

Alain Supiot<sup>1</sup>

## TRABAJO ASALARIADO Y TRABAJO INDEPENDIENTE<sup>2</sup>

Nuestra distinción entre el trabajo asalariado y el independiente tiene unas raíces históricas muy largas. En la Antigüedad el trabajo del hombre libre nunca se consideraba en otras relaciones que las reducidas a su producto, es decir como objeto concreto<sup>3</sup>. Así la *locatio operis faciendi* romana no tenía por objeto el trabajo mismo, sino la cosa trabajada, la que pertenecía al propietario y absorbía en ella todo el valor de la actividad<sup>4</sup>. La cuestión del trabajo, como valor abstracto, se confundía entonces con la de esclavitud y no se consideraba sino a través de las operaciones jurídicas en las que el esclavo era el objeto (venta, arrendamiento, usufructo, liberación y patronato). De una manera general, el trabajo por cuenta ajena era juzgado incompatible con lo ideal de la libertad: libre era solamente quien obraba por su cuenta propia y no para satisfacer las necesidades ajenas. La oposición del trabajador libre y del trabajador servil abarcaba entonces nuestra moderna distinción entre trabajo concreto y trabajo abstracto. El trabajo servil era reductible a una simple cantidad, a un valor mensurable en tiempo y en dinero, mientras que el trabajo del hombre libre no se dejaba apreciar sino a través de sus obras que incorporaban sus calidades y su ingenio propio.

Tan sólo con la revolución industrial, la diversidad de trabajos humanos empezó a embutirse en la misma categoría abstracta. Del mismo modo que los productos, todos completamente diversos por su uso, que llegan a ser mercancías, todas comparables desde el punto de vista de su valor; de la misma manera las obras, todas diversas por las calidades que requieren, fueron aspiradas por una noción única de trabajo, común en cuanto a la medida y al intercambio. Tanto en el caso de trabajo como en el caso de productos, este desplazamiento de las nociones abstractas cumplió con los requerimientos de la cuantificación, requisitos característicos de la economía de mercado, y llegando siempre a reducir a los nombres la diversidad de los seres humanos y de las cosas.

Así se explica en nuestra definición el rango ocupado por la subordinación del contrato de trabajo. Instituir un mercado del trabajo suponía en consecuencia hacer del trabajo el objeto posible de un contrato. Este contrato fue concebido en base al modelo de arrendamiento. Pero no podía funcionar como arrendamiento ordinario, puesto que el

---

<sup>1</sup> El Profesor de la Universidad de Nantes.

<sup>2</sup> Informe para el VI Congreso europeo de derecho de trabajo (Varsovia, 13-17 de septiembre de 1999). Quisiera agradecer a los numerosos colegas extranjeros por haber querido transmitirme las informaciones sin las que este informe no hubiera visto el día, y en particular a los profesores Umberto Carabelli, María Casas Baamonde, Peter Hanau, Otto Kaufman, Antonio Marzal, Marek Pliszkiwicz.

<sup>3</sup> Cf. Vernant J.-P., *Mythe et pensée chez les grecs*, Maspéro, Paris 1965, reed. 1971, v. t. 2, spec. p. 41-43.

<sup>4</sup> Cf. Thomas Y., *El Trabajo en el Derecho romano*, informe para el seminario "Trabajo en perspectivas" (feb. 1995, desgraciadamente no publicado con las Actas del coloquio).

arrendatario no puede entrar aquí en posesión de la cosa arrendada: "con excepción de lo que parece natural en el arrendamiento, no hay remesa material al empleador de la fuerza trabajadora, por no poder destacarla del cuerpo del asalariado"<sup>5</sup>. La sujeción del asalariado a la voluntad del empleador viene compensando a este último la imposibilidad de volver a entrar directamente en posesión de la fuerza laboral de cuyo usufructo está convencionalmente gozando. "La subordinación parece entonces como el sustituto del desposeimiento"<sup>6</sup>. Asimismo se encontraron unidos, en el contrato de trabajo, el trabajo como el bien destacable del trabajador y la subordinación, como forma particular de la entrada en posesión de este bien.

En esta forma supervivieron los vínculos, ya visibles en el derecho romano, por una parte entre trabajo servil (subordinado) y trabajo abstracto (bien transmisible o cambiante); y por otra parte entre trabajo libre (independiente) y trabajo concreto (obra). El gran jurista Pothier escribía aún en el siglo XVIII que "sólo los servicios innobles y apreciables a precio de dinero pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento, tales como los de los servidores y sirvientas, de operadores, de artesanos, etc. Aquellos cuya exquisitez o la dignidad de la persona que los desempeña imposibilita valorables en el precio de dinero no son aptos para ello"<sup>7</sup>. Incluso después de la revolución industrial, ciertas profesiones estimaron que la calidad especial de los servicios que prestaban era incompatible con el salariado. Este fue durante largo tiempo el caso, por ejemplo, de las así llamadas profesiones liberales - herederas de las "artes liberadas" - que rechazaban junto con el contrato de trabajo no solamente la idea de subordinación sino que también la del servicio mercantil. Así es como se introdujo en nuestro vocabulario la distinción entre el salario, que es el precio del trabajo que se compra y se vende en el mercado, y el honorario, que viene a recompensar el servicio, aunque inestimable, del hombre del arte. En el contrato de trabajo, el valor abstracto del trabajo (el importe del salario) está en el centro de la relación jurídica, mientras que el producto concreto del trabajo se encuentra expulsado fuera de la esfera de cambio y queda, desde el inicio hasta el final de la ejecución del contrato, bajo la responsabilidad exclusiva del empleador. Al contrario en el ejercicio de una profesión liberal, son la naturaleza particular del servicio prestado y la responsabilidad del profesional las que configuran la relación jurídica, mientras que el valor comercial de este servicio es rechazado en márgenes de esta relación.

Los límites así puestos al imperio del contrato de trabajo fueron quebrados unos tras otros, y hoy en día no hay profesión que no se adapte a los marcos de un ejercicio asalariado. La distinción de las "profesiones asalariadas" y de las "profesiones

---

<sup>5</sup> Fabre-Magnan M., "El contrato de trabajo definido por su objeto", en: El trabajo en perspectivas, obra col., LGDJ, Paris 1998, p. 101, citó, p. 119.

<sup>6</sup> Fabre-Magnan M., op. cit., loc.cit.

<sup>7</sup> Tratado de arriendo, no 10, citado por Cameriyneck G.H., Tratado de derecho de trabajo, t. 1: El contrato de trabajo. T éd., Dalloz, Paris 1982, p. 5.

independientes" ha cedido el paso, dentro de cada profesión, a la coexistencia del salariado y de la independencia. Y lo que vale para el trabajo, vale también para sus productos. Hasta aquellos cuya calidad particular parecía deber situarse total o parcialmente "fuera del comercio" (obras del espíritu o ingenio, productos de las biotecnologías, etc.), sufren la atracción del régimen jurídico de las mercancías.

Pero este movimiento nunca llegó a hacer desaparecer enteramente la dimensión concreta y cualitativa del trabajo y de sus productos. No sólo la dimensión sigue manifestándose jurídicamente por algo que puede parecer una supervivencia, no sólo el crecimiento continuo de la parte del trabajo subordinado respecto al trabajo independiente parece haber llegado a sus límites en los años ochenta, sino que además ciertos valores relacionados con la independencia resurgieron dentro del contrato de trabajo mismo, que no podía ampliar su imperio de otra manera que haciendo de ellos sus propios valores. Recíprocamente, el modelo salarial proyectó su sombra sobre el régimen jurídico del trabajo independiente. De modo que la distinción de una y de otra aparece más huidiza que nunca. La oposición del trabajo asalariado y del trabajo independiente sigue siendo una *summa divisio* del derecho laboral en Europa (I). Pero también hay que contar con un movimiento de acercamiento del régimen jurídico de la independencia a el del salariado (II). Lo que tendría que incitar a considerar sus relaciones en términos de articulación, y ya no de oposición (III).

## **I. La distinción entre el trabajo asalariado y el trabajo independiente**

La distinción entre el trabajo asalariado y el independiente no ha adquirido en todos los países la misma importancia ni la misma significación (A). En cambio obedece a unos criterios muy similares (B).

### **A. Los retos de la distinción: casuística y sistemática**

Sólo entonces cuando (y en la medida de que) el trabajo asalariado y el trabajo independiente se rigen por reglas diferentes, el problema de su distinción adquiere una significación jurídica. Mientras las relaciones de trabajo dependían esencialmente del derecho común de los contratos (derecho civil o *common law*), e incluso de las mismas reglas especiales aplicables a cualquier tipo de relación de trabajo (por ejemplo los usos profesionales), nunca se dio importancia a la distinción del arrendamiento de servicios (heredero de la *locatio operarum* y antecesor del contrato de trabajo) y del arrendamiento de obras (heredero de la *locatio operis faciendi* y antecesor del contrato de empresa)<sup>8</sup>. Esta situación, que era todavía la del siglo XIX, evolucionó en todos los países europeos. Por todas partes la aparición de reglas propias del trabajo asalariado obligó a distinguirlo del trabajo no asalariado.

---

<sup>8</sup> Cf. Morin M.-L., "Arriendo de obra y contrato de empresa", en: *El trabajo en perspectivas*, obra col., LGDJ, Paris 1998, p. 125.

1) Pero este problema no se planteó de la misma manera; según si el derecho laboral fue concebido como un ramo del derecho fuertemente unificado y sistematizado, o al contrario, como un sedimento de disposiciones heterogéneas y sin tener forzosamente el mismo campo de aplicación.

Allí, por ejemplo, donde, como en Alemania, prevalecía una cultura jurídica romano-germánica, en la que una fuerte tradición universitaria incitaba a teorizar el derecho, y en la que el derecho laboral se desarrolló principalmente bajo una forma legal, la noción de trabajo asalariado fue sistematizada magníficamente y sirvió luego para unificar el campo de aplicación del derecho laboral. Este esfuerzo de sistematización confirió a la noción de trabajo asalariado una función central en la estructura misma del derecho laboral: el contrato de trabajo no es solamente el objeto de una u otra disposición convalenciente del derecho laboral, es también el criterio de delimitación del campo de aplicación de este derecho. El contrato de trabajo constituye entonces una llave que permite acceder a un edificio jurídico único. De ahí el reto considerable que se encuentra atado al problema de su definición jurídica.

Y al contrario allí, donde, como en Gran Bretaña, prevalecía una cultura de *common law*, en la que no existía alguna doctrina universitaria influyente y en la que el derecho laboral se desarrolló principalmente bajo forma de convenios colectivos, la identificación del trabajo asalariado fue el objeto de una aproximación más casuista que sistemática. Sobrevive entonces, dentro del derecho laboral, la tendencia preindustrial que consiste en relatar o restituir el derecho aplicable a la diversidad de las tareas o de las profesiones<sup>9</sup>. En vez de adoptar una definición unificadora (i.e. coherente y comprensiva) de la noción de contrato de trabajo, la jurisprudencia ha entonces limitado y complicado los contornos<sup>10</sup>. Aquí, la cuestión de la calificación del contrato de trabajo no se encuentra espontáneamente expresada en términos generales, sino sus términos dependen del texto que habrá que aplicar. Cada disposición legal o convencional define su campo de aplicación mediante una definición propia de los contratos o de las personas sometidas a ésta.

En un pensamiento sistemático, el contrato de trabajo es un concepto a la vez unificado y unificador, mientras que en un pensamiento casuista, este contrato será percibido como una "realidad" diversa y difícilmente comprensible. Mejor dicho, en la primera concepción, el contrato de trabajo desempeña una función unificadora del "estatuto" de los trabajadores asalariados, mientras que en la segunda, refleja la diversidad de los "estatutos" aplicables a estos trabajadores. La oposición de la sistemática y de la casuística ejerce así sus consecuencias sobre dos planos: el de la unidad de los

<sup>9</sup> Como lo observaba Otto Kahn-Freund, el espíritu medieval de una organización fundada sobre el oficio sigue siendo presente dentro de tal sistema: "the guild spirit is present" escribía el autor (en: *Labour and the Law*, 2<sup>da</sup> ed., Stevens, London, p. 56).

<sup>10</sup> Según Otto Kahn-Freund este aspecto del derecho británico se presentaba como un "laberinto de casuística", *Modern Law Review*, 14/1951, 504.

conceptos de contrato de trabajo y de trabajador asalariado, y el de la unificación del "estatuto" del asalariado.

2) No podría ser cuestión de identificar cada país europeo con uno u otro de estos dos métodos - sistemático y casuista- de identificación del trabajo asalariado. Resulta que se encuentra a los dos válidos en cada derecho nacional. Cada uno de estos derechos necesitó cierto esfuerzo de sistematización del concepto de contrato de trabajo asalariado, continuando el recurso a una aproximación casuista. Pero al cambio es posible caracterizar una dominante, sea sistemática o sea casuista, en la aproximación de la definición del trabajador asalariado por cada derecho nacional.

En los sistemas nórdicos y de *common law*, la aproximación casuista fue dominante. Así por ejemplo, Dinamarca es aquí uno de los países donde la conceptualización de la noción de contrato de trabajo ha quedado durante largo tiempo la más débil. Hasta hace poco tiempo, prácticamente ninguna reglamentación de conjunto fue ligada al reconocimiento de aquella calificación. En el derecho laboral danés no existe una gran puerta para la que el contrato de trabajo sería la llave; está compuesto esencialmente de una pluralidad de bloques normativos autónomos, que tienen cada uno sus condiciones particulares de acceso. Eso explica por qué no existe una reflexión antigua en caso de los juristas daneses en cuanto al concepto de trabajador asalariado. Su atención fue atraída más por la casuística relativa de la identificación de las categorías de trabajadores convalientes de una u otra disposición particular, que por la noción de contrato de trabajo mismo. Sin embargo, esta situación evolucionó bajo la influencia del derecho comunitario cuya transposición ha dado una mayor importancia práctica a este problema de definición general.

