LA DEPRESIÓN ECONÓMICA Y EL RENACIMIENTO DE LA *"LOCATIO CONDUCTIO OPERIS Y OPERARUM"* (*)

LUIS RODRÍGUEZ ENNES (**)

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución histórica. III. la insuficiencia del Derecho común y el nacimiento de la "cuestión social". IV. Crisis del Derecho laboral clásico y vuelta a las tradicionales figuras arrendaticias. V. Epílogo.

I

Ya en 2002 —*tempus fugit* — con motivo del V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano, que tuvo lugar en la universidad brasileña de Fortaleza, me cupo el honor de pronunciar una conferencia plenaria acerca del tema: "La crisis de la autonomía de la voluntad y la aparición del moderno contrato de trabajo", allí puse de manifiesto — y así consta en las pertinentes *Actas* (1) — que jurídicamente el contrato de trabajo es un contrato de arrendamiento de servicios, sólo que las circunstancias sociales le han impuesto una reglamentación cuidadosa y especial que no tuvo el arrendamiento primitivo y que, en cierto modo, troca su naturaleza. Las relaciones laborales han ido siguiendo un proceso evolutivo en el que el nexo contractual que les sirve de base fue lenta y penosamente discurriendo por ese cauce sinuoso inicialmente asentado sobre el lecho inestable de la vieja *locatio conductio operarum* para devenir primero en el decimonónico arrendamiento liberal de servicios y luego, aunque con perfiles siempre borrosos, en el contrato de trabajo que, a fin de cuentas, no es sino una variable de ese arrendamiento de servicios al que la presión ejer-

---

(*) Comunicación presentada al XI Congreso Internacional e XIV Congresso Iberoamericano de Direito Romano, febrero, 2009 (Universidade de Lisboa-Portugal).

(**) Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Vigo (España).

(1) Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, "La crisis de la autonomía de la voluntad y la aparición del moderno contrato de trabajo", en *A autonomía da vontade e as condições Gerais do contrato, de Roma ao direito actual*: Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano (Fortaleza, Ceará, Brasil, 2002), p. 629 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

cida por quienes nuestro Código civil aún denomina "criados y trabajadores asalariados" logró adosar el calificativo de "laboral" (2).

En la ya citada conferencia aludía a que debido en gran parte a los ciclos económicos adversos y al resurgir del pensamiento que ha venido a llamarse "neoliberal", se ha suscitado una cierta vis repulsiva hacia el contrato de trabajo de corte clásico y un intento de reducir sus fronteras a costa del singular renacimiento de la *locatio conductio operarum*. La macrocrisis económica en la que estamos inmersos — comparable a la Gran Depresión de 1929 — demuestra el carácter actualísimo y polémico del tema elegido, puesto que en él se halla implicada nada menos que la capital cuestión del ámbito de la relación laboral. Ello nos evidencia la perennidad de los problemas centrales de las disciplinas jurídicas.

Como es sabido, el Derecho Civil de finales del siglo XIX y principios del siglo XX se mostraba incapaz de hacer frente a las necesidades de los trabajadores por cuenta ajena y dependientes. Esto justificó el nacimiento de una nueva rama del ordenamiento jurídico: el Derecho del Trabajo. Cuando se pensaba que las características distintivas del contrato de trabajo estaban suficientemente elaboradas, pulidas y bruñidas con esmero técnico de doctrinarios y jueces, emergen de modo creciente modalidades de trabajo que, aún no ajustándose a esos límites técnico-jurídicos tan cuidadosamente acuñados y perfilados, sacan a la luz la patente necesidad de una protección jurídica hoy inexistente (3).

La magna protección dispensada a lo largo de más de un siglo por la legislación social a los trabajadores que podemos llamar "comunes", está sufriendo — al socaire de la debacle financiera — los embates de manifestaciones de signo inverso conducentes a una creciente privatización del contrato de trabajo en detrimento de la presunción de laboralidad. Como acertadamente señala Montoya Melgar, "el fenómeno no es nuevo: las formas jurídicas reciben el desafío de las exigencias sociales" (4).

Por utilizar una imagen, el Derecho del Trabajo se asemeja a una ciudadela o invernadero, donde los prestadores de trabajo quieren entrar masiva e incondicionalmente, por el alto "estandar" de protección que les confiere la legislación laboral. Fuera queda el páramo del Derecho Civil y Mercantil, el frío que da la desprotección social. En el primer caso, un despliegue fabuloso de heteronomía, de origen estatal o convencional, protege al trabajador, que ve así reconocidos y salvaguardados sus derechos. Hay un alto grado de desequilibrio

(2) Por todos, LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Madrid, 1994), p. 30, con abundante bibliografía al respecto.

(3) MONTOYA MELGAR, "Presentación" a Sagardoy Bengoechea, *Los trabajadores autónomos hacia un nuevo Derecho del Trabajo* (Madrid, 2004), p. 9.

