

EL ÁMBITO PERSONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO: TENDENCIAS ACTUALES

Alfredo MONTOYA MELGAR

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tendencias a la reducción del ámbito del Derecho del trabajo. 3. Tendencias a la expansión del ámbito del Derecho del trabajo. 4. Como conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Las dos cuestiones máximas del Derecho del trabajo son sin duda estas:

- la relativa al contenido de su protección (pues el Derecho del trabajo nació y existe para proteger a determinados grupos de personas), y
- la relativa a la entidad y número de esas personas protegidas.

El Derecho del trabajo habrá alcanzado, pues, mayor perfección cuanto más alto sea el nivel de protección que depare y más amplio el ámbito de las personas beneficiadas por esa protección.

En términos generales, puede decirse que la historia del Derecho del trabajo es la historia de su ampliación tanto objetiva como subjetiva, es

decir, la historia del crecimiento tanto de sus medidas protectoras como del círculo de las personas protegidas. Tradicionalmente, esa tendencia ha podido sintetizarse en una sola palabra: “más” (más alta protección, más personas protegidas), aunque de modo excepcional esa continuada línea ascendente se viera frenada en algunas etapas de crisis económica, como la iniciada a mediados de los años setenta, que obligó a instrumentar una nueva estrategia a través de la cual pasó a protegerse también a la empresa (garantizando su mantenimiento y prosperidad a través de normas de adaptación y flexibilidad organizativas, que en términos generales reducen la función protectora de la legislación laboral y acrecientan los poderes empresariales, y que, en ocasiones, disponen exclusiones de grupos o categorías de trabajadores del ámbito personal del Derecho del trabajo). De este modo se coexisten dos tendencias contrapuestas, una centrípeta, la tradicional, y otra centrífuga, más o menos eventual y reciente, en cuanto a la configuración de dicho ámbito.

A lo largo de su historia (e incluso de la que podemos llamar su prehistoria, comprendiendo en esta el singular Proyecto de Código Civil de 1821 y el Proyecto de Ley de la Industria Manufacturera de Alonso Martínez de 1855), la característica definidora del trabajo objeto del Derecho del Trabajo viene siendo el tratarse de un trabajo prestado en utilidad y bajo dependencia ajenas.

Aun así, inicialmente no todo trabajador dependiente se integraba en el ámbito protector del Derecho del trabajo; en un primer momento solo se incluían en este los obreros industriales económicamente débiles, entre ellos, y como especialmente necesitados de protección, las mujeres y los menores. Más adelante, se va produciendo la incorporación de los empleados administrativos y dependientes de comercio, los llamados trabajadores intelectuales, a los que décadas después se habrán de sumar los representantes de comercio dependientes, y todavía más tarde, y como sujetos de relaciones laborales especiales, los deportistas, los estibadores portuarios, los empleados de hogar, los cargos de alta dirección de las empresas, los artistas de espectáculos públicos, los minusválidos ocupados en centros especiales y los penados en instituciones penitenciarias (artículo 2º.1 del Estatuto de Trabajadores, en adelante, el ET), a los que normas específicas añadirán otras categorías laborales: los menores incluidos en el ámbito de la Ley 5/2000, sobre responsabilidad penal de los menores sometidos a internamiento, los profesionales sanitarios residentes en formación (Ley 44/2003, de 21 de noviembre), los abogados

que prestan servicios en despachos profesionales (Ley 22/2005, del 18 de noviembre, Primera Disposición Adicional) y cierto personal investigador en formación (RD 63/2006, del 27 de enero).

En sentido contrario, desde un principio vienen quedando fuera del Derecho del trabajo los funcionarios públicos, pese a insistentes esfuerzos doctrinales por alcanzar su laboralización, y los diversos contratos civiles y mercantiles de prestación de servicios (arrendamientos, mandatos, comisiones mercantiles, etc.). Respecto de estos contratos civiles y mercantiles, existe una larga tendencia jurisprudencial en favor de la *vis attractiva* del Derecho del trabajo. Dos mecanismos jurídicos consagrados legalmente han venido actuando a favor de dicha tendencia: la presunción de laboralidad y la minusvaloración de la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el contrato (una jurisprudencia reiteradísima viene, en efecto, sosteniendo que el nombre que las partes dan al contrato no es vinculante a los efectos de determinar su verdadera naturaleza jurídica).