En cambio, en la mayoría de los países pertenecientes a la así llamada cultura "romano-germánica" (sería mejor llamarla romano-canónica) las nociones de contrato de trabajo y de trabajador asalariado fueron el objeto de una definición sistemática, ya que determinaban la aplicación del conjunto del derecho laboral. Esta definición unificada puede resultar directamente de una disposición legal como en Holanda, Portugal, Italia o en España. Puede también ser de origen jurisprudencial como en Francia, en Bélgica o en Alemania. En la mayoría de los países la definición del trabajador asalariado se deduce de la del contrato de trabajo, pero lo inverso puede también ser el caso. Así por ejemplo, el artículo 2094 del código civil italiano define al trabajador subordinado, como "Aquel quien se obliga, por ser remunerado, a colaborar en la empresa prestando su trabajo intelectual o manual al servicio y bajo la dirección del empresario". La doctrina y la jurisprudencia deducen de ello la definición correspondiente del contrato de trabajo. En España, el estatuto de los trabajadores es aplicable a los "trabajadores que ofrecen voluntariamente prestar sus servicios a cambio de un sueldo, en los marcos de una organización y bajo la dirección de otra persona, física o moral, llamada el

empleador"<sup>11</sup>. Este caso es ejemplar, porque muestra cómo, en una perspectiva sistemática, el problema de la definición del contrato de trabajo coincide con el del campo de aplicación del derecho laboral, la definición de uno dando *ipso verbo* la definición de otro. Pero en los países donde domina la aproximación sistemática, la casuística reaparece, lo que veremos, en los márgenes del derecho laboral, junto con las especies híbridas de trabajadores, como los parasubordinados italianos, las *arbeitsnehmerähnliche Personen* alemanas o estos "gerentes" de fondos de comercio del derecho francés, a los que se trata como asalariados en sus relaciones con el proveedor y de trabajador independiente en sus relaciones con los terceros.

3) Esta diversidad de los grados de conceptualización jurídica del contrato de trabajo en los diferentes países de la Comunidad Europea explica por qué el derecho comunitario ha recurrido en numerosos casos a la noción de "relación de trabajo", y no solamente a la de contrato de trabajo, para designar el campo de aplicación de ciertas normas. El empleo de esta expresión tiene como objetivo principal el ensanchar el campo de aplicación de las disposiciones sociales más allá de los límites, donde una definición casuista pueda comprender la noción de trabajo asalariado en un derecho nacional determinado.

Pero lo paradójico es que el mismo derecho comunitario se caracteriza por una aproximación de tipo casuista, en el sentido de que no conlleva ninguna definición unificada de las nociones de trabajador asalariado, de contrato de trabajo, o de relación de trabajo<sup>12</sup>. Este problema de definición es tratado de distinta manera en cada uno de los textos. En una primera serie de casos, el texto comunitario o la jurisprudencia confieren explícitamente el esmero de definir esas nociones a los derechos nacionales<sup>13</sup>. En una segunda serie de casos, al contrario, una definición comunitaria fue impuesta por la jurisprudencia. Es lo que ocurre sobre todo con las reglas de realización del principio de libre circulación de los trabajadores. El Tribunal de Luxemburgo decidió imponer entonces una definición unitaria de la noción de trabajador, con el motivo de que si este término "debía depender del derecho interno, cada Estado tendría entonces la posibilidad (...) de eliminar por su propia voluntad a ciertas categorías de personas de las protecciones del tratado"<sup>14</sup>. Finalmente, en una tercera serie de casos, la cuestión de

<sup>11</sup> "Los trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980 del 10 de marzo de 1980, art. 1).

<sup>12</sup> Véase: supra el inventario de sus principales casos.

<sup>13</sup> "Es lo que ocurre con las directivas "Transmisión de empresa" (no 77/187); "Insolvencia del empleador" (no 80.987); "Información sobre condiciones aplicables en el contrato" (no 91/533); "Jóvenes en el trabajo" (no 94/33); "Comité de empresa Europeo" (no 94/45); "Destacamento" (no 96/71).

<sup>14</sup> CJCE del 19 de marzo de 1964 Unger Rec. 349 (Jurisprudencia constante). Esta reflexión del Tribunal de Justicia según la cual existe un vínculo estrecho entre la existencia o la no existencia de una definición comunitaria del trabajador asalariado de una parte, y la eficacia o la ineficacia del derecho social comunitario de otra parte, esta reflexión tiene un alcance general y podría aplicarse en otros dominios. La experiencia de la jurisprudencia relativa a la libertad de circulación muestra hasta qué punto una definición comunitaria de la relación de trabajo asalariado es un instrumento poderoso de la entrada en vigor del Tratado y del derecho derivado.

la definición de la noción de trabajador o de contrato de trabajo no parece haber sido planteada, ni en las disposiciones tomadas durante el proceso, ni en la jurisprudencia relativa a su aplicación. Tal es el caso, por ejemplo, del principio de la igualdad sexual (en particular la igualdad de tratamiento), cuyo campo de aplicación sobrepasa el cuadro mismo de los trabajadores asalariados, y todavía el de los trabajadores<sup>15</sup>, para abarcar una noción más ancha de actividad profesional<sup>16</sup>.

El análisis comparativo y el comunitario conducen así a deshacerse de la idea de que la distinción del trabajo asalariado y del trabajo independiente tenga adquirido un valor absoluto. La diversidad de las formas de trabajo concreto nunca dejó de manifestarse a través de una diversidad de las calificaciones, y de la posibilidad de que el mismo trabajador pueda ser tratado desde ciertos puntos de vista como un trabajador asalariado y desde otros puntos de vista como un independiente.

## **B. Los criterios de la distinción: la técnica de haz de indicios**

La característica común de todos los derechos de los países europeos es de identificar el trabajo asalariado con el trabajo dependiente. Claro que ésta no es la única característica del contrato de trabajo, que se define también por su carácter oneroso o por el compromiso personal del trabajador; pero es la única que permite distinguir al trabajador asalariado del profesional independiente (free lance). La dificultad con la que se tropezaba por todas partes consistía en encerrar esta idea de dependencia dentro de una definición suficientemente exacta.

1) Esta cuestión fue durante largo tiempo dominada por una oposición existente entre dos tesis. La primera, llamada la de la dependencia económica, abarca una definición funcional de la dependencia, es decir que se intenta ajustar el campo de aplicación del derecho laboral a las categorías económicamente más débiles. En esta perspectiva el criterio principal del salariado sería el del nivel y del origen de los recursos del trabajador: si esos recursos dependen casi exclusivamente de quien saca provecho de su trabajo, entonces aquí se tratará de un asalariado. Esta tesis de la dependencia económica tenía como objetivo el no excluir de la protección social "a las categorías, tales como, los trabajadores a domicilio, que se encontraban a medio camino entre el trabajo de artesano y el de operario. Este criterio de la dependencia económica fue discutido en numerosos países europeos, pero no es el que fue tomado en

---

<sup>15</sup> Cf. la directiva 76/207 del 9 de febrero de 1976, relativo al acceso al empleo y a la formación profesional, cuestiones que pueden interesar tanto en el caso de trabajo dependiente como trabajo independiente. Véanse en el mismo sentido las directivas "Seguridad social", aplicándose según el mismo principio de igualdad; la directiva 79/7 "se aplica a la población activa, incluyendo los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad es interrumpida por una enfermedad, un accidente o un paro de trabajo involuntario y las personas en búsqueda de un empleo, así como a los trabajadores jubilados y minusválidos".

<sup>16</sup> Dir. 76/207 del 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, art. 2.

consideración al principio para caracterizar el contrato de trabajo. Temiendo su imprecisión, se dio preferencia a un criterio de orden jurídico, el de la subordinación del trabajador a las órdenes del empleador. Es el caso de la sumisión del trabajador a la autoridad del empleador que fue por todas partes considerada como criterio principal de identificación del contrato de trabajo. El carácter del contrato de trabajo no ha de buscarse entonces en el par "beneficio/dependencia económica", sino en el par "autoridad/subordinación". A la perspectiva funcional e inductiva, la de la adaptación de la noción de contrato de trabajo a las necesidades de protección, se prefiere una perspectiva formal y deductiva, la que hace derivar la calificación del contrato del acta de sumisión de una parte a las órdenes de otra. La única cuestión que se plantea es entonces de saber si el trabajador puede recibir las órdenes en la ejecución misma de su trabajo. Así, por ejemplo, en Italia el artículo 2094 del código civil define al trabajador asalariado por el hecho de que trabaja en la dependencia y bajo la dirección del empresario (*alie dipendenze e soto la direvne dell' imprenditore*), mientras que el artículo 2222 define la prestación de trabajo independiente por la ausencia de vínculo de subordinación (*senza vincolo di subordinazione*). El código polaco del trabajo define el trabajador asalariado como él que se compromete a trabajar "en beneficio del empleador y bajo su dirección"<sup>17</sup>.

La importancia así dada a la subordinación no es inherente a la idea de contrato de trabajo. Dado que es concebible que una persona trabaje por cuenta de otra sin estar emplazada bajo sus órdenes, la tesis de la dependencia económica ha podido ser defendida y sigue influenciando la doctrina y la jurisprudencia (v. infra § III). El éxito del criterio de la subordinación no está relacionado con la naturaleza profunda del contrato de trabajo, sino con la dificultad técnica de asegurarse de otro modo que el empleador disfruta de la fuerza de trabajo de su co-contratante<sup>18</sup>. Pero la insuficiencia de este criterio pronto se ha vuelto evidente. Esta insuficiencia se sitúa en dos niveles. Por una parte en el nivel de la técnica jurídica: a pesar de su aparente simplicidad, la idea de subordinación no es suficiente para describir la situación de los asalariados cualificados que gozan en la ejecución de su trabajo de una independencia objetiva debida a su competencia profesional.

Desde entonces, el poder de dirección no se ejerce más en los marcos mismos de la prestación, sino solamente en sus periferias, bajo las condiciones de ejecución de esta prestación. El vínculo de subordinación está expresado entonces de una manera más difusa, y es más difícil resaltarlo. La insuficiencia del criterio de la subordinación se sitúa por otra parte en el nivel social: la noción de subordinación conduce - lo que constituye el principal argumento de sus adversarios - a excluir del campo de aplicación del derecho laboral a los trabajadores que no obstante requieren - objetiva o subjetivamente - una protección.

<sup>17</sup> Código polaco del trabajo, art. 22, § 1 (trad. fr.: Wydawnictwo Naukowe Scholar, Varsovia 1997).

<sup>18</sup> Cf. Fabre-Magnan M., op. cit., loc.cit.



2) Estas dos debilidades, que de vez en cuando se superponen, explican la aparición, en los diferentes países europeos de la técnica del haz de indicios, que consiste, para el juez, en proceder a una evaluación de conjunto de la relación de trabajo que debe calificar (modalidades de remuneración, propiedad de los medios de producción, organización del tiempo de trabajo, tipos e intensidad de los controles ejercidos etc.) y en examinar si existe un número suficiente de indicios de una relación de autoridad. Lo particular de esta técnica es que ninguno de esos indicios pueden ser considerados por sí mismos como determinantes.

Por ejemplo en Gran Bretaña el *contract of employment* está legalmente definido como un "contrato de servicios o de aprendizaje, que sea implícito o explícito, escrito u oral"<sup>19</sup>. De modo que la jurisprudencia ha siempre definido el contrato de servicio en oposición al contrato por unos servicios. Y el criterio de distinción fue, en primer lugar, buscado en el poder que el empleador tenía sobre la ejecución misma del trabajo. La noción tradicionalmente empleada en este caso es la de control (*control test*). Según este criterio, el contrato de trabajo es este instrumento mediante el cual el empleador puede prescribir no solamente qué trabajo debe ser hecho, sino la manera en la cual debe ser efectuado el trabajo. Sin embargo, el control test es inadecuado en el caso de los asalariados cualificados cuya competencia supera la del empleador. Por eso la jurisprudencia utiliza la técnica de la haz de indicios (*mixed test*). Después de haber analizado el grado de control ejercido sobre el trabajador, el juez examina si lo estipulado en el contrato es coherente (*consistent*) con la noción de "contract of services", y en particular si el interesado puede ser considerado como el que trabaja por su cuenta propia. En este método todo depende del peso relativo atribuible a una "incoherencia" (*inconsistency*) puntual que dicho análisis hubiera demostrado. La principal fuente de incoherencia que pueda ser señalada en la materia es el hecho de que el trabajador se comporte bajo ciertos puntos de vista como un empresario, lo que incita al juez a tratar al trabajador como el que actúa por su cuenta propia (*in business on his own account*), es decir, trabajador independiente. Lo mismo condujo por ejemplo a denegar la calidad de asalariado en el caso de los chóferes camioneros que trabajaban sobre una base incitativa<sup>20</sup>.

Esta técnica es universalmente empleada, pero la lista de los indicios juzgados como pertinentes varía según el sistema jurídico dado. Un inconveniente se manifiesta así a nivel comparativo que es, en primer lugar, sensible solamente en el plano del derecho interno, y que reside en la incertidumbre inherente a esta técnica: la parte preponderante que somete al poder de apreciación del juez impide sacar las soluciones firmes en caso de profesiones donde el vínculo de subordinación es el más fluctuante o cuya definición es la más difícil. La técnica del haz de indicios ofrece así al juez una gran

<sup>19</sup> Trade Union and Labour Relations Act, 1974, s. 30, <1>; EPCA 1978, s. 153, <1>; véase: cf. Deakin S., Morris G.S., Labour Law, 2ª ed., Butterworths, London 1998, p. 149

<sup>20</sup> El caso Ready Mixed Concrete (SE) Ltd. contra Ministro de Salarios (1968).

libertad para desplazar las fronteras del salariado en función de la idea que se hace de las necesidades de protección de una u otra categoría de trabajadores. De modo que esta técnica puede permitir tanto alargar la noción de trabajador asalariado como estrecharla (v. infra, §. III).

Las consideraciones de seguridad social siempre pesaron mucho sobre la manera de la que cada juez nacional aprovechaba esta libertad. Allí donde el trabajo asalariado es la condición de acceso a un nivel elevado de seguridad social, la preocupación por proteger al trabajador se ha repercutido sobre el problema de su calificación jurídica, y el juez tendía a ampliar las fronteras del salariado. Allí donde, al contrario, la seguridad social está más ligada a la ciudadanía que a la identidad profesional, le era más fácil al juez adoptar una definición restrictiva del trabajo asalariado. A partir del momento en el que el nivel de protección social de los trabajadores independientes frente a los riesgos sociales se acerque al de los trabajadores asalariados, el juez tenderá a adoptar, al contrario, una definición más exigente de los indicios de la subordinación.

## **II. El acercamiento del trabajo asalariado y del trabajo independiente**

### **A. Las metamorfosis jurídicas del poder**

Se podría sin duda fechar a finales de los años sesenta, junto con las perturbaciones sociales que marcaron este periodo, el comienzo de una metamorfosis de las formas jurídicas de ejercicio del poder. Tanto en la empresa como en la familia o en la esfera pública, el modelo de la autoridad entró en crisis abriendo una vía, naturalmente no de una desaparición de las relaciones de poder, sino de su profunda transformación.

