

DISERTACIÓN

CONSTITUCIÓN Y FUTURO DEL MODELO ESPAÑOL DEL DERECHO DEL TRABAJO DEL PRÓXIMO SIGLO

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

ABSTRACT

■ *Más allá de los anclajes tradicionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el Derecho social básico de mañana deberá cimentarse sobre los derechos públicos subjetivos y los principios del Estado social. Sería un Derecho construido sobre la idea de ciudadanía social, inherente a la condición del trabajador o persona en condiciones de prestar una actividad económicamente evaluable. A partir de este nivel básico de garantía de orden público social, el Derecho del Trabajo integraría una pluralidad de niveles, técnicas y regulaciones diferenciadas, adaptando mejor la regulación jurídica a las nuevas tecnologías y las nuevas formas de organización del trabajo.*

■ *Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideak betidanik dituen loturetatik haraindi, biharko oinarrizko gizarte Zuzenbidea eskubide publiko subjektiboetan eta Gizarte Estatuaren printzipioetan oinarritu behar da. Hiritartasun sozialaren ideian eraikitako Eskubidea izango litzateke, langilearen edo, ekonomiaren aldetik ebaluatu egin daitekeen jarduera bat egin dezakeen pertsonaren izaerarekin estu loturik egon behar dena. Gizarteko ordena publikoaren bermerako oinarrizko maila horretan abiatuz, Lan Zuzenbideak, ongi bereiztutako maila, teknika eta arauketa*

pluraltasuna izango luke barnean, arauketa juridikoa teknologia berrietara eta lana antolatzekeko modu berrietara hobeto egokituz.

■ *The future's basic social law will have to be based on subjective public rights and on the bases of the social state more than on the traditional "anchorage" of the working law and social security. This would create a Law based on the idea of social citizenship inherent to the condition of the worker or person ready to render an economically measurable activity. From this basic level of guaranteeing of the social public order, the working law would hold a variety of levels, techniques and differentiated regulations.*

This would adjust judicial regulation to new technologies and the new ways of the organization of work in a better way.

1. Algunas certezas que han acompañado al surgimiento del Derecho del Trabajo en la Historia

A pesar de su dificultad y de la profunda ambivalencia de su objeto, la disciplina del Derecho del Trabajo está atravesada por una serie de “certezas” (con toda la relatividad con que se debe utilizar este término en las “ciencias sociales y jurídicas”) que, aunque a veces de manera ambigua, se han presentado siempre a través de los grandes fines, objetivos, o bien presupuestos de su nacimiento y de su razón existencial como disciplina autónoma del ordenamiento jurídico.

Por un lado, estaría la propia percepción cultural del valor del trabajo humano para organizar socialmente al individuo. Valor esencial merecedor de una protección específica por parte del ordenamiento jurídico por encima incluso de la garantía jurídica de la eficaz acción empresarial (aunque a su vez ésta actúe como límite intrínseco de esa protección jurídica específica). La consecuencia lógica de esa supervaloración del trabajo individual ha conducido a las más altas cotas de reconocimiento jurídico, me refiero a su tutela constitucional como derecho de ciudadanía, y a su reconocimiento internacional como “derecho humano”.

Sin querer entrar ahora en el debate sobre su catalogación o no como derecho fundamental, o como “nuevo” derecho social, que me parece del todo secundario, lo cierto es que la cultura jurídica moderna entiende el valor trabajo, y su concretización más extendida en la obtención de un empleo remunerado, como el desencadenante de toda una serie de derechos ciudadanos sociales fundamentales, que consagran el auténtico “status” de ciudadanía del moderno y actual Estado Social y de Derecho.

Por otro lado, y como no podía ser menos, subrayo la función racionalizadora de la lógica económica, en una perspectiva ampliamente “humanista” o humanizadora de las consecuencias de la actividad económica en la vida socialmente organizada¹.

¹ Como ya recogiera uno de los padres fundadores de la dogmática laboral universal: “El Derecho del Trabajo guarda una función especial, ser el guardián de las necesidades humanas en una época de materialismo ilimitado” (H. SINZHEIMER), que se traduce en el aseguramiento de la igualdad sustancial y no meramente formal entre empleador y empleado. Vid. B. HEPPLER, “The future of Labour Law”, (I.L.R. núm. 24, 1995), en *Comparative Labour Law Jour.* vol. 17, núm. 4, 1996, pág. 647.

Finalmente, otra característica esencial de la disciplina es su pluralidad estructural, que le posibilita introducir técnicas tradicionales tanto del Derecho público como del Derecho privado, o nuevas combinaciones entre ambos tipos de técnicas. Su “horizontalidad” característica aporta una contribución determinante a la dilución de la, ya bastante superada de hecho, separación entre las dos grandes ramas del Derecho público y privado, y se muestra como un paradigma del sistema de Derecho del futuro. Fruto de su pluralidad es la convivencia de distintos estatutos jurídicos en su seno y su capacidad flexibilizadora o de adaptación constante a los requerimientos de la evolución de la técnica y de las organizaciones productivas, focos permanentes de plurificación en una evolución donde a las fases de descomposición suceden nuevas recomposiciones de la estructura de principios, fines y normas del Derecho del Trabajo.

2. Algunas interrogantes sobre el futuro inmediato del Derecho del Trabajo

Todas estas características no dejan de repercutir en la estructura jurídica de esta disciplina, que encuentra sus elementos definidores más típicos en la noción de “subordinación técnica” y de “autonomía colectiva” de las partes en conflicto, así como en los instrumentos reguladores de la negociación colectiva y de la intervención “limitada” del Estado (por su carácter de básica o mínima).

En la actual realidad de las relaciones productivas, esta estructura tradicional del Derecho del Trabajo se ve sometida a distintas fuerzas vectoriales que propician su disgregación. Los trascendentales cambios técnicos y productivos, más allá de la etapa de la revolución industrial e incluso de la terciarización de la economía, con el advenimiento de la sociedad de la información y de la comunicación mundializada. La centralidad del “tiempo” para la producción y para el ocio y el consumo, acompañado de los vaivenes a nivel de los valores y necesidades individuales, entre las nuevas profesionalidades en auge y el desempleo estructural, o también la sociedad del no trabajo productivo, también en clara expansión. Los efectos que estos fenómenos provocan en el inevitable debilitamiento de la noción de la “subordinación o dependencia técnica”, y de los “derechos típicos de la autonomía colectiva”, para dejar paso a una mayor autonomía de los individuos en el establecimiento de sus relaciones de trabajo a caballo entre la regulación del trabajo autónomo y del trabajo dependiente, fenómeno para el que parecen mejor adaptados estructuralmente el Derecho mercantil o el Derecho civil² y que, sin embargo, desde mi punto de vista no debieran escapar al ámbito

² En efecto, la tradicional tutela heterónoma en sus tres vertientes posibles: “auxiliary function” (promover la autonomía colectiva), “regulatory function” (proveer un código de derechos y reglas sustantivas de las condiciones de trabajo), y “restrictive function” (reglas limitadoras del conflicto industrial), tal y como las clasificara en su día Sir. O. KAHN-FREUND, “Industrial Relations and the Law. Retrospect and Prospect”. *British Jour. of Ind. Rel.*, núm. 7, 1969, pág. 302.

del Derecho del Trabajo en tanto que se trate de manifestaciones de la actividad humana que, siquiera por sentido común, se han calificado siempre como trabajo: El tiempo prestado en favor de un tercero para atender a las necesidades vitales de aquél económicamente valorizable como merecedor de una retribución suficiente para atender ese objetivo, con independencia de la forma que revista o del título jurídico que ampare la prestación.

En cualquier caso, este “trabajo humano” debiera merecer un tratamiento regulador suficiente que garantizase a esa persona física una tutela básica o esencial en sus relaciones de trabajo. Otra cosa es que el actual Derecho español del Trabajo esté debidamente preparado para garantizar dicha tutela a todo trabajador que la necesite. En este sentido, se trata de que a continuación nos interroguemos sobre el grado de adaptabilidad de nuestro Derecho del Trabajo para afrontar los desafíos que hoy tiene planteados la disciplina. En primer lugar, ¿es que en este momento el ET. es esa norma central, vertebradora de la disciplina que la propia CE. 1978 anguraba?, o más bien es un factor de desvertebración que está permitiendo que en su tendencia expansiva como disciplina propia, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se segmente en tantas parcelas autónomas como leyes reguladoras de las mismas se promulguen, y por consiguiente ya no sirva a la función racionalizadora de la política económica y del empleo hoy en vigor.

Concretamente, y en relación con las medidas de política activa del empleo, ¿sirve el marco actual del contrato de trabajo para responder a las exigencias que plantea dicha política?

En segundo lugar, partiendo de la hipótesis de que cumpla con su función racionalizadora la presencia de un Derecho del Trabajo flexible o adaptable a los nuevos requerimientos de la demanda de la fuerza de trabajo, ¿es coherente con esa visión una política del Derecho del Trabajo que antepone el interés de la empresa al proceso de individualización de las relaciones de trabajo, y que perverte la función homogeneizadora y de unidad que permiten las regulaciones generales, ya sea por vía legal o por vía de convenio o acuerdo colectivo?

En tercer y último lugar, ¿está preparado el Derecho español del Trabajo ante el desafío de futuro de la existencia de un verdadero Derecho social europeo? Más allá de la internacionalización de las normas laborales, el panorama europeo, hoy por hoy contextualizado a través del Derecho social comunitario, ofrece elementos-guía suficientes como para ir percibiendo en qué consistirá ese futuro Derecho social europeo. Un Derecho que con irrelevancia de la forma que revista la actividad económica que realice el sujeto se definirá con toda probabilidad sobre este sujeto. La noción de trabajador circulante y la de asegurado o beneficiario del sistema de previsión social son a la postre el tipo de nociones que configurarán el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social europea. El trabajador jurídicamente relevante será un ofertante de servicios económicamente medibles y no marginales, sujeto a un sistema de protección social, cuya actividad más o

menos profesionalizada se modulará a efectos legales según un sistema de indicios, de cuya aplicación se obtendrá en cada caso si entra no en el campo de aplicación de determinada norma concreta o no; tal y como sucede hoy en día con la legislación armonizadora proveniente de las Directivas comunitarias en la materia laboral y social.

3. Los desafíos del futuro Derecho del Trabajo

A continuación, voy a intentar contribuir a despejar alguna de las interrogantes planteadas, a partir del análisis crítico de nuestro Derecho laboral positivo vigente. Para ello retomaremos los grandes principios sobre los que se ha fundado la disciplina. El primero de todos, el trabajo no se considera una mercancía, sino que es expresión de la subjetividad de la persona, la actividad laboral de rostro humano, más allá de su relevancia económica, es un factor de dignificación social para el individuo, y como veremos seguidamente no es sólo porque sea una fuente de remuneración para el trabajador, sino porque actúa como ese vínculo con la sociedad que se consagra jurídicamente bajo el manto de su consideración como derecho de ciudadanía plena.