En la actualidad, sin embargo, se observa que ambos mecanismos reducen su potencia:

- La presunción del artículo 8º.1 del ET es más que otra cosa una definición del contrato de trabajo, que repite la contenida en el artículo 1º.1 del ET: el contrato de trabajo “se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel”. Como contraste, la fórmula contenida en la Ley del Contrato de Trabajo (en adelante, la CT) de 1944 (artículo 3º) sí contenía una verdadera presunción: “El contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da el trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta”.
- Recientemente, la jurisprudencia concede más relevancia a la voluntad de las partes, atenuando la precedente sospecha de fraude ante prestaciones de servicios no configuradas formalmente como objeto de contratación laboral.

Atendiendo a categorías concretas de prestadores de servicios, se observa en nuestros días un doble fenómeno, contrapuesto, de reducción y expansión del ámbito personal del Derecho del trabajo; a ese doble fenómeno se refiere el resto de nuestra exposición.

2. TENDENCIAS A LA REDUCCIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

La tendencia reductora del ámbito personal del Derecho del trabajo presenta en nuestros días varios casos emblemáticos:

- a. Los consejeros o administradores de sociedades mercantiles no meramente “consultivos”, sino “ejecutivos”, que al tiempo realizan funciones de cargos de alta dirección de la empresa (relación esta especial de trabajo): la jurisprudencia de los años noventa inició la doctrina reductiva según la cual no cabe apreciar la coexistencia de dos relaciones (una laboral especial y otra mercantil orgánica) sino que la posición mercantil absorbe a la laboral, de donde se sigue la inaplicación del Derecho del trabajo (por todas, vide la Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante, la STS–, Cuarta Sala, del 20 de noviembre de 2002 y STSJ de Galicia del 12 de febrero de 2003). Esta tendencia, sin embargo, parece cambiar con la STS, Cuarta Sala, del 26 de febrero de 2003, que admite la compatibilidad del vínculo laboral y el mercantil (en igual sentido, la STSJ de Asturias del 23 de diciembre de 2004, matizando que dicha compatibilidad procederá cuando el Administrador no ejerza el control del capital social).
- b. Los agentes mercantiles: la Ley 12/1992 segregó del Derecho del trabajo al contrato de agencia mercantil, ciertamente difícil de diferenciar del contrato de trabajo especial de mediadores en operaciones mercantiles. En efecto, en ambos se trabaja por cuenta ajena; y en cuanto a la nota de dependencia, el mediador laboral depende de su empresario, pero el agente mercantil recibe también instrucciones del principal. Cuestionada la diferencia entre una y otra relación, parece que esta reside en la ausencia (laboralidad) o presencia (mercantilidad) de la titularidad de una organización empresarial por el prestador del servicio (STS, Cuarta Sala, del 2 de julio de 1996). Y aún resultará dudoso el criterio diferencial cuando la entidad de tal organización sea mínima.
- c. Los transportistas titulares del vehículo que utilizan: la Ley 11/1994 introdujo el actual artículo 1º.3.g del ET, en su conocida línea “flexibilizadora”, procediendo a excluir del ámbito del Estatuto a los citados transportistas. El viejo problema de si quien es titular de los medios de producción puede ser trabajador dependiente venía resolviéndose de modo tradicional negativamente; hubo que esperar a la STS,

Cuarta Sala, del 26 de febrero de 1986, para que los mensajeros, repartidores, etc., auxiliados en su actividad laboral con pequeños vehículos (motocicletas) de su propiedad se reputaran trabajadores dependientes y no autónomos. El problema de la naturaleza jurídica del vínculo subsistía, sin embargo, respecto de los titulares de grandes vehículos (camiones) de su propiedad. ¿Era esta una relación laboral cuando el transportista titular de un camión de gran tonelaje se ponía a disposición de un cargador o comercializador de modo exclusivo? La profunda reforma del ET de 1994 zanjó la cuestión en contra de la laboralidad del vínculo de los transportistas con “tarjeta de transporte” (exigida para los camiones de más de dos toneladas métricas, de acuerdo con la Ley 16/1987, Ley de Ordenación del Transporte Terrestre). La norma legal opera aquí descartando cualquier presunción de laboralidad; el artículo 1.3º.g del ET (cuya constitucionalidad ha proclamado reiteradamente el Tribunal Constitucional) lleva a cabo una auténtica exclusión constitutiva, contrariamente a la apariencia declarativa del precepto.