(4) *Ibid.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

con respecto a la otra parte del contrato: el empleador o empresario. En suma, el Derecho del Trabajo trata desigualmente a los desiguales para hacerlos más iguales. Y en esa tarea se pone, en uno de los platillos de la balanza, todo el acervo normativo laboral, que deja, quizá como consecuencia obligada, muy poco margen a la autonomía de la voluntad. Y en el otro polo nos encontramos a una serie de personas que materialmente hacen lo mismo, pero formalmente lo hacen de modo diferente, sobre la base de contratos que, aún perteneciendo al vasto campo de las obligaciones de *facere* se califican como de naturaleza jurídica distinta. Aquí existe un amplio margen para la autonomía de la voluntad, comenzando por la propia calificación del contrato o, si se quiere, por la elección del modo jurídico de la prestación. Para la más moderna doctrina laboralista ([5]), es cierto que la presunción de laboralidad que consagra el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores es cada vez menos firme, siendo por el contrario cada vez más relevante la voluntad de las partes a la hora de escoger el contrato civil, mercantil o laboral que canalice la prestación comprometida. El tema tiene una gran trascendencia, puesto que hoy en día se practica una especie de maniqueísmo totalitario. El rígido carácter bipolar del Derecho del Trabajo determina que una relación sea laboral o no, produciéndose la aplicación en bloque del Derecho laboral o una exclusión — también en bloque — de este mismo ordenamiento ([6]). Tal rigidez es una de las causas en la determinación del ámbito de lo laboral. En la disputas judiciales, calificar o no a una prestación de servicios como laboral, supone atraer hacia ella o excluir de ella una masa ingente de disposiciones en materia de condiciones de trabajo, individuales, colectivas — huelga, sindicación y negociación — y de protección y cargas sociales. Esta tesitura, que Martín Valverde ya vaticinaba en 1990 con cierta tendencia a la privatización de la contratación laboral ([7]), hoy ha devenido — por mor de la crisis económica — en una masiva exclusión de prestaciones profesionales del campo de aplicación del Derecho del Trabajo y en un regreso a las tradicionales formas contractuales arrendaticias en las que la autonomía de la voluntad desempeña un papel preponderante y decisivo.

([5]) *Vid.*, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, La presunción de existencia del contrato de trabajo", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Madrid, 1990); RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La huída del Derecho del Trabajo", en RL 1 (1992); ID., "Diritto del lavoro e mercato", en *Lavoro e Diritto* 1 (1995); ID., "La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo", en RL2 (1996).

([6]) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO Y CALVO GALLEGO, "Las relaciones laborales en los medios de comunicación", en Cruz Villalón (ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán* (Madrid, 1999).

([7]) MARTÍN VALVERDE, "El discreto retorno al arrendamiento de servicios", en *Homenaje al Prof. Alonso Olea* (Madrid, 1990), p. 125 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

II

Si se acepta que la relación entre hombres es la verdadera materia jurídica ([8]) y se repara en que el trabajo "fluye inesperadamente del hombre" ([9]), posiblemente no parezca precipitado afirmar que el trabajo es el bien jurídico más idóneo para convertirse en objeto de negocio jurídico. Con todo, es lugar común entre los laboralistas calificar al Derecho Romano como una de las fases "prehistóricas" del Derecho del Trabajo ([10]). En su opinión, lo es así por faltar en ellas los rasgos que en la actualidad impregnan el tipo jurídico del contrato de trabajo en los ordenamientos positivos. Por tal razón, tales fases acaban siendo munusvaloradas para el iuslaboralista, relegadas a la anécdota, al dato sociológico, a la comparación somera e ilustrativa.

Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, la doctrina dominante en el ámbito iuslaboral retrotrae el nacimiento de la disciplina a la era del maquinismo, por entender que el trabajo característico de la sociedad industrial ha supuesto la introducción de nuevos principios jurídicos, distintos de los tradicionales del Derecho Civil, y es esta especialidad de principios la que ha provocado la emergencia de un derecho nuevo ([11]). Lógico colorario de ello es el reputar lo anterior — y muy especialmente lo acaecido en Roma — como precedente remoto, olvidándose que no existe un tal distanciamiento ya que — como muy bien apuntan Alemán-Castán ([12]) — "no existe tal distanciamiento histórico ya que la construcción dogmático-civilística del contrato de arrendamiento de servicios tal como aparece regulado en las modernas codificaciones es pura y simplemente una traslación a tiempos no tan pretéritos de la *locatio* romana". Empero, para Gierke ([13]), el origen del contrato de servicios del ordenamiento alemán no es la *locatio conductio* romana sino una institución del Derecho Germánico, incluida en el derecho de personas: "el contrato de

---

([8]) GUASP, *Derecho* (Madrid, 1971), p. 13.

([9]) GIERKE, *Las raíces del contrato de trabajo*, trad. Esp. G. Barreiro (Madrid, 1982), p. 55.

([10]) *Vid*, por todos, ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo* (Madrid, 1987), p. 93. Bibliografía más reciente en ALEMÁN-CASTÁN, *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico* (Madrid, 1997), p. XVI; critica abiertamente la *communis opinio* laboralista GÓMEZ-IGLESIAS, *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo* (Madrid, 1995), p. 20 para el que las relaciones "de trabajo no pueden tener más origen que las concepciones que genialmente han construido los juristas romanos".

([11]) Basta con citar a título de ejemplo por tratarse del autor del manual más reiteradamente editado: MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* [22] (Madrid, 2001), p. 42 ss.

([12]) ALEMÁN-CASTÁN, *Del trabajo como hecho social*, cit., p. XVI.