En el derecho público o en el derecho de familia, esta metamorfosis se presenta principalmente de dos maneras.

En primer lugar, por un retroceso de la potestad discrecional en provecho del poder funcional. Este retroceso se tradujo por un crecimiento de los controles ejercidos sobre los apoderados: controles a priori, con el desarrollo de las obligaciones de motivación; y controles a posteriori con el crecimiento del papel del juez (es lo que ciertos llamaron el movimiento de judicialización de la sociedad). Ya pasaron los tiempos del gobernante, único juez del bien de los ciudadanos, o del padre de familia, único juez del interés del niño. Las reformas del derecho de familia llegaron a abolir lo que el derecho civil llamaba la potestad paternal, para sustituirlo por un modelo de autoridad paternal sujeta al interés del niño. El control de la autoridades públicas por el juez (administrativo, constitucional o comunitario) se ha intensificado, del mismo modo que aumentó el campo de las obligaciones de motivación (ciertos dicen de transparencia) que pesan sobre dichas autoridades.

En segundo lugar, por un retroceso de la centralización del poder en provecho de una

distribución de los poderes. El viejo principio de igualdad y el joven principio de subsidiaridad se conjugaron aquí para confrontarse con todas las formas de organización piramidal del poder. En el derecho de familia, la dinámica de la igualdad entre hombres y mujeres condujo a un reparto del poder paternal, mientras que la rebaja de la edad de madurez civil y la emergencia de los "derechos del niño" tendían a limitar el área de esta autoridad. En el derecho público, la idea de reparto horizontal de los poderes dejó el campo libre a la de su distribución vertical, con la integración en la comunidad y la regionalización, mientras que aquí y allá fue proclamado un fortalecimiento de los derechos de expresión y de iniciativa de los ciudadanos (derechos económicos, pero también políticos con el referéndum de iniciativa popular o la liberalización de los medios de comunicación, tales como radios "libres").

Naturalmente, para hacerse una idea exacta de los cambios realmente ocurridos se tendía que dar la vuelta al espejo del derecho. Ni una de las transformaciones evocadas aquí tiene su revés, o mejor su reverso. La madurez civil de los jóvenes fue anticipada, pero su madurez económica retrocede, con el desempleo o el alargamiento de los estudios, lo que alarga el tiempo de su dependencia económica frente a sus padres. El poder político se ha reducido, pero a menudo en beneficio del poder del dinero, del juez, de los expertos o de los medios... Es decir que el poder no decae sino se manifiesta en formas más complejas, más difusas a las que justamente el derecho tiene cada vez más dificultad de encuadrar.

Esa dificultad es todavía más grande en la esfera económica que en la esfera política o familiar. El derecho - derecho laboral o derecho comercial - muestra el mismo tipo de metamorfosis del poder. También allí el modelo de la organización piramidal y jerarquizada entró en una crisis. También allí prevaleció una aproximación funcional del poder que fortalece el papel de los expertos y de los jueces. También allí el poder no decae pero se manifiesta bajo nuevas formas. La dinámica de la libre competencia ha aumentado los poderes de una cuasi-magistratura económica (Comisión Europea, comisión de las operaciones de bolsa, banco europeo) en detrimento del poder económico de los Estados o de las empresas monopolistas, y por otro lado dicha dinámica confirió un poder sin precedente a los mercados financieros. La generalización del modelo de la red en la organización de las empresas<sup>21</sup> se traduce a la vez por una redistribución de los centros del poder y por una transformación profunda de sus formas de ejercicio. De manera que la desreglamentación jurídica viene acompañada de un incremento de poder de las normas técnicas con pretensión universal. La normalización técnica, y especialmente el recurso a las normas de calidad y a los procedimientos de certificación por las agencias privadas<sup>22</sup>, es sustituida por la dirección jurídica como método de control de la producción<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Castells M., *The Rise of the Network Society*, Blackwell, Oxford 1996, trad. fr. *La société en réseaux*, Fayard, Paris 1998.

<sup>22</sup> Véase: Mayer E (dir.) *¿ Certificar la calidad?*  Prensas Universitarias de Estrasburgo 1998 p.287.

<sup>23</sup> Sobre la relación entre reglas jurídicas y normas técnicas en las relaciones de trabajo, véase: *Crítica del derecho de*

La transformación de las relaciones de trabajo se basa en esas tendencias generales. El trabajador asalariado ya no es necesariamente más que un simple engranaje desprovisto de iniciativa en una organización fuertemente jerarquizada. Y el trabajador independiente ya no es necesariamente un empresario libre de obrar como quiera. El trabajo asalariado cede el terreno a lo que se puede llamar la autonomía en la subordinación, mientras que recíprocamente el trabajo no asalariado se abre a lo que se puede llamar el vasallaje en la independencia.

## **B. La autonomía en la subordinación**

La gran empresa industrial sirvió de referencia para el derecho laboral. Nadie mejor que Chaplin supo demostrar de qué concepción del trabajo esta referencia era portadora. La fábrica de los "Tiempos modernos" pretende eliminar incertidumbre humana en la ejecución del trabajo, descomponiéndolo en detalles simples, previsibles y mensurables. Esta película es por lo demás una película exactamente contemporánea en cuanto a la adopción del criterio de la subordinación como criterio del trabajo asalariado. La obra de arte nos muestra aquí en su pureza cristalina el ideal del trabajo abstracto: el factor humano es reducido al mínimo, siendo tratado cada trabajador como un simple engranaje subordinado al ritmo de la máquina. La incapacidad de Charlot para dejar de ser él mismo le hace completamente inepto para esta enajenación del trabajo, resultando inevitable su eliminación. Pero esta forma de organización no ha desaparecido en ninguna parte hasta hoy día, y fue, al contrario, importada en el sector de los servicios. No hay nada más que entrar en un hipermercado para poder constatar que la gran distribución llegó a someter el comercio a la lógica de los "Tiempos modernos" y a la enajenación generalizada del trabajo.

No obstante en el sector industrial, donde empezó a triunfar, este modelo se encuentra en crisis<sup>24</sup>. Bajo la triple influencia de la elevación del nivel de competencia y de calificación (y por consecuencia la elevación de los niveles de autonomía profesional de los trabajadores, independientemente de la subordinación contractual), de la presión creciente de la competencia en los mercados más abiertos, y de la aceleración del progreso técnico (en particular en el dominio de la información y de la comunicación), se desarrollaron otros modelos de organización del trabajo<sup>25</sup>, y junto con ellos otras concepciones del poder en la empresa. El rasgo común de esas concepciones es de apostar de nuevo por el hombre y sus capacidades personales como factor de productividad y de eficacia económica. Se trata de asegurar al hombre trabajador una autonomía que le permita expresar su talento propio, no obstante guardando lo

---

trabajo, 3a parte, PUF, París 1994.

<sup>24</sup> Cf. el informe "Transformación del trabajo y el porvenir del derecho de trabajo en Europa" (1998) encargado por la Comisión Europea (ed. francesa: Supiot A. et al.. Más allá del empleo, Flammarion, París 1999, spec. Capítulo 1, p. 25 s.).

<sup>25</sup> Cf. Comisión Europea Libro verde — Mancomunidad para una nueva organización del trabajo, op. cit., § 18.

esencial, es decir la dominación del empleador sobre los frutos de este trabajo. Los asalariados se encuentran así sometidos más a las obligaciones de resultado que a las obligaciones de medios. De ahí se deduce una libertad mucho más grande en la ejecución de su trabajo, y una liberación de sus capacidades de iniciativa. La obligación no desaparece, queda interiorizada. Un número creciente de trabajadores asalariados obran así bajo condiciones que de hecho no difieren mucho del trabajo independiente de un subcontratista.

1) La idea de volverse autónomo el asalariado es central en las últimas teorías de la gestión de empresas y en las normas de gestión que estas teorías están promoviendo dentro de las empresas. Desgraciadamente los juristas siguen siendo insuficientemente atentos a esas normas de gestión que pretenden ser universales, que interfieren en el derecho laboral, y cuya naturaleza debería aclarar las evoluciones observadas en el terreno propiamente jurídico.

El sistema de Taylor había hecho prevalecer una normalización de las actuaciones del trabajador, anunciadora del concepto de subordinación jurídica. Cada puesto de trabajo era descompuesto en una serie de actuaciones, tan simples y mensurables como posible; el trabajador destinado a este puesto debía realizar esas operaciones en la secuencia y con la velocidad prescrita, y bajo el control de otro asalariado de nivel jerárquicamente superior. Esta organización se adaptaba a la realización de una producción masiva, cumpliendo con los estándares de calidad poco exigentes. Los nuevos esquemas de organización conciernen, al contrario, a la realización de productos diversificados y de mejor calidad. Las disposiciones personales del trabajador son entonces determinantes, puesto que repercuten en la calidad de los productos. Esta "repersonalización" de la relación de trabajo ha inspirado las tesis de la gestión participativa de empresas. Esas tesis provienen de la necesidad de dejar al trabajador ciertos márgenes de libertad que le permiten expresar sus cualidades personales en la realización de su trabajo.

En esta perspectiva, el peso directo de la jerarquía debe reducirse, sobre todo porque el superior jerárquico tiene muchas veces, en las empresas de importante valor añadido, los conocimientos inferiores a los de su subalterno en el dominio preciso de competencias que implica su trabajo. El control del trabajador no desaparece, sino su objeto se desplaza. En vez de referirse a la manera de efectuar una tarea determinada, se referirá más al resultado de esta tarea. De ahí la implantación en las empresas de normas destinadas a evaluar la aportación propia de cada trabajador. A la normalización de las operaciones que caracterizaba el esquema de Taylor sucede entonces una normalización de las personas. El objetivo es de reducir la incertidumbre inherente al contrato de trabajo (el empleador nunca está seguro de las cualidades del trabajador que contrata); pero esta reducción de incertidumbre se espera mediante la interiorización, por cada trabajador, de las normas y valores de la empresa y no de la codificación de las modalidades de realización del trabajo. El superior jerárquico ya no obtiene su poder tanto del hecho de que sepa hacer mejor lo mismo que su subordinado, como del

hecho de que está capacitado para implantar las normas abstractas de evaluación de los rendimientos de este subordinado. Algunas de estas normas triunfaron en las empresas, como el método Hay, referente a la evaluación de los puestos, que abarca entre otros factores de evaluación del trabajador el grado (¡cuantificado!) "de iniciativa creadora" requerida<sup>26</sup>. Estas normas, elaboradas en la mayoría de los casos por unos expertos externos a la empresa, sirven para legitimar las decisiones del empleador, en particular en el dominio de los salarios<sup>27</sup>. La política de remuneraciones (salarios y participación en los resultados de la empresa) es en consecuencia, a parte de las entrevistas de evaluación individuales y de las convenciones de objetivos, un elemento importante de la gestión participativa de empresas. En Europa y en los Estados Unidos esta política revistió a menudo la forma de una individualización de los salarios, basada en esas normas (supuestamente objetivas) de evaluación de los puestos y de las cualidades. Y seguramente no se trata ya, en el caso del asalariado de dar una parte calculada de su tiempo y de obedecer mecánicamente a las órdenes a cambio de un salario, se trata de dar "lo mejor de sí mismo" para incrementar al máximo sus ingresos. Mejor dicho, se trata de comportarse como el trabajador independiente. Las normas de gestión introducen así la ficción de un asalariado por su propia cuenta.

La imagen del poder que resulta de esas nuevas técnicas de gobernar a los trabajadores es similar a la que vemos establecerse en la esfera política o familiar. El poder patronal "de derecho divino", omnisciente y omnipotente, cede el terreno a un poder funcional, poniendo en obra las normas de gestión fundadas en la autoridad de los expertos que las elaboran o aplican en el cuadro de los procedimientos de auditoría<sup>28</sup>. Y la centralización del poder cede el terreno a su distribución vertical, atribuyéndose a cada "colaborador" de la empresa una esfera de iniciativa y de responsabilidad.

2) El derecho laboral demuestra las mismas evoluciones, pero desde un diferente punto de vista. Mientras que el *management* se otorga el poder patronal desde el interior y según los criterios de eficacia, el derecho lo percibe desde el exterior y según los criterios de legalidad. Y, no obstante, las mismas tendencias aparecen en la práctica desde este punto de vista distinto.

a) El retroceso del poder patronal discrecional a favor de un poder funcional es una constante en la evolución del derecho laboral desde finales de los años sesenta. Bien entendido, este movimiento general tuvo sus vaivenes, y no fue expresado en todas partes con la misma fuerza, ni tampoco tuvo la misma velocidad, pero la tendencia general en los últimos treinta años es indudable. Este retroceso se manifestó en tres formas principales. En primer lugar por el desarrollo de las obligaciones de motivación de las decisiones del empleador susceptibles de afectar la situación de los asalariados.

<sup>26</sup> Véase: Beseyre des Horts C.-H., Gestionar los recursos humanos en la empresa, Las Ediciones de organización, París 1990, p. 52.

<sup>27</sup> Cf. Raynaud B., El salario, la regla y el mercado, C.Bourgeois, París 1992, p. 215.

<sup>28</sup> Cf. Power M., Tlie Audit Society. Rituals of Verification, Oxford University Press 1997, p. 183.

Que se trate de sanciones disciplinarias, de despidos individuales o colectivos, o en general de decisiones económicas que se repercutan en el empleo, el empleador ya no tiene derecho de gobernar por ucases. Simplemente debe justificar sus decisiones. Luego por el desarrollo de los derechos de información, de consulta y de control por parte de los representantes del personal. Estos derechos existían desde hace mucho tiempo en ciertos países (en particular con la *Mitbestimmung* alemana) pero sufrieron un desarrollo espectacular desde hace treinta años y el derecho comunitario ha obligado a los países más reacios a someterse a dichos derechos<sup>29</sup>. Finalmente, por un crecimiento del papel del juez, cada vez más solicitado para controlar a posteriori la legalidad o también la legitimidad de ciertas decisiones patronales; el derecho del despido es particularmente revelador de esta evolución<sup>30</sup>.

b) El retroceso de la centralización del poder a favor de una distribución de los poderes no se manifiesta solamente en las técnicas de gestión de empresas. Se manifiesta también en el derecho laboral mediante las importantes transformaciones del vínculo de subordinación. Asistimos por una parte al derretimiento del polo patronal y por otra parte al desarrollo de una esfera de autonomía, jurídicamente garantizada al asalariado.

