/1994, 14/1994 y 18/1994), confirmada y acrecentada en 1997 (LL 63/1997 y 64/1997) y 1998 (Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad y RDL 15/1998)⁽²⁹⁾, empieza a amenazar la fundación de toda una rama del Derecho con entidad propia desplazándola en dirección a una legislación de carácter más mercantilista⁽³⁰⁾.

La introducción de los conceptos económicos en la legislación española, para obtener una adecuada organización de recursos o favorecer la competitividad de la empresa en el mercado, y sus efectos en la aplicación judicial de los textos legales, abriendo espacio para la decisión discrecional por lo Judicial, asimilándolo a la Administración, no ha pasado desapercibido en la doctrina⁽³¹⁾.

(27) En la medida que "es necesario relacionar el proceso económico con las esferas culturales y políticas de la sociedad, puesto que tan sólo adquiere sentido dentro de esas matrices culturales" (POLANYI, Karl, cit. SÁNCHEZ, Arturo Lahera. "La crítica de la economía de mercado en Karl Polanyi". Madrid: Revista Española de Investigaciones Sociológicas. n. 86, abril-junio 1999, pág. 33.)

(28) Para subrayar la medida del cambio en este siglo, es suficiente recordar que el texto de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 exigía como presupuestos que habían de concurrir en el trabajo para que la persona que lo realizara tuviese la condición de obrero u operario, la ajenidad, la habitualidad y el carácter manual del trabajo. Tales notas se reiteran en la Ley de Tribunales Industriales de 1912 y en el Código de Trabajo de 1926.

(29) "Por lo demás, las exposiciones de motivos de estas normas legales de reforma dejan constancia inequívoca en cada caso de sus propósitos adaptadores". (LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque, *op. cit.*)

(30) Un ejemplo es el párrafo segundo del art. 1.3 g) del E.T., que declara excluidos del ámbito laboral la actividad de los transportistas que, estando incluso al servicio continuado de un mismo «cargador» o «comercializador», sean titulares de vehículos de servicio público precisados de autorización administrativa. Tal regulación, como se subrayó en el seminario sobre "La cuestión de laboralidad o no de los transportistas" (PENIDO, Luis de Oliveira y RAMALHO, João Góis, inédito, original dactilografado), prescinde del examen tradicional acerca de si hay o deja de haber dependencia en el vínculo jurídico. (Impartido en el Curso "Trabajo Subordinado y Nuevas Formas de Empleo", integrado en el Programa de Doctorado "La regulación del mercado de trabajo (Estructura y transformación del sistema normativo de relaciones laborales)" del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social de la Universidad de Salamanca).

(31) "Sostener lo contrario equivaldría a asimilar la Judicatura a la Administración, como de hecho ya está sucediendo. Porque éste ha sido el efecto primordial de esa intrusión de un lenguaje

En esta línea de pensamiento, puntualiza *José Luis Monereo Pérez*, "el hecho de que en la actualidad se hayan acrecentado los factores de segregación en el ordenamiento laboral subraya este carácter heterogéneo del marco jurídico para la regulación de las relaciones laborales, pero sin ocultar el dato histórico-normativo de que el Derecho del Trabajo ha servido a una "lógica práctica" de la diferenciación del tipo de respuesta político defensiva del sistema establecido en orden a la incorporación progresiva de los distintos núcleos de trabajadores en el Derecho del Trabajo del capitalismo intervenido (carácter evolutivo y diacrónico de la institucionalización jurídica del trabajo por cuenta ajena)."

El proceso de diferenciación vislumbrado no será más que una adaptación del o Derecho del Trabajo a las exigencias cambiantes de la formación social, impulsadas por la complejidad actual del abajo profesional asalariado y conexas a los procesos de diferenciación de las actividades empresariales.

Un argumento, en favor de la última afirmación es una apreciable recuperación de espacio por parte de la contratación civil de servicios de las profesiones liberales, en razón de la restricción en el concepto de presunción operado en la actual dicción del artículo 8.1 ET⁽³²⁾ en confrontación con las leyes de contrato de trabajo de 1931 e 1944⁽³³⁾.

En este proceso el ordenamiento laboral no rehusará su función integradora y de pacificación, pero cambiará, prevaleciendo la ideología neoliberal⁽³⁴⁾, su respuesta política y tenderá a abandonar todo intento de

económico en la norma legal: vulgarizarla hasta el punto de resultar indiferente su aplicación por jueces o por los delegados gubernativos." (*DIEGUEZ, Gonzalo*, "Conceptos económicos en la regulación de las relaciones de trabajo (una novedad de nuestras reformas laborales)". Madrid: Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 86). Confirmando la introducción del lenguaje económico, ahora en la doctrina judicial, *Miguel Rodríguez-Piñero*: "Los jueces están introduciendo cada vez más en sus motivaciones criterios de racionalidad económica relacionados con la subsistencia de la empresa y el mantenimiento en lo posible de puestos de trabajo, lo que supone nuevos equilibrios más propicios a sacrificar intereses inmediatos de trabajadores, como objetivas consecuencias de exigencias empresariales." (*Op. cit.*, nota 14).

(32) "Son conocidas las áreas en las que este trabajo negro se realiza, cierto sector de la pequeña empresa, de la subcontratación, del trabajo a domicilio clandestino, el trabajo no declarado del que recibe una prestación social (desempleado, pensionista, etc.) y también el segundo trabajo de quien ya tiene un empleo regular. Son también conocidos los instrumentos que posibilitan la regulación de este trabajo negro, tanto de carácter procesal como de carácter administrativo, facilitada además por la presunción que establece el art. 8.1 del Estatuto. (*RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel*, *op. cit.*, nota 8, págs. 85/86).