- d. Caso especial es el del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud; si el personal de las instituciones sanitarias de la seguridad social, cuya relación jurídico-pública se regía por estatutos especiales, quedaba incluido en el ámbito de competencia sustantiva del orden social de la jurisdicción (artículo 45º.2 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, la LGSS) de 1974, parcialmente derogada por la Ley 30/1984, Ley de Reforma de la Función Pública), tras la promulgación de la Ley 55/2003, aprobatoria del Estatuto-marco del personal estatutario de los servicios de salud, el conocimiento de los litigios de dicho personal es de la competencia del orden contencioso administrativo, como han corroborado sucesivamente el auto de la sala de conflictos de competencia de Tribunal Supremo del 20 de junio de 2005 y la STS, Cuarta Sala, del 16 de diciembre de 2005.

3. TENDENCIAS A LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Las aludidas tendencias reductivas coexisten con otras expansivas, más recientes, con tres polos principales: a) integración de nuevas categorías de trabajadores (“teletrabajadores”, abogados que prestan servicios en despachos, investigadores en formación); b) esfuerzos por integrar en el

Derecho del trabajo ciertas categorías de trabajadores autónomos, y c) esfuerzos por integrar en el Derecho del trabajo ciertas relaciones que han tenido o tienen problemas de validez (inmigrantes sin autorización para trabajar en España, personas que realizan actividades con “causa torpe”).

- a. Teletrabajadores: se ha producido la integración lógica y obligada en el marco del Derecho del trabajo de los por cuenta ajena y dependientes (conectados con su terminal al ordenador central de la empresa –on line–, de tal modo que el ordenador lejos de ser un elemento distanciador pasa a ser instrumento de control empresarial). La integración de este moderno tipo de trabajadores en el Derecho del trabajo no ha obedecido a una norma legal sino, simplemente, a la subsunción de esta nueva categoría de trabajadores en el tipo legal del artículo 1º.1 del ET (en este sentido, STS, Cuarta Sala, del 22 de abril de 1996; y STSJ de Madrid del 30 de septiembre de 1999).
- b. Abogados que prestan servicios en despachos: su integración en el Derecho del trabajo –lógica, al realizar tales profesionales una prestación por cuenta ajena y dependiente incluida con toda propiedad en el artículo 1º.1 del ET– se ha producido muy recientemente, a través de la Ley 22/2005, del 18 de noviembre. Por esta ley, según reza su largo título oficial, “se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea”. Como se ve, tal objetivo no tiene nada que ver con la actividad de los abogados, y sin embargo, los inescrutables designios del legislador le han llevado a incluir en tan especializada norma una sorprendente disposición adicional primera que procede a crear la “relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos”. En efecto, dicha disposición, cuyo primer efecto fue paralizar la serie de actuaciones de la inspección de trabajo que se proponían sancionar numerosas situaciones reputadas irregulares, considera como relación especial de trabajo la de los “abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo”; es decir, abogados cuyo trabajo reviste los requisitos previstos en el artículo 1º.1 del ET para que una actividad