- *El derretimiento del polo patronal* resulta de las nuevas formas jurídicas de la empresa. A la gran organización integrada y centralizada sucedieron las formas de empresas estalladas, tales como los grupos y últimamente las redes de empresas. En los dos casos se trata de sustituir un centro de poder único por una pluralidad de polos de decisión, cada uno teniendo su propia esfera de competencias y de responsabilidades. Esos polos están unidos mediante técnicas de derecho de las sociedades (en caso de los grupos) o de derecho de los contratos (en caso de las redes). Los grupos dieron lugar a una abundante literatura jurídica, mientras que las redes, con numerosas referencias en ciencias de gestión, aparecen apenas a la vista de los juristas. La diferencia entre las redes y los grupos de empresas no debe ser exagerada: las redes son los grupos con estructura contractual, mientras que los grupos son las redes con estructura societaria. Finalmente tanto unos como otros hacen frente al mismo tipo de problemas en el derecho laboral: el vínculo de subordinación, que siempre fue concebido como un vínculo entre dos sujetos de derecho, se encuentra afectado por un derretimiento del polo patronal. El interlocutor contractual del asalariado sigue siendo el empleador de jure. Pero este último no detiene en realidad más que una parte del poder (esencialmente el poder de vigilar la buena ejecución del contrato). En cambio, las decisiones más importantes dependen del polo patronal opuesto (la sociedad matriz, o el donador de órdenes), que ejerce un poder *de facto* sobre la gestión del personal quedando exento de toda responsabilidad jurídica.

<sup>29</sup> Véase en particular: CJCE del 8 de junio de 1994, Comisión contra Reino Unido, Expie. C/382 y C 383-92, Derecho social 1994, 923, obs. Lyon-Caen G., Bercuson B., *European Labour Law*, Butterworths, London 1996, p. 510 sq.; Rodière P, *Derecho social de la Unión Europea*, LGDJ, París 1998, no 282, p. 284.

<sup>30</sup> Véase: Couturier G., "¿Qué futuro para el derecho del despido? Perspectivas de una regulación europea. Informe para el Congreso europeo de Leiden" (1996), *Derecho social* 1997, 75.

Dentro de un grupo de sociedades, es todavía relativamente fácil dominar jurídicamente esta pluralidad de polos patronales, porque la podemos seguir en la participación financiera de una sociedad en otra. El importe de esas participaciones permite no solamente determinar la existencia de un poder de control, sino que también graduarlo (control mayoritario o minoritario). De esta manera es posible jerarquizar las sociedades miembros del grupo e identificar la que tiene, no todo el poder, pero por lo menos las llaves del poder en el grupo. En cambio la estructura contractual de las redes hace más difícil la definición de esas eventuales relaciones de dominación, y la identificación de un centro. Como lo ha mostrado Gunther Teubner en un artículo seminal acerca este tema<sup>31</sup>, la red es una hidra de Lema con muchas cabezas que no se deja reducir ni a un nexo de contratos, ni a una organización jerarquizada.

- El derecho laboral tuvo un papel importante en la identificación y la organización de esas nuevas formas de organización del poder. Actualmente existe un derecho laboral propio de los grupos de empresas, que rige, por una parte, la situación individual del asalariado unido o designado sucesivamente a varias sociedades del mismo grupo y, por otra parte, la representación colectiva de los trabajadores del mismo grupo. La reciente directiva comunitaria sobre los grupos de dimensión comunitaria<sup>32</sup> ha iniciado, en esta materia, una dinámica jurídica y el caso de Renault Villevorde no es más que su primera manifestación. Las redes de empresas no escapan de la misma dinámica. El derecho comercial ya se ha enfrentado a ellas, por ejemplo, a través de las reglas de transparencia que rigen la competencia<sup>33</sup>, o de las reglas del derecho bursátil, que permiten caracterizar ciertas formas de dependencia contractual entre sociedades cotizadas. La aproximación de las redes por el derecho laboral parece mucho más balbucida, surge, sin embargo, a través de reglas que rigen la higiene y la seguridad o la subcontratación<sup>34</sup>. A partir del momento en el que varias empresas cooperan para realizar un producto, en las condiciones que afectan las condiciones de higiene y de seguridad de los asalariados, la intervención del derecho laboral es en consecuencia inevitable para evitar cualquier derretimiento de las responsabilidades en este dominio.

- El desarrollo de una esfera de autonomía jurídica garantizada a los asalariados no es cosa nueva en el derecho laboral. Las instituciones representativas (sindicales o electivas) desde hace muchos años aplican en práctica la idea de "contra-poderes" en la empresa, con miras a liberar en el plano colectivo a los trabajadores subordinados en el plano individual. El éxito del derecho en la negociación colectiva amplió este

<sup>31</sup> Teubner G., "The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors", en: McCahery J., Picciotto S., Scott C., Corporate Control and Accountability, Oxford University Press 1993, p. 41.

<sup>32</sup> Dir. 94/45 del 22 de septiembre de 1994; JOCE no L.254/64 del 30 de septiembre de 1994.

<sup>33</sup> Cf. la directiva "Transparencia" no 80/723 del 20 de junio de 1980 {JOCE, L. 195 del 29 de julio de 1980}, que caracteriza la empresa pública mediante la idea de "influencia dominante" y no mediante la posesión de capital (véase: Gavalda C., Parleani G., Tratado de derecho comunitario de los negocios, 2a ed., Litec, Paris 1992, no 1022, p. 741).

<sup>34</sup> Cf. Morin M.-L., "Subcontratación y relaciones salariales. Aspectos de derecho laboral". Trabajo & Empleo, no 60, 1994, p. 23; Supiot A. (dir.). Más allá del empleo, Flammarion, Paris 1999, p.45.



movimiento. El imperio de la decisión unilateral del empleador tuvo que ceder el terreno, en ciertos dominios, a las decisiones negociadas. Este movimiento confirió a los representantes del personal las nuevas responsabilidades, muchas veces muy difíciles de asumir en los períodos de dificultades económicas. La negociación "donante-donante", desarrollándose en particular en materia de empleo muestra lo peligroso de su ejercicio. Además induce a los sindicatos a avalar una regresión de las condiciones de trabajo (baja o congelación de los salarios; flexibilización del tiempo de trabajo) a cambio de hipotéticos compromisos patronales en el dominio del empleo. Esas decisiones negociadas son dotadas de una legitimidad mucho más fuerte que las medidas unilaterales, puesto que crean obligaciones entre sus signatarios. Así la "democratización" del poder que obra en la negociación colectiva no se manifiesta aquí por un debilitamiento de este poder. Al contrario, permite a los trabajadores adherirse a las normas de gestión - y en primer lugar a las normas financieras - que rigen la marcha de las empresas.

La distribución del poder de arriba hacia abajo ya no se detiene en el nivel de las instituciones representativas. Se extiende hoy en día hasta los asalariados, a los que fueron otorgados derechos nuevos que les permiten, bajo ciertas condiciones, liberarse momentáneamente del vínculo de subordinación. Esos derechos se han desarrollado principalmente bajo dos formas. La primera es la de bajas especiales, que autorizan al asalariado a dejar temporalmente la empresa para dedicarse a diversas actividades de carácter privado (año sabático, baja por maternidad...), profesional (creación de empresa, cursos de formación...) o bien de interés general (mandato político o asociativo...). Ciertos de estos permisos pueden ser pagados total o parcialmente por la empresa o por otras organizaciones. El asalariado dispone así de una libertad nueva en su vida profesional que puede sacrificar temporalmente por otros tipos de compromisos. Esta situación le acerca naturalmente a la del trabajador independiente; además ciertos derechos, tales como la percepción de devengos por sustitución en caso de excedencias por maternidad fueron reconocidos en ciertos países sin distinción entre trabajadores asalariados e independientes. La segunda forma de autonomía en la subordinación individual consiste en los derechos de iniciativa otorgados a ciertos asalariados o en ciertas circunstancias. Obligando al asalariado a "preocuparse por su seguridad y por su salud, así como por las personas a las que concierne el hecho de sus actos o de sus omisiones", la directiva no 89-391 le ha reconocido implícitamente un derecho que ciertos derechos nacionales admiten explícitamente: el derecho de retirarse en caso de una situación peligrosa para su salud o su seguridad. La cláusula de conciencia, reconocida en caso de ciertas profesiones (por ejemplo de los médicos en materia de aborto, o de los periodistas en caso de cambiar la orientación su periódico) funciona similarmente, haciendo del asalariado el juez único del comportamiento que es conveniente adoptar frente a una situación de trabajo determinada.

Todo eso acerca naturalmente el trabajador asalariado al trabajador independiente. Pero este acercamiento puede también entenderse en otro sentido: los trabajadores

independientes se encuentran muchas veces implicados en las situaciones de vasallaje muy cercanas del vínculo de subordinación.

### C. El vasallaje en la independencia

Como lo ha mostrado Gérard Lyon-Caen en una obra en varios aspectos premonitoria<sup>35</sup>, la situación de los trabajadores independientes se caracteriza en primer lugar por una gran heterogeneidad de regímenes jurídicos. No existe un derecho laboral independiente propiamente dicho, pero sí una pluralidad de derechos profesionales, más o menos desarrollados, y muchas veces unidos a la naturaleza particular del objeto del trabajo prestado. Unas veces estos derechos no son más que un aspecto profesional del contrato característico de la profesión (transportistas, mandatarios, gerentes), otras veces se han desarrollado bien, incluyendo las reglas particulares de acceso a la profesión, el respecto de una deontología, es decir, instituciones profesionales específicas con competencias diferentes (es el caso de los médicos o de los abogados). Esto confirma la hipótesis según la cual el trabajo independiente queda fuertemente unido al trabajo concreto, es decir, a las características propias del servicio prestado o del producto realizado. No obstante de esta manera es difícil evidenciar las tendencias generales.

1) Es en el derecho de la seguridad social donde tales tendencias son más fáciles de identificar. Los trabajadores independientes tienen que asumir en común los riesgos económicos de su actividad profesional, y durante largo tiempo fueron apartados de los regímenes de seguridad social, porque el seguro contra los riesgos era tratado como la contrapartida de la dependencia<sup>36</sup>. Esta oposición marcada entre el trabajador subordinado y protegido por una parte, y el trabajador libre y responsable de todos los riesgos inherentes a su actividad por otra parte, perdió de una manera muy singular su fuerza con la tendencia irresistible a la generalización de la seguridad social. Esta evolución es evidente en los sistemas universalistas provenientes del plan de Beveridge y luego aplicada en numerosos países europeos (por ejemplo en Italia en materia de sanidad). Pero está también patente en los sistemas de seguridad social que han conservado una base profesional, intentando generalizar la cobertura de ciertos riesgos (enfermedad, vejez) sobre toda la población. Que esta generalización se haya traducido por la creación de regímenes especiales reservados a los independientes, o por la extensión de los regímenes de los asalariados a los trabajadores independientes, siempre llevó a colocar a estos últimos en los vínculos de solidaridad profesional. Esta solidaridad frente a los riesgos y las obligaciones de contribución financiera que los acompañan, implica naturalmente una restricción de la independencia económica de los profesionales interesados que se encuentran obligados de afiliarse a un seguro social no escogido por ellos. Esta obligación fue el objeto de numerosos recursos en el Tribunal

<sup>35</sup> Lyon-Caen G., *El derecho de trabajo no asalariado*, Sirey, París 1990, p. 208.

<sup>36</sup> El derecho "obrero" mezclaba indistintamente las reglas de derecho de trabajo y de seguridad social: véase notas: Scelle G., *El derecho obrero*, 2a ed., A. Colin, París 1929.

de Justicia, casi forzado a afirmar la existencia en el derecho comunitario de un principio de solidaridad que se aplica tanto a los trabajadores independientes como a los asalariados<sup>37</sup>. El derecho de la seguridad social se vuelve un observatorio privilegiado del acercamiento de la situación jurídica de los asalariados y de las independientes<sup>38</sup>.

El acercamiento ocurrido mediante el derecho de la seguridad social entre asalariados e independientes es también visible en la definición de trabajador adoptada por el derecho comunitario en materia de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social. Como consecuencia de la entrada en la comunidad de los países cuya seguridad social tiene una base universal, el Tribunal de Justicia ha extendido la noción de trabajador a aquellos que trabajaron sucesivamente como empleados asalariados e independientes<sup>39</sup>. Desde que el reglamento 1390/81 ha ampliado la coordinación comunitaria a los trabajadores no asalariados, la distinción entre trabajadores asalariados y no asalariados ha perdido lo esencial de su significación en este dominio<sup>40</sup>. Esto significa que la calidad de trabajador, en el sentido de las reglas de coordinación comunitaria de seguridad social, es inherente a la persona que vive de su trabajo y está asegurada de este modo en el derecho interno. Dicha calidad no se pierde ni por una interrupción temporal de actividad, ni siquiera por un cambio de la naturaleza - dependiente o independiente - de esta actividad, a partir del momento en el que el trabajo independiente es asimilado al trabajo dependiente por la legislación nacional. Esta continuidad de la calidad de trabajador, reconocida independientemente de la continuidad y de la naturaleza exacta de los diferentes contratos por los cuales el trabajador ofrece sus servicios, es el corolario indispensable de la idea de continuidad y de generalidad de la protección social característica de todos los sistemas europeos. Esta concepción profesional del trabajador es muy significativa de una tendencia más general, que existe en la terminología de la Carta de los derechos sociales fundamentales. En esta Carta figuran nociones tales como profesión, vida activa, o vida profesional - que se refieren todavía más a una identidad profesional que a la naturaleza, salarial o no, de los contratos cerrados por el trabajador.

2) Sin embargo este acercamiento es también visible en la evolución de los contratos profesionales que son la base de la actividad de los trabajadores independientes. Varios estudios realizados en este terreno han puesto en evidencia la integración de estos trabajadores en de las redes de producción o de distribución<sup>41</sup>. Estos trabajadores están

<sup>37</sup> CJCE de 17 de febrero de 1993, Causas C-159 y 160/91 (Poucet y Pistre) Rec. I, p. 664, D soc. 1993, 488, note Ph. Laigre y obs. J.-J. Dupeyroux; CJCE, 16 de noviembre de 1995 Caus C-244/94 (Corevd), Dr. soc. 1996, 82, nota de Ph. Laigre; CJCE 26 de marzo de 1996, Caus C-238/94 (García), Dr. soc. 1996, 707.

<sup>38</sup> Gérard Lyon-Caen observa además que el derecho de la seguridad social es el único que formule una definición unitaria de la noción de ingresos profesionales de los independientes (in: 1derecho de trabajo no asalariado, op. cit., no 143, p. 132).