(33) Cabe pensar que es relativamente indiferente, desde la perspectiva de los resultados, si el retorno discreto del arrendamiento de servicios se ha debido a una concesión del legislador a los vientos del liberalismo económico, como se puede razonablemente concluir, y "no de los jueces", como defiende la doctrina (*VALVERDE, Antonio Martín*. "El discreto retorno del arrendamiento de servicios". In *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Coordinación MELGAR, Alfredo Montoya et alii. Madrid. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. pág. 235).

(34) Por ejemplo, la proliferación de legislaciones de trabajo atípico muestra una marcada tendencia internacional restrictiva en la delimitación de los contenidos protectores del Derecho del Trabajo. En España, no "ha habido una revisión crítica del sistema tradicional, pero se facilita una huida de este sistema a partir de reglas legales que permiten la elección de formas de empleo con carácter diferente al empleo normal, el salir de ese núcleo duro del Derecho del Trabajo. La huida del

racionalizar el sistema de relaciones de trabajo conforme a un proyecto redistributivo, con favorecimiento de la implantación de un tipo de libertad individual condicionada por la fuerza contractual de los sujetos ("desregulación", "autonomización" e "individualización" de las relaciones laborales).

Cambio de respuesta que no se hace esperar, la "política de derecho que se fue construyendo durante los años 50 y 60 y según la cual una cierta dosis de rigidez en la administración del mercado de trabajo, asegurada a través de fórmulas de proteccionismo legal, podía contribuir no solamente a mejorar las condiciones de los trabajadores sino, además y simultáneamente, a estimular el desarrollo económico y a estabilizar el sistema social, ha ido progresivamente pero implacablemente desapareciendo y, en su lugar, ha aparecido otra política no siempre bien definida en sus motivaciones últimas, que patrocina la supresión de las limitaciones legales y la necesidad de una flexible adaptación del uso de la mano de obra a los requerimientos cambiantes de la demanda."⁽³⁵⁾

La concreta forma de la economía de mercado, donde se ajusta demanda y oferta global, no sólo da lugar a la actual producción y distribución de bienes, sino que es también productora de los sujetos del contrato de trabajo⁽³⁶⁾; al quedar acuñados en éstos los comportamientos de dependencia jurídica basados en la dependencia económica, esta a su vez regulada por los precios fluctuantes que actúan en el mercado del trabajo⁽³⁷⁾.

La estrategia legal propuesta, si es ineluctable que el Derecho del Trabajo haya de asumir criterios económicos, o precios fluctuantes, debe buscar contemplar, mediante un criterio racional, de un lado "la cada vez más notoria presencia de (...) situaciones de subprotección en zonas pertenecientes al universo del trabajo autónomo", del otro, "la constatación de la existencia de determinados grupos privilegiados de trabajadores subordinados"⁽³⁸⁾.

Derecho del Trabajo es, en su perspectiva global, un conjunto de fenómenos a través de los cuales se permite, actuando dentro del marco de la ley, que a una relación de empleo no se aplique total o parcialmente la disciplina jurídico-laboral" (RODRIGUEZ-PINERO, *Op. cit.*, nota 8, pág. 88).

(35) VALDÉS-RE, Fernando. "La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español". Madrid: Civitas, REDT, n. 93, enero/febrero 1999, pág. 30.

(36) "Un mayor grado de racionalidad cognitivo-instrumental tiene como resultado una mayor independencia con respecto a las restricciones que el entorno contingente opone a la autoafirmación de los sujetos que actúan con vistas a la realización de sus propósitos." HABERMAS, Jürgen. "Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social". Madrid: Santillana, 1999, vol. I, pág. 33.

(37) La doctrina subraya un ejemplo, aunque límite, de la fluctuación actualmente posible en el mercado del trabajo: "Del más que probable modelaje del desbarajuste, no me resisto a resumir el reciente caso de Andresin, el muchacho, de 16 años, menor de edad obviamente no emancipado, hijo de padre en paro, juega al fútbol en el Levante, de Valencia, que le paga cinco millones/año. Mas como quiera que el Real Madrid anda tras del jugador, el club valenciano le eleva la cláusula de rescisión desde veinte a treinta mil millones, una puesta al día de la esclavitud, escribe el periodista que nos sirve la noticia. (ABELLAN, Juan García. "El derecho del trabajo en España: balance y perspectiva". Murcia: Servicios de Publicaciones Universidad de Murcia, Rev. de la Facultad de Derecho, n. 15, 1977, pág. 267).

(38) RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti, *op. cit.*, pág. 65.

La constatación de la existencia de determinados grupos privilegiados⁽³⁹⁾ tiene su realidad en la divergencia creciente entre los intereses de los trabajadores que pueden insertarse como sujetos reales en el mercado, imponiendo a través de la negociación no solamente los precios fluctuantes de su remuneración sino también otros aspectos del contrato⁽⁴⁰⁾, y la gran mayoría que sólo puede insertarse como sujetos formales.

La expansión del trabajo autónomo⁽⁴¹⁾ y de otros trabajadores económicamente dependientes, figurando como sujetos solamente formales del mercado del trabajo, abre camino para la reordenación de la noción de dependencia económica como criterio de tutela máxima del Derecho del Trabajo, a raíz de un cambio macrohistórico sobre la base de la lucha de clase, como subrayado en las fronteras del marxismo analítico en su crítica al marxismo clásico y su concepción polarizada⁽⁴²⁾.