El gran problema de nuestro tiempo, la falta de trabajo para todos, en nuestra sociedad actual es causa fundamental de exclusión social, sobre todo a partir de la pérdida de los subsidios de sustitución que se instrumentan desde los poderes públicos para paliar los graves efectos de este mal social. Por esta razón, la falta de trabajo realmente existente debe ser compensada con el surgimiento de nuevos valores sociales que favorezcan una mayor valorización social del individuo sin trabajo. Más allá de los subsidios pasivos, las políticas activas de empleo empujan al individuo sin “trabajo” a realizar “actividades” socialmente útiles y como tales valorizables, como ejemplo de ciudadanía, que permitan a ese individuo salir de la marginalidad social a la que de otra forma estaría condenado ante la falta de trabajo existente. Esta aceptación social de la actividad “sin trabajo” podría contribuir a proporcionar al sujeto sin trabajo un empleo que siempre tendría que ser ofertado en condiciones dignas, aquellas que sólo el Derecho del Trabajo puede y debe garantizar.

En mi visión actual del objetivo de futuro que debería perseguir el Derecho del Trabajo, éste tendría que contemplar esta nueva realidad del “no trabajo”, del sujeto que busca empleo, que lo encuentra pero lo pierde, que se hace “autónomo” para volver de nuevo a “emplearse” por otro periodo de tiempo, que pasa a percibir el seguro de paro y en el marco del mismo adquiere una nueva profesionalidad, lo cual le permite volver al trabajo y combinar prestaciones laborales bajo distintos regímenes jurídicos, etc.. Esta nueva realidad de la fuerza de trabajo se proyecta en esa doble dimensión del trabajo, como factor remunerador de una actividad, y por otra parte, socialmente “situacionista” en un contexto de status de “ciudadanía” igualitaria y solidaria con otros conciudadanos. Esta realidad

requiere del Derecho del Trabajo que supere las rígidas fronteras entre la situación de paro, prestador de un servicio social gratuito o benévolo, trabajo autónomo, o trabajo dependiente³. Por el contrario, debe tender puentes para construir ese itinerario discontinuo pero totalmente amparado por el “status de ciudadano protegido” del que el Estado del Bienestar y el Derecho del Trabajo son sus instrumentos por excelencia, siendo esta última la vía privilegiada para alcanzar este fin socializador a través de la protección y preservación de los derechos sociales del ciudadano⁴.

El primer nuevo frente que deberá afrontar este renovado Derecho del Trabajo protector será el del trabajador autónomo o independiente, que en muchos casos ve como sus rasgos diferenciadores con el trabajo dependiente son sobrepasados por unos horarios predeterminados, una dirección técnica y unos medios de trabajo que no le corresponden, etc... sintiéndose de hecho integrado en un servicio organizado por otro. Tal vez haya llegado –como es el caso de Francia⁵– el momento de interrogarse sobre la necesidad de aproximar estos dos estatutos separados, para que a cierto nivel por lo menos el falso trabajador autónomo pueda realizar una alternancia organizada entre uno y otro tipo de prestación.

Tal vez sea cierto que la normativa legal y convenial, en cuanto prototipos de un ordenamiento en sustancia uniforme del Derecho del Trabajo, hayan cumplido con su destino, y que ante un Derecho del Trabajo de estatutos diversos la tarea actual consista en preparar los vínculos que unirán a unos y a otros regímenes inicialmente diferenciados. Esta diversidad debiera ser entendida en positivo, es decir, más que como un factor de desestructuración del trabajo, como una “oportunidad de movilidad social, sistema laboral que podría estar disponible para todos en idéntica medida”⁶, gracias a esos derechos básicos, verdadero tejido conectivo de la nueva disciplina que se inspiraría en los derechos de la ciudadanía social. Esta perspectiva nos permitiría hablar de un Derecho social de base

³ Vid. A. SUPLOT, “Du bon usage des lois en matière d’emploi”. DS. núm. 3, 1997, pág. 233.

⁴ Tal vez sea cierto que en un futuro “las fronteras entre el trabajo, el empleo y la actividad aparezcan cada vez más difusas, lo mismo que las fronteras entre ingresos, salario y subsidios... La empresa seguirá siendo una referencia central de sociabilidad, pero el salario podrá no ser la principal fuente de ingresos... si es que se pueden obtener ingresos sin ejercer realmente una actividad, o tener un empleo sin ser remunerado directamente en todo o en parte... el vínculo con la empresa tendrá aspectos propios de una relación contractual y otros que residan en la lógica de la solidaridad colectiva... a la vez que surgirán nuevos tipos de empresas y más diversificadas actividades económicas...” Cfr. Ch. CUMUNEL, “Une nouvelle approche de la cohésion sociale face aux mutations du Travail”, en VV.AA. “Le travail au XXI Siècle”, Ed. Dunod, París 1995, págs. 168 y 169.

⁵ Como sucedería con el contrato de actividad (propuesto por el Informe Boissonnat). Vid. T. PRIESTLEY, “A propos du contrat d’activité proposé par le rapport Boissonnat”, DS. núm. 12, 1995, pág. 959.

⁶ Cfr. A. SUPLOT “La crisis del welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Francia”. Riv. Giur. Lav. núm. 1, 1996, págs. 60 y ss.

mínima, pero lo suficientemente estructurado (con derechos sindicales y de protección social para todos los trabajadores comprendidos en su ámbito), que no permitiera una “dualización” del mercado de trabajo en base a sus estatutos jurídicos respectivos, y que comprendiera en su ámbito tanto al trabajador asalariado, como al trabajador en formación, al que trabaja tanto a título oneroso como gratuito, al que trabaja en las Administraciones Públicas o al trabajador autónomo, cumpliéndose de esta forma el fin que el espíritu totalizador característico de esta rama autónoma del Derecho pretendía abarcar: la fenomenología del trabajo en toda su amplitud, cubierta totalmente por la única disciplina jurídica que tiene al mismo por objeto.

El carácter de “ciudadano social” sería el elemento que dotaría de coherencia a todo este entramado de estatutos jurídicos plurales, de forma que a través del mismo se llega a “una concepción” del trabajo como forma o modalidad de ejercicio del mismo derecho de ciudadanía”, a partir del compromiso del constituyente europeo por hacer efectivo el derecho al trabajo para todos los ciudadanos (art. 35, 1º CE, Preámbulo de la Con-Francesa, o art. 1 Con-Italiana...). De esta manera el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social encuentra su justificación esencial en el desarrollo regulador de un derecho social, como es el “derecho al acceso a través del trabajo (o de “los trabajos”), a un régimen de seguridad social”⁷.

¿Es ésta la dimensión que adquiere el trabajo en nuestra CE. de 1978?

4. Las bases constitucionales necesarias del futuro Derecho español del Trabajo

No es mi propósito realizar un recorrido sobre los valores, principios y derechos constitucionales que rigen de manera tan importante el ordenamiento jurídico-laboral español, cuya transcendencia ya ha sido debidamente puesta de relieve por doctrina y jurisprudencia⁸. A este propósito valga una simple referencia a la relevancia de valores como la igualdad en el diseño del Estado social y democrático de Derecho (art. 1, 1º CE.)⁹, y al papel reconocido a los sindicatos

⁷ Cfr. U. ROMAGOLI, “Alle origini del diritto del lavoro: l’età pre-industriale”. *Rev. Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 4, 1985, pág. 526.

⁸ Vid. M. ALONSO OLEA, “Las fuentes del Derecho. En especial del Trabajo según la Constitución”. Ed. Cívitas (2º ed.), Madrid 1990, págs. 16, 20 y ss.. T. SALA FRANCO y otros “Constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en VV.AA. “Los trabajadores y la Constitución”, Soc. de Estudios Laborales. Madrid 1980, págs. 221 y ss. A. MARTIN VALVERDE, “La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 33, 1988, págs. 55 y ss., entre otros muchos.

⁹ De donde se extrae la vigencia del principio pro operario “manifestación de la cláusula del Estado Social” según M. R. ALARCON “La vigencia del principio pro operario”, en AA.VV. “Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos a... M. ALONSO OLEA”, *Mº de Trabajo*, 1990, pág. 868.

y asociaciones empresariales en el diseño democrático del mismo (art. 7 CE), así como al compromiso que asumen los poderes públicos en actuar positivamente en la consecución de la igualdad y la libertad de los individuos (art. 9, 2º CE). Junto a esta configuración notablemente avanzada del Estado social, un elevado número de derechos fundamentales, inespecíficos (según el término clasificatorio de C. PALOMEQUE, consagrado entre la doctrina española) o propiamente sociales, fundamentales (como es el caso de los derechos colectivos de la libertad sindical) o no (como sucede con el derecho al trabajo del art. 35, 1 CE), constituyen el armazón básico sobre el que girará el desarrollo legislativo posterior del orden normativo laboral, llamado a desempeñar esa labor de realización de la justicia social, a base de fijar condiciones mínimas que deberán ser respetadas por todos (STC. 31/1984, sobre el SMI), de las que los derechos fundamentales sociales o no (específicos o inespecíficos), ya constituyen parte de ese “mínimo común denominador” de quien presta su trabajo por cuenta ajena¹⁰.

Desde la visión prospectiva y de futuro avanzada en torno a la configuración de un derecho de ciudadanía al trabajo¹¹, nos detendremos lógicamente en el análisis del art. 35 CE. Empezaré por subrayar la eficacia jurídica que se reconoce a este precepto, valor normativo con un contenido básico preciso que en palabras del propia TC., referidas al derecho de reacción frente a la decisión empresarial de despido, dice del mismo que “es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en el art. 35 CE., y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o sindicación, e incluso en buena medida es el derecho que garantiza la tutela judicial efectiva si de tutelar los intereses del trabajador se trata. En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del Derecho del Trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE.), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación... máxime si ello acontece a nivel individual y no colectivo...” (STC. 20/1994, de 27 de Enero).

Por lo tanto, el TC. además de reafirmar el carácter protector o tuitivo, así como compensador de la desigualdad¹², ubica en el art. 35 un contenido de dere-

¹⁰ S. DEL REY GUANTER, “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”. RL., núm. 3, 1995, págs. 38 y 39.

¹¹ Esta consideración de los derechos sociales como derechos ciudadanos es difundida, entre otros, por B. HEPPLER, “The future of Labour Law”, *Industrial Relations Journal*, nº24, 1995, págs. 316 y 317. M. RODRIGUEZ PIÑERO, “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, RL., núm. 1/2, 1996, págs. 13 y 20.