laboral se integre en el ámbito del propio estatuto. La ley estima que no obsta al carácter dependiente (y por tanto laboral) de esta relación “la libertad e independencia que para el ejercicio de dicha actividad profesional reconocen las leyes o las normas éticas o deontológicas que resulten de aplicación”; ciertamente, el abogado al servicio de un despacho tiene una dependencia en cuanto a lugar, tiempo y asuntos a resolver, que le vendrán fijados por el titular del despacho, de manera análoga a lo que ocurre con los abogados integrados en los servicios jurídicos de las empresas mediante contratos de trabajo ordinarios, sobre cuya laboralidad no han existido ni existen dudas; por otra parte, la libertad y la independencia técnicas a las que se refiere la ley no podrán llegar a ser tan plenas en el caso del abogado al servicio de un despacho como en el del abogado por cuenta propia, titular de su despacho. La citada relación especial se encuentra pendiente de regulación; para llevar a cabo esta, la ley concede al Gobierno un plazo de doce meses. Sin embargo, y sin esperar a que se produzca tal regulación reglamentaria, la ley ordenó que los referidos abogados fueran dados de alta en el régimen general de la seguridad social el día 1 de febrero de 2006 (obviamente, cuando aún no lo estuvieran; consciente de que algunos abogados al servicio de despachos ya se encontraban de alta en dicho régimen, la ley considera “válidas a todos los efectos las cotizaciones que se hubieran realizado a la seguridad social por los referidos abogados con anterioridad”). La inclusión de los abogados de referencia en el régimen general se reguló detalladamente en unas Instrucciones impartidas por Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social del 21 de noviembre de 2005; una norma que levantó protestas en los medios afectados y que no tardó en ser modificada por otra resolución del mismo centro directivo del 30 de diciembre de 2005, después de que la Septuagésima Disposición Adicional de la Ley 30/2005, del 29 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, estableciera que los referidos abogados se registrarán en materia de seguridad social por la Décimoquinta Disposición Adicional de la Ley 30/1995, del 8 de noviembre, Ley de supervisión y ordenación de los seguros privados. Pero baste con estos apuntes sobre aseguramiento social de los abogados al servicio de despachos, cuyo desarrollo nos alejaría indebidamente del tema que nos ocupa.

- c. Personal investigador en formación: el reciente RD 63/2006, del 27 de enero de 2006, ha procedido a laborarizar la relación de ciertos

becarios de investigación, que en un determinado momento de su formación pasan a ser titulares de un contrato de trabajo con la institución a la que estén adscritos. En efecto, mientras que la situación del personal investigador en formación durante los dos primeros años de esta será la de becario, en los dos años siguientes y una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, será la de sujeto de un contrato de trabajo con la referida institución.

- d. Trabajadores autónomos: tradicionalmente han permanecido excluidos del contrato de trabajo y del Derecho del trabajo (por la falta de dependencia y ajenidad en que se desenvuelve su prestación). En consecuencia, la LCT de 1944 no se ocupaba de ellos. La Ley de Relaciones Laborales (en adelante, la LRL) de 1976 y el ET sí lo hacen. En efecto, la Primera Disposición Final del ET, rubricada como "Trabajo por cuenta propia", repite literalmente la fórmula del artículo 1º de la LRL: "El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos en que se disponga expresamente". La construcción de la norma es muy sencilla: la regla general es la de que el trabajo autónomo está excluido, no ya del ET sino de la legislación laboral en su conjunto; ahora bien, queda abierto un portillo que permite que esta legislación regule, no el trabajo autónomo en su integridad, pero sí algún o algunos de sus aspectos.

Aparte de su inclusión en un régimen especial de la seguridad social, existen, en el ámbito estricto del Derecho del trabajo, dos muestras de regulación del estatuto jurídico de los trabajadores autónomos:

- d.1. La Ley 31/1995, Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, la LPRL): aunque incluye básicamente en su ámbito de aplicación tanto a los trabajadores dependientes (lo que explica que la ley erija en principal obligado y responsable de los deberes preventivos al empresario) como al personal con vínculo administrativo o estatutario, no deja de reconocer la posibilidad de "derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos".

Específicamente, la LPRL incluye a los trabajadores autónomos en el marco de los deberes y derechos en materia de "coordinación de actividades empresariales". El supuesto es el de dos o más empresas (y/o trabajadores autónomos) cuya actividad

productiva concorra en un mismo centro de trabajo. Las preceptivas medidas de coordinación e información sobre riesgos laborales afectan también a los trabajadores autónomos (artículo 24º.5 de la LPRL), en el doble sentido de sujetos activos y pasivos de esas medidas.

El RD 171/2004, dictado en desarrollo del artículo 24º.5 de la LPRL, dispone por su parte que los trabajadores autónomos tienen el deber de cooperar con las empresas (y con otros posibles autónomos) concurrentes en el centro de trabajo, “existan o no relaciones jurídicas entre ellos” (artículo 4º.1).