LA DEPENDENCIA ECONÓMICA COMO FUTURO CRITERIO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

La dependencia jurídica y económica están hasta tal punto entrelazadas en el mercado, la forma hegemónica organizadora del trabajo, que es imposible elegir la primera de ellas sin tener en consideración la segunda, con fin de revelar la formación del contrato del trabajo, proposición que se reviste de mayor validez en este momento del Derecho del Trabajo.

No se introduce el concepto de dependencia económica, todavía, solamente con la intención de afrontar las dificultades aplicativas que se interponen con la fragmentación del Derecho del Trabajo, pues se centra en interpretar el papel que el ente económico puede jugar en el marco jurídico de una aplicación normativamente racional en esta rama jurídica.

(39) "De no modificar o corregir uno de sus aspectos esenciales, los principios en que se basa la delimitación subjetiva de su ámbito de aplicación, corre el riesgo de convertirse en un derecho ineficaz por inadaptación a la realidad social que pretende regular o, cuando menos, de que se consolide el desarrollo paralelo de un Derecho del Trabajo especial, sensiblemente rebajado, para los sectores no privilegiados de la población activa." (CASTILLO, *María del Mar Ruiz*. "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo". Madrid: Relaciones Laborales, I, 1992, pág. 143).

(40) Por ejemplo, en el campo de la distribución del tiempo del trabajo, donde existen segmentos del mercado de trabajo interesados en "personalizar" su disponibilidad de trabajo, con planificación individualizada de jornadas y horarios más que en la reducción del tiempo del trabajo o en la mantención del nivel de salario.

(41) "El dato cuantitativo al que antes nos referíamos, el incesante incremento de las prestaciones de trabajo formal o realmente autónomas, cubriendo la reducción del empleo subordinado, justifica, no cabe duda, replantearse la función protectora y el hasta ahora criterio fundamental de aplicación del Derecho del Trabajo, de no efectuarse las modificaciones precisas, llegaríamos al absurdo de mantener la vigencia de un derecho de minorías." (CASTILLO, *María del Mar Ruiz*, *op. cit.* págs. 142/143).

(42) "En efecto, es víctima de un vacío crucial, a saber: su incapacidad para incluir lo que ha dado en llamarse las "nuevas clases medias", esto es, las jerarquías "directivas" de la gran corporación industrial o la burocracia estatal contemporáneas. El hecho de que estos trabajos de dirección se realicen a cambio de un salario no parece justificar la inclusión unilateral en la clase obrera de los individuos que los ejecutan: ni sus intereses materiales, ni su experiencia de vida, ni su potencialidad como actores colectivos parecen coextensibles con los de la clase obrera tradicional (FRANCISCO de, *Andrés*, *op. cit.* págs. 74/75).

Antes de intentar exponer la justificación de los rasgos que permiten caracterizar la dependencia económica como criterio futuro, necesariamente abierto y provisional, de aplicación del Derecho del Trabajo, resulta imprescindible precisar su relación respecto del contrato del trabajo y su actual perfil teórico.

La resolución de la relación con el contrato del trabajo parte de considerar la dependencia económica en su realidad y no tanto en una formulación abstracta, con lo que se la defenderá como una condición social necesaria de los hombres, dentro de un proceso cultural de socialización y acuñación de comportamiento, en relación con la forma en que la sociedad capitalista organiza la provisión colectiva del sustento humano.

El significado real de la economía supone que los seres humanos requieren un entorno físico que les sustente, siendo dependiente de la naturaleza y del resto de los seres humanos para lograrlo, a través de una interacción institucionalizada que no es la de reciprocidad⁽⁴³⁾ y sí la de intercambio entre dos clases básicas: los detentores de medios de producción y los que ofrecen su fuerza de trabajo⁽⁴⁴⁾.

Para que la necesidad obligara a los sujetos a integrarse en el mercado fue necesario separarles de sus medios de subsistencia, forzándoles a obtener su sustento a través del propio mercado y institucionalizando la dependencia económica bajo la forma de dependencia jurídica.

Desde esta perspectiva, la economía es el proceso por el que se obtienen medios de sustento para satisfacer las necesidades materiales y, en su etapa actual, está fundada en el intercambio de todo tipo de mercancía y servicio, incluyendo el trabajo, a través de mercados autorregulados mediante precios fluctuantes que se forman a partir de la relación oferta-demanda.

Este proceso de obtención del sustento, y por tanto económico, no tiene una existencia independiente de su contexto histórico, precisamente de la superestructura cultural, y por tanto jurídica, siendo con exactitud esta separación artificial entre los dos planos, que se encuentra en la doctrina justilaboralista, la que podría impedir reconocer⁽⁴⁵⁾ cuál debe ser el lugar de la dependencia económica para delimitar el contrato de trabajo y supone un obstáculo epistemológico a superar.

Enfoque que, por un lado, se contrapone así al elaborado por el individualismo metodológico⁽⁴⁶⁾, centrado en suponer la celebración del contra-

(43) Se apartan las excepciones, *verbia gratia* alguna tribu indígena en donde el movimiento de bienes responde a otra lógica.

(44) La acumulación originaria es el proceso histórico de escisión entre productores y medios de producción.

(45) Reconocimiento que ya tuvo su momento en el Derecho positivo, por ejemplo, en la Ley de Asociaciones Profesionales de 8 de abril de 1932, donde se establecía (artículo 4º) que solamente podrían formar parte de ella los trabajadores del campo que percibiesen "como retribución asalarada por su mano de obra 100 jornales al año.."