¹² Doctrina reiterada desde uno de sus primeros pronunciamientos la STC. 3/1983, y mantenida con posterioridad a la sentencia que comentamos, como sucede con la STC. 125/1995.

chos básicos –y concretamente en el derecho al trabajo¹³– que va más allá de lo que de una primera interpretación literal pudiera desprenderse. Además, coloca su importancia a la par de los derechos fundamentales asimismo básicos, como son el de sindicación o el de tutela efectiva, que mencionábamos antes.

SASTRE IBARRECHE, que es el autor que ha tratado con más intensidad entre la doctrina el derecho al trabajo, tal y como se recoge en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, separa de entrada el derecho al trabajo de la otra faceta históricamente precedente de éste: la libertad de trabajar. A pesar de su “notable polisemia, ambigüedad...”, su utilización como noción-comodín¹⁴, a juicio de este autor el derecho al trabajo se encuadra en la esfera de los derechos de “pretensión dotado de un contenido prestacional”¹⁵. No caben, por consiguiente, interpretaciones minimalistas que llevan a identificar derecho y libertad de trabajar, siendo como son dos categorías distintas y separables¹⁶. Otra cosa es si forma parte del contenido de ese derecho al trabajo el derecho a obtener un empleo, expresión que, en cambio, utiliza la Con-Francesa¹⁷. También, entre nosotros M.R. ALARCON¹⁸ no lo descarta de plano, aunque modaliza sus efectos, si su interpretación se realiza sistemáticamente en combinación con el art. 25, 35 y 40 C.E., que en conjunto ofrecen un ambiente de ambigüedad en torno a la integración dentro del contenido de ese derecho constitucional de un verdadero derecho subjetivo frente al Estado a obtener un empleo retribuido. Curiosamente esa obligación por parte del Estado aparece meridianamente clara en el caso de los reclusos (art. 25), más que en el caso de los ciudadanos ordinarios¹⁹.

Ello no obstante, esta ambigüedad tampoco nos impide observar el alcance e importancia del art. 35, 1º, por ejemplo, en relación con su proyección sobre la regulación del seguro de desempleo. En este sentido, su regulación debiera lógicamente abarcar a muchos ciudadanos que hoy en día no están contemplados, obligado el Estado como está por la Constitución a actuar conforme a políticas de pleno empleo y de favorecimiento del acceso al trabajo de sus ciudadanos, por mucho que ciertamente no cabe confundir derecho al trabajo con el derecho a

¹³ Vid. F. VALDES DAL-RE, “Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica”. RL., núm. 3, 1994, págs. 1 y ss. R. SASTRE IBARRECHE, “El derecho al trabajo”, Ed. Trotta, Madrid 1996, pág. 242 y 243.

¹⁴ R. SASTRE IBARRECHE, “El derecho al trabajo”, cit., pág. 124.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 124.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 91.

¹⁷ Y que el Consejo de Estado de francés le ha dado valor constitucional, aunque el legislador podrá definir y delimitar, pero sin olvidar que como tal derecho social es un derecho de prestación. Vid. X. PRETOT, “Les bases constitutionnelles du droit social”, DS. núm. 3, 1991, págs. 189 y 190.

¹⁸ M.R. ALARCON CARACUEL, “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, núm. monográfico de la Rev. de Política social, núm. 121, 1979, págs. 10 y ss.

¹⁹ M.R. ALARCON CARACUEL, *op. ult. cit.*, pág. 29.

obtener un empleo de los poderes públicos²⁰. Sin embargo, la tesis generalizada de la no inclusión en el contenido del art. 35, 1º CE de un derecho efectivo al empleo, entre otras razones porque se considera incompatible con la economía capitalista y de mercado libre, en opinión esta vez de SASTRE²¹ conlleva la crisis de su aceptación como derecho prestacional, y en definitiva en última instancia impide su consideración como un derecho subjetivo en sentido propio.

Así parece desprenderse también de cierto temprano pronunciamiento del TC.²² que dota al derecho del trabajo de un contenido “débil” pero cierto, configurado como derecho a acceder al puesto relativo a la cualificación del trabajador y a mantenerlo de manera relativa (fundación constitucional de la causalidad del despido), diferenciando el campo del art. 35, 1º y del art. 40, 1º en base al ámbito individual o colectivo de uno y otro precepto, que se contemplan de forma separada. Pero ¿es este resultado interpretativo coherente con el elevado valor social y político que se le debiera atribuir a un derecho de ciudadanía como es el derecho al trabajo?²³.

Tal vez, al derecho al trabajo, además de suficientemente remunerado, como un atributo de ese concepto de “ciudadanía social” aún incompleto, resultado de “un proceso diacrónico de lucha e integración”, tal y como lo contempla MONEREO²⁴, le falta un encaje o encuadre sistemático más adecuado con el contexto real en que se desenvuelve la CE. 1978. Para ello puede ser útil la tesis doctrinal que circula en Francia²⁵ de la conjunta contemplación del derecho al trabajo y del deber de trabajar a fin de contribuir a través de uno y otro al bien común. Si por tradición histórica esta contribución se ha realizado principalmente a través del trabajo asalariado, en un claro proceso de extensión de la forma del contrato de trabajo con sus secuelas de diversificación de los estatutos de cada particular relación de trabajo y de la flexibilidad diversificadora de su

²⁰ *Ibidem*, pág. 33.

²¹ R. SASTRE IBARRECHE, “El derecho al trabajo”, cit., págs. 126 y ss.

²² STC. 22/1981, de 2 de Julio.

²³ El concepto de ciudadanía ha servido en la teoría elaborada en plena segunda mitad del Siglo XX por TH. MARSHALL para incorporar los derechos sociales (promoción de la igualdad real, y a su amparo reconocimiento de derechos colectivos sindicales, etc.) al sistema de derechos de la ciudadanía política, a modo de complemento o de sistema secundario de la ciudadanía trabajadora con respecto de aquella ciudadanía política, permitiendo al mismo tiempo la transferencia de los derechos civiles y políticos a la esfera privada de actuación, para adquirir finalmente los nuevos derechos sociales reconocidos en cuanto ciudadanos trabajadores el mismo “status” que los derechos públicos-subjetivos en muchos casos, tal y como sucede en la CE. 1978. De esta manera el derecho al trabajo deviene políticamente tan esencial como el derecho al voto. Vid. B. HEPPLE, “The future of labour law”, cit., págs. 316 y 317.

²⁴ J.L. MONEREO PEREZ, “Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral”. Ed. CES., Madrid, 1996, págs. 170, y 241 y ss.

²⁵ F. GAUDU, “Travail et activité”, DS. núm. 2, 1997, págs. 120 y ss.

contenido; en el momento presente, ante la crisis de empleo y las dudas que suscitan las fórmulas de liberalización del mercado para combatir esa crisis, tal vez haya llegado el momento de recentrar la figura del contrato de trabajo a lo que es o ha sido tradicionalmente (el estatuto del trabajo dependiente), y atender otros tipos de trabajos o actividades con éste u otros “ropajes jurídicos” adecuados, pero enmarcados en ese “estatuto constitucional de ciudadanía social”, que abarcaría las diversas actividades que una persona pueda ejercer durante su vida activa... dentro de una política de empleo redefinida, que persigue también valorizar la contribución del individuo (deber de trabajar) al bien común, obteniendo por ello el reconocimiento de un derecho a un correlativo ingreso retributivo. De tal manera que de ahora en adelante la política de empleo contemplaría no sólo el desarrollo del empleo asalariado, sino el desarrollo de otras actividades. El derecho al trabajo y su correlativo deber de trabajar se traduciría entonces en una deuda de actividad con la sociedad y en el derecho a poder ejercitarla²⁶.

La traslación de esta tesis a la interpretación del art. 35 CE. nos daría la verdadera medida de la relevancia constitucional del trabajo en cuanto tal, y no sólo limitadamente entendido como “trabajo dependiente” o de la forma contractual en que se constituya su objeto de regulación. El Estatuto de los Trabajadores (art. 35, 2º CE.) estaría entonces destinado a la protección de toda clase de trabajadores, cualquiera que fuera la forma de su contrato o de su aplicación al caso concreto. De esta manera no se requeriría revestir con el contrato de trabajo actividades laborales, como las que se proponen en la vecina Francia en torno al “contrato de actividad”, o los “parcours” o recorridos laborales, entre otras (trabajo altruista, etc.). Unos y otros entrarían entonces en el ámbito de art. 35 CE. En este sentido sería del todo criticable la doctrina restrictiva de nuestro TC., que implícitamente limita a los trabajadores por cuenta ajena la titularidad del derecho al trabajo, tal y como se recoge en el art. 35, 1º, ya que su equivalente para los funcionarios públicos se encontraría en el específico art. 103, 3º CE., pero no ya en el art. 35, 1º CE. (STS. 99/1987, de 11 de Junio). Antes, por el contrario, el derecho al trabajo no se concreta de manera exclusiva al ámbito laboral, como dice SASTRE²⁷ la concreción del ámbito “laboralizado” de este derecho constitucional lo hace el art. 4, 1 a) ET., pero no el art. 35 CE.

Si se interpreta el art. 35, 1º como el contenido de un derecho constitucional de ciudadanía (fundamental o no, no viene al caso en este momento, reconocida la eficacia vinculante que alcanzan todo tipo de derechos frente a los

²⁶ F. GAUDU, “Travail et activité”, últ. cit., págs. 124. También la Con-Italiana en su art. 4, 2º refiere la obligación de “desempeñar una actividad o función que concurra al progreso material y espiritual de la sociedad”. Para ALARCON, el deber de trabajar adquiere su contenido propio “en el ámbito que le es propio: el principio de solidaridad social”... aunque para él no tenga otro alcance que “un simple homenaje retórico del vicio a la virtud”, en “Derecho al Trabajo, libertad profesional...”, cit., pág. 39.

²⁷ R. SASTRE IBARRECHE, “El derecho al trabajo”, cit., pág. 120.

poderes públicos), así como de un deber de la ciudadanía, que en cuanto forma parte de la población activa le corresponde a toda persona con respecto de la sociedad organizada que le asiste y tutela²⁸, puede uno dudar de que la técnica del contrato de trabajo responda suficientemente a la nueva situación de ciudadanos que demandan empleo, a la vez que se convierten en sujetos de un deber de actividad socialmente útil con respecto al Estado y la Sociedad, cuando se le obliga a ponerse en disposición de asumir un trabajo ya sea asalariado, como que no lo sea (benévolo, ONG...), u otras actividades socialmente útiles (políticas, sociales, sindicales, etc.) recibiendo de “quien corresponda” una remuneración a cambio, que evidentemente en muchas ocasiones no será un salario (ingresos públicos, o por compensación, desgravaciones fiscales, subsidios u otros...).