([13]) GIERKE, *Las raíces*, cit., p. 11 ss. Cabe advertir que aunque la traducción de Germán Barreiro es de 1982, el original alemán — *Die Wurzeln des Diensvertrages* — es de 1914.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

servicio fiel". Con todo, nosotros preferimos — por más matizada — la tesis de Planitz, en cuya opinión, en el Derecho Germánico los contratos libres de trabajo, con eficacia exclusivamente jurídico-obligatoria, no aparecieron en lo esencial hasta la Edad Media. Sólo entonces es cuando surgen, con carácter típico, contratos en los que los trabajadores libres confieren sus energías de trabajo a cambio de una remuneración o compensación. En los dos contratos de trabajo más importantes, el contrato de servicio de criados (*Gesindevertrag*) y el contrato de trabajo de oficiales y trabajadores (*Gesellenvertrag*), el trabajador es recibido en la comunidad doméstica del señor, quedando con ello sometido a su potestad. El desarrollo capitalista de fines de la Edad Media provocó un retroceso en la idea de la fidelidad y en la doctrina del Derecho Común triunfó la concepción romanista que equiparaba las energías de trabajo de las personas a los bienes susceptibles de derecho real, a las mercancías. Sin embargo, esta concepción exclusivamente jurídico-patrimonial del contrato de trabajo ha sido suprimida por el BGB, puesto que en él triunfan de nuevo las ideas del Derecho alemán elaboradas sobre el deber recíproco de fidelidad ([14]). Así las cosas, a nuestro entender, estas particularidades germánicas que Gierke apunta y Planitz desarrolla — oscuras y poco fundadas en punto a sus orígenes y más claras por lo que hace a la regulación del contrato de trabajo en el B.G.B. — pudieran explicarse por la tardía codificación civil alemana, que ve la luz casi un siglo después de la napoleónica ([15]) y, por lo que se refiere a Alemania veinte años más tarde que la legislación bismarckiana sobre el contrato de trabajo ([16]). Ello, pues, no obsta en modo alguno, para considerar a la *locatio conductio* romana como el precedente más inmediato del contrato civil de arrendamiento de servicios.

En efecto, la concepción social del trabajo y su protección jurídica, que caracterizan al Estado moderno y sus fines, eran desconocidas totalmente en la

---

([14]) PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. esp. Melón Infante (Barcelona, 1957), p. 246.

([15]) Sobre la polémica en torno a la codificación alemana, fruto del enfrentamiento entre la escuela filosófica y la escuela histórica, *vid.*: THIBAUT-SAVIGNY, *La codificación*, trad. esp. Díaz García (Madrid, 1970). Más información al respecto en RODRÍGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia* (Santiago de Compostela, 1999), p. 183, nt. 469.

([16]) No deja de ser curioso que, juzgada con las convenciones de su momento, la idea de Bismarck de crear una organización de seguros estatales, fuese reputada de "estrafalaria e imposible de poner en práctica" [Cfr. *Bismarck*, trad. esp. I. Hierro (Madrid, 1999), p. 197]. De hecho aquella idea extraordinariamente ambiciosa de la organización de un sistema de seguros sociales benefició de forma extraordinaria a la clase trabajadora: el seguro de enfermedad se introdujo en 1883, el de accidentes en 1884 y el de invalidez y vejez en 1889. No hubo en todo el mundo ninguna legislación social más progresista [Más información en GALL, *Bismarck: The White Revolutionary*, 2 vols. (Londres, 1986). Para una visión más general, FULBROOK, *Historia de Alemania*, trad. esp. B. G. Ríos (Cambridge, 1995), p. 182 ss.].

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

sociedad antigua ([17]). El Derecho Romano de arrendamiento respondía naturalmente a las condiciones sociales y económicas de la época. Las partes contratantes fueron perfectamente libres de celebrar el contrato, de configurarlo como les pluguiese, lo cual significa, naturalmente, que el contrato era del tenor que placía al patrono. Así las cosas, tal situación de notoria y flagrante desigualdad contractual se mantuvo impávida hasta el último tercio del siglo XIX. Más, desgraciadamente, nuestro mundo — pese a los notorios avances científicos — mutó parcamente en el ámbito de la justicia social a lo largo del Medievo y del Antiguo Régimen. Y, de manera asombrosa, en nuestros días, iniciado ya el tercer milenio, la catástrofe económica nos está conduciendo inexorablemente a la situación que provocó la llamada "cuestión social" en los albores de la Revolución Industrial. Todo ello vuelve a situarnos en un contexto que Schulz era incapaz — por inimaginable — de predecir en los años cincuenta del pasado siglo ([18]).

III

La insuficiencia del Derecho Común para dar respuesta a la llamada "cuestión social" se presenta como la causa principal de la emergencia de un contrato de trabajo diferenciado del clásico arrendamiento de servicios ([19]). Tal espe-

---

([17]) *Vid.*, al respecto, V.V. A.A., *Las formas de explotación del trabajo y relaciones sociales en la Antigüedad clásica*, trad. esp. J. Calatrava (Madrid, 1979).

([18]) SCHULZ aseveraba la impresión de pobreza que produce el derecho clásico de arrendamiento si se le compara con el moderno, pero se precisaba tener en cuenta — a su juicio — que las condiciones socio-económicas de Roma diferían grandemente de las actuales; de ahí que el problema actual del Derecho del Trabajo no pudiera plantearse entonces [Cfr. *Derecho Romano Clásico*, trad. esp. Santa Cruz Teigeiro (Barcelona, 1960), pp. 520-521]. Lejos estaba el ilustre romanista alemán de que cincuenta años después asistiríamos a un masivo encuadramiento de la relación laboral en los viejos esquemas de la — por él tan denostada — *locatio conductio*.