(46) Según el cual la unidad de análisis es el individuo, al tiempo que los resultados sociales agregados se consideran como una consecuencia de la actividad racionalmente maximizadora de los distintos agentes individuales. Surge así la existencia de un ser humano individual, libre y en igualdad de condición con el otro sujeto del contrato y propietario de los medios de producción.

to del trabajo como resultado espontáneo de las interacciones entre los individuos, cuyas conductas sean independientes de la existencia de determinadas condiciones económicas⁽⁴⁷⁾, por el otro, reclama una concepción del derecho más firmemente orientada sociológicamente.

El planteamiento exclusivo desde perspectiva de la dependencia jurídica dificulta integrar otras formas complementarias de análisis en la tutela del Derecho del Trabajo, en particular el desdibujamiento de la normatividad específica del derecho y de su estructura lógica, tanto epistemológica como metodológica, hacia el plano de la sociología jurídica⁽⁴⁸⁾.

El aislamiento de la sociología jurídica nos recuerda la dificultad teórica de la llamada ajenidad⁽⁴⁹⁾ en el mercado cuanto a la integración en el Derecho del Trabajo de colectivos como de los trabajadores en las instituciones privadas sin fin de lucro que actúan como empleadores y sobre todo de los domésticos, estos últimos, desde el punto de vista sociológico, un colectivo marcadamente dependiente⁽⁵⁰⁾.

Ahora bien, si el sistema de la economía de mercado hace con que la sociedad regule la superestructura jurídica a través de precios fluctuantes, los comportamientos de los individuos no obedecen a tendencias innatas o naturales, *verbia gratia* la propensión a aceptar la subordinación jurídica, sino que son acuñados por la escasez o abundancia de recursos⁽⁵¹⁾.

El principal objeto del Derecho parece ser, en verdad, la determinación de los derechos y deberes de los individuos, según un determinado orden de valores, bien como su aplicación práctica, y de la definición de

(47) "Aparece así la complejidad contextual en que se desarrollan las relaciones sociales de un grupo humano, en la que tan sólo la consideración de la forma en que ese contexto cultural ha sido construido históricamente permite entender las interacciones de los individuos. Aparece así la noción de "configuración social", es decir, la estructura de interdependencias culturales que vinculan a los individuos mutuamente y que es accesible a la investigación empírica; de esta manera se puede comprobar o reconstruir el campo de decisiones y actuaciones de un individuo concreto dentro de sus cadenas de interdependencias y de su autonomía, así como aproximarse a su explicación." (SÁNCHEZ, Arturo Lahera, *op. cit.*, págs. 35/36).

(48) Sin que esta afirmación, al menos de momento, implique la perspectiva radical de la teoría postmoderna criticada abajo: "La mera condicionalidad sociológica, en especial, originariamente presente en la génesis de la norma jurídica, así como en su interpretación, no puede confundirse con la integración de la racionalidad sociológica en cuanto tal en el constitutivo-substancial del precepto jurídico, que formalmente se expresa en el juicio y en las categorías de la dogmática jurídica." (BAUTISTA, Mariano Hurtado. "Postmodernismo y derecho". Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia. Revista de la Facultad de Derecho, n. 15, 1977, pág. 300).

(49) "La conceptualización de la dependencia desde la ajenidad, sin embargo, y contra lo que pudiera parecer, no constituye un enfoque totalmente equivocado del tema, y es útil, ya que permite delimitar con claridad suficiente ambas notas." (DEL VALLE, José Manuel. "Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el derecho del trabajo español". Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Revista de Trabajo, pág. 94).

(50) "Ya en 1910, Gonzalez Llana, indicaba que no se aciertan a comprender las razones "que impulsaron al legislador para excluir al criado como trabajador ("La condición social y jurídica del criado", RGLJ, núm. 116, cit. por Montoya)" (*idem*, pág. 89).

(51) "Santo Tomás se ocupa de esta cuestión y determina las razones por las cuales una persona debe trabajar, a saber: toda persona debe trabajar si no tiene otra manera de ganarse la vida, pero si la persona tiene otros medios cesa la obligación." (MARTWZ, Héctor Jaime. "La reflexión filosófica acerca del trabajo". Venezuela: Asiro Data S.A., 1995, pág. 11).

la dependencia económica captada por la observación estadística⁽⁵²⁾ y sociológica de la realidad del mercado del trabajo se podrá sacar las conclusiones metodológicas que orientarán la aplicación, en diversos grados de intensidad, de la protección del Derecho del Trabajo, en duplo sensu: *insiders* y *outsiders*⁽⁵³⁾.

OPERACIONALIDAD DEL CRITERIO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

El criterio de sociología jurídica propuesto para fijar las diversas sub-actividades del Derecho del Trabajo⁽⁵⁴⁾, además de dejar claro cuál es el imperativo subyacente al mismo, puede tener facilitado el establecimiento de dónde poner las líneas divisorias de los nuevos perfiles, fuerte o débil, de dependencia económica, percatándose de errores, con la utilización de una combinación interdisciplinaria, *verbia gratia* la informática, la estadística y la economía.

Racionalismo interdisciplinario que puede ser utilizado, como técnica de valoración subjetiva y de estructuración de la materia normativa, para establecer, como principal presupuesto substantivo de la dependencia económica, la renta percibida por la población económica activa, *para efectos de tutela al trabajador profesional por cuenta ajena y continua*⁽⁵⁵⁾.