Dicho esto, no quiero decir que sea errónea la opinión generalizada de que el derecho al trabajo que recoge el art. 35, 1º junto al correlativo deber de trabajar se desprenden de cualquier consideración confusionista con el inexistente derecho a obtener un empleo asalariado. En su contenido específico el derecho al trabajo implica el derecho ciudadano a exigir debida información sobre las ofertas de empleo existentes, a ser formado a tal fin, a no ser injustamente privado de empleo, a obtener ingresos sustitutorios en caso de pérdida del empleo²⁹. Además, el titular de ese derecho está comprometido a prestar su actividad personal en aquellos “trabajos” que los poderes públicos que le asisten, estimen adecuados a los fines sociales y a la capacidad y situación personal en que se encuentre esa persona, contribuyendo el Estado a su sostén económico y personal en lógica correspondencia.

No existe pues en el art. 35, 1º CE. un derecho perfecto o público-subjetivo al empleo, sin embargo ello no quiere decir que el art. 35, 1º sea un precepto privado de eficacia, por el contrario, en él se concitan de una u otra forma los dos parámetros esenciales del Derecho del Trabajo: la obtención de un empleo y la protección del trabajador empleado³⁰. A esta conclusión se llega desde una interpretación sistemática junto con otros principios constitucionales: de promoción y protección del trabajador (art. 9, 2º CE.), o bien los principios que dirigen la política del Estado del Cap. III, así como sus limitaciones, particularmente en lo

²⁸ Como dice F. GAUDU, “Sin el deber de trabajar no hay integración social, no hay derechos ciudadanos sin deberes correlativos, ni hay igualdad entre la población asistida y la trabajadora si no hay un deber de trabajar que sólo puede materializarse en un deber de actividad que cubra el trabajo no asalariado...” Op. últ. cit., pág. 125.

²⁹ “El derecho al trabajo de la Constitución Francesa es el derecho a ser asistido en la búsqueda de un empleo y de ser (sometido a condición) socorrido por un ingreso-prestación de sustitución en caso de privación de empleo; cualquier otra dimensión superior de este derecho sería incompatible con la economía de mercado”. Cfr. G. LYON-CAEN, “Le droit du travail: une technique réversible”, Ed. Dalloz, 1995, pág. 61.

³⁰ G. LYON-CAEN, “Le droit du travail dans la nouvelle politique d’emploi”, DS. 1988, pág. 548.

que concierne a la libre empresa dentro de la economía de mercado (art. 38 CE), que actúan como condicionante económico del Derecho del Trabajo protector y equilibrador, restaurador de la igualdad entre las personas³¹. Pero en cuanto que no es un derecho subjetivo típico en su tratamiento, no significa que como verdadero derecho ciudadano frente al Estado esté desprovisto de un contenido prestacional exigible por parte de los poderes públicos, sólo que serán éstos los que deban regular y procedimentalizar su obtención, sin que por imperativo constitucional su actuación deba limitarse a la búsqueda de empleos asalariados para toda la población activa, ni deba encorsertarse al Derecho del Trabajo a contemplar únicamente a los trabajadores sometidos a un contrato de trabajo como únicos destinatarios de sus medidas proteccionistas. Por otro lado, la perspectiva de la existencia de un deber de actividad ligado inexorablemente al derecho al trabajo de cada ciudadano permite un desarrollo todavía en buena medida poco explorado de las políticas activas de empleo³².

Por consiguiente, si los titulares de los derechos reconocidos en el art. 35, 1º CE. son “todos los españoles” (que formen parte de la población activa) ¿Cuáles serán los “trabajadores” destinatarios del mandato constitucional de que por ley se regule un estatuto de derechos y deberes básicos contenido en el art. 35, 2º CE? ¿Serán los trabajadores por cuenta ajena, toda clase de trabajadores, todos los españoles en cuanto trabajadores potenciales?

La doctrina no se ha puesto de acuerdo al respecto, como tampoco lo ha hecho con relación al instrumento regulador que debe darle contenido, si bien la inmensa mayoría está de acuerdo en que el ET. no es la única norma que lo desarrolla, y que por estatuto debe entenderse “la suma de tantas leyes cuantas establezcan dicho contenido básico de las relaciones de trabajo”³³. En concreto, el contenido posible de este estatuto está directamente vinculado por los derechos y demás mandatos constitucionales, especialmente por el art. 14, lo que tiene una transcendencia directa en la regulación de las relaciones laborales especiales, así como de todas aquellas relaciones de trabajo total o parcialmente laboralizadas por ley o jurisprudencia. Para todas estas relaciones de trabajo el contenido mate-

³¹ J.L. MONEREO, “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 34. M.D. ROMAN DE LA TORRE, “Poder de dirección y contrato de trabajo”, Ed. Graphus, Valladolid 1992, págs. 26 y 27.

³² A. BENOIT, “Droit de l’emploi”, Ed. PUG., 1995, págs. 5-190.

³³ Cfr. E. BORRAJO, “El personal de alta dirección en la empresa”. REDT. núm. 22, 1985, págs. 161. M.E. CASAS, “Mercado de Trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma”. RL. núms. 5/6, 1994 pág. 6. F. VALDES DAL-RE, “La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral” en AA.VV. “Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo”, cit., pág. 368. En contra. M. ALONSO OLEA, “El sistema normativo del Estado y de las CC.AA.”, RPS. núm. 121, 1979, pág. 52. J.A. SAGARDOY, dice que este estatuto nació con vocación totalitaria, y reservado para los trabajadores privados por cuenta ajena, en “Infrahistoria de un proyecto de ley: el ET.” RL. t. 1, 1988, págs. 170 y 171.

rial de ese estatuto debe ser unitario por exigencia del art. 35, 2º CE³⁴, y lo establecerá la ley en el pleno respeto de los derechos sociales y fundamentales. El que esa ley sea una o lo sean varias es una cuestión de opción legislativa, pero no forma parte del mandato constitucional que al referirse a este término de “estatuto” estaba definiendo la clase de contenido que regularían esas normas legales³⁵. Su contenido, precisamente, será “esa regulación básica común a la generalidad de los contratos, con independencia de la normativa sectorial específica que resulte de aplicación a cada uno de ellos... contenido sustancialmente en el Tit. I del ET.”³⁶, y presupone “el reconocimiento de la potestad normativa laboral del Estado, cuyo objetivo es delimitar el campo dentro del que han de desenvolverse las partes”, en clara alusión a la noción “francesa” de orden público laboral³⁷.

En cuanto a la primera cuestión que mencionábamos con anterioridad, la de quienes serán los destinatarios de ese estatuto de derechos y deberes laborales básicos. De entrada hay que precisar que el ET. difiere notablemente de su homónimo “statuto dei lavoratori” italiano³⁸, y que aunque sea descartable una supuesta igualdad de tratamiento entre todos sus destinatarios –notablemente con relación a los funcionarios públicos– porque así lo viene entendiendo el TC. (STC. 57/82, de 27 de Julio; o 99/1987, de 11 de Junio), nada obliga en el art. 35 CE. al legislador a entender por “trabajadores” su acepción en sentido limitado a “trabajadores privados por cuenta ajena”³⁹. En cambio, el legislador sí estará vinculado, al regular el contenido de ese estatuto puntualmente, por los derechos protegidos por la propia norma constitucional, sin que de ello deba derivarse –tampoco ahora– una única regulación uniforme para todas las relaciones de trabajo⁴⁰. Esta variedad de interpretaciones, sobre la unidad o no del contenido estatutario básico, o sobre la mayor o menor amplitud de sus posibles destinatarios no ha sido resuelta tampoco a nivel de la doctrina judicial del TC., la cual, por el contrario, introduce nuevos factores de dispersión al juzgar los deberes laborales y los derechos constitucionales como valores compatibilizables⁴¹.

³⁴ Entre otros, A. PEDRAJAS, “Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex art.1,3ºg) del ET”..., AL nº21/22, 1995, pág. 335. Como dice M.F. FERNANDEZ LOPEZ, “existe un núcleo inicial de caracteres que es común a todas la especies del género contrato de trabajo, siendo el reunirlos fundamento para que se reconozca la introducción de una determinada relación en ese género...” M.F. FERNANDEZ, “Relaciones laborales especiales de trabajo y ET.” RPS., núm. 139, pág. 242.

³⁵ Vid. M.E. CASAS. “Mercado de trabajo...”, op. últ. cit., pág. 6.

³⁶ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, “Derecho del Trabajo”, Ed. Tecnos, 1993 (14 ed.), pág. 496.

³⁷ J.A. SAGARDOY, “Infrahistoria de un proyecto de ley...”, últ. cit., pág. 173.

³⁸ M.E. CASAS, A. BAYLOS, Y R. ESCUDERO, “El estatuto de los trabajadores: diez años después, pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas”. RL, 1988, T.I, pág. 205.

³⁹ Como, sin embargo, postula J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, op. últ. cit., pág. 170.

⁴⁰ Es la opinión de A. PEDRAJAS, op. últ. cit., pág. 338.

⁴¹ STC. 129/1989, de 17 de Julio, o STC. 19/1985, de 13 de Febrero. Vid. M.E. CASAS y otros. “El estatuto de los trabajadores: diez años después...” cit., pág. 209.

A la incertidumbre resultante ha contribuido muy especialmente la opción reguladora que finalmente adoptó la LET., que introdujo en su objeto contenidos reguladores mucho más allá del estatuto básico de deberes y derechos laborales, al regularse a través del mismo una Ley del contrato de trabajo en su Tit. I, además de las relaciones de derecho colectivo del trabajo contenidas en sus Tit. II y III. De hecho, el contenido estatutario en sentido propio lo constituirían los art. 1, 4 y 5 ET., principalmente, pero ni siquiera la relación de derechos en ellos contenidos agota el conjunto de derechos cívicos y sociales establecidos por la CE. De manera clara esto sucede con los derechos de libertad personal o del área de garantía reforzada, lo cual además de dificultar su ejercicio efectivo en las empresas⁴², da prueba de su imperfección técnica, a la vez de la dificultad de considerar comprendida en esta norma todo el posible contenido estatutario que la CE. mandó al legislador desarrollar⁴³.

A nadie se le escapa lo preocupante de esta situación, ya que los contornos en buena medida indeterminados, en cuanto a contenido o posibles sujetos del art. 35, CE. van a depender de manera muy importante de su plasmación legislativa, como veíamos. La forma en que la LET. plasma el mandato constitucional contribuye en buena medida a lo que MONEREO ha venido a llamar “más que un Derecho flexible del trabajo, un “Derecho disperso del Trabajo”, lo cual pone en serias dudas la eficacia del ET. para servir de derecho común del trabajador, en contradicción con la función que le había asignado el art. 35 CE., pervertiendo el mandato de igualdad ante la ley que se establece en el art. 14 CE., e igualmente puede suponer su violación, incluso por desarrollo imperfecto de los derechos de ciudadanía de todos los españoles⁴⁴.