([19]) La doctrina se ha ocupado de esta insuficiencia del Derecho Civil para atender los problemas suscitados por la "cuestión social" con un detenimiento tal que excusa ahora de cualquier alusión que exceda de la mera cita de autores. Entre los primeros estudiosos del Derecho Social, destacan DE AGUINAGA TELLERÍA, *Derecho del Trabajo* (Madrid, 1952), p. 24 ss.; HERNAINZ MÁRQUEZ, *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo* [7] (Madrid, 1955), p. 7 ss.; MARTÍN GRANIZO-GONZÁLEZ ROTHVOSS, *Derecho Social* [3] (Madrid, 1935), p. 12 ss.; CALLEJO DE LA CUESTA, *Derecho Social* (Madrid, 1935), p. 49. Entre los modernos laboralistas, además de los manuales ya citados en notas anteriores, cabe mencionar a: MARTÍN VALVERDE, "La formación del Derecho del Trabajo en España", en V.V. A.A. *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936* (Madrid, 1987), p. XI ss.; MONTOYA MELGAR en su colección sobre Ideología y Lenguaje en las leyes laborales de España [*Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales* (Madrid, 1975), *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917-1923* (Murcia, 1977); *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la dictadura de Primo de Rivera* (Murcia, 1980); *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de la Segunda República*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

cialidad — en decir de Borrajo ([20]) — aparece cuando la aplicación de la norma de Derecho Común que debía garantizar la paz social en el orden laboral, dio lugar a un problema tan grave que ha pasado a la Historia como la "cuestión social" por antonomasia: la cuestión obrera. Gráficamente ha dicho Casas Baamonde, que "el Derecho del Trabajo hubo de nacer y desarrollarse contra el Derecho Civil o Común" ([21]) y, como con acierto opina Giugni, "El Derecho del Trabajo, en el aspecto que convierne al contrato de trabajo, constituye un sistema de límites a la autonomía privada" ([22]). El Derecho Civil queda, pues, definitivamente rezagado en la comprensión de la institución del nuevo orden jurídico — el contrato de trabajo — tanto como en el entendimiento de su fuente peculiar — el convenio colectivo de condiciones de trabajo-.Radbruch ha percibido y descrito muy exactamente el fenómeno de la insuficiencia del Derecho Civil para regular el trabajo generalizado en la sociedad contemporánea: "El Derecho obrero constituye una reacción contra el espíritu del Derecho Civil. Éste reconoce sólo *personas*, sujetos jurídicos iguales por ambas partes; y nada sabe del trabajador situado en inferioridad frente al empresario. Nada sabe tampoco de la solidaridad del proletariado que compensa o nivela esta inferioridad del poder del empresario individual frente al patrono, ni de las grandes asociaciones profesionales... Nada sabe, por fin, de la unidad de asociación en la empresa; el Código Civil considera sólo una multiplicidad de contratos de trabajo entre el mismo empresario y los diversos obreros, y no acierta a ver la índole de la empresa, como una unidad sociológica cerrada" ([23]). Así surge, con perfiles claramente diferenciados frente al Derecho Civil, el Derecho del Trabajo.

Las sucesivas leyes obreras que paulatinamente se promulgan como respuestas de los Estados a las crecientes reivindicaciones sociales constituyen, pues, el germen del Derecho laboral, aunque éste no aparece en propiedad hasta que se regula de forma autónoma el contrato de trabajo, hecho éste que, en nuestro país, fue preparado por la aparición del Código de Trabajo de 1926 e iniciado con la promulgación de la primera Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931. Hasta ese momento el llamado "contrato de trabajo" era sólo

---

(Murcia, 1983)]; ALONSO OLEA, "Las raíces del contrato de trabajo", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 21 (1989), p. 339 ss.; DIÉGUEZ CUERVO, *Derecho y trabajo* (Madrid, 1963), p. 22 ss.; PALOMEQUE, *Derecho del Trabajo e ideología* [3] (Madrid, 1987), p. 15 ss.

([20]) BORRAJO, *Introducción* [8], cit., p. 38-39.

([21]) CASAS BAAMONDE, "La individualización de las relaciones laborales", en *Relaciones Laborales* (1991), II, p. 405.

([22]) GIUGNI, "Derecho del Trabajo. Voz para una enciclopedia", en *Temas Laborales* 13 (1987), p. 58.

([23]) RADBRUCH, *Einfürung in die Rechtwissenschaft* (Leipzig, 1925), p. 153-154.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

el resultado de la proyección sobre los contratos de arrendamientos regulados en el Código Civil de la snormas contenidas en la legislación industrial ([24]).

En el sistema inglés del *Common Law*, el proceso de laboralización del arrendamiento de servicios va a discurrir por cauces esencialmente diferentes. Al ser Inglaterra un país que resiste incólume el embate codificador ([25]), unido a las peculiaridades de sus sistema jurídico, el contrato de trabajo permanecerá anclado al molde individualista del derecho general de los contratos y las limitaciones más importantes a la autonomía de la voluntad no tendrán su base más sólida en la intervención parlamentaria; en el esquema jurídico inglés, caracterizado tradicionalmente por un notable abstencionismo del Derecho, el modelo contractual sobre el que se asientan las relaciones entre *employer* y *employee* seguirá siendo el mismo que sirvió de nexo a las relaciones entre *master* y *servant*. Las correcciones se impondrán básicamente por la poderosa influencia de las *trades unions*, limitándose al intervencionismo legislativo, al menos inicialmente, a la defensa de sectores marginados de la contratación colectiva o, en su caso, a la corrección de posiciones del *Common Law* que se juzgan insostenibles. Inglaterra conservará, pues, el sistema liberal del *laissez faire*, aunque desgajado de sus orígenes individualistas para transformarse en lo que Kahn-Freund denominara un *laissez faire colectivo* ([26]).