Definiendo el Derecho del Trabajo como tuitivo de lo trabajador económicamente dependiente, fuerte o débil, la renta sirve no solamente para fijar un estándar mínimo y unitario de protección, como también, más allá del estándar, establecer una gradación de tutela en la razón inversa de la

(52) Ciencia cuyo objeto es reunir una información cuantitativa concerniente a individuos, grupos, series de hechos, etc. ... y deducir de ella, gracias al análisis de estos datos, unos significados precisos. En España se hace, desde el año de 1964, la Encuesta de Población Activa que es continua y tiene como finalidad principal conocer la actividad económica en lo relativo a su componente humano. Desde de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se producen recomendaciones periódicas aprobadas en la serie de Conferencias Internacionales de Estadísticos de Trabajo.

(53) "Si por una parte ciertas relaciones laborales lo son *ope legis* pese a su dependencia cuestionable, por otra ciertos servicios por cuenta ajena y dotados de rasgos de dependencia evidentes se excluyen, pese a ello, del ámbito de la contratación laboral y del Derecho del Trabajo". (MELGAR, Montoya Alfredo. "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo". Madrid. Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 91, 1998, pág. 717).

(54) "Y esa diferente naturaleza de las respectivas estructuras hace que tampoco pueda admitirse que la estructura de la cosa sea previa y rectora para la de la figura. Téngase en cuenta que la cosa pertenece al plano del ser y la figura al plano del deber, y que la dinámica de la acción creadora sólo comienza cuando para alguien algo que no es, debe ser, es decir, cuando aparece el valor, que es desencadenante del proceso, y no proviene del ser, sino que a éste le es impuesto desde el espíritu." (SOLER, Sebastián. "Estructura objetivas y figuras jurídicas". Buenos Aires. Victor P. de Zavalia. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. 1977, diciembre, pág. 92).

(55) La continuidad se verifica tanto en las relaciones por tiempo cierto como indeterminado, lo importante es que el trabajador venga obligado a repetir su prestación.

capacidad del trabajador de fijar los precios fluctuantes, apartando la disfunción de extender garantías normativas a sujetos no necesitados de ellas⁽⁵⁶⁾.

Una banda de remuneración por hora de trabajo, como criterio *juris et de jure* de dependencia económica, es capaz de integrar formas de trabajo donde concurren elementos que lo acercan sustancialmente al trabajo jurídico-dependiente, en especial las que dan lugar a un marcado desequilibrio contractual entre las partes de la relación y que exigen moralmente la intervención de protección individual garantista del trabajador⁽⁵⁷⁾.

Escogido como signo exterior de dependencia económica los valores pagos por la hora de trabajo, noción unitaria que mantendría la coherencia interna del ordenamiento laboral, no sería problemático cualificar para efecto de protección, por ejemplo, tanto un trabajador jurídico-dependiente como otro autónomo, al igual que si el último llevase a cabo sus actividades de manera directa en beneficio de una o más empresas.

En verdad, poco importa el modo de apropiación por el capital de la fuerza del trabajo, sea a través de la forma tradicional de aprovechamiento del trabajo en régimen de dependencia jurídica, sea en los supuestos de coordinación de actividades⁽⁵⁸⁾, pues la circunstancia importante es si el trabajador presta su servicio directamente para el mercado o personalmente para una o más personas y a qué precio⁽⁵⁹⁾.

No solamente porque la hegemonía económica, casi siempre, tiene su traducción en hegemonía en las relaciones sociales mas también por-

(56) "Se puede reconocer en este supuesto la tan criticada hiperprotección del «delicatus credito». No deben oponerse serios inconvenientes a la flexibilización o reducción de las garantías legales. Las autonomías colectiva e individual superarán sobradamente la protección mínima y uniforme que se establezca." (CASTILLO, María del Mar Ruiz, *op. cit.*, pág. 157).

(57) En España, se ha apuntado la posibilidad, o incluso conveniencia, de hacer uso del mecanismo establecido en la Disposición Final Primera del Estatuto de los Trabajadores (mantenida intacta en el RD Legislativo 1/1995), que permite la aplicación expresa al trabajo por cuenta propia de la legislación laboral "en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente." Pese a esto, "salvo olvido", resalta Alfredo Montoya Melgar, "sólo existen dos casos en los que la legislación laboral se ocupa de los trabajadores independientes, el artículo 3.1 de La Ley Orgánica de Libertad Sindical (1985) reconoce a los trabajadores por cuenta propia el derecho a afiliarse sindicalmente, aunque no el de fundar sindicatos exclusivos para ellos; y el artículo 24.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (1995) dispone que los deberes de cooperación, información e instrucción en tal materia alcanzan también a los trabajadores autónomos." (*Op. cit.*, pág. 723).

(58) "La expansión del trabajo independiente renueva en nuestros días las exigencias en cuanto a su protección, que se hacen coincidir en parte con la propuesta de reordenación de la noción de dependencia, bien sea intentando volver a la más amplia idea de "dependencia económica" característica de los primeros estadios de la legislación social, bien extendiendo el concepto de dependencia a través de nociones como la "parasubordinación", ideada por los juristas italianos, o la de "cuasi laboralidad" acuñada por los alemanes; nociones fronterizas elaboradas con el evidente objetivo de ensanchar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo más allá de su contenido clásico." (MELGAR, Alfredo Montoya, *op. cit.*, pág. 711).