Pero, tal vez, esta conclusión sea demasiado precipitada, y resulta que con todas sus imperfecciones el ET., en su contenido propiamente “estatutario”, encierra una definición del sujeto titular y de sus derechos ciudadanos básicos en cuanto “trabajador” que yendo más allá del molde de la actividad humana prestada bajo un contrato de trabajo configura una realidad tal vez más amplia, admitiendo consiguientemente en su campo subjetivo, en cuanto estatuto de derechos y deberes⁴⁵, a otros muchos sujetos además de los vinculados por un contrato de trabajo, o cuando menos permita una interpretación más flexible que le acerque más y mejor, en el contexto aplicativo actual, al mandato constitucional de regu-

⁴² *Ibidem*, págs. 203 y 204.

⁴³ “El ET., vendría a ser una intersección que de manera obligada debe transitar reiteradamente los diferentes sujetos que participan en esta rama del ordenamiento jurídico”. *Ibidem*. pág. 185.

⁴⁴ J.L. MONEREO, “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo”, cit., pág. 73.

⁴⁵ Cuya relación (art. 4 y 5 ET.) no es tampoco, ya que el ET. no desarrolla –si bien con importantes excepciones (prohibición de discriminación, respeto a la intimidad y dignidad de la persona, libre expresión y reunión)– los derechos fundamentales que integran el área de protección reforzada que dispensa la CE. (art. 53, 2º). Vid. M.E. CASAS y otros, op. últ. cit., págs. 202 y 203.

lación legal de un estatuto de trabajadores que dé cauce a los derechos ciudadanos a trabajar (realizar actividades de interés económico y social) y a contribuir al bienestar común de la sociedad en igualdad y libertad.

5. Por una lectura de la LET resistematizadora del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

La pluralidad de relaciones de trabajo, la diversidad de trabajadores asalariados actualmente existentes, plantean al intérprete la necesidad –a falta de reformas legislativas adecuadoras que tampoco están anunciadas– de ensanchar las posibilidades que nuestro actual marco jurídico ofrece para acomodar en él al máximo de aquellas categorías profesionales y relaciones laborales. El Derecho del Trabajo actual debe ser capaz de atender y garantizar los derechos laborales de la figura ya clásica del asalariado de la industria, pero también la del asalariado liberal, por poner un ejemplo. A su vez, sus notas delimitadoras deben recoger las nuevas tendencias de las políticas de recursos humanos de muchas empresas: menos control directo sobre horarios y tareas, más participación y colaboración en el diseño de los objetivos productivos, y reconocimiento de más autonomía y responsabilidad en sus misiones a los productores directos por parte de la dirección de la empresa.

Nuestro actual marco jurídico si quiere adaptarse a las nuevas relaciones laborales tiene no pocos mecanismos, además puede cambiar cuantas veces quiera, pero eso sí, sin negar los principios informadores que fundaron su nacimiento y siguen justificando hoy en día el reconocimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma. Para ello el Derecho del Trabajo debe ser todo lo flexible que sea necesario en el diseño de su ámbito subjetivo, a la vez que lo más concreto y delimitado posible en su objeto y en la regulación de su contenido de derechos, obligaciones y condiciones generales, dentro de las cuales debe desenvolverse la prestación de trabajo frente a terceros.

A tales fines, nociones tradicionales como la de dependencia entendida como incorporación o integración personal y física en la organización productiva del empresario, o la de la asunción del riesgo empresarial por parte de quien presta el servicio, sirven cada vez menos a la definición de la relación de trabajo actual. Otras nociones, como la de la dependencia entendida como coordinación, o la de la actividad laboral necesaria al objeto perseguido por la empresa, se muestran mejor adaptadas a la realidad moderna⁴⁶, y no son más que algunos de los pasos que todavía habrá que andar hasta que el Derecho del Trabajo abarque toda aque-

⁴⁶ En esta línea, me remito a las interesantes reflexiones de J.L. GOÑI SEIN, “Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo”, en J. RIVERO (Coor.) “La flexibilidad laboral en España”, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza 1993, págs. 84-86.

lla actividad laboral donde la debilidad contractual del trabajador requiera de su intervención; a lo cual ayudaría enormemente la relajación de la dependencia jurídica, o su sustitución por una noción funcional de la dependencia más plegada o funcionalizada a exigencias socio-económicamente relevantes a los fines del Derecho del Trabajo.

En este sentido, el actual marco jurídico del ET. contiene, por un lado, la suficiente indeterminación en sus postulados definidores, lo cual le dota de una relativa gran flexibilidad adaptadora⁴⁷. El objetivo sería el de, a través de su interpretación extensiva, aplicar las notas definidoras sobre todos esos cuasitabajadores o “falsos autónomos” cuya dependencia funcional del comitente se medirá por lo menos, como lo hace la jurisprudencia alemana, según el grado o intensidad de determinación de la realización del trabajo que se ha de prestar, y de la duración y capacidad de disposición del tiempo necesario para llevarlo a cabo⁴⁸. Labor ésta que está más en línea con la vieja pretensión (de P. DURAND) de que el Derecho del Trabajo asalariado se extienda a la regulación de toda actividad profesional⁴⁹.

Para ello, la tarea de desprender al contrato de trabajo del art. 1, 1º ET. tampoco pondría en peligro el poder de dirección y disciplinario del empresario, tradicionalmente fundamentado en las particulares características o notas del “contrato de trabajo”, ya que su fundamentación vendría a posarse en la titularidad del patrimonio-empresa y por consiguiente de la organización de la misma⁵⁰, que encuentra su razón en el art. 38, CE., y que a mi juicio se conjuga mejor con el modelo constitucional de relaciones laborales, es decir como manifestación de las facultades inherentes al principio de la libertad de empresa. Nada obsta, desde esta perspectiva, a que el poder disciplinario y de control, u otros puedan ser transaccionados o hechos disponibles por el empresario en los procesos de negociación colectiva, y subsidiariamente incluso mediante las cláusulas del contrato de trabajo, aunque no al revés y en contra de lo dispuesto en el convenio⁵¹.

⁴⁷ “... el carácter estructural abierto del art. 1, 1º ET... a consecuencia de la abstracción e indeterminación de las notas de ajenidad y dependencia a interpretar las notas con elasticidad, para afrontar en clave expansiva la emersión de nuevas ocupaciones, dando legitimidad a la jurisprudencia para hacerlo”. Cfr. T. SALA y LOPEZ MORA, “Contrato de Trabajo”, en E.BORRAJO(Dir.) “Comentario a las leyes laborales”, T.1, Cap.1,a pág. 32. Vid. también, J.L. MONEREO, “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo”, cit., págs. 79, 88.

⁴⁸ Vid. W. DÄUBLER, “Derecho del Trabajo”, Mº. de Trabajo, Madrid 1994. pág. 928.

⁴⁹ Así nos lo recuerda G. COUTOURIER, “Droit du Travail”, 1, “Les relations individuelles de travail” Ed. PUF, París 1990, págs. 15 y ss.

⁵⁰ En una gran monografía, M.F. FERNANDEZ LOPEZ ya ponía de relieve las dificultades estructurales de la teoría del contrato para justificar la razón de ser jurídica del poder disciplinario, que casa mal la voluntad libre de las partes con la estructura jerárquica y de mando interna a la organización empresarial. Vid. M.F. FERNANDEZ, “El poder disciplinario en la empresa”, Ed. Cívitas, Madrid 1994, págs. 24 y ss.

⁵¹ En defensa, sin embargo, del contrato de trabajo como posible técnica de organización de la empresa, la propia autora M.F. FERNANDEZ, op. últ. cit., págs. 62 y ss.

Por otro lado, las técnicas de extensión previstas en los arts. 2 y DF. 1º LET. (al socaire de las legítimas presunciones que el legislador puede utilizar al amparo de las técnicas de exclusión) permiten diversificar una regulación laboral que de otra manera sería excesivamente uniforme y por lo tanto, difícilmente trasladable a ciertas relaciones de trabajo. En cambio, la extensión vía “modalidades contractuales” del contrato ordinario de trabajo no debiera servir a inaplicar el contenido regulado para éste, sino que por el contrario la garantía de ese contenido legal o convencionalmente establecido debe ser total, ya que en estos casos estamos ante una misma realidad contractual: la del contrato de trabajo-tipo.

Y ésta podría ser una primera aclaración sistemática que convendría introducir en la estructura de la LET. Esta ley regula todas las relaciones de trabajo en la que interviene un trabajador en sentido técnico, tal y como lo define el ET., y en extensión regula la relación de trabajo típica u ordinaria: el contrato de trabajo, así como ciertos aspectos del derecho colectivo sindical del trabajo. De esta forma, retomaríamos mejor pero actualizándolo el mensaje de SINZHEIMER: “El Derecho del Trabajo... no regula sólo relaciones contractuales. Cuando hablamos de las relaciones reguladas por el Derecho del Trabajo debemos ver al trabajador en un doble aspecto: 1º el que viene del hecho de hallarse en relación con el empresario. 2º el que se deriva de su pertenencia a una clase (parados, inválidos, etc...)”⁵².

Por lo tanto, el contrato de trabajo no está propiamente definido por el art. 1, 1º ET., sino que su definición se entiende implícita en la presunción favorable a su apreciación, que con una técnica cuando menos forzada y poco correcta hallamos en el art. 8, 1º ET., que atiende por necesidad a esa doble función de definición del contrato de trabajo y de establecimiento de una presunción favorable a la existencia del propio contrato, si se prueba la existencia de los presupuestos básicos que sirven al mismo tiempo de categorías jurídicas de la propia definición del contrato, que no son otras que las notas del concepto de trabajador del art. 1, 1º formuladas (en una definición con doble función) de acuerdo a la definición estructural correspondiente propiamente a un contrato. Nótese, por ejemplo, el elemento cambiario o sinalagmático que se introduce en el art. 8, 1º a través de la expresión: “a cambio de “ y que está ausente de la definición de la prestación de servicios por parte de un trabajador, que es lo que debiéramos calificar como el trabajo objeto del Derecho del Trabajo, y que realiza por otra parte el art. 1, 1º ET., donde se habla de “servicios retribuidos” sin especificar claramente por quién, es decir, no se deduce necesariamente que obligado a pagarlos sea directamente su empleador o empresario; o si se prefiere, naturalmente que el empresario está obligado a retribuir al trabajador a su cuenta, pero nada impide que el trabajador reciba otro tipo de retribuciones por su trabajo, a las que no necesariamente está obligado el empresario.

⁵² H. SINZHEIMER, “La esencia del Derecho del Trabajo” 1927, en VV.AA. “Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo”, IELSS, Madrid 1984”, pág. 71.