<sup>39</sup> CJCE del 29 de septiembre de 1976 (Brack), Caso 17/76, Rec. 1976, 1429.

<sup>40</sup> Cf. Rodière P., Derecho social de la Unión Europea, LGDJ, París 1998, no 484. p. 474.

<sup>41</sup> Véase en idioma francés, la obra de referencia de Virasamy G., Los contratos de dependencia, LGDJ, París 1986, p.

sometidos a las disciplinas colectivas en la realización de su actividad profesional. Tienen que respetar cierto número de normas comerciales (política de precios, publicidad, servicios al cliente etc.) y técnicas (normas de calidad, métodos de fabricación, equipamiento de los locales etc.), y de someter el respecto de estas normas al control del donador de órdenes. En cambio están asegurados de la estabilidad de la relación contractual, que se traduce en particular por un derecho a indemnización en caso de ruptura del contrato. Los contratos de integración que formalizan este intercambio siguen siendo contratos individuales, pero con una fuerte normalización en el plano colectivo, la mayoría de las veces mediante los contratos-tipos, cuyas estipulaciones son negociadas colectivamente, o incluso mediante verdaderos convenios colectivos<sup>42</sup>. Esta tendencia general, relacionada con la organización de las redes de empresas (v. Supra), se refleja en la mayoría de los sectores de actividad. No obstante reviste formas diferentes según las profesiones, lo que vuelve a confirmar la hipótesis de un vínculo estructural entre trabajo independiente y trabajo concreto. Gran número de casos podrían ser examinados aquí. Por ejemplo, el de las profesiones de sanidad, que la generalización del derecho de la seguridad social sitúa inevitablemente en una relación de dependencia económica respecto a las cajas de seguridad social, aún cuando siguen siendo jurídicamente trabajadores independientes; o todavía el de los subcontratistas, que fueron sometidos en ciertos sectores (construcción, transportes por carretera) a unas reglas especiales con el motivo principal de evitar el derretimiento de las responsabilidades en materia de sanidad y de seguridad<sup>43</sup>. Nos limitaremos aquí a enunciar dos de estos casos, particularmente llamativos: el de los contratos de integración en agricultura, y el de las redes de distribución comercial.

a) El sector de la agricultura es particularmente interesante porque sigue siendo en la mayoría de los países europeos un bastión del trabajo independiente<sup>44</sup>. No obstante esta independencia conservada en el plano jurídico no puede ocultar la fuerte dependencia económica en la cual se encuentran hoy en día la mayoría de los agricultores europeos. Dependencia respecto a la política agraria común, que subvenciona una parte importante de los ingresos agrícolas, y dependencia respecto a las industrias agro-alimentarias. La contrapartida de las subvenciones públicas es la sumisión a las disciplinas cuantitativas, con, en particular, el régimen de las cuotas de producción, que ha introducido el reparto del trabajo en el sector agrícola a un grado desconocido en otras partes. La integración de las redes de producción agroalimentarias tiene su contrapartida en la sumisión a las normas técnicas en el capítulo de las materias primas, de los métodos de trabajo, de la comercialización, y deja el campo libre al poder de

---

334; y acerca de las consecuencias de esta dependencia en el dominio de la responsabilidad: Del Cont C., Propiedad económica, dependencia y responsabilidad, L'Harmattan, Paris 1997, p. 399.

<sup>42</sup> Véase por ejemplo a propósito de los agentes de seguros: Barthélémy J., "¿Un convenio colectivo de trabajadores independientes?". Derecho Social 1997, p. 40.

<sup>43</sup> Morin M.-L., "Subcontratación y relaciones salariales", op. cit., p. 23.

<sup>44</sup> Véase: las estadísticas publicadas por el BIT, Promoción del empleo independiente, Ginebra, 77a sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, informe Vilo, 1990, tabla AI, p. 108; y por la Comisión Europea, El empleo no asalariado en Europa (1983/94) y Empleo en Europa, 1996, p.61.

control por parte de las empresas integradoras<sup>45</sup>.

La situación de los agricultores "bajo el contrato" de integración es a veces tan vecina de la subordinación que hizo falta, por ejemplo en Francia, que una ley intervenga para sustraerlos de la calificación de asalariados<sup>46</sup>, y que es con referencia al derecho laboral que el juez profiera la resolución del contrato de integración cuando éste, cosa frecuente, quede afectado por una cláusula de nulidad<sup>47</sup>. La ley ha previsto el cierre de los contratos-tipos por los organismos profesionales. Una vez homologados por el decreto ministerial, estos contratos-tipos recobran una fuerza obligatoria comparable a la de una convención colectiva extendida<sup>48</sup>. En el derecho alemán, la integración agrícola no ha sido sometida a una ley especial<sup>49</sup>. La integración contractual puede resultar sea de los contratos de producción y de despacho de productos (*Bezugs und Absatzverträge*), sea de los contratos de carácter salarial (*Verträge mit Lohnvertragscharakter*). En este último caso el agricultor está sometido a las instrucciones de su interlocutor contractual, y obtiene en cambio las garantías de un determinado nivel de remuneración; pero jurídicamente sigue siendo un trabajador independiente. El mundo agrícola aparece de esta manera como un sector económico que ha pasado directamente de una organización del trabajo preindustrial, basada en la pequeña explotación independiente, a una organización que se podría calificar de post-industrial, basada en las redes de producción que sitúan al agricultor en la dependencia económica del donador de órdenes y al mismo tiempo manteniendo intacta su independencia jurídica.

b) El aspecto que ofrece el sector de la distribución comercial es por varias razones semejante. El modelo industrial (el hipermercado tayloriano encaminado hacia la reducción máxima del factor humano) masivo y violento en ciertos países (como Francia) condujo a la integración vertical de ciertos proveedores por un gran distribuidor o un agrupamiento de distribuidores (centrales de compras) que forman de esta manera su propia red de aprovisionamiento. Este tipo de red se desarrolla mediante los contratos de referencia, gracias a los cuales el proveedor referenciado accede al sistema de distribución de su interlocutor contractual. El poder de compra permite al distribuidor obtener las condiciones privilegiadas y someter los proveedores a ciertas normas técnicas de calidad de los productos o de servicios posventa, mientras que la integración en la red ofrece a estos proveedores la seguridad de sus ventas. Al

---

<sup>45</sup> Véase para una aproximación comparativa: Masart A.(dir.), *Accordi interprofessionali e contratoü agroindustriali. Problemi di inquadramento giuridico*, ETS editora. Pisa 1990, p. 311. 44 Ley del 6 julio de 1964 sobre la economía contractual en agricultura (modificada muchas veces, entre otras en 1975 y 1980).

<sup>46</sup> Véase para una aproximación comparativa: Masart A.(dir.), *Accordi interprofessionali e contratoü agroindustriali. Problemi di inquadramento giuridico*, ETS editora. Pisa 1990, p. 311.

44 Ley del 6 julio de 1964 sobre la economía contractual en agricultura (modificada muchas veces, entre otras en 1975 y 1980).

<sup>47</sup> Cf. Lorvellec L., "El agricultor bajo contrato", en: *Trabajo en perspectivas*, obra prec. p. 179.

<sup>48</sup> Lorvellec L., "Los contratos-tipos de integración homologados". *Revista de derecho rural* 1984, p. 245.

<sup>49</sup> Véase: Winkler W., "Los contratos agroindustriales en la República Federal de Alemania", en: Masart, A. (dir.), op. cit., p. 239.

contrario, el pequeño comercio ha podido en muchos casos sobrevivir solamente gracias a la integración en redes de distribución, dominadas por un proveedor<sup>50</sup>. Estas redes de distribución se forman sobre la base de los contratos de franquicia o de concesión que crean un vínculo entre los comerciantes y el proveedor cuyos productos distribuyen. Asegurado por una parte (o beneficiando de la exclusividad) de las ventas de un producto o de una marca, y del apoyo técnico y comercial del proveedor, el distribuidor debe plegarse en cambio a ciertas normas técnicas, o a una política de precios y a los métodos de comercialización dictados por el proveedor.

La reglamentación comunitaria ofreció a ciertas redes comerciales un cuadro jurídico protegiéndolas de la prohibición de acuerdos y de posiciones dominantes fulminada por el Tratado de Roma<sup>51</sup>, mientras que otras siguen siendo sometidas a los procedimientos de exención individual previstas por el artículo 88 de este Tratado. Sin embargo este procedimiento no se aplica a las redes de distribución caracterizadas por una "integración total" de los distribuidores<sup>52</sup>. La integración es total cuando el distribuidor no soporta el riesgo financiero, queda al servicio exclusivo del proveedor y no interviene sobre el mismo mercado como distribuidor independiente. Cuando estas tres condiciones están reunidas, el distribuidor no es un empresario en el sentido del derecho comunitario, aunque fuera tratado jurídicamente calificado como trabajador independiente... Efectivamente, según el Tribunal de Justicia Europea "la noción de empresa en el contexto del derecho de la competencia tiene que entenderse como una unidad económica desde el punto de vista del acuerdo dado, aún cuando, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica se compone de varias personas físicas o morales"<sup>53</sup>. Esta definición lleva en cambio a designar como empresario independiente al proveedor o al distribuidor integrado en una red sin ser absorbido por la empresa del integrador.

La dependencia económica que resulta de esta integración no es sin embargo ignorada por el derecho. Por ejemplo, el derecho belga ha sometido la anulación de los contratos de concesión de venta a las reglas especiales protectoras del concesionario<sup>54</sup>. El derecho alemán protege aquellos cuya actividad depende del integrador en el contexto de "que no existen para ellos posibilidades suficientes y viables de dirigirse a otras empresas"<sup>55</sup>. En Francia una obligación de información previa fue impuesta a las empresas integradoras en sector de la distribución<sup>56</sup>. Las nociones de contrato de interés común o

<sup>50</sup> Véase: Amiel-Cosme L., *Las redes de distribución*, LGDJ, París 1995, p. 404; Beauchard J., *Derecho de la distribución y del consumo*, PUF, París 1996; Behar-Touchais M., Virasamy G., *Los contratos de la distribución*, LGDJ, París 1999, p. 938; Collart Dutilleul R., Delbecque Ph., *Contratos civiles y comerciales*, 4a ed., Dalloz, París 1998, no 903, p. 765.

<sup>51</sup> Véase por ejemplo: el Reglamento no 4087/88 del 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del art. 85 §3 en los contratos de franquicia (JOCE n° L 359 del 28 de diciembre de 1988).

<sup>52</sup> Véase: Behar-Touchais M., Virasamy G., op. cit., no 974, p. 502 y las referencias citadas.

<sup>53</sup> CJCE del 12 de julio de 1984, (Hydrotherm), Rec. 1984, p. 2999.

<sup>54</sup> Cf. Virasamy G., *Los contratos de dependencia*, op. cit., no 335, p. 281.

<sup>55</sup> Véase: Bouscant R., *El Control de las empresas en posición dominante en la República Federal de Alemania*, Bruyant, Bruselas 1991, p. 253; Kohier, "El abuso del poder de compra en RFA", *Revista internacional de derecho comparativo* 1988, p. 549.

<sup>56</sup> Ley (o) no 89-1008 del 31 de diciembre de 1989, llamada Ley de Doubin. Véase: Behar-Touchais M., Virasamy G., op.

de abuso de derecho fueron acentuadas para estabilizar las relaciones contractuales dentro de las redes de distribución y asimismo asegurar cierta seguridad económica a los empresarios integrados. Estas técnicas permiten el desarrollo de una casuística mediante la cual el juez determina caso por caso el grado de protección que se debe aportar a la parte débil, en función del grado de dependencia en la cual se encuentra y de la manera de usar su poder la parte fuerte. La dependencia económica no constituye así, igual que en el caso de la subordinación, un criterio general de calificación que conlleve la aplicación de un verdadero estatuto profesional. El interés del derecho de la distribución se sitúa menos en la coherencia y la fuerza de los remedios que ofrece a la dependencia económica, que en la posibilidad, que revela, de describir esta dependencia y de dar consistencia jurídica a la noción de redes de empresas.

Por consiguiente, el trabajo independiente y el trabajo asalariado se encuentran atrapados en la misma nueva lógica de ejercicio del poder económico. La empresa moderna se satisface indiferentemente tanto de la simple obediencia a las órdenes como de la independencia absoluta. Necesita subordinar las capacidades de iniciativa y de responsabilidad de los trabajadores a sus propios objetivos. Se inventan nuevas maneras de dirigir a los hombres, evocando el avasallamiento feudal: de tal manera que un vínculo de vasallaje se establece más o menos a largo plazo, un vínculo que no quita al vasallo su calidad de ser humano sino que le obliga a ejercer esta libertad sirviendo a los intereses de su señor<sup>57</sup>. Evidentemente, del mismo modo que la actitud servil no es lo mismo que el feudo, el empleo asalariado no se confunde con la integración económica del trabajador independiente. No obstante uno y otro proceden del mismo esquema cultural, que lleva a pensar sus relaciones ya no en términos de oposición sino más bien en los de articulación.

### **III. La articulación del trabajo asalariado y del trabajo independiente**

El derretimiento relativo del criterio de la subordinación, y el acercamiento de la situación jurídica de los trabajadores asalariados e independientes provocaron una reflexión intensa para reconsiderar los papeles desempeñados respectivamente por el derecho laboral, el derecho civil y el derecho comercial en materia de actividad profesional. La manera más simple de enfrentarse a este problema consiste en pensarlo en términos de las fronteras que se desplazan en uno u otro sentido. Sin embargo, lo propio de las fronteras es que sólo tienen dos lados y no admiten situaciones intermediarias. Es por eso que otra manera de encaminar este debate consistía en la interrogación sobre la zona gris que separa el salariado de la independencia y sobre lo oportuno de implantar allí formas híbridas. La tercera manera, más ambiciosa, de abordar el problema consistiría en explorar la posibilidad de un derecho común del

---

cit., no 34, p. 20 y la bibliografía citada.

<sup>57</sup> Del vínculo vasálico (u), véase: Bloch Marc, *La sociedad feudal*, la ed., Albin Michel, Paris 1939, última ed. 1994, p. 209; Lemarignier J.-E., *Francia medieval. Instituciones y sociedad*, A. Colin, Paris 1970, p. 126. La hipótesis de la refeudalización contemporánea de las relaciones sociales fue desarrollada por P. Legendre en diversas publicaciones siendo la última en: *Acerca de la cuestión dogmática en el Occidente*, Fayard, Paris 1999, spec. p. 235.

trabajo cuya vocación sería la gestión de todo tipo de actividad profesional, dando siempre importancia a la diversidad de sus formas contractuales.