- d.2. La Ley Orgánica 11/1985, Ley de Libertad Sindical (LOLS): su artículo 3º.1 reconoce a los trabajadores autónomos que no sean al tiempo empleadores de otros trabajadores (estos últimos sí dependientes) el derecho a afiliarse a organizaciones sindicales de carácter general, es decir, no dedicadas a asociar solo a trabajadores autónomos.

La LOLS no permite, en consecuencia, a los trabajadores autónomos la fundación de sindicatos propios para la defensa específica y exclusiva de sus intereses, ni siquiera en el supuesto de que tales sindicatos se integraran dentro de una confederación “general” (UGT, CCOO, etc.). Lo que sí pueden fundar los trabajadores autónomos es asociaciones extrasindicales para la defensa exclusiva de sus intereses, basándose en el artículo 22º de la Constitución y en la Ley Orgánica 1/2002, Ley sobre Derecho de Asociación.

Existen recientes proposiciones parlamentarias y propuestas doctrinales/sindicales a favor de la laboralización del llamado, con cierta contradicción, “trabajador autónomo dependiente económicamente”. Hay a nuestro juicio dificultades para aplicar a los autónomos la normativa laboral, salvo que se acuñe un concepto de dependencia económica tan próximo a la laboral que prácticamente coincida y se confunda con esta. Aquí vendría bien recordar cómo la doctrina alemana se ha venido preguntando hasta qué punto ciertas relaciones que se intenta asimilar a las laborales –las referidas a las *arbeitsnehmerähnliche Personen* o cuasitrabajadores– no se refieren en muchos casos a verdaderos trabajadores dependientes y por cuenta ajena, tal y como ocurre en otros ordenamientos (en el nuestro, sin ir más lejos). Parece que el empeño de crear esa difusa categoría de autónomos

dependientes (económicamente) corre el riesgo de desembocar en una redundancia, ya que no es fácil encontrar un trabajador económicamente dependiente que a la postre no lo sea también jurídicamente, con lo que estaría ya incorporado, sin necesidad de más ma-labarismos argumentales, en el ámbito del Derecho del trabajo. Por otra parte, sorprende que la que probablemente es la más nítida expresión de esa dependencia económica –la relación del transportista con vehículo propio con un cargador o comercializador– haya sido expresamente excluida del ámbito del ET, como ya vimos, por el artículo 1º.3.g de este (reformado por Ley 11/1994).

e. Relaciones de trabajo irregulares:

e.1. Trabajadores inmigrantes (extracomunitarios) sin autorización de trabajo: la interpretación dominante durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985, del 1 de julio de 1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España –y de sus precedentes, los Decretos 1870/1968 y 522/1974–, fue la lógica de que el contrato de trabajo celebrado con un extranjero faltando la autorización administrativa de trabajo era nulo. Tal consecuencia jurídica se fundamentaba con variedad de razones aportadas por la doctrina académica y jurisprudencial: unas veces se aludía a la falta o insuficiencia de capacidad del contratante; otras a la existencia de objeto y/o causa ilícitos; otras, en fin, a la contravención por el contrato de una norma imperativa (artículo 6º.3 del Código Civil). La nulidad del contrato, ciertamente, se atemperaba gracias a la previsión del artículo 9º.2 del ET [con antecedentes en las LCT de 1931 (artículo 48º) y 1944 (artículo 55º)]. Como es sabido, según dicho precepto, en caso de nulidad del contrato de trabajo el trabajador puede exigir el salario correspondiente al trabajo realizado.

La Ley Orgánica 4/2000, del 11 enero, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003, introdujo (artículo 36º.3) lo que el maestro Alonso Olea llamó una “norma revolucionaria”; a saber, la regla según la cual la relación laboral de un inmigrante sin permiso no es un contrato de trabajo nulo sino un contrato capaz de desplegar sus efectos a favor del trabajador; construcción que va, obviamente, más allá del artículo 9º.2 del ET, que se limita a reconocer puros efectos salariales a una relación que se reconoce nula, sin llegar a proclamar otras valideces.