Naturalmente, y tradicionalmente, la doctrina ha entendido otra cosa, que el art. 8, 1º redefine el contrato de trabajo que ya estaba definido por el art. 1, 1º ET.⁵³, por lo tanto la presunción que se contiene en este último precepto es “débil”⁵⁴, y no sería dable entender que estamos ante una presunción favorable a la existencia de laboralidad, sino en cualquier caso, ante la simple admisión de la forma tácita para la celebración del contrato de trabajo, junto a una débil preferencia por la contratación laboral que además no exonera de la carga de probar sus presupuestos⁵⁵. Sin embargo, a mi parecer es perfectamente defendible la razón de la presunción en favor de la existencia de un contrato de trabajo, si previamente se demuestra la existencia de lo que dice el inciso segundo: situación de hecho que deberá ser acreditada fehacientemente para que entre en juego la presunción de que la forma que reviste esa relación de trabajo (del art. 1, 1º ET.) es además la de un contrato de trabajo, o si se prefiere, se presumirá la aplicabilidad de la regulación del ET. sobre el contrato de trabajo a esa relación de trabajo, presunción que podría ceder –según algunos– si lo que se acreditara es la formulación de un contrato de otra naturaleza⁵⁶. Consecuencia ésta más discutible, desde mi punto de vista, la que implica otorgar a la voluntad de las partes un poder de disposición sobre la regulación de su relación de trabajo, que en todo caso debería ampararse en el orden legal correspondiente al instrumento normativo que se pretende utilizar. Por lo tanto, si estamos ante un trabajador en sentido pleno y así se prueba, la consecuencia lógica es que su régimen jurídico será el que disponga el Derecho del Trabajo (para la relación común de trabajo, o para la relación especial, etc.), y no lo que las partes hayan pretendido, aunque estén amparados por una exclusión (como dije en su momento necesariamente declarativa, luego no prevalecerá si se prueban las notas de laboralidad del art. 1, 1º ET.), salvo que una ley especial la contemple de manera especial aislándola del contexto de la regulación general. De esta forma el Derecho del contrato de trabajo tendería a configurarse como un verdadero Derecho común del trabajo, y si por la naturaleza de las relaciones de trabajo contempladas éstas resultan incompatibles con aquél (por ejemplo, las relaciones reguladas por la legislación funcionarial), en todo caso se tendrá que respetar siempre el contenido básico (legal

⁵³ Vid. T. SALA y LOPEZ MORA, op. últ. cit., pág. 170. Sin embargo en su manual, T. SALA ya admite que el art. 8, 1º impone una “vía atractiva” de la relación laboral o de trabajo hacia la fórmula contrato de trabajo, llamada –gracias a ello– su regulación a convertirse en le Derecho común del trabajo. Vid. T. SALA y otros, “Manual de Derecho del Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pág. 186.

⁵⁴ En base a su “debilidad” M. RODRIGUEZ PIÑERO, predica su “juego limitado”, en la prueba de la existencia del contrato de trabajo, lo cual revaloriza la voluntad de las partes en la calificación que quieran otorgar al contrato. Vid. “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”. RL., núm. 18, 1996, pág. 2.

⁵⁵ S. GONZALEZ ORTEGA, la califica incluso de superflua e inexistente, en Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Libro homenaje al Prof. M. ALONSO OLEA, cit., págs. 790, 803.

⁵⁶ Vid. K. SANTIAGO REDONDO, “La prestación de trabajo del socio-trabajador en la sociedad cooperativa”, tesis Doctoral, San Sebastian 1995, pág. 11, Publicada por la editorial Ibídem en 1997.

y constitucional) correspondiente al estatuto de los trabajadores, tal y como se desprende del orden constitucional y de su legislación de desarrollo. En concreto, y en relación con el ET., ese estatuto básico mínimo se correspondería “grosso modo” con el contenido de las secc. 1º y 2º del Cap. I, y más concretamente, con los derechos y deberes de los “trabajadores” (según la definición del art. 1, 1º ET.) contenidos en sus arts. 4 y 5.

6. Un nuevo Derecho del Trabajo configurado en esencia como un Derecho común de la persona del trabajador (con o sin empleo) a partir de un “estatuto” o norma básica del orden publico social

La proximidad en el tiempo de un cuando menos simbólico cambio de siglo –y de milenio– provoca la sensación en el analista del derecho y de la sociedad de estar asistiendo a inevitables cambios en la manera de entender y resolver los problemas conexos a las relaciones laborales. El inicio de esa nueva fase del Derecho del Trabajo que se imagina va a poner fin a esa concepción del mismo como disciplina de carácter “progresista” en tensión constante hacia nuevas metas y conquistas sociales para los trabajadores, cuya figura típica ha simbolizado durante muchos años el contrato de trabajo estable y a tiempo completo⁵⁷, para dar paso a un Derecho del Trabajo en que ese objeto se transmuta, convirtiéndose el trabajo a tiempo completo en una especie residual que convive con otras nuevas y más diversificadas formas de trabajo, donde la individualización de su regulación será en breve tiempo el probable patrón de juego que se avecina. Situación ésta que provoca no pocas incertidumbre para la configuración final de la disciplina, al debilitarse la vieja dicotomía entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado así como entre éste y el empleo público, consideradas aún hoy como categorías jurídicamente contrapuestas, para pasar a subrayarse “una mayor inclinación a la fungibilidad de las formas del trabajo autónomo y del trabajo dependiente. Si las cosas acaecieran de esta manera, ya no valdría la vieja “contraposición”, entonces surgirá un Derecho del Trabajo diverso en el que habrán de identificarse esos criterios unificadores basados en la equidad y en la igualdad, que desde siempre han constituido su especificidad como disciplina jurídica⁵⁸. Y es que ese desequilibrio típico en la posición de las partes del contrato de trabajo también se observa en otras esferas de la actividad laboral, razón por la cual los límites del Derecho del Trabajo han continuado abriéndose para acoger a otros tipos de sujetos trabajadores que se encontraban en una situación de dependencia económica similar a la de los trabajadores dependiente jurídicamente, aún y cuando no lo fueran en sentido propio.

⁵⁷ M. RODRIGUEZ-PIÑERO, “Derecho del Trabajo y Empleo”, RL nº11, 1994, pág. 2.

⁵⁸ A. PEDRAJAS MORENO, “Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex art. 1, 3º g) ET”, cit., págs. 207, 211 y ss.

Sin embargo, tal vez esta nueva etapa del Derecho del Trabajo no tenga tanto de nuevo y sí mucho de “asignatura pendiente”, me refiero a aquella pretensión que fue una característica esencial en la evolución del Derecho del Trabajo desde sus mismos orígenes: la de la búsqueda de una regulación unitaria como objetivo de política legislativa capaz de abarcar o ser aplicada a toda clase de trabajadores y a cualquier relación de trabajo profesional, ya fuera privada o pública⁵⁹.

Ahora bien, para enfrentarse a esta tarea de identificación del o de los sujetos centrales de una disciplina que se quiere unitaria caben distintas posturas de fuerte impronta ideológica⁶⁰. Según unos, no habría posibilidad de seguir manteniendo la autonomía de la disciplina laboral por lo que debería ser reabsorbida por el Derecho Civil. De esta forma se consagraría la vuelta a la implantación del principio de libertad individual y de la autonomía de la voluntad, la cual recuperaría aquellos espacios perdidos a consecuencia precisamente del surgimiento del Derecho del Trabajo.

En el extremo opuesto, estarían quienes estiman que no existen motivos suficientes para cambiar el Derecho del Trabajo, ni tampoco la normativa de protección social, salvo por el interés político que persigue la “ofensiva neoliberal”. Lo cual nos llevaría indefectiblemente a consagrar la dualidad en el mercado laboral, con una élite de trabajadores superprotegidos, y a su lado un “cementerio económico” de paro estructural, subempleo, y la multiplicación de contratos atípicos⁶¹.

Al parecer sólo nos quedaría la posibilidad de seguir avanzando con los instrumentos y la función tuteladora-guía caracterizadores de esta disciplina, ya que no vale quedarse quieto, ni cabe volver hacia atrás, a los tiempos más álgidos del Derecho del Trabajo de la época de crecimiento económico de los años 60 y 70, antes bien habrá que seguir ajustando y adaptando técnicas e instrumentos a los nuevos desafíos sociales, económicos y culturales⁶², intentando identificar con los datos del presente las líneas de tendencia evolutiva del inmediato futuro para

⁵⁹ Así lo expresaba sin ir más lejos el propio H. SINZHEIMER, según J.L. MONEREO, “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo”, cit., pág. 140, y tal y como hemos visto es una idea recurrente a través de distintos exponentes de la doctrina europea a lo largo de este siglo.

⁶⁰ Tal y como las ordena F. DURAN, en “El futuro del Derecho del Trabajo”, REDT. núm. 78, 1996, págs. 606 y 607.

⁶¹ El propio SINZHEIMER advertía en 1933 que un Derecho del Trabajo cuya función social se circunscribiera a dar estado de esta situación debía ser replanteado. Vid. H. SINZHEIMER, “Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo”, cit., pág. 98.

Esta crítica se mantiene hoy en día entre la doctrina más clarividente a la vista de las transformaciones sociales y técnicas acaecidas. Vid. V. ZACHERT, “Las formas de empleo: problemas y tendencias actuales en la RFA.”, RL., I, 1989, pág. 224.

⁶² Era el mensaje premonitorio que se puede leer en O. KAHN-FREUND, “Labour Relations. Heritage and adjustment”. Oxford Univ. Press., 1979, pág. 63.

ajustar mejor nuestras previsiones. Una labor para la que hay que partir de los datos reales constatables en la actualidad. Una observación muy importante es que la presente transformación del Derecho del Trabajo no parte de la revisión de su núcleo central: el contrato de trabajo estable por tiempo indefinido, sino que opera superponiendo sobre esta regulación central nuevas regulaciones de las relaciones laborales⁶³. A consecuencia de este proceso de incorporación mediante estratos nuevos sobre las clásicas instituciones del Derecho del Trabajo, ese núcleo originario tiende a perder la centralidad que guardaba en la definición de la disciplina siendo “sepultado” por los nuevas relaciones. Mejor dicho, las notas que definían el Derecho del Trabajo a partir de ese núcleo claramente identificado de relaciones de trabajo dejan de vislumbrarse cuando pasa a constituir el centro de referencia una pluralidad cada vez más amplia de relaciones de trabajo a las que las notas configuradoras con que tradicionalmente se ha identificado al sujeto trabajador de esas relaciones de trabajo se ven desvirtuadas a través de la técnica de los indicios, diluyéndose su identidad y especificidad de manera progresiva.