Si la figura del arrendamiento de servicios fue derivando hacia la noción autonómica del contrato de trabajo por obra de la intervención legislativa, no hay que perder de vista que la organización progresiva de las clases trabajadoras va paulatinamente exigiendo una participación en el poder social que implica la adquisición por los grupos laborales de una cierta autonomía frente al ordenamiento estatal. Se reproduce así la tensión autonomía-heteronomía, pero el centro de gravedad experimenta un desplazamiento apreciable. Ya no se trata de que el individuo — ese ser "profundamente aislado, en una terrible soledad social" de que hablara Bayón Chacón ([27]), demande la protección de las leyes estatales; ahora son colectividades organizadas que exigen una participación en el poder social. Lo que se cuestiona es la exclusividad normativa del Estado en el mundo del trabajo; lo que se expresa es la inadecuación de las leyes para resolver el pro-

---

([24]) LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Madrid, 1994), p. 31.

([25]) Sobre las peculiaridades del sistema anglosajón *vid*. RODRÍGUEZ ENNES, "La recepción del Derecho Romano en Inglaterra", en *Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Granada, 1997), p. 203 ss., con bibliografía

([26]) KAHN-FREUND, "Legal development. Labour Law", en *Law and opinion in England in the 20th century* (Londres, 1959), p. 224; luego incluida en *Selected Writings* (Londres, 1978), p. 8, cito por esta última.

([27]) BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español* (Madrid, 1955), p. 267.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

blema obrero; lo que se reclama, en fin, es la configuración de un nuevo orden normativo. Consecuencia clara de este proceso de intervencionismo estatal, al que sin duda hay que añadir la importancia notoria de la negociación colectiva como vía de fijación del contenido del contrato, éste se ha visto privado de su primitivo carácter regulador; la autonomía individual — la *lex contractus* — ha sido en buena parte suplantada por la regulación heterónoma, desde fuentes externas, que ha hecho que el contrato de trabajo se haya limitado a ser la llave que abre la puerta a la relación laboral, pero no el instrumento esencialmente regulador de la misma ([28]).

IV

Hoy en día, con la "crisis occidental", los nuevos principios neoliberales (flexibilización, desregulación, etc.) están informando una legislación excepcional del trabajo; es decir, aparecen unas leyes laborales que se desvían del conjunto sistemático regulador de las relaciones de trabajo; son la "excepción" dentro del régimen laboral anterior, por lo que reaparece la tensión entre lo *nuevo y lo tradicional*, entre lo *excepcional y lo común* laborales ([29]). Si se extienden los nuevos principios y las normas de coyuntura se consolidan y hacen permanentes, es posible que las nuevas estructuras normativas obliguen a una revisión contractual profunda del Derecho del Trabajo. De ahí que nos guste decir que el *Derecho laboral de la crisis puede ser la crisis del Derecho laboral* clásico. El nuevo Derecho laboral se "civiliza" o "mercantiliza" con su espíritu economicista, por lo que se tiende a perder su especialidad y a integrarse en el Derecho común.

En este sentido se habla de "deslaboralización" ([30]) como proceso de exclusión del sistema de tutelas jurídico-laboral y su sustitución por otro complejo de reglas de progenie privatística. La extensión y desarrollo de la precariedad laboral, el recurso generalizado a la contratación temporal como fórmula casi exclusiva de inserción laboral, la legalización de empresas interpuestas en el

---

([28]) Recuérdese, en este sentido, la reiterada afirmación de MONTOYA MELGAR en las sucesivas ediciones — hasta el momento 28 — de su *Derecho del Trabajo* de que es función del contrato de trabajo "dar ocasión a la aplicación automática de las normas estatales y colectivas" [Cfr. la 28 ed (Madrid, 2007), p. 267].

([29]) *Vid.*, por todos BLASCO PELLICER, *La individualización de las relaciones laborales* (Madrid, 1995); SAGARDOY BENGOECHEA, "La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada", en *Debate Laboral* 24 (1988), p. 8 ss. En lo sucesivo D L; VV. AA. (D'Antona ed.), *Politiche di flessibilitá e mutamenti del Diritto del Lavoro. Italia e Spagna* (Nápoles, 1990); SIMITIS, "Diritto del Lavoro e la riscopera del individuo", en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 45 (1990), p. 87 ss.; CASAS BAAMONDE, "La individualizaicón", cit., p. 402-403.

([30]) "Bruto neologismo" para ROMAGNOLI, "Arriva un bastimento carico di A", en VV. AA. (D'Antona ed.), *ibid.*, p. 32.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

mercado de trabajo con el objeto de ceder trabajadores temporales a otras empresas usuarias y la reducción de determinados contratos formativos en mecanismos de empleo con bajos costes sociales, es una seña de identidad de la nueva regulación del trabajo, que cobra especial relieve en ordenamientos como el español y que produce la debilitación del sistema de garantías y del contenido de la protección para un importante segmento de trabajadores ([31]). Este mercado retorno al "individualismo" y a la "desregulación" de las relaciones de trabajo ha provocado amplias cotas de temporalidad en la contratación y, como consecuencia de ello, elevadas dosis de precariedad en el empleo a las que se ha tratado de poner coto en nuestro país a partir de 1999 y, todo hay que decirlo, con escaso éxito pese a la acusada proliferación legislativa ([32]).

([31]) ORTÍZ LALLANA, *La transformación del Derecho del Trabajo ante los nuevos retos sociales*, Lección inaugural del curso académico 1999-2000 (Universidad de La Rioja, 1999), p. 14-15.