En efecto, el artículo 36º.3 de la Ley Orgánica 4/2000, después de disponer que el permiso de trabajo es requisito para la contratación laboral de los extranjeros, de modo inmediato declara que la carencia de tal permiso “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero” (y por tanto, y necesariamente, respecto de las obligaciones del empresario). Sin embargo, parece que la ley no quiere validar los derechos del empresario –y correlativas obligaciones del trabajador–, sin duda con propósito sancionador frente a la parte más fuerte del contrato falto de un requisito legal; se estaría aquí ante lo que bien pudiera llamarse una *validez asimétrica* del contrato: validez en lo que beneficia al trabajador y obliga al empresario, pero no a la inversa.

Pese a contrariar una norma imperativa (la que impone el permiso), el contrato de trabajo es válido en lo que beneficia al trabajador; y lo es con fundamento legal independiente del derivado de la propia Ley 4/2000: el que aporta el artículo 6º.3 del Código Civil cuando dispone que “los actos contrarios a las normas imperativas [...] son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Y no hay duda de que el artículo 36º.3 de la citada ley establece para la relación del inmigrante sin permiso de trabajo una consecuencia distinta de la nulidad: la validez del contrato en lo que se refiere a los derechos laborales de él derivados. El mantenimiento de estas consecuencias contractuales no impide, por lo demás, la posible exigencia de otras responsabilidades al empresario (sancionadoras: administrativas o penales); más problemática es la identificación de las responsabilidades “en materia de seguridad social” a las que se refiere el artículo 36º.3 de la Ley Orgánica 4/2000, redactado por la Ley Orgánica 14/2003.

El inmigrante irregular es, pues, titular de todos los derechos laborales contractuales (y no solo del derecho a la retribución devengada como ocurre bajo la regla del 9º.2 del ET), incluidos, consiguientemente, los derivados del despido no procedente. La situación se separa de la derivada de la legislación anterior, en la que, siendo nulo el contrato, su extinción no podía constituir técnicamente un despido (así, la STS del 21 de marzo de 1997). Admitido hoy que la extinción por voluntad

del empresario del contrato del inmigrante irregular constituye despido, se plantea, sin embargo, un problema cuando ese despido sea declarado por el juez improcedente o nulo: ¿cabe en el primer caso permitir al empresario la opción a favor de la readmisión del inmigrante carente de permiso o condenarle a tal readmisión si no ejerciera la opción?; y en el supuesto de despido declarado nulo, ¿se seguirá de esta declaración la obligada readmisión del despedido? Aunque no falta doctrina judicial afirmativa, la solución correcta, también apoyada por los tribunales, nos parece la negativa; es decir, del despido no procedente de un inmigrante en situación irregular no podrá derivarse en ningún caso su readmisión. En efecto, lo contrario significaría obligar al empresario a llevar a cabo un comportamiento ilegal (readmitir a quien carece de autorización administrativa para celebrar un contrato de trabajo), a no ser que se piense que la sentencia condenando a la readmisión del inmigrante sin permiso de trabajo implica la concesión de una especie de autorización judicial sustitutiva de la administrativa. Pero tal interpretación no es jurídicamente admisible, ya que entre las funciones de los jueces de lo social no entra la de sustituir a la administración concediendo tales permisos.

- e.2. Contratos con “causa torpe”: El Código Civil muestra su reiterada oposición a los contratos de carácter ilícito; así, el artículo 1255° prohíbe los pactos contrarios a la moral, el artículo 1271° que los contratos que tengan por objeto servicios contrarios a las buenas costumbres y el 1275° que los contratos con causa ilícita (los que se oponen “a las leyes o a la moral”). Concordante con estas normas, la doctrina laboral tradicional ha venido manifestando su inclinación hacia la nulidad del contrato de trabajo con objeto o causa inmoral, a veces con extremado rigor moralizante. Así, la ya antigua Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) del 30 de mayo de 1962, declaró nulo, por ilicitud de la causa, el contrato celebrado por un camarero para prestar servicios en un *meublé* dedicado a la cohabitación de parejas.

Sin embargo, la permisividad de costumbres iniciada hace aproximadamente un tercio de siglo ha llevado a un cambio drástico de criterio. De este modo se ha pasado a entender que no hay causa ilícita en la relación laboral de las llamadas “señoritas de

alterne” (entendiendo por tales, como recuerdan los tribunales, aquellas que en salas de fiestas, bares o clubes de *topless* animan el baile incitando a consumir bebidas a los clientes). Muestra de esa tendencia permisiva es la STS, Cuarta Sala, del 3 de marzo de 1981, a cuyo juicio, para que el objeto de la relación de las citadas señoritas de alterne fuese ilícito se requeriría que, “más allá de un servicio no precisamente edificante”, se dieran un “escándalo” y “grave inmoralidad” que a su entender no se apreciaban en el caso enjuiciado.