(59) "Y es que, también aquí, apoyándose en su posición de hegemonía económica, la misma se encuentra en la posibilidad de imponer al autónomo que depende de su trabajo la mayor parte de las condiciones que han de presidir el desenvolvimiento de sus relaciones" (RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti, *op. cit.*, pág. 61).

que, para garantizar la dignidad del valor trabajo, debe haber, además de un límite de abaratamiento, una red de protección estructurada según el sistema de precios fluctuantes del mercado.

No olvidando que es posible ser oscurantista de una forma matemáticamente sofisticada, si las técnicas se aplican a problemas espurios, tales como elecciones erradas o hipótesis mal formuladas, una definición estadística de dependencia económica autoriza investigaciones experimentales — cambio/ajuste de la propia definición legal — sin desprestigiar la tendencia a una cierta constante, a través de la figura jurídica del trabajador dependiente construida con datos socioeconómicos, según el canon de seguridad jurídica.

Sin desprestigiar también la fijación tipológica, o en otras palabras, sin implicar una extremada disyuntiva con la fijación de tipos⁽⁶⁰⁾, porque no se pretende que la nota de dependencia económica sea el eje de un sistema omnicompreensivo, contemplando todos los posibles casos futuros. Además, el criterio propuesto, por su virtual flexibilidad — cambio/ajuste de la definición legal de dependencia económica a partir de la remuneración por hora — aproxima las dos categorías jurídicas: concepto y tipo.

Su ficción es, manteniendo la ajenidad como variable dependiente, con sus atributos de aproximación que son la prestación personal y la continuidad del trabajo, substituir la dependencia jurídica en la función de decir cuál tipo necesita la protección. Posponiendo, sin negar que en algunos pocos casos la aplicación dependerá de otros rasgos, una reflexión conexa que es de la devolución al legislador de la competencia absorbida por los jueces⁽⁶¹⁾.

Habida cuenta de su importancia primordial parece evidente que la dependencia económica pueda ser elegida como criterio definidor de aplicación del derecho tutelar, con una gradación que permita matices entre posiciones bipolares de clase, pudiendo incorporar, en la protección del Derecho del Trabajo, tanto los trabajadores atípicos, semiautónomos, y autónomos dependientes como las nuevas formas de contratación llamadas atípicas.

Como una antelación a las críticas, el estándar de protección padrón, garantizador de la dignidad del valor trabajo, no debe contemplarse como

(60) "Las figuras jurídicas, con unos cuantos datos construirán un tipo, no un caso. El caso lo trae siempre la realidad y se compone de todas las notas que integran el tipo más una infinidad de notas extratípicas." (SOLER, Sebastián, *op. cit.*, pág. 92).

(61) Sin demérito de que se reconozca que en general se está haciendo Justicia — considerada ésta como actividad justa de los juristas en relación con textos jurídicos "Aunque no siempre de manera homogénea, la jurisprudencia ha tratado de ofrecer una respuesta a estas demandas por la vía de la ampliación de los márgenes de actuación de la normativa laboral. Ello ha servido para clarificar la naturaleza laboral de determinadas relaciones hasta entonces excluidas, rescatándolas así de la esfera civil o mercantil. Pero no solamente. En ocasiones, la contemplación ha conducido a los jueces a desarrollar interpretaciones extensivas del elemento subordinación, basadas más en la apreciación de la similitud de su status socioeconómico respecto del que caracteriza a los trabajadores asalariados que una aproximación jurídica a los rasgos que identifican esta modalidad de trabajo." (RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti, *op. cit.*, pág. 62).

una opción excluyente de la regulación por la ley (menos), o por convenio colectivo (más), de singularidades en las relaciones implicadas, tanto desde la perspectiva del sujeto que trabaja, como de la actividad productiva que desarrolla la empresa, de modo que no abogara el dinamismo, la flexibilidad y la creatividad en cualquier sector de la economía.

La construcción conceptual de la dependencia económica permite mantener un criterio selectivo⁽⁶²⁾, de cara a la aplicación de protección a la figura del contratante, subordinado o autónomo y relativamente independiente de la forma contractual, manteniendo unificada la especie en torno de la cual se aplica el Derecho del Trabajo, y a partir de ahí, las adaptaciones especiales quedan al arbitrio de los contratantes.

Habrà que pensar, en consecuencia, aun con consciencia de la indeseable simplificación, en la dependencia económica como un concepto firme y, al mismo tiempo, con espacio suficiente para la diversificación reguladora que demanda la creciente heterogeneidad social, desde que operacionalizada por niveles de correspondencia entre fajas de remuneración y fajas de protección en la razón inversa, o, gráficamente, un triángulo equilátero cortado con bandas de color cada vez menos intensa, a partir de la base⁽⁶³⁾.

Sería una lógica al revés de la utilizada en la "laboralización"⁽⁶⁴⁾ de los altos cargos, en la cual el contrato "se incorpora al Derecho del Trabajo formalmente, y materialmente en algunos aspectos, pero el espíritu de su regulación sigue siendo tributario del Derecho común del que en apariencia se ha desgajado para integrarse en el laboral"⁽⁶⁵⁾.