([32]) Como precedentes más inmediatos de la Reforma de 1994, pueden citarse el RDL 19/1993, de 3 de diciembre, "de medidas urgentes de fomento de la ocupación" y la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, "de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de protección por desempleo" [Sobre ellas, *vid.* PALOMEQUE-CABERO, *Todo sobre las primeras normas de Reforma del Mercado de Trabajo* (Barcelona, 1994). No obstante, la reforma estuvo básicamente integrada por la Ley 10/1994, de 19 de mayo, "sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación"; la Ley 11/1994, de 19 de mayo, "por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social" y la Ley 14/1999, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y que incluye la disposición adicional cuarta a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (sobre ellas, sin ánimo exhaustivo, por todos, puede verse SALA FRANCO, *La Reforma del Mercado de Trabajo* (Valencia, 1994); VV. AA. (Valdés dal Re ed.), *La Reforma del Mercado Laboral* (Valladolid, 1994); VV. AA. *Estudios de Jurisprudencia. Análisis de los aspectos básicos de la Reforma del ET y de la LPL*, en *Colex* 11 (1994); VV. AA. (Escudero Rodríguez ed.), *Reforma de la Legislación Laboral* (Sevilla, 1997); VV. AA. *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* (Madrid, 2000). En 1997 tiene lugar la Reforma laboral originada por el "Pacto Laboral por el empleo "entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Fruto del mismo fueron dos Reales Decretos Leyes, ambos de 16 de mayo, "de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida" y el RDL 9/1997, por el que se regularon "incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y del fomento del empleo", ambos RRDDLL fueron convalidados por el Congreso de los Diputados y su tramitación como sendos proyectos de ley culminó con la Ley 63/1997, de 26 de diciembre "de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo" (Sobre ellas, también sin ánimo exhaustivo, *vid.* ALBIOL MONTESINOS *et alii La Reforma Laboral de 1997*[2] (Valencia, 1998); VV. AA. (Rojo Torrecilla ed.), *Las Reformas Laborales de 1994 y 1997* (Madrid, 1998). No obstante, es una reforma inacabada. La tendencia reformadora continua y muestra de ello es, entre otros, el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, "de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad" o el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, "por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

Si se asume la expresión de la "huida" del Derecho del Trabajo, ésta, principalmente, se produciría hacia el Derecho Civil o Mercantil ([33]). El desplazamiento o "contracción" ([34]) del Derecho laboral hacia formas civiles o mercantiles es quizá el fenómeno más conocido y frecuente en los estudios laboralistas. La prestación de servicios se encuadra en el arrendamiento de servicios civil o en contratos mercantiles como los de transporte, suministro, etc. El supuesto base que subyace a la elección de estos contratos distintos del laboral suele consistir en nuevas profesiones o nuevos servicios respecto de las clásicas estructuras ocupacionales, como sucede con los mensajeros ([35]), los encuestadores ([36]) o los guías turísticos ([37]), por poner sólo algunos ejemplos, o bien en nuevas formas de prestar el trabajo, como típicamente se aprecia en el teletrabajo ([38]) o, en fin, en las nuevas formas de organizar la producción a través de la externalización de servicios, que permite la conclusión de contratos de transporte, de suministros o de figuras como la franquicia ([39]), pero se extiende un poco uniformemente a las diversas figuras profesionales que clásicamente se han ejercido en términos de independencia como es el caso de las profesiones liberales. La historia de estos procesos de deslaboralización ha estado jalonada de una serie de pronunciamientos jurisprudenciales, que respondían así al cuestionamiento de este tipo de fórmulas de inserción no laboral.

Paralelamente, desde hace algunos años se vienen produciendo lo que doctrinalmente se ha denominado una "crisis de autoridad" de las fuentes externas de fijación de condiciones de trabajo "tanto en su expresión legal como colec-

---

materia de contratos de duración determinada" o la Ley 29/1999, de 16 de julio, "de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. A mayor abundamiento debemos constatar el RDL 5/2001 de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo...

([33]) RODRÍGUEZ PIÑERO es quien ha acuñado por primera vez esta expresión al referirse a los mecanismos "de huida del Derecho del trabajo y de sus costes sociales" [Cfr. "La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo", en RL 18 (1996), p. 3].

([34]) Tendencia "contractiva o de fuga", la denomina LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines* (Valencia, 1999), p. 11.

([35]) Objeto de extenso debate doctrinal a partir de la declaración de laboralidad de los mismos por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 1986. Así, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Sobre la laboralidad de los mensajeros", en *La Ley* 4 (1996), p. 795 ss.; VALDÉS-PEDRAJAS, "Contrato de transporte, ¿un giro en la jurisprudencia?", en DL 19 (1986), p. 97 ss.

([36]) Declarada también su relación laboral en sentencias de 1992 y 1994, cfr. CHACARATEGUI, *¿Los encuestadores son trabajadores?* (Madrid, 1996).

([37]) LÓPEZ-GANDÍA, *Contrato de trabajo*, cit., p. 57-59.

([38]) GALLARDO MOYA, *Viejo y nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador* (Madrid, 1998).