### **A. El debate sobre las fronteras del salariado**

Acerca de este tema hay una confrontación de dos tesis. Por un lado la tesis que soporta la ampliación del imperio del derecho laboral a desfavor del trabajo independiente. Por otro lado la que defiende a cambio la idea de la reconquista del terreno perdido por el derecho civil y el derecho comercial respecto al derecho laboral.

#### 1) La ampliación del campo de aplicación del derecho laboral aplicado al asalariado

a) Esta ampliación se debe en primer lugar al juez, quien, en la mayoría de los países europeos, utilizó en este sentido la técnica del haz de indicios. De este modo en Francia, es la noción de subordinación jurídica que sigue sirviendo como principio de criterio distintivo del contrato de trabajo: se trata de saber si, en la ejecución de su trabajo, el trabajador permanece bajo las órdenes del que le paga<sup>58</sup>. Pero este criterio de la subordinación se enriqueció considerablemente y se ha vuelto más complejo, en el sentido de una ampliación de la noción de contrato de trabajo. La idea principal de esta ampliación consiste en preguntarse si el trabajador ejerce su libertad de emprender o más bien solamente su libertad de trabajar<sup>59</sup>. Esta idea general está introducida por dos nociones que la jurisprudencia utiliza hoy en día para describir la dependencia del trabajador. La primera es la de la integración en un servicio organizado, que implica el control por el beneficiario de la prestación no sobre la ejecución del trabajo sino sobre las condiciones de esta ejecución. Esas condiciones pueden afectar el tiempo (existencia de limitaciones de horario, obligación de respuesta a las convocatorias etc.), el lugar (es el beneficiario el que determina este lugar, que se trate de un establecimiento, de un trayecto o de un sector de actividad) o los medios de trabajo (el beneficiario detiene las herramientas, la documentación, el local necesario a la prestación etc.). Esta noción de integración en un servicio organizado fue aplicada en primer lugar en materia de seguridad social<sup>60</sup>, antes de extenderse al derecho laboral. Permitted reconocer la calidad de asalariados a los trabajadores que disfrutaban de cierta independencia en la ejecución de sus tareas, tales como los profesores<sup>61</sup>, los médicos<sup>62</sup>, los agentes comerciales<sup>63</sup> etc. Otra noción desarrollada por la jurisprudencia francesa es la de participación en la empresa ajena. Esta noción es un test negativo, que consiste en averiguar por un lado que el trabajador no emplea asalariados, ni tiene su propia clientela<sup>64</sup>, y por otro lado

<sup>58</sup> Véase: Aubert-Montpeysen Th., Subordinación jurídica y relación de trabajo, Th. Toulouse, Ed. del CNRS, 1988, p. 337.

<sup>59</sup> Groutel H., "El criterio del contrato de trabajo", en: Tendencias del derecho de trabajo francés contemporáneo, Mélanges G.-H. Cameriyneck, Dalloz, Paris 1978, p. 57-58.

<sup>60</sup> Jurisprudencia Hebdo-presse: Cas. As. pien. de 18 de junio de 1976, D. 1977, J., 1973

<sup>61</sup> Cas. As. pien. de 4 de marzo de 1983, D. 1984, IR, 164.

<sup>62</sup> Soc. de 6 julio de 1981, Bole tén civil, V, n°91, p. 64.

<sup>63</sup> Soc. de 24 de febrero de 1977, Boletín civil, V, no 149, p. 116.

<sup>64</sup> Soc. de 7 de diciembre de 1983, Boletín civil, V, n°592, p. 423.



que no corre los riesgos de la empresa<sup>65</sup>. En este momento es preciso subrayar que esos indicios, positivos o negativos, no substituyeron el criterio de la subordinación, pues sirven solamente para ponerlo en marcha<sup>66</sup>.

El mismo tipo de evolución encontramos en Alemania<sup>67</sup>, donde se utiliza la noción de "dependencia personal" (personlicher Abhängigkeit) para distinguir el asalariado (Arbeitnehmer) del trabajador independiente (Selbstangiger), la jurisprudencia y la doctrina elaboraron un sistema muy similar al sistema francés. La verificación de la dependencia se realiza por una parte de manera positiva, averiguando si el trabajador está integrado en una organización productiva controlada por persona ajena (arbeitsorganisatorische Abhängigkeit), y por otra parte de manera negativa, asegurándose de que no trabaja por su propia cuenta, que no accede a las oportunidades de ganancias y pérdidas, que no dispone de su propio equipo y de su clientela etc. Volvemos a encontrar aquí las dos ideas de integración en un servicio organizado y de participación en la empresa ajena, reuniendo cada una de ellas, como en el sistema francés, un listado abierto de indicios.

En España, el criterio de la subordinación fue muy relativizado por los trabajos del profesor Alonso Alea, quien propone definir el contrato de trabajo por el hecho de trabajar por cuenta ajena y no por el hecho de la subordinación<sup>68</sup>. Este contrato se adecua a la situación en la cual los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo. La atribución ocurre en virtud de una singular relación entre el trabajador y el adquirente de los frutos, la relación de ajenidad, estructurada jurídicamente de formas muy diversas y peculiares, que preexisten a la ejecución del trabajo<sup>69</sup>. A pesar de no haber sancionado esta tesis formalmente, la jurisprudencia flexibilizó la noción de dependencia, sobre todo introduciendo la idea según la cual asalariado es el cuya actividad trae provecho a la empresa de manera inmediata, y no a través de una cesión separada del producto de esta actividad<sup>70</sup>. Aprovechando estas soluciones jurisprudenciales, la ley introdujo la noción de inserción del trabajador en la organización productiva ajena para definir el trabajo dependiente. El estatuto de los trabajadores es en consecuencia aplicable, lo hemos visto ya, a aquellos que trabajan "en el interior de una organización y dentro del ámbito de Organización y dirección de otra persona".

La técnica del haz de indicios condujo, en todos los países donde fue utilizada para ampliar la definición del trabajo asalariado, a una sensible atenuación del concepto de

<sup>65</sup> Soc. de 14 de noviembre de 1984, Boletín civil, V, n°428, p. 319.

<sup>66</sup> Véase: últimamente, reafirmando la primacía del criterio de la subordinación: Cas. Soc. de 13 de noviembre de 1996 (Sociedad General) Derecho Social 1996, 1067, observ. Dupeyroux.

<sup>67</sup> Cf. Hanau R, Adomeit K., Derecho de trabajo, 11a ed., Hermann Luchterhand, Berlín, 1994, 144.

<sup>68</sup> Véase: Introducción al Derecho de trabajo, 5a ed., Civitas, Madrid 1994, p. 61.

<sup>69</sup> Alonso Olea M., Casas Baamonde M.-E., Derecho del trabajo, 15a ed. 1997, p. 39-40. M Ibidem, p. 53.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 53.

subordinación, que puede acomodarse de una gran independencia técnica del trabajador en el ejercicio de sus funciones. En Bélgica, la ley del 17 de julio 1985 a suprimido la referencia a la noción de "dirección", que figuraba en la ley del de julio 1978 relativa al contrato de trabajo, para limitarse a la de autoridad. Esta modificación es el término de una evolución jurisprudencial que había renunciado considerarlas como nociones distintas y se satisfacía de la simple constatación de relación de autoridad, sin que importe su intensidad<sup>71</sup>. Esta jurisprudencia permitió extender la calificación de asalariado a numerosas profesiones antes excluidas (médicos, artistas, farmacéuticos, profesiones paramedicales etc.)<sup>72</sup>.

También en los Países Bajos la jurisprudencia fue relativizando la noción de subordinación, acercándose así a la corriente doctrinal que defiende el criterio de la dependencia económica<sup>73</sup>. El Hoge Raad (Tribunal Supremo holandés) devuelve lo esencial de la cuestión a la competencia de los jueces de fondo, limitándose a un control del error de calificación. La noción de subordinación sigue siendo el criterio oficial<sup>74</sup>, pero se admite que esta subordinación no implica de facto el ejercicio de la autoridad en la ejecución del trabajo.

En Portugal, donde la noción de subordinación es traducida en la ley por la idea de autoridad y de dirección (autoridade e direccão)<sup>75</sup>, la jurisprudencia la emplea en un sentido económico (subordinación económica) y no solamente jurídico (subordinación jurídica). Más exactamente, esto significa que la subordinación representa una dependencia jurídica solamente potencial, y que por lo tanto no es incompatible con una plena autonomía técnica en la ejecución del trabajo<sup>76</sup>. Esta extensión del campo de aplicación del derecho de trabajo asalariado ha sido posible, en este y en otros casos, gracias a la técnica del haz de indicios.

b) Sin embargo la ampliación del campo de aplicación del derecho laboral puede también ser el resultado de la intervención del poder legislativo. La técnica del haz de indicios tiene efectivamente el inconveniente de mantener una incertidumbre sobre la calificación jurídica de los trabajadores situados en los límites entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente. Es para remediar esta incertidumbre que, en diversos países, se ha recurrido a la asimilación legal de ciertas categorías profesionales a la de los asalariados. Esta técnica tiene una obvia dimensión corporativa en la medida de que se basa en la noción de profesión: la prueba de la pertenencia a esta profesión dispensa de la del vínculo de subordinación y es suficiente para justificar la aplicación

<sup>71</sup> Cas. 26 de septiembre de 1973, Pas 1974, 1, 84

<sup>72</sup> Cf. Jamouille M., El contrato de trabajo, Publ. de la Facultad de Derecho de Liège, Liège 1982, no 131, p. 174-175.

<sup>73</sup> Cf. autores tales como W. de Gaay Fortman, W. van der Grinten, L. de Leede, H. Versioot, G. Schut. Tengo estas informaciones gracias al prof. Antoine Jacobs.

<sup>74</sup> Cf. Hoge Raad, del 11 de noviembre de 1988, NJ 1988, 173.

<sup>75</sup> Ley del contrato de trabajo n°49/408 del 24 de noviembre de 1969, art. 1°.

<sup>76</sup> Cf. Monteiro Fernandes A., Direito do Trabalho. T éd. Coimbra, Lisboa 1991, p. 105; Menenez Cordeiro A., Manual do Direito do Trabalho, Coimbra, Lisboa 1991, p. 127.

del estatuto de asalariado. El derecho francés recurrió a esta técnica de asimilación a favor de tres tipos de profesiones agrupadas en su mayoría en el Libro VII del código del trabajo. En primer lugar las profesiones ejercidas a domicilio<sup>77</sup>, que se trate de trabajadores a domicilio (C. Trav. Art. L. 721-1 s), o de las asistentes de maternidad (art. L. 773-1 s.). En un segundo lugar las profesiones intelectuales o artísticas, como los periodistas (art. L. 761-1 s.) y los artistas de espectáculo (art. L. 762-1 s.). Finalmente las profesiones comerciales, como los representantes (art. L. 751-1 s.) o modelos (art. L. 763-1 s.).

La ampliación del campo de aplicación del derecho laboral podría también resultar de la adopción del criterio de la dependencia económica, que había sido descartada en los años treinta. En Alemania, una parte de la doctrina recomendó hace poco de recurrir a este criterio para remediar la huida hacia fuera del derecho laboral. Esta tesis fue en particular defendida por el profesor Rolf Wank<sup>78</sup>, según el cual la sumisión a las órdenes no puede ser considerada ya como un elemento característico del asalariado. Según esta tesis, la necesidad de protección no está unida a la subordinación jurídica, sino al hecho de depender económicamente de un empleador único. Esta tesis fue acogida por ciertas jurisdicciones, en particular por el Landesarbeitgericht de Colonia<sup>79</sup>. Una ley del 19 de diciembre 1998 confirmó las propuestas del profesor Wank, aunque limitando su validez al derecho de la seguridad social<sup>80</sup>.

El siguiente texto enumera cuatro criterios de la dependencia económica;

- trabajo efectuado personalmente, sin ayuda de colaboradores (a parte de los miembros de su familia);
- trabajo efectuado por cuenta de un empleador único;
- trabajo correspondiente a un empleo asalariado (für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen);
- trabajo efectuado sin tomar el papel de empresario en el mercado (nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten).

El trabajador que cumpla con dos de estos cuatro criterios será presunto asalariado. En vigor desde el 1 de enero 1999, esta disposición es el objeto de intensas críticas por parte de las organizaciones patronales, que le reprochan el poner trabas a la creación de actividades independientes. Apoyar este fenómeno conducida, según la letra de esta crítica, a desplazar las fronteras del derecho laboral más bien en el sentido contrario.

---

<sup>77</sup> Para una aproximación histórica y comparativa, véase: Hese Ph.-J., Le Crom J.-P. (dir.). El trabajo asalariado a domicilio, CDMOT, Nantes 1990, p. 191.

<sup>78</sup> En una publicación intitulada "Arbeitnehmer und Selbständige" (1988); véase el resumido •sta tesis, en: Der Betrieb, 1992, p. 90.

<sup>79</sup> En una decisión del 30 de junio de 1996, publicada in Entscheidungsamung zum Arbeitsrecht 1 BGB Arbeitnehmerbegriffn°29.

<sup>80</sup> "Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte" Bl. I S. 3843, v. artículo 3, modificando el § 7 del Libro IV del Código de la seguridad social).