CONCLUSIÓN

El trazado seguido hasta el momento, para llegar a la dependencia económica como futuro criterio operativo del derecho tutelar del trabajo, no

(62) Evitando la disfunción que ocurre, por ejemplo, con la parasubordinación en Italia, figura que se identifica por los elementos que reclama el precepto legal (art. 493.3 CPC: la coordinación, la continuidad y el carácter prevalentemente personal de la relación); con independencia por tanto de la capacidad de fijación del precio fluctuante por el trabajador: "Esto no es obstáculo, sin embargo, para que se considere un concepto omnicompreensivo, en el sentido de que el tenor literal del precepto permite extender la noción de parasubordinación a sujetos cuya relación de trabajo no se mantiene con un empresario, sino con un empleador, es decir, no titular de una empresa, así como a los profesionales liberales, incluso si nos referimos a los muy apreciados o cotizados en el mercado de trabajo, que no se encuentran para nada en situación de desventaja económica". (CASTILLO, María del Mar Ruiz, op. cit., pág. 166). (sin subrayado en el original)

(63) Tampoco la dependencia jurídica, para la doctrina, tiene un único contenido: "...no existe la subordinación; existen las subordinaciones; no existe un prototipo de contrato de trabajo subordinado, sino una tipología variable de figuras negociales intermedias, a las cuales no pueden seguir la aplicación, inconsciente hasta el límite de la ficción, del standard protector más elevado, sino la selección de la disciplina más congruente." (ROMAGNOLI, Umberto. "La desregulación y las figuras del derecho del trabajo". Madrid: Ed. Complutense. Cuadernos de Relaciones Laborales, n. 1, 1992, pág. 7).

(64) El contrato se rige directamente por las normas especiales de su reglamento regulador (el RD 1362/1955), cabe decir, independiente del Estatuto de los Trabajadores.

(65) MELGAR, Alfredo Montoya, op. cit., pág. 715.

es un camino apodíctico, ya que sea cual sea el criterio que se elija para centrar la especificidad del Derecho depende de circunstancias históricas variables y de las concepciones jurídicas generales de cada país en cada momento, y, por tanto, no excluye la posibilidad de que se dude de ello⁽⁶⁶⁾.

Si el texto estimula la duda, es cierto que abriga un aspecto ideológico que es el refuerzo de la colectividad, sustituyendo la individualidad del trabajador dependiente económicamente, poseedor de unos derechos y sometidos a unos deberes igualmente abstractos, es decir desligado de las circunstancias sociales y económicas vividas, por una relación más real posible entre la identidad colectiva y los mercados.

Se trata principalmente de la búsqueda de un modelo jurídico que conlleve implicaciones normativas por lo que respecta a un valor unificador de aplicación de la protección, además produce como consecuencia la superación de la dificultad creciente en muchos supuestos de deslindar las actividades sometidas a la legislación laboral en función de la producción de importantes cambios en la estructura productiva⁽⁶⁷⁾ y en su simetría esencial: las clases sociales.

Evita, aún, poner entre paréntesis cualquier instancia epistemológica capaz de criticar el movimiento de expansión o retracción del Derecho del Trabajo, al menos sobre fundamentos explícitos y sistemáticos, como la retomada de la vinculación con el contratante débil.

Vinculación que, desde el postulado teórico de partida que es, por decirlo evocando la teoría marxista, la desigualdad del trabajo socialmente necesario para la reproducción de distintas "clases" de trabajadores, impone una subsiguiente indagación sobre si "determinadas situações jurídicas protetivas ainda fazem algum sentido ou se elas já só servem para privilegiar unilateralmente o "possuidor de um posto de trabalho" contra os desempregados".⁽⁶⁸⁾

(66) Tampoco el criterio de dependencia jurídica se hizo camino sin dificultad: "La dependencia no es, así, concepto valorable rigidamente, ya que no es un concepto firme e incommovible sino que tiene un cierto carácter indeterminado. En la vida jurídica esto sucede con muchos conceptos jurídicos e incluso con muchas figuras contractuales y es inevitable." (PIÑERO, Miguel Rodríguez, *op. cit.*, nota 10, pág. 160).

(67) Especialmente con el cada vez más extenso fenómeno de la descentralización, por ejemplo, en el supuesto del trabajo temporal. ("Todavía se podría añadir un supuesto llamativo de contrato de trabajo con dependencia debilitada del trabajador al empresario: el contrato entre la Empresa de Trabajo Temporal y los llamados trabajadores "en misión", que, como es sabido, dependen básicamente no de su verdadero empresario (el de trabajo temporal), sino de quien no lo es (la Empresa cliente o usuaria): o de operaciones mercantiles ("Un supuesto en el que el criterio de la dependencia pone al descubierto su llanco débil es aquél en el que se intenta delimitar la mediación laboral en operaciones mercantiles respecto del contrato de agencia mercantil."). (MELGAR, Alfredo Montoya, *op. cit.*, págs. 715 y 718, respectivamente).

(68) "Contudo a moderna divisão do trabalho foi gerando em cada vez maior número, grupos diferenciados de trabalhadores que, em grande parte, não se deixam enquadrar pelos sindicatos de trabalhadores clássicos. A este desenvolvimento se deve, pelo menos em parte, o facto de os sindicatos se terem turtado a esforços de flexibilização perfeitamente defensáveis do ponto de vista social e de lhes terem movido uma oposição dilatória. (BIRK, R. "Competitividade das empresas e flexibilização do direito do trabalho". Lisboa: Sociedade de Estudos e Publicações, SPES, Revista de Direito e de Estudos Sociais. 1987, julho-setembro, pág. 305).

Ante la secuencia argumentativa, que en realidad puede "servir de punto de partida para duas démarches opostas, ambas de cariz igualitário e, portanto, abstractamente fundáveis em preocupações de "justiça" (69), la conclusión del trabajo se decantó, como alternativa a la corriente ideológica triunfante que defiende una desregulación radical del mercado del trabajo, por una expansión horizontal del estándar mínimo como factor de activación económica — incrementando la masa salarial e alejando una crisis de realización de la producción — y como instrumento de solidaridad con los más débiles.