([39]) GONZÁLEZ BIEDMA, "Aspectos jurídico-laborales de los franquicias", en *Revista Española de Derecho del Trabajo* 97 (1999), p. 670-671. En lo sucesivo REDT.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

tiva" ([40]). Se quiere indicar con ello que cada vez se va extendiendo con más fuerza "una visión recuperadora de la autonomía individual y del contrato como expresión máxima de ésta"; posición que en última instancia tiende a "robustecer las potencialidades del libre acuerdo de voluntades en la regulación de las condiciones de trabajo" ([41]). En este sentido, habría que indicar que la tensión constante entre autonomía-heteronomía sufre un giro de signo inverso al que históricamente ha caracterizado el proceso de consolidación del Derecho del Trabajo; o, dicho de otra manera, el proceso de individualización de las relaciones laborales nos retrotrae a los comienzos del ordenamiento laboral ([42]). Si, como hemos venido indicando, tanto la intervención del Estado como la de los grupos profesionales en la fijación de condiciones de trabajo han desposeído al contrato de su carácter regulador como medio de compensar el desequilibrio que subyace en las relaciones laborales, en cuanto relaciones de subordinación, hoy se nos lanza el mensaje que es preciso "restituir al trabajador una libertad de la que ha sido demasiado frecuentemente explotado por la heteronomía y la colectivización" ([43]). Con este punto de partida, en los últimos años se viene produciendo un doble tipo de actuaciones. Por un lado las reformas laborales más recientes han supuesto un desplazamiento del punto de equilibrio entre ley convenio colectivo, esto es entre *heteronomía estatal* y *autonomía colectiva*. Normas que en el pasado constituyeron auténticos bastiones de lo que se viene denominando derecho necesario o imperativo se han visto desposeídas de tal carácter para pasar a ser disponibles por la autonomía negocial ([44]). Por otro, la tendencia creciente de retorno al contrato se manifiesta asimismo, y de manera especial, en el terreno de las relaciones entre *autonomía individual* y *autonomía colectiva*, especialmente en la reacción suscitada contra la fijación uniforme de condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva, lo que plantea conflictos entre el contrato individual y el convenio colectivo ([45]).

Desde hace años, la doctrina viene criticando la exclusión de ciertas prestaciones de servicios profesionales del campo de aplicación del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo tiene vocación expansiva y, por ende, trata de

---

([40]) OJEDA, "Autonomía colectiva y autonomía individual", en RL 2 (1991), p. 67.

([41]) BAYLOS, *Derecho del Trabajo modelo para armar* (Madrid, 1991), p. 67,

([42]) Cfr. SMITIS, quien de forma tajante indica: "In short, individualisation brings us back to the beginnings of eployement law", en "Is there still a future for emplyment law?" en *5th European Regional Congress for Labour Law and Social Security* (Leiden, 1966), p. 17.

([43]) Tal es la "opción cultural subyacente" que, con referencia a la realidad italiana denuncia D'ANTONA "La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo", en RL 2 (1991), p. 286.

([44]) ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Los convenios colectivos y acuerdos de empresa", en *La Reforma del Mercado Laboral* (Valdés ed.) (Valladolid, 1994), p. 41.

([45]) MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* [18] (Madrid, 1996), p. 276.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

convertirse en un Derecho de la actividad profesional que regule todas las prestaciones por cuenta ajena, se lleven a cabo de forma dependiente o autónoma ([46]). El contrato de ejecución de obra ofrece un buen ejemplo de cómo actualmente se están excluyendo del campo de aplicación de las normas laborales ciertas prestaciones de servicios llevadas a cabo de forma personal y por cuenta de otra persona, a cambio de una remuneración. Tal relación jurídica, a tenor de lo establecido en los artículos 1583 y siguientes del Código Civil, está — al igual que el arrendamiento de servicios — íntegramente modelada en la romana *locatio conductio operis*. Es sabido que en esta modalidad arrendaticia, la obligación contractual versa sobre la ejecución remunerada de "un trabajo"; por ejemplo, la construcción de una casa. El contrato de arrendamiento de obra se distingue del de servicios por razón del objeto que no es el trabajo en sí sino el producto del mismo, ya acabado. Debe alcanzarse el resultado apetecido. El que se compromete a poner el trabajo puede ejecutarlo como le plazca, sin someterse a las órdenes o instrucciones de la otra parte, puesto que sólo se obliga a poner a su disposición la obra terminada. El *conductor operis*, si busca el concurso de otras personas para realizar la obra, era responsable únicamente si hubiese hecho la sustitución desacertadamente, nombrando, por ejemplo, a persona no perita en el trabajo de que se tratara (D. 19, 2, 13, 1). La teoría del Derecho común ha formado de éste y otros fragmentos el principio de la responsabilidad por la llamada *culpa in eligendo*. También era responsable por sus auxiliares como si la labor hubiera sido hecha por él mismo ([47]). La nota común en los diversos casos de arrendamiento es su carácter remuneratorio, y es la naturaleza de la prestación lo que hace aparecer como especial cada tipo de contrato; pero para los romanos — para la doctrina civilista contemporánea — lo fundamental era la circunstancia de que en todos estos casos se alquilaba algo (*locare*), bien fuera una cosa o la ejecución de una obra o el trabajo de una persona ([48]).

Lo mismo acaece en el contrato de ejecución de obra moderno, al que las empresas recurren cada vez en mayor medida en aras de soslayar una de las más severas y generalizadas recesiones de la historia. En el contrato de ejecución de obra, la causa es la misma que en el contrato de trabajo: la obtención de los frutos del trabajo humano. En aquella relación jurídica, el contratista se compromete a la consecución de un resultado para un tercero, mediante su trabajo libre y personal, y sin perseguir un lucro especial, sino simplemente una remunera-

([46]) SAGARDOY BENGOECHE, *Los trabajadores autónomos*, cit., p. 29.

([47]) DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano* [3] (Madrid, 2001), pp. 383-384.