En adelante, la licitud de la relación de estas señoritas pasa a ser tan obvia para la doctrina jurisprudencial y judicial que los tribunales se limitan, para determinar la naturaleza laboral o no de la relación, a examinar si se da en ella la concurrencia de notas que el ET exige para que haya contrato de trabajo, obviando por completo cualquier reflexión sobre la moralidad o inmoralidad de la actividad prestada (STS de fechas 25 de febrero de 1984, 14 de mayo de 1985, 21 de octubre de 1987, 4 de febrero de 1988, y la STCT del 16 de junio de 1986, entre otras).

Esta permisividad actual coincide, por cierto, con la admisión de asociaciones que agrupan a empresarios de los llamados “establecimientos de alterne”. Así, la STS, Cuarta Sala, del 27 de noviembre de 2004, conoció de la denegación de la inscripción en el registro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de una asociación empresarial denominada “Mesalina”, el artículo 3º de cuyos estatutos definía el objeto de la asociación como de “tenencia o gestión[...]de establecimientos públicos hoteleros destinados a [...] terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia”. La sentencia entendió que el objeto de los citados establecimientos no era la explotación de la prostitución, y que, consiguientemente, la asociación tenía una finalidad laboral lícita, al encuadrar a empresarios que mantenían contratos de trabajo con empleados varios: camareros, limpiadoras y, en su caso, señoritas de alterne “cuando la actividad sea laboral, de acuerdo con nuestra jurisprudencia”.

Creemos de interés, en este contexto, recordar que la jurisprudencia penal utiliza un criterio distinto al social para otorgar

protección a personas en situación vulnerable. En efecto, para aplicar el tipo del delito contra los derechos de los trabajadores (Título XV del Código Penal), dicha jurisprudencia, prescinde de partir de un concepto técnico-jurídico de “trabajador”, como sujeto de un contrato de trabajo válido, lo que hubiera reducido enormemente la aplicación de los correspondientes preceptos penales y hubiera obligado a difíciles equilibrios interpretativos sobre el citado concepto. Por el contrario, la referida jurisprudencia procede, más sencilla y realistamente, a adoptar un concepto fáctico, atécnico, no jurídico-laboral, de trabajador. En tal sentido, ante numerosos casos de alterne e incluso de clara prostitución de inmigrantes sin permiso de trabajo y residencia, y frente a la habitual alegación por parte de los reclutadores o empresarios imputados de que no son “trabajadoras” en sentido jurídico-laboral las denunciadas, la Segunda Sala del Tribunal Supremo viene declarando que el tipo penal protege a toda trabajadora de hecho, sea legal o no su situación, haya o no voluntariedad en su prestación, y con independencia de que esta consista en mero alterne o en prostitución (sentencias del 12 de abril de 1991, 30 de enero de 2002 y 30 de mayo de 2003, entre otras).

Otra STS, esta vez de la Segunda Sala, del 8 de marzo de 2004, se hace cargo de ambas situaciones –alterne y prostitución; quizá no tan distintas en la realidad–, si bien matiza, ante un caso de inmigrantes búlgaras sin permiso, reclutadas y desplazadas a España para ejercer voluntariamente el alterne y la prostitución, que hay que deslindar estas dos actividades: una de prostitución y otra de alterne, esta voluntaria y constitutiva de una “prestación de servicios de naturaleza laboral”, en la que el Tribunal no ve causa ilícita alguna.