Una advertencia final se hace necesaria, la apuesta por la configuración de un Derecho común del trabajo con alcance subjetivo de los contratantes débiles, que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que proporciona su articulación, no contiene una sugerencia indirecta para la copia en Brasil de fórmula ajena, sino dá continuidad al debate ya comenzado entre nosotros (70).

Debate que deberá tener en cuenta una distinta realidad y cuya mayor diferencia es el tamaño de la economía informal, mucho menor en España que en Brasil (71), dato que puede ser la base de dos lecturas antinómicas.

Un análisis considera la economía informal como una "vendetta" del mercado y pone en foco que la protección de una multitud de derechos y instituciones contra la contaminación del mercado pueden ser una manipulación "per preservare istituzioni inique, oppressive e gerarchiche

(69) "(...) uma no sentido de estender a proteção existente, outra no de a eliminar na totalidade." (FERNANDES, António Monteiro. "Os sentidos de uma revisão "flexibilizante" das leis do trabalho". Lisboa: Coimbra Editora, Questões Laborais, ano VI, n. 13, 1999, pág. 45).

(70) "El concepto de subordinación, que era unívoco y se ampliaba siempre, alcanzando un número creciente de personas, tiende hoy a partirse en dos: por un lado, los realmente dependientes, a los que se aplicarían las viejas garantías, por otro, los parasubordinados, para los que se buscan soluciones a medio camino, como ocurre con cierto proyecto en curso. Con ello, de forma inteligente, se difunde la idea de que hay más protección, cuando, en la verdad, se rompe la marcha expansiva de Derecho del Trabajo: los trabajadores fronterizos, que tenderían a ser considerados empleados, pasan a constituir una nueva (sub) categoría jurídica." (VIANA, Márcio Túlio. "El nuevo modelo económico y la destrucción de derechos laborales en Brasil". Madrid: Relaciones Laborales, n. 14, julio de 2000).

(71) "Los que antes pasaban algún tiempo en la "informalidad" pero luego conseguían ubicarse en un empleo del sector estructurado, hoy se resignan a permanecer por tiempo indefinido por cuenta propia e incluso prefieren continuar en ese tipo de actividad. Una reciente encuesta llevada a cabo en Brasil (Rio de Janeiro), mostró que alrededor del 80 por ciento de las personas que laboraban en las 444.420 unidades de trabajo informal allí existente estaban satisfechas con su ocupación y no se proponían pasar el sector formal (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, 1996). Esa misma encuesta puso de relieve que el 55 por ciento de los trabajadores informales de Rio de Janeiro superaban los cinco años en su actividad al momento de la investigación y un 30 por ciento llevaba diez años. Lo más curioso es que entre las razones invocadas por los encuestados para preferir el trabajo informal figuran la inestabilidad en el empleo de los trabajadores formales, su inconformidad con la subordinación a las órdenes de un jefe o patrón y el hecho de percibir ingresos superiores laborando por su cuenta sin pagar impuestos ni registrarse en oficina alguna. (CÓRDOVA, Efrén. "El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación laboral". Op. cit., pág. 12).

dall'esame del mercato"⁽⁷²⁾. O expresada la idea en otros términos, en "consequenza dello standard di trattamento stabilito "ex ante", dunque, se la congiuntura é sfavorevole, alcuni lavoratori non trovano lavoro, o (...) lo trovano soltanto in forme irregolari e precarie ai margini dell'onomia principale..."⁽⁷³⁾

Para una diferente línea de análisis el problema crítico tiene dos eje, el primero es que, si una parte significativa de la mano de obra brasileña está en la informalidad; no hay razón, desde la perspectiva de la competitividad empresarial, para la desregulación de un colectivo que nunca llegó enteramente a ser protegido, o dicho de otro modo de creer en una correlación inversa entre *minimum wage* y nivel ocupacional.

El segundo eje parte de indagar la razón de una *congiuntura sfavorevole* o si, como consecuencia de una política macroeconómica ideológica⁽⁷⁴⁾ y mal sucedida, es el sistema de tutela de los derechos laborales que tiene a final que pagar la cuenta.

(72) "Storicamente, le posizioni di casta, gli obblighi feudali, le proprietà terriere e l'appartenenza a corporazioni sono sempre state considerate tra le cose che il denaro non doveva comprare o vendere. In effetti lungo tutto il corso della storia della società, da quella primitiva a quella antica, medioevale e moderna, il mercato ha più spesso subito delle limitazioni per salvaguardare il potere e i privilegi per i pochi che per garantire eguali diritti per i molti." (OKUN, Arthur. *apud* ICHINO, Andrea y ICHINO, Pietro. "A chi serve il diritto del lavoro". Milán: Giuffrè, Revista italiana di diritto del lavoro, Parte I, 1994, págs. 464/465).

(73) ICHINO, Andrea y ICHINO, Pietro, *op. cit.*, pág. 474.

(74) Opción ideológica de política macroeconómica según la insospechada análisis de un economista conservador: "No mês de maio, tivemos duas grandes alegrias: O Brasil avança a despeito das dificuldades e do desconforto produzido por uma política econômica com claro viés ideológico, que sacrifica o sistema produtivo aos interesses financeiros." (NETTO, Antonio Dellim. "Fapesp e pato branco". Folha de São Paulo, 14 de junho, caderno A, pág. 2).