Situación que nos aboca a una realidad cada vez menos virtual que urgentemente necesita una operación jurídica de reconstrucción, desde los cimientos de la ya deteriorada definición clásica del Derecho del Trabajo, de la “casa común” del trabajo que debiera seguir constituyendo el Derecho del Trabajo. Ese Derecho Común del Trabajo prestado en condiciones de desigualdad contractual y de dependencia económica, ya sea bajo un régimen laboral, civil, mercantil o administrativo. Unas y otras fórmulas encuentran su lógica jurídica y política en los principios típicos del Derecho del Trabajo de la promoción de la igualdad real así como de la necesaria protección (fruto de una concepción humanista muy arraigada en la cultura inslaborista (otra vuelta al iusnaturalismo) frente a la lógica económica “desnaturalizadora”).

¿Puede ese por definición necesario Derecho común del Trabajo ser reconducido a la categoría del contrato de trabajo como lo fuera antaño? Concebido éste como “un cuadro de geometría variable, cuyos contornos varían según las personas y épocas”⁶⁴, inflando sus notas caracterizadoras hasta vaciarlas de sentido en algunos casos, tal vez sí pueda seguir sobreviviendo alguna otra década más. ¿Pero hasta cuanto podrá esta figura –bastante “obesa” ya a causa de la integración de relaciones laborales muy especiales– en nuestro tiempo resistir la evolución y los cambios venideros? Tal vez fuera mejor ir pensando en renunciar a esa batalla conservacionista, y pensar en que el contrato de trabajo ha cesado de ser esa explicación única posible de las relaciones laborales que centran el interés

⁶³ Vid M. RODRIGUEZ-PIÑERO, “La huida del Derecho del Trabajo”, RL nº12, 1992, págs. 4 y 5.

⁶⁴ A. SUPLOT, “Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe”, Comisión Europea, Serie Documentos, 1992, pág. 72.

y el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, so pena de reducir el ámbito del Derecho del Trabajo a una minoría de relaciones de trabajo, muchas de las cuales no necesitarían realmente de sus técnicas protectoras, mientras que escaparían de él las relaciones laborales más necesitadas de su filosofía proteccionista y amparadora de los débiles.

La respuesta no puede ser otra que la diversificación de técnicas y contenidos a partir de ese núcleo de orden público social que constituiría esa suerte de estatuto de derechos y obligaciones de base constitucional y legal, fundamental para que el valor trabajo no sea “mercantilizado” o “monetarizado”, sino “regulado” como derecho constitucional de la persona que es (art. 35, 1º CE.). Con arreglo al Derecho positivo vigente, a falta de una reforma en profundidad de la legislación laboral que nadie parece pretender en este momento, la nueva situación creada anima a reinvertir una interpretación del modelo constitucional laboral excesivamente continuista con el modelo anterior de las LCT. 1931 y de 1944, fundamentalmente orientada a la comprobación material de la existencia del contrato de trabajo. A mi juicio este modelo constitucional no se decanta por la tradición, y tampoco define de ninguna manera la persona del trabajador más que en todo caso como ciudadano sometido a la Constitución en sus relaciones de trabajo. Tal y como hemos visto, el art. 35, 1º CE. invita a la disciplina jurídico-laboral a seguir ejerciendo su función reguladora de esta realidad a la vez humanizadora y racionalizadora de la lógica económica del libre mercado. A este fin, la Constitución reconoce una serie de derechos sociales y libertades personales que son los que conforman en realidad el modelo constitucional de regulación del trabajo humano en el Estado social y del bienestar.

Con posterioridad, la opción del legislador estatutario, con todas sus imperfecciones en cuanto a la técnica de elaboración legislativa empleada, ha sido más bien pragmática. Al margen de las teorías al uso (contractualistas o integracionistas) ha procurado ofrecer soluciones racionales a la problemática que se le plantaba, y con la perspectiva que da el tiempo transcurrido no erró tanto. Este sentido de la realidad debe seguir guiando al intérprete hoy en día también, y a mi juicio conduce a considerar que el art. 1, 1º no define la figura del contrato de trabajo sino al trabajador en sentido jurídico: aquél que presta un trabajo en favor de otra persona para percibir una remuneración. El contrato de trabajo es una figura jurídica instrumental a esa definición del trabajador, que es la que en realidad caracteriza nuestro Derecho del Trabajo, y a lo más la existencia del contrato de trabajo se presume de cualquier relación de trabajo que emprenda ese sujeto trabajador (art. 8, 1 ET), pero el contrato de trabajo no es un concepto coextenso a la noción de trabajador. De hecho éste podrá formalizar distintos tipos de relaciones de trabajo que, con independencia de su calificación jurídica, serán relevantes de un modo u otro para el Derecho del Trabajo, que procederá a regularlas en cualquier caso total o parcialmente, pero en todo caso imponiéndole su núcleo de derechos indisponibles, como contenido regulador básico de la disciplina, y según de qué

tipo de relación de trabajo se trate procederá una regulación laboral, administrativa, civil o mercantil de los demás aspectos de su contenido. Es como si a estas relaciones jurídicas de trabajo de configuración plural y diversas entre sí, el trabajador aportase su patrimonio personal de derechos constitucionales, legales (o conveniales), que en su caso le corresponden *ex constitutione* y *ex lege*.

Esta reinterpretación en clave constitucional del modelo legal del Derecho del Trabajo se ajusta –siempre a mi juicio– a la actual orientación del embrionario Derecho social europeo: conceptualización de la disciplina en torno a una noción de trabajador (influjo proveniente de la construcción dogmática del derecho de la libre circulación de personas), para la que ni el tipo de empleo o las condiciones de subordinación más o menos intensas en que se presta el trabajo debieran ser obstáculo a su aplicación definidora a la particular relación de trabajo de que se trate⁶⁵. En cualquier caso, se extendería sobre prestaciones laborales realizadas al margen del contrato de trabajo⁶⁶.

De esta forma tampoco se traicionaría la proverbial tendencia a la extensión del Derecho del Trabajo, así como también se ganaría en flexibilidad. La consiguiente fragmentación que resultaría de semejante diversificación reguladora se podría corregir a través de ese estatuto común de orden público reconocido a todo tipo de trabajador, y con la gradual extensión de otros posibles derechos legales según las específicas necesidades reguladoras de cada regulación concreta. Por otra parte, junto a ese estatuto o regulación común al trabajo, se preste donde se preste, el trabajador asimismo será sujeto de otras relaciones colaterales a la relación principal de trabajo: relación jurídica con la Administración (prestacional) del empleo y de la protección social, así como relación jurídica con el sindicato que le represente en distintos ámbitos negociales e institucionales y que tienen su fundamento en la condición “ciudadana” del sujeto trabajador amparada constitucionalmente. Todo lo cual conforma, de una u otra manera, el objeto central del Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social, lo que tradicionalmente la doctrina ha hecho derivar de la misma existencia del contrato de trabajo cuya estructura bilateral dificulta en exceso esa multilateralidad característica de la relación laboral. Ello no obstante, según las teorías contractualistas todo esto sería una vez más reconducible a la estructura contractual laboral: De manera explícita la tradicional relación de intercambio entre trabajo y salario, y también de manera implícita ese mismo contrato de trabajo funcionaría como un contrato de seguro o de seguridad en el empleo, con derivaciones de alcance social, como técnica organizativa destinada a superar los niveles de incertidumbre causados por el mercado de trabajo, donde se implicarían factores económicos, sociales y políticos, con particulares compromisos de

⁶⁵ Vid. B. BERCUSSON, “European Labour Law”, Butterworths, UK 1996, pág. 424.

⁶⁶ Como sucede claramente en el caso del art. 1, Dir, 91/533. *Ibíd.*, págs. 429 y 473.

seguridad hacia el trabajador por parte de personas privadas y de los poderes públicos⁶⁷. Posibilidad que yo no niego de entrada, después de todo el Estado moderno debe mucho al “contrato social” de ROUSSEAU, a ese particular compromiso del Estado protector con todos y cada uno de sus ciudadanos, pero jurídicamente hablando me parece mucho más factible articular ese Derecho social básico a través de formulaciones más próximas a la teoría de los derechos públicos subjetivos, que con respecto a la teoría de las obligaciones y contratos.

Estos derechos, junto a los principios definidores del Estado social: a la seguridad, la salud, la formación o a la solidaridad base de la protección social de carácter universal, valen para cimentar ese nuevo Derecho social a la imagen del Derecho del mañana. Más allá de los anclajes tradicionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se trataría de un Derecho construido sobre la idea de ciudadanía social⁶⁸, adscrita (e inherente) a la condición de trabajador o persona en condiciones de prestar una actividad económicamente evaluable. A partir de este nivel básico de garantía pública o de orden público social, el Derecho del Trabajo procedería a integrar una pluralidad de niveles, técnicas y regulaciones diferenciadas, procediendo –según la imagen en su día utilizada por BAYON, y por muchos otros con posterioridad– por círculos concéntricos, pero en atención esta vez a distintos tipos de parámetros: el tipo de sector profesional o no profesional si conlleva el ejercicio de una actividad socialmente útil. La dimensión o clase de empresa, en las que la ley, por un lado, y los distintos niveles de articulación de los procesos de negociación colectiva, por otro lado, servirían a adecuar la aplicación concreta de las regulaciones de carácter general al sector o empresa concreta. O bien, con regulaciones de tipo transversal en el caso de los sistemas de protección social, diferenciados de los sistemas profesionales propios de la Seguridad Social menos generalistas, donde las técnicas contributivas y las técnicas complementarias de las prestaciones públicas serían su sostén exclusivo, lo cual conlleva una reconsideración de la participación más activa de sus beneficiarios en su gestión.

Naturalmente, en el primer círculo estaría el Derecho del contrato de trabajo y de sus modalidades⁶⁹, con su regulación legal y convenial. Podríamos seguir, a

⁶⁷ Esta reactivación de las posibilidades evolutivas que presentan las teorías “contractualistas” tiene una representación doctrinal que se pretende completa en la “La Théorie des contrats implicites”, Ed. CUJAS, Paris 1988, pág. 433.

⁶⁸ Vid. B. TEYSSIE, “Droit public et droit social: variations autour d’un thème”, D.S. núm. 3, 1991. B. BERCUSSON, op. ult. cit., pág. 477.