## 2) La reducción del campo de aplicación del derecho laboral

La tesis de la reducción del campo de aplicación del derecho laboral es defensa por los partidarios de la desreglamentación, que consideran que este derecho destruye la iniciativa económica y la creación de empleos. En esta perspectiva, sería conveniente restringir el poder del derecho laboral a favor del derecho civil comercial, y favorecer así el desarrollo del trabajo independiente. Este desplazamiento de los límites puede ser efectuado sea por el juez sea por la ley.

a) La técnica del *haz*, de indicios puede, en consecuencia, servir tanto para limitar como para ampliar la noción de contrato de trabajo. Es promoviendo esta técnica que la jurisprudencia británica introdujo un nuevo criterio de identificación del contrato de trabajo - la mutualidad de las obligaciones - que excluye del salariado un cierto número de trabajadores atípicos. La idea de mutualidad de las obligaciones conduce en consecuencia a dar relieve a la continuidad y la estabilidad de la autoridad sobre el trabajador, es decir a un tipo de subordinación que corresponde al empleo "típico"<sup>81</sup>. Esta jurisprudencia del English Court of Appeal conduce a denegar el estatuto de "empleado" a aquellos que trabajan de manera intermitente (regular casual workers), y a calificarlos de trabajadores independientes, pese al hecho que no tienen otro empleador y no recurren a ningún capital propio<sup>82</sup>. Esto puede conducir a calificar como independientes a los trabajadores temporales<sup>83</sup>.

b) Allí donde el juez no adopte por su propia iniciativa una definición restrictiva del salariado, el legislador puede intentar imponérsela. Así en Francia, una ley del 11 de febrero 1994, llamada ley Madelin, introdujo una presunción de no-asalariado respecto a las personas que se matricularon en la seguridad social como trabajadores independientes<sup>84</sup>. Esta presunción puede ser invertida si se constata que la actividad de los interesados los sitúa "en un vínculo de subordinación jurídica permanente" respecto al donador de orden. Que conste, que esta presunción simple puede ser consolidada por la iniciativa de los interesados, cuya voluntad llega a ser un argumento de calificación<sup>85</sup>. La introducción del criterio de la permanencia de la subordinación lleva a

<sup>81</sup> Cf. Deakin S., Morris G.S., *Labour Law*, op. cit., p. 164; add. Deakin S., "Lavoro standard e lavori atipici nell'esperienza inglese", en: Pedrazzoli M. (dir.), *Lavoro subordinato e dintorni Comparazioni e prospettive*, \ Mulino, Bologne 1989, p. 213.

<sup>82</sup> El caso O'Kelly v. Trusthouse Forte (1983), ICR 728; véase: Deakin S., Morris G.S., *Labour Law*, op. cit., p. 164.

<sup>83</sup> Véase: Deakin, S., Morris, G.S., *Labour Law*, op. cit., p.181.

<sup>84</sup> Cod. del Trabajo, art. L120-3; Cód. de laseg. soc., art. L311-11; véase: Teysié B., *Derecho Social*, 1994, p. 667; Barthélémy J., JCP, 1994, E, I, 361; Asoc. Villermé, *Derecho social* 1994, P. 673; Vóricel M., ALD 1995, p. 54; Laroque M., Ray J.-E., Doroy E, Chauchard J.-P., Lyon-Caen G., *Sobre la Ley Madelin*, *Derecho Social*, julio-agosto de 1995, p. 631; Arseguet A., Isoux Ph., *Las nuevas fronteras entre el contrato de trabajo y el contrato de empresa*, P.U. Aix-Marseille 1995, P. 9; Vacarie I., "Trabajo subordinado, trabajo independiente: ¿Es cuestión de frontera?", *Rev. jiir. He de F rancee*, no 39/40, 1996, p. 103; Aubert-Montpeysen Th., "Las fronteras del salariado sometidas al examen de las estrategias de utilización de la fuerza de trabajo". *Derecho soc.* 1997, 616.

<sup>85</sup> "Si efectivamente los organismos de la seguridad social de los asalariados fueron interrogados sobre la calificación salarial de la actividad desempeñada, la respuesta negativa, o la falta de respuesta durante los dos meses, de la parte

rechazar fuera del asalariado a los trabajadores temporales u ocasionales. Parece que esta ley sea un fracaso. La jurisprudencia no la ha adoptado para restringir su definición del contrato de trabajo, y el trabajo independiente no tuvo el éxito previsto por los promotores de la ley.

Más eficaces parecen ser las leyes que contemplan una profesión particular. Tal es el caso, por ejemplo, del transporte por carretera, que, en varios países, es el objeto de medidas que facilitan el recurso al trabajo independiente. En España, los transportistas contratados en situación de dependencia económica obtuvieron del juez la recalificación de sus contratos en contratos de trabajo, en los asuntos que involucraban la aplicación de la legislación sobre los accidentes de trabajo. La ley intervino para dismantlar esta jurisprudencia e imponer la independencia a los transportistas por carretera a partir del momento en el que son propietarios de un vehículo de más de dos toneladas y titulares de la licencia administrativa correspondiente, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador<sup>86</sup>. En Francia las grandes compañías de taxi parisinas consiguieron que el legislador intervenga para evitar que el juez pueda recalificar en trabajadores asalariados a los chóferes arrendatarios de su vehículo y sometidos a todos los riesgos de esta "empresa": gracias a esta ley la seguridad de los ingresos es garantizada a la compañía propietaria del capital mientras que el riesgo económico pesa sobre los trabajadores<sup>87</sup>. Este tipo de desviaciones llevan a apartar de las protecciones del derecho laboral a los trabajadores más expuestos a la explotación. En cambio la ampliación de la calificación de asalariado sin ningún matiz parece también inadecuada cuando lleva a extender esta protección sobre los dirigentes de las grandes empresas (que gozan a partir de ahí de las ventajas de la independencia sin soportar sus riesgos) o sobre los trabajadores que realmente trabajan por cuenta propia<sup>88</sup>. Tratar estos problemas en términos de desplazamiento de límites conduce a mantener, entre el salariado y la independencia, una oposición en blanco y negro que no se corresponde de ninguna manera con los acontecimientos actuales. Una aproximación más sutil consiste en introducir en el área del derecho un tercer concepto: reconocer la existencia de una zona gris entre

---

de estos organismos, prohíbe la continuación de toda remisión en esta causa por la afiliación del trabajador como independiente, salvo que se deba probar que las condiciones de su actividad fueran substancialmente modificadas, o bien que las informaciones facilitadas fueran erróneas (Acerca de este procedimiento de "reescritura", véase: Chauchard J.-P, en: *Derecho Social*, no prec. 1995, p. 642).

<sup>86</sup> Estatuto de los trabajadores, art. 1, § 3-g. s5 Ord. no 73-1679 de 19 de febrero de 1973.

<sup>87</sup> Ord. no 73-1679 de 19 de febrero de 1973.

<sup>88</sup> Esto explica el endurecimiento de la jurisprudencia en los países en los que ésta más ha contribuido a la promoción del salariado. Véase: el caso de España, "Sentencia del Tribunal Supremo", Sala de lo Social, del 13 de abril de 1989; adicionalmente el análisis de Rodríguez-Piñero M., "La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo", *Relaciones Laborales*, no 18, 1996, 3. En Alemania, el Tribunal federal de trabajo ha admitido en una sentencia remarcable que el empleador tenía derecho a reorganizar su empresa recurriendo al trabajo independiente más que al trabajo asalariado: *Bundesarbeitsgericht*, del 9 de mayo de 1996, *Der Betrieb* 1996, 2033 (causa *Weight Watchers*). El empleador deseaba transformar su red de establecimientos en una red de agencias bajo régimen de franquicia. Se le reconoció el derecho de despedir a su personal con este motivo y de proponer a los asalariados así despedidos el estatuto de colaboradores libres (*freie Mitarbeiter*).

independencia y salariado.

## B. El debate sobre la "zona gris" entre independencia y salariado

1) Es sin duda en Italia donde la institución de un "trabajo de tercer tipo", ni asalariado ni independiente, ha sido muy pronto el objeto de los debates doctrinales más ricos y más sutiles<sup>89</sup>. No obstante, esta categoría es, en realidad, observable, bajo diversas formas, en la mayoría de los derechos nacionales. Se presenta casi siempre bajo la forma de la aplicación parcial del derecho laboral al caso de los trabajadores jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes.

Esta técnica aparece por ejemplo en el derecho alemán bajo la forma de las "*arbeitnehmerähnliche Personen*" (casi asalariados). Estos cuasi asalariados son definidos por la sección 12a de la ley de 1974 sobre los convenios colectivos (*Tarifsvertragsgesetz*), como las *Personen, die wirtschaftlich abhängig und ver-gleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen)*. Se trata pues de trabajadores jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes, que necesitan una protección similar a la de los asalariados. Dos condiciones particulares tienen que ser reunidas para que un trabajador pueda ser calificado de esta manera: en primer lugar debe trabajar sólo, y sin la ayuda de personal asalariado, y en segundo lugar la mayor parte de su trabajo o de sus ingresos debe provenir de una única persona o institución. Para determinar dónde está ese límite (cuyo nivel fue rebajado hasta el tercio de los ingresos en el caso de los periodistas, escritores y artistas) la misma entidad económica (por ejemplo el grupo de sociedades) es considerada como una única institución en el plano jurídico, sin que importe que esta entidad tenga o no la personalidad jurídica. Estos cuasi asalariados siguen siendo trabajadores independientes, y están por ejemplo excluidos del campo de aplicación del derecho de despido, pero sí se benefician de ciertas disposiciones del derecho laboral, relativas a los conflictos laborales, a los días de reposo y a las condiciones de trabajo. Dos categorías de cuasi asalariados son el objeto de disposiciones particulares: los representantes comerciales, considerados como tales según condición de recursos, y los trabajadores a domicilio.

La noción italiana de parasubordinación (*parasubordinazione*) se sitúa en una perspectiva un poco diferente, aunque sus resultados sean prácticamente los mismos. Esta noción de trabajadores parasubordinados apareció con la ley no 533/1973 (codificada en el Art. 409 c. Proc. civ.), extendiendo el derecho de conflictos laborales individuales a las relaciones de agencia y representación comercial, igual que a las demás relaciones de

---

<sup>89</sup> Véase en particular: Santoro Pasarelli G., // lavoro "parasubordinato", Angeli, Milano 1979; Grieco A.M., Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro, Jovene, Napoli 1983; Mengoni L., "La questione della subordinazione in due trattazioni recenti", Rivista italiana di diritto del lavoro 1986, I, p. 5; Ballestrero M.-V., "L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato", Lavoro e diritto, vol. 1, 1987, p. 41; Pedrazzoli M., Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettiva, il Mulino, Milano 1989, p. 329; add. los números especiales consagrados a esta cuestión por Lavoro e diritto 1997, no 2 y 3.

colaboración que se resumen en una prestación de trabajo continua y coordinada, personal por su naturaleza, aún cuando no tiene carácter de subordinada (*altri relazionali di collaborazione che si concretano in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinata*). Se trata pues de una categoría "abierta", en la que se encuentran las profesiones tan diversas como las de abogados trabajando al servicio de una sociedad o los médicos en el servicio nacional de sanidad. La diferencia para con los cuasi asalariados alemanes es que la necesidad de protección social está ausente de esta definición. En Italia, el debate se ha centrado sobre la cuestión de saber si era oportuno ver en esta noción un reconocimiento del criterio de la dependencia económica, que permitiría el uso del principio del derecho laboral a los "parasubordinados", o al contrario, de saber si estos últimos seguían siendo trabajadores independientes a los que este derecho no se aplicaba sino en los casos previstos por la ley, es decir principalmente en el dominio del procedimiento contencioso, de higiene y de seguridad<sup>90</sup>. Es esta segunda tesis que ha dominado tanto en doctrina como en jurisprudencia. Pero en la realidad, los trabajadores parasubordinados obtuvieron mediante convenios colectivos unas ventajas que van mucho más allá de dichas disposiciones legales.

Los Países Bajos emplean la técnica de asimilación parcial en dos dominios principales. En primer lugar el de los despidos económicos y de las reducciones de horarios. La ley es en ciertos puntos aplicable a los trabajadores que no son titulares de un contrato de trabajo, pero cuya situación de dependencia económica puede ser determinada mediante los cuatro criterios siguientes: a) carácter personal del trabajo cumplido; b) por cuenta de dos "empleadores" al máximo; c) con la asistencia de máximo dos personas; y d) en ausencia de carácter accesorio. La ley sobre los convenios colectivos permite introducir allí unas disposiciones aplicables a los trabajadores independientes, lo que permite, a su vez, descubrir un cierto número de trabajadores atípicos.

2) Varias reformas o proyectos de reformas recientes son consagradas a extender el concepto de "*tertium genus*" entre el salariado y la independencia. En Alemania, la ley, ya citada, del 19 de diciembre 1998 impuso la obligación del seguro de vejez a las personas que en el ejercicio de su actividad independiente no emplean personas asalariadas y que, de manera continua, ejercen lo esencial de su actividad por cuenta de un comitente<sup>91</sup>. En Italia, el intenso debate acerca de la parasubordinación se ha reactivado con el desarrollo de relaciones de trabajo llamadas "colaboración coordinada y continua"<sup>92</sup>. Inicialmente reconocida por el derecho fiscal<sup>93</sup>, esta relación tiene como objeto una

<sup>90</sup> Cf. Ballestrero M.-V., op. cit.

<sup>91</sup> "Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und regelmäßig nur für einen Auftraggeber tätig sind (arbeitnehmerähnliche Selbständige)" (Ley prec. art. 4, § 3).

<sup>92</sup> Véase: De Luca Tamajo R., "Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del 'lavoro coordinato'", Arg. dir. lav. 1997, no 5, p. 41.

<sup>93</sup> "Si considerano tali (rapporti di collaborazione coordinata e continuava) i rapporti aventi per oggetto la prestazione di attività, no rientranti nell'oggetto delFarte o della professione esercitata ai sensi del comma 1 delFart. 49 del testo unico

prestación de trabajo cualificado realizada fuera de un vínculo (de subordinación, pero en el cuadro de una relación estable, tanto desde el punto de vista de trabajo realizado como de la remuneración obtenida a cambio. Este tipo de contratos, que permite el recurso al trabajo ajeno sin ser sometido al derecho laboral, conoció estos últimos años un desarrollo muy grande<sup>94</sup>. La ausencia total de protección en la se encuentran esos "colaboradores libres" condujo, en primer lugar, a someter esos contratos a una cotización social de 10% en concepto de seguro de vejez, invalidez y fallecimiento<sup>95</sup>. Actualmente (en abril 1999) el parlamento italiano está debatiendo sobre un proyecto de ley que ofrecería un verdadero estatuto profesional a estos "colaboradores libres". La propuesta de ley aprobada por el Senado en febrero 1999 se dedica a las relaciones de colaboración *di carattere no occasionale, coordinan con l'attività del comitante, svolti senm vincolo di subordinazione, in modo personale e senw impiego di mezzi organizzati e a fronte di un corrispettivo* (de carácter no ocasional, coordinadas activamente por el comitante, desarrollándose sin vínculo de subordinación, de manera personal y sin uso de capital propio y a cambio de una remuneración)<sup>96</sup>. Así definidos, los colaboradores disfrutarían de cierto número de derechos en materia de información previa al cierre del contrato, de formación profesional, de resolución del contrato, de protección social, de derecho sindical y de negociación colectiva. En cambio la duración del trabajo y la remuneración dependerían totalmente de la libertad contractual.