([48]) *Ibid.*, p. 383.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

ción. Los elementos que en tal contrato resaltan de un modo especial son, por un lado, el resultado, y por otro, el hecho de conseguirlo fuera de la esfera del comitente, con autonomía. El contratista que trabaje personalmente mediante remuneración es un trabajador por cuenta ajena y, sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado renuente a aplicar las reglas laborales al contrato de ejecución de obra ([49]). De gran importancia es la STS de 22 de febrero de 1954, que recoge con minuciosidad los rasgos distintivos de este contrato. En la locación de obra se retribuye el resultado; el riesgo corre a cargo del contratista; no se concierta salario, sino la retribución en que se calcula el coste de la obra; el contrato puede rescindirlo el dueño a su voluntad, con la oportuna indemnización (art. 1594 Cc.), la dirección corresponde al contratista, sin más que sujetarse a las condiciones pactadas y, por eso, la realiza por su cuenta y riesgo, respondiendo del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra (art. 1596 Cc.). Siguiendo un criterio constante el TS concluye que el de ejecución de obra queda fuera del ámbito laboral. Lo mismo acaece con otros institutos jurídicos como el arrendamiento de servicios, mandato, comisión, etc.

V

En las páginas que anteceden hemos tratado de dejar constancia de que las situaciones críticas son una constante en el proceso de evolución de las relaciones laborales, que han afectado al contrato de trabajo desde sus mismos orígenes. En todo caso se trata de un proceso condicionado por la tensión que sucesivamente ha ido enfrentando la autonomía del individuo con la heteronomía del Estado, o ésta con la autonomía colectiva ([50]). Si en un principio fue necesaria la intervención legislativa para corregir la falacia del contrato libre, sólo la combinación equilibrada del intervencionismo estatal y de la actuación normativa de los grupos profesionales es la que históricamente ha propiciado la consolidación del Derecho del Trabajo como parcela del ordenamiento jurídico dotada de autonomía propia. Las nuevas circunstancias económicas y sociales derivadas de la globalización de los intercambios comerciales y del aumento imparable del desempleo están propiciando un proceso de signo inverso al hasta ahora recorrido; las exigencias de flexibilización apuntan a una diversificación de las relaciones laborales y a

([49]) Han estudiado exhaustivamente este contrato, GARCÍA PIQUERAS, *En las fronteras del derecho del Trabajo* (Granada, 1999) y MARTÍN VALVERDE, "Fronteras y zonas grises del Derecho del trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 38 (2002).

([50]) Cfr., en general, SAGARDOY "La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada", en DL 24 (1998), p. 9 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

un intento de disolución del contrato de trabajo en esa relación de empleo de perfiles borrosos en la que se quieren encuadrar las diferentes formas de trabajo atípico o las derivadas de nuevas y complejas organizaciones productivas en las que, cada vez con mayor frecuencia, se produce el fenómeno de la externalización del trabajo y, consecuentemente, el intento de extraer a quienes lo prestan del campo del ordenamiento laboral para introducirlos en los dominios que regulan las prestaciones de servicios independientes, hasta el punto de que en la doctrina haya podido hablarse no sólo de parasubordinación ([51]), sino incluso, de pseudocontratados de trabajo y pseudoempresarios ([52]). Con todo, debemos convenir con Borrajo en que el Derecho laboral en general, y el español en concreto, aún está dominado por el modelo propio del trabajador industrial, urbano, estable en su relación de servicio, por lo que está anclado en principios típicos de 1931 a 1973; resulta así poco apto parar otorgar protección social eficaz a los trabajadores típicos de la sociedad postindustrial de los años actuales, en los que se quiere dar entrada a un proceso de movilidad permanente, valga la paradoja. La crisis del Derecho del Trabajo es, así, la crisis de una forma histórica del Derecho del Trabajo: la forma keynesiana posterior a la Gran Depresión de 1929.

En el último decenio, las ventajas y las consecuencias negativas de la globalización y la liberación del comercio han sido demostradas de muchas maneras. Las segundas han nutrido un temor cada vez más hondo a la inseguridad y la precariedad, que fomenta el proteccionismo y, por tanto, amenaza la economía mundial. Así las cosas, la aparición de las empresas multinacionales han generado la complejidad jurídica que supone regular sus actividades económicas transfronterizas, inclusive en el terreno de los derechos laborales. A mayor abundamiento, los Estados compiten entre ellos rebajando las normas laborales para facilitar el acceso al mercado y atraer inversiones a sus territorios y conseguir con ello una ventaja competitiva ([53]). Como las normas de la Organización Mundial de Comercio prohiben a los Estados miembros aumentar unilateralmente los aranceles aduaneros para proteger a los productores nacionales, los Estados pueden verse tentados a rebajar sus normas laborales ([54]). En mi opinión también existe semejante competencia dentro de los Estados federales que,

([51]) En la conocida expresión acuñada por la doctrina italiana. En la nuestra, *vid.* al respecto RUÍZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado", en RL 2 (1991), p. 135 ss. y la bibliografía que cita.

([52]) GAUDU, Du statut de l'emploi au statut de l'actif", en *Droit Social* 6 (1995), p. 537.

([53]) KAUFMANN, *Globalisation and Labour Rights. The Conflict betweeen Core Labour Rights and Internacional Economic Law* (Oxford, 2007), passim.

([54]) *Vid.*, en este sentido, CABEZA PEREIRO, "El estatuto del trabajador autónomo español", en *Revista Internacional del Trabajo* 127 (2008), p. 99 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573

en España dado el peculiar sistema fiscal de algunas Comunidades Autónomas, genera notorios agravios comparativos. Estados y empresas deben basarse en el imperio de la ley si quieren evitar un sistema darwiniano en el que únicamente sobrevivan los más fuertes. Es, pues, de todo punto necesario que sedimente un amplio consenso en torno a la necesidad de fijar límites aceptables, para evitar retrocesos sociales en cadena, y de salvaguardar los derechos del trabajo fundamentales.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0573