⁶⁹ Nivel que debe comprender también, con todas las correcciones que haya que introducir, a los contratos atípicos, pero sin superar los límites derivados del principio constitucional a la igualdad, así como otros derechos patrimoniales a la profesionalidad o a la estabilidad en el trabajo (a nivel del mercado, ya que no del puesto). Vid. M.E. CASAS y F. VALDES “Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España”, RL., 1989, I, pág. 257.

un segundo nivel, con el derecho de las personas activas remuneradas a través de un negocio jurídico con un tercero, titular de los derechos laborales, sociales y sindicales básicos, además de la tutela procesal laboral, entre otros, pero sometidos a una regulación específica o especial laboral. Y así sucesivamente, pasaríamos por los trabajadores autónomos que no actúan como empleadores en sentido laboral, o los empleados públicos, unos y otros sujetos de relaciones de trabajo, civiles, mercantiles o administrativas, pero a quienes se les reconoce ese estatuto común de ciudadano trabajador, que les diferencia de los “inactivos”, por un lado, y de los órganos empresariales privados o públicos, por otro lado, de quienes, en definitiva, en ningún caso son “trabajadores”, o bien porque son órganos administrativos o personas jurídicas, o personas físicas que no necesitan desenvolver esa actividad laborativa para atender a su nivel existencial vital en una sociedad histórica, cultural y económicamente dada. Por otro parte, los “inactivos”, jóvenes en formación reglada, inválidos, pensionistas, etc. colocados extramuros del nuevo Derecho del Trabajo estarían cubiertos por el sistema público de pensiones en algunos casos, o por los sistemas asistenciales y no contributivos de protección social (sanidad pública, etc.). En cuanto a los otros sujetos activos y productivos, que pueden gozar de un nivel de rentas o de patrimonio que les garantiza un modo de vida y de seguridad adecuados, quienes libre y autónomamente gestionan su actividad (patrimonial u otra) sin sometimiento a la voluntad de terceras personas, quedarían extramuros de la necesidad de protección objetiva que los otros productores requieren y les presta el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, regulándose íntegramente sus relaciones por el Derecho civil o mercantil.

Ante los desafíos de la globalización de la economía, de la división internacional del trabajo, y sus secuelas de desarrollo desigual también a nivel de la regulación laboral, el Derecho del Trabajo debe seguir siendo fiel a lo que B. HEPPLÉ denomina su triple función: En primer lugar función auxiliar, particularmente de los sistemas de relaciones laborales que se desarrollen con autonomía, para que sean más participativos y descentralizados. En segundo lugar, función reguladora, suministrando ese nivel básico de derechos laborales y sociales, particularmente a esos trabajadores sin contrato de trabajo ordinario. Y por fin, función integradora, a través de los mecanismos de la protección social buscando integrar a los “excluidos”, desempleados, además de manejar los instrumentos de formación y las políticas activas de empleo⁷⁰. El concepto teórico y práctico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social debe recoger la dimensión actual del fenómeno histórico del trabajo humano, siendo fiel a su función proteccionista a la vez que racionalizadora del mundo económico, a través de la integración del potencial conflicto social que genera el modo de producción capitalista, de la utilización equilibrada de sus peculiares fuentes reguladoras, mediante la atención a sus principios de libertad, igualdad y solidaridad aplicados a las relaciones económico-productivas.

⁷⁰ B. HEPPLÉ, “The future of Labour Law”, cit., pág. 646.

Ante el actual panorama del mercado de trabajo, pronto dejarán de servir las tradicionales definiciones restrictivas del Derecho de Trabajo como conjunto de normas y principios reguladores de la relación de trabajo por cuenta ajena y dependiente, tanto en su dimensión individual como colectiva. Pero lo tanto, habrá que proceder a ampliar en extensión la definición del concepto de la disciplina, aunque con ello se arriesgue una pérdida de seguridad conceptualizadora. Desde este particular punto de vista, parecen más aceptables pues el tipo de definiciones amplias avanzadas por alguna doctrina, como son las siguientes: “Sistema de principios y normas emanadas del Estado y de los propios interlocutores sociales en ejercicio de su autonomía colectiva, para regular el esfuerzo laboral prestado para otro en el marco de la relación de trabajo”⁷¹. O también, la que lo define como un “conjunto diferenciado de normas que regulan el trabajo asalariado y el sistema de relaciones laborales”⁷². Esta última más imprecisa aún si cabe, pero que permite proceder a reconstruir las relaciones laborales a partir de su esencia básica: el trabajo asalariado, o el trabajo para obtener la remuneración necesaria para formar parte de la sociedad en condiciones de ciudadanía plena. En esta línea, se pueden observar “gestos” dentro de la política del Derecho cuando menos interesantes, cuando se plantea en el seno del CES la exigencia de una nueva definición del Derecho del Trabajo que lo identifique como la disciplina del trabajo que se presta para obtener una contraprestación pecuniaria, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia⁷³.

En esta línea también, resultaría cuando menos interesante introducir en el debate doctrinal español las recientes aportaciones procedentes de la doctrina francesa sobre la forma de concretar esa actividad asalariada que evidentemente va más lejos de la que resulta acotada por las nociones instrumentales de la dependencia y de la ajenidad, teorías que giran en torno a un nuevo concepto jurídico, el de “actividad”, extraído de la noción sociológica de “población activa” (cuota de población que puede y desea trabajar), por el que se designa el trabajo de manera indiferenciada con respecto a la forma jurídica que adopta, e introduciendo en el concepto una consideración jurídica del tiempo como la duración física o vital de una actividad laboral. Dentro de esta noción jurídica de tiempo vital activo, el tiempo de trabajo efectivamente cubierto bajo el paraguas del contrato de trabajo pasaría a inscribirse en un acto –cuadro de actividades, dentro del cual, aquél se alternaría con otras situaciones y negocios jurídicos que tendencialmente van a representar en su conjunto todo un ciclo vital de dedicación al “trabajo” en el sentido de “actividad” social y económica, desde la formación para el trabajo, la realización de acti-

⁷¹ Cfr. J. MONTALVO, “Fundamentos del Derecho del Trabajo”, Cívitas, 1975, pág. 230.

⁷² Cfr. M. VALVERDE, F. RODRIGUEZ SAÑUDO y J. GARCIA MURCIA, “Derecho del Trabajo”, Tecnos, 1994, pág. 44.

⁷³ Leído en el informe sobre el trabajo a tiempo parcial aprobado por el pleno del Consejo Económico y Social de 18 de Septiembre de 1996, pág. 11.

vidades benévolas u otras no asalariadas, períodos de suspensión (permisos parentales), trabajo asalariado en sentido propio, pluriactividad bajo distintos negocios jurídicos, expedientes de regulación de empleo, etc., todo lo que puede constituir el itinerario profesional hasta la inserción profesional estable⁷⁴.

Esta sugerente tesis ha recibido importantes adhesiones por parte de la doctrina laboralista francesa⁷⁵, la cual ve en este concepto nuevo un punto de unificación posible del actual Derecho del Trabajo, sobre el que pueden formularse muchas reglas que serían comunes a trabajos calificados hoy en día de por cuenta ajena o propia, dependientes o autónomos. Además, esta formulación permite en buena medida superar la profunda escisión que se estaba produciendo entre la evolución del Derecho del Trabajo y la del Derecho de la Seguridad Social. Igualmente, permite adaptar mejor la regulación jurídica a las nuevas tecnologías y a las nuevas formas de organización del trabajo cada vez más extendidas, y a una situación del mercado de trabajo que obliga a ampliar la noción de trabajador, así como cambiar el contenido y la consideración del tiempo de trabajo. Y lo más importante tal vez, permitiría recomponer el estatuto social y profesional de los “trabajadores” excluidos del mercado de trabajo, o que realizan trabajos marginales y precarios, lejos del contrato estable de duración indefinida.

La consideración, como objeto del Derecho Laboral del trabajo en cuanto actividad ayudaría a recuperar para el Derecho del Trabajo su función reguladora esencial, lo que A. SUPÍOT ha llamado “Un droit qui institue le marché”⁷⁶, es decir, un Derecho que busca estructurar el mercado y su funcionamiento, ordenando las partes legitimadas a representarlo, fijando los intereses legítimos en juego, según un principio de justicia social, independientemente de las reglas económicas y de las presiones inmediatas del momento, formulando principios y reglas generales, abstractas y sistemáticas que le sitúen por encima de las presiones derivadas de las necesidades coyunturales de la gestión de las empresas. Después de todo, como repite A. SUPÍOT, el Derecho del Trabajo “ni es una ciencia, ni tampoco una técnica de gestión, sino el arte de resolver en medio del juego de intereses legítimos intervinientes”⁷⁷.

⁷⁴ Vid. T. PRIESTLEY, “A propos du contrat d’activité proposé par le rapport Boissonat”, cit., pág. 958. F. GAUDU, “Travail et activité”, DS. núm. 2, 1997, págs. 120 y ss.

⁷⁵ Véase el debate suscitado en Francia en torno al conocido como “Rapport Supiot”, que contiene las conclusiones alcanzadas por un grupo de expertos europeos sobre el futuro del Derecho del Trabajo, realizado por encargo de la Comisión Europea, y presentado en el verano de 1998 en su reunión de Madrid. Muchas de estas opiniones se encuentran publicadas en el n° especial de Droit Social, n°5 de 1999. Una de ellas ha sido traducida al español, se trata de A. JEAMMAUD, “Programa para que un devenir se convierta en un porvenir” en la revista RL. 1999, p.98 y ss.

⁷⁶ A. SUPÍOT, “Le travail, liberté partagée”, DS. números especiales Octubre y Septiembre, 1993.

⁷⁷ Citado por T. PRIESTLEY, op. últ. cit., pág. 956.

Esta idea entronca sólo parcialmente con la pretensión de hacer del Derecho del Trabajo un Derecho de la actividad profesional, en cuanto que el ejercicio de la profesionalidad es sólo una posible consecuencia de la actividad laboral. De hecho la supera ampliamente, trasladando la nueva figura por encima de las características de la empresa o de la naturaleza jurídica del propio empleador, para colocarnos dentro del debate que invitaba a hacer RODRIGUEZ-PIÑERO⁷⁸, el de discutir la significación social, política y económica del valor trabajo, y qué clase de trabajo –o si todo él– está necesitado de tutela, en qué grado e intensidad, o qué tipo de tutela requiere. Mi idea es que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social está llamado a proteger a todo aquél que trabaja para poder vivir, que no siempre coincide con el sujeto que vive trabajando (porque le gusta), pero tiene sus necesidades vitales satisfechas de cualquier otra forma. La integración en esta perspectiva de futuro de las actuales técnicas jurídicas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social requiere además de adaptaciones singulares, introducir nuevos mecanismos –notablemente en el caso de las medidas asistenciales de protección social, o de las políticas activas de incentivación al empleo, fiscales, etc.– en el marco general de este sector del ordenamiento jurídico que indefectiblemente me lleva a proponer una nueva forma de “hermandad” de las técnicas típicas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social en sentido amplio, junto con la incorporación de otras nuevas (especialmente provenientes del Derecho del empleo), que conduciría a la formulación de un verdadero, completo y amplio Derecho Social de la ciudadanía, como una unidad indivisible que se corresponde con la verdadera dimensión social de la política general del país.

⁷⁸ M. RODRIGUEZ-PIÑERO, “La huida del Derecho del Trabajo”, cit., pág. 8.