3) De este modo llegamos a la cuestión de establecimiento de una relación de trabajo de tercer tipo entre el salariado y la independencia. Se trataría finalmente de reconocer la existencia de un contrato de trabajo independiente, que siempre ha tenido su sitio dentro de la estructura (por ejemplo en el derecho alemán *frei Dienstvertrag*), pero que no tenía hasta ahora ningún cuadro jurídico particular. Los organismos patronales por lo general se oponen a la creación de tal estatuto de trabajador independiente porque, según ellas, sería una traba a la iniciativa económica. Las organizaciones sindicales están indecisas. Es que, por un lado, se puede temer que la creación de un estatuto de trabajador independiente canibalice el empleo asalariado. Naturalmente los empleadores se aprovecharán como puedan de los trabajadores libres cuyo coste ronda actualmente la mitad del de trabajador asalariado. Por consiguiente existe un fuerte riesgo de que se multipliquen los "falsos independientes", que irán juntándose a la masa de los *workmg poors*. Por otro lado el mantenimiento del statu quo no impide de ninguna manera el

---

que pur avendo contenuto intrinsecamente artistico o professionale sonó svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periódica prestabilita" (Testo único delle imposte sui redditi, decreto de 22 de diciembre de 1986, art. 49-2-A).

<sup>94</sup> Se estima superior a 4 millones el número de trabajadores italianos afectados por ese tipo de contratos (cf. Trentin B., "Un nuevo contrato de trabajo". Derecho Social 1999, 472).

<sup>95</sup> Ley 335/1995; cf. Lagala C., "Il contributo del 10%", *Diritto & Pratica del lavoro*, no 4/1997, 201; Vianello R., "La nuova tutela previdenziale per el attività di lavoro autónomo, libero-profesionale e di collaborazione coordinata e continuativa", en: Cester C. (dir.), *La riforma del sistema pensionistico*, Giapichelli, Tormo 1997, p. 270.

<sup>96</sup> Propuesta de ley aprobada el 4 de febrero de 1999: Norme di tutela dei lavori "atipici", art. 1, Stampato Señalo no 2049.



desarrollo de este tipo de contratos de colaboración sino, al contrario, lleva al abandono de dichos trabajadores en medio de la libertad contractual, es decir, en la mayoría de los casos, sometidos a las condiciones impuestas por el comitente<sup>97</sup>.

Mientras que el debate sobre los límites del derecho laboral nos encerraba dentro en un pensamiento binario (el salariado contra la independencia) y un derecho constante (el que no se centra en el contenido del derecho laboral sino tan sólo en su área de aplicación), el debate sobre la zona gris tiene el mérito de romper con el pensamiento en blanco y negro y de abrir camino a un nuevo tipo de derecho laboral. Por otro lado nos aprisiona en el dilema inherente a cualquier reconocimiento legal de una "forma atípica de empleo": reconocerla es favorecer su desarrollo; no reconocerla es abandonar a los trabajadores "atípicos" a su suerte. Este tipo de dilema es inevitable si se deja en los márgenes del derecho laboral un problema que lo toca en el corazón mismo: el problema de las metamorfosis del poder económico y de las consecuencias de la subordinación. La cuestión de las relaciones del trabajo asalariado y del trabajo independiente no se limita a la existencia de una categoría intermedia de relaciones de trabajo. Interesa también, como ya lo hemos visto (§ II), al asalariado "típico" afectado por la subcontratación<sup>98</sup> o las nuevas formas del *management*. Interesa igualmente al independiente "típico", integrado en una red de producción o de distribución. Finalmente la cuestión evocada por la relación del salariado y de la independencia es la del futuro mismo del derecho laboral.

### C. El debate sobre el porvenir del derecho laboral

No se trata aquí de repasar este debate en toda su dimensión ni tampoco de resumir los trabajos significativos realizados estos últimos años<sup>99</sup>. Estas conclusiones finales sólo tienen el objetivo de demostrar cómo este debate lleva a una renovación profunda en la manera de la que se ha pensado hasta ahora sobre las relaciones entre el trabajo asalariado y el trabajo independiente. En el corazón de este debate, dos preguntas: ¿tiene el derecho laboral la vocación de ser el derecho común de todas las relaciones de trabajo? y en el caso afirmativo, ¿cuáles son las consecuencias de la ampliación de su campo de aplicación sobre su contenido?

---

<sup>97</sup> Cf. B. Trentin, art. prec.

<sup>98</sup> Véase: sobre esta cuestión la reflexión iniciada por la Oficina Internacional del Trabajo, con miras a la adopción de un convenio internacional del trabajo en subcontratación; Conferencia internacional del trabajo, 85° sesión 1997 (informe VI) y 86° sesión 1998 (informe V).

<sup>99</sup> Véase sobre todo: Matthies H., Mückenberger U., Offe C., Peter E., Raasch S., Arbeit 000, Rowolht, Hamburg 1994, 472 p.; Simitis S., ¿Tiene el derecho laboral todavía un futuro?, informe para el Congreso europeo de Leiden, en septiembre 1996, publicado in *Derecho Social* 997, 655; Supiot A, (dir.), *El trabajo en perspectivas*, LGDJ, París 1998, 640 p.; Trentin B., *La 'lía del lavoro*, Feltrinelli, Milano 1997, 268 p.; Casas M.-E., De Munck J., Hanau R, Johanson A., Meadows R, Mingione E., Saláis R., Supiot A., van der Heijden R, *Transformaciones del trabajo el futuro del derecho de trabajo en Europa*, Informe para la Comisión Europea, junio de 1998. La edición francesa de este informe (*Más allá del empleo*, Flammarion, París 1999, 321 p.) provocó importantes reacciones y comentarios (véase: nota de Théry M., en: *Esprit*, de febrero de 1999, p. 8; y la documentación elaborada por el Derecho Social, mayo de 1999, p. 431).

La respuesta a la primera pregunta ya está reflejada en las evoluciones del derecho positivo: el derecho de la seguridad social, el derecho sindical, el derecho de la formación profesional o el derecho de la negociación colectiva, nacidos del derecho laboral, ya han extendido su poder sobre la mayoría de los trabajadores independientes. El caso es saber si hay que oponerse a este movimiento o sacar todas sus consecuencias. Oponerse sería posible si las causas de esta irresistible extensión del derecho laboral hubieran desaparecido; entonces sería lógico volver al derecho de los contratos civiles o comerciales. No obstante éste no es el caso (v. Supra, §.II-C): las relaciones de dominación económica que hicieron nacer el derecho laboral se extienden hoy en día más allá de los límites del trabajo asalariado. De modo que el derecho laboral sí tiene la vocación de ser el derecho común de todas las relaciones de trabajo, asalariado o no<sup>100</sup>.

Por otro lado - es la segunda pregunta - esta ampliación del objeto del derecho laboral no puede quedar sin efectos sobre su contenido. La idea de derecho común del trabajo excluye en consecuencia la extensión pura y dura del campo de aplicación del trabajo asalariado. Y tampoco podría limitarse al desarrollo de un derecho laboral intermediario entre el salariado y la independencia. Esta idea implica que se distinga por un lado los derechos fundamentales y los principios generales aplicables a todas las relaciones de trabajo y por otro lado los derechos especiales aplicables a diversos tipos de relación laboral. Volvamos a considerar brevemente cada uno de los aspectos de este problema.

La cuestión de los derechos fundamentales del hombre trabajador ya fue muy estudiada<sup>101</sup> y es tratada por cierto número de instrumentos internacionales. No obstante estos derechos fueron muy a menudo concebidos con referencia al mismo trabajo asalariado, es decir al empleo. Y faltan los instrumentos jurídicos para hacerlos operativos en el campo del trabajo no-asalariado. Las propuestas adelantadas por ciertos sindicatos, como la CGIL en Italia, muestran cual podría ser el contenido de un derecho laboral común<sup>102</sup>. Este sindicato introduce la idea de una "carta de trabajo" (¡expresión fastidiosa en Francia!) que pueda servir de marco a todas las formas de relaciones de trabajo, asalariadas o no asalariadas. Esta "carta" sería la base de cuatro tipos de derechos: derecho a la seguridad social; derecho a la formación profesional permanente; derecho de participar en la definición del objeto de trabajo y de sus condiciones de ejecución (condiciones de trabajo, tiempo de trabajo); y derecho a la estabilidad de los contratos profesionales (protección contra las anulaciones sin justificar).

---

<sup>100</sup> Cf. en este sentido las recomendaciones incluidas en el arriba citado Informe para la Comisión Europea: Más allá del empleo, Flammarion, París 1999, p. 25 y p. 295.

<sup>101</sup> Véase los numerosas elaboraciones consagradas en esta materia por el profesor Verdier y la nota: En vez de manifiesto: el derecho de trabajo - tierra escogida para los derechos de l'homme, in Las orientaciones sociales del derecho contemporáneo, Escritos en homenaje a J. Savatier, PUF, París 1992, p. 427.; ad. el número especial: Derechos del trabajo, derechos del hombre. Revista internacional del trabajo, vol. 137, 1998/2.

<sup>102</sup> Cf. Trentin B., op. cit., p. 473.

Estas orientaciones incitan a deshacerse de la tendencia, todavía dominante, que consiste en considerar todo tipo de relación laboral en base al modelo del contrato de trabajo. En este modelo, el estatuto profesional se encuentra incluido en el contrato: los derechos del trabajador son consecuencia de un contrato de trabajo y se traducen por las respectivas obligaciones del empleador. Además de animar las empresas a la reducción o la exteriorización del empleo, este modelo no consigue regular algunas de las cuestiones fundamentales planteadas por las nuevas formas de organización de trabajo, tales como el cambio de un empleo a otro (en particular del asalariado a la independencia), o el derretimiento del polo patronal inherente a las redes o a la pluriactividad. De ahí la necesidad de derechos y principios nuevos que den soporte a esas transiciones profesionales<sup>103</sup> o den remedio a este derretimiento. Sin embargo estos derechos y principios no pueden naturalmente basarse exclusivamente sobre los contratos variables y diversos que un trabajador está dispuesto a firmar. Tienen que referirse a la persona misma del trabajador y darle la seguridad de la continuidad de un verdadero estatuto profesional, por encima de la diversidad de sus posiciones en el mercado<sup>104</sup>. Y las obligaciones correspondientes a algunos de esos derechos no deben reposar únicamente sobre los interlocutores contractuales de los trabajadores; el mantenimiento de una mano de obra altamente cualificada es una cuestión que interesa no sólo a las autoridades públicas sino que también a todas las empresas, cualquiera que sea el volumen y la forma de sus empleos. La base de las contribuciones sociales de las empresas tendría que depender menos del volumen o del tipo (asalariado o independiente) de mano de obra empleada que del importe de la riqueza producida<sup>105</sup>.

Lo dicho nos conduce a la última cuestión aquí tratada: la de los derechos especiales aplicables a cada variedad de relaciones de trabajo. La cuestión de un derecho laboral especial (comparable al existente derecho penal especial o el derecho de contratos especiales) no se planteaba mientras el derecho laboral se identificaba con el modelo de trabajo abstracto y el trabajo independiente con el de trabajo concreto. Heredero del trabajo servil, el trabajo asalariado sitúa fuera del contrato el objeto mismo del trabajo, que permanece el asunto del empleador: es el salario, la evaluación monetaria (cuantitativa) del trabajo, el que define al asalariado, y no el producto que éste fabrique o el servicio preste. Al revés, el trabajo independiente, heredero de la *locatio operis faciendi* y de las artes liberales, sitúa este producto o este servicio en el núcleo del contrato; es el objeto concreto del trabajo (su calidad particular) que, de paso, sirve para calificar el contrato y también al trabajador contratante: el mandato forma pareja con el mandado, el médico con el contrato medical, el contrato de transporte con el transportista, etc. A

---

<sup>103</sup> Cf. Lyon-Caen G., "La transición de una situación a otra en derecho de trabajo", Rev. internac. del Trabajo, vol. 135, no spec. 1996/6, p. 759.

<sup>104</sup> Véase: esta idea desarrollada, en: Más allá del empleo. Informe prec. p. 85.

<sup>105</sup> Cf. en ese sentido las evoluciones de los modos de financiación de los sistemas de seguridad social, en particular en el dominio de la sanidad.

esta oposición correspondían dos tipos bien distintos de derechos: por un lado un derecho laboral general y abstracto, uniformemente aplicable a todo contrato de trabajo asalariado; por otro una multitud de "derechos profesionales", más o menos desarrollados y profundamente arraigados en la especificidad de un trabajo determinado. Esta diferencia tan clara tiene tendencia a oscurecerse con acercamiento entre el asalariado y el independiente. La lógica monetaria invade todas las profesiones independientes, mientras que la lógica de la calidad de los productos invade el trabajo asalariado (v. Supra §.II). El acercamiento entre las distintas formas de trabajo forma pareja con su diversificación: el modelo general y abstracto del salariado se extiende a los independientes, pero al cambio la lógica del trabajo concreto se apodera del salariado. Esta lógica se expresa, en particular, con la fragmentación de la negociación colectiva que acompaña las políticas de exteriorización de los servicios (vuelta de las empresas hacia su "profesión" principal).

En consecuencia sería inútil pretender someter todas las relaciones de trabajo a un único modelo jurídico de trabajo asalariado, ya que este modelo está amenazado por la ruina en su propio campo de aplicación, minado por el éxito de la negociación colectiva que crea una infinidad de reglas aplicables al contrato laboral. El derecho común de trabajo, que corresponde al acercamiento de todas las formas de trabajo, debe en consecuencia ser completado por los derechos especiales que tengan en cuenta la diversidad de los trabajos humanos. Estos derechos especiales tienen sobre todo la vocación de implantar los principios del derecho común del trabajo y entre estos principios el del derecho a la negociación colectiva que será su base principal.

Si las perspectivas aquí descritas llegasen a realizarse, asistiremos, en las décadas futuras, a una verdadera refundición del derecho laboral. La Unión Europea tendría que llevar un papel decisivo en esta reforma. El derecho comunitario ya contribuyó mucho para el acercamiento del trabajo asalariado e independiente, poniendo en ejecución el principio de libre circulación. Es a su nivel que hay que situarse para definir los principios fundamentales de un derecho común del trabajo (por lo menos para asegurarse unas buenas condiciones de funcionamiento del mercado laboral). Y la importancia eminente que el derecho comunitario acuerda al principio de subsidiaridad es un buen índice de su capacidad de articular este derecho común del trabajo con los "derechos profesionales" ampliamente negociados, que reservan el espacio más grande a la libertad del hombre trabajador.

Traducción del francés: Antoni Pycinski  
Margarita Vilar-Alonso