Se advierte, pues, una similitud de fines de política del Derecho en las referidas doctrinas de la Segunda y Cuarta Sala. Lo que esas doctrinas nos vienen a decir en el ámbito laboral es que aplicando la sanción de nulidad o apreciando incluso la inexistencia de las aludidas relaciones jurídicas, se produciría una injusta desprotección del “trabajador”, con el consiguiente beneficio para el “patrono”, que quedaría exento de obligaciones y responsabilidades laborales. Por lo que se refiere al ámbito penal, si se aplicara en estos casos la noción estricta (la noción

jurídico-laboral del artículo 1º.1 del ET) de trabajador, se produciría la despenalización de conductas que merecen indiscutible reproche social, lo que llevaría a “una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de las desigualdades sociales, ya que el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminadoras sin riesgo alguno de infracción legal” (sentencias del Tribunal Supremo, Segunda Sala, del 30 de junio de 2000 y 8 de marzo de 2004).

Obsérvese que, en el fondo no es muy distinta la concepción que inspira al artículo 9º.2 del ET, con viejos antecedentes, cuya finalidad no es otra que la de tutelar los derechos contractuales del trabajador que celebra un contrato nulo y evitar el enriquecimiento injusto y la irresponsabilidad del empresario infractor. Y también es esa la idea que inspira a la Ley Orgánica 4/2000 y sus sucesivas modificaciones, Ley que no por casualidad se denomina de “derechos y libertades de los extranjeros en España y su *integración social*”.

4. COMO CONCLUSIÓN

La reciente evolución del ámbito personal del Derecho del trabajo confirma, por lo pronto, el hecho sabido de que las fronteras de este sector del ordenamiento jurídico no son definitivas e inamovibles. Por el contrario, se observan actualmente claras muestras de movilidad en dicho ámbito; movilidad que tiene dos signos contrapuestos, en cuanto que obedece a dos causas también opuestas: en unos casos, la reducción de ese ámbito atiende sobre todo a intereses empresariales, deslaboralizando relaciones que, en consecuencia, pasan a perder la cobertura protectora de la legislación social, y en otros, la ampliación del citado ámbito atiende, especialmente, a los intereses de los prestadores de servicios a los que extiende su protección el Derecho del trabajo.

Desde luego, y como balance general, en esa combinación de tendencias reductoras y expansivas, estas últimas predominan, confirmando con ello la función protectora que caracteriza al Derecho del trabajo desde sus orígenes. Por añadidura, las reducciones producidas, todas ellas a favor del Derecho mercantil (administradores con cargo de alta dirección, agentes mercantiles, transportistas con vehículo propio) no dejan de presentar difíciles problemas de delimitación y frontera entre este

sector del Derecho y el del trabajo; a veces problemas de identificación dogmática de la relación jurídica.

En ocasiones esa ampliación es consecuencia lógica de la naturaleza jurídica de la relación incorporada (caso de los “teletrabajadores” o de los abogados al servicio de despachos), mientras que en otras prevalecen, más que criterios técnico-jurídicos, propósitos de política social; finalidades, pues, más que de aplicación rigurosa de la ley, de inserción o integración social de personas situadas en posiciones socioeconómicas (y jurídicas) débiles o vulnerables (inmigrantes sin autorización, personas que realizan actividades con causa torpe).

Ahora bien, cabe preguntarse si la protección de estas personas no podría llevarse a cabo sin necesidad de violentar los principios del derecho de obligaciones y contratos, esto es, sin necesidad de introducir forzosamente a esas personas en el marco del contrato de trabajo y del Derecho del trabajo. Para ello se les otorgaría no una protección contractual sino indemnizatoria/asistencial en cuanto “trabajadores” de hecho, en una línea parecida a la que viene siguiendo la jurisprudencia penal citada. Así, el legislador y los jueces se verían liberados de la penosa tarea de apuntalar la validez de contratos que adolecen de evidentes vicios o de propugnar la contractualidad de meras relaciones de hecho, dispensando la protección correspondiente a sus destinatarios, no en cuanto “trabajadores” en sentido técnico-jurídico (que no lo son) sino en cuanto excluidos sociales precisados de apoyos integradores, y ante cuyas necesidades el Estado social no puede permanecer indiferente. La otra opción –la de ampliar ilimitadamente el ámbito del Derecho del Trabajo incluyendo en él como contratos laborales relaciones contrarias a la ley y/o a la moral– desembocaría en una peligrosa igualación de estatus, en la que al final perderían su sentido las nociones de legalidad e ilegalidad, licitud e ilicitud, prohibición y autorización.

Al argumento de que la aproximación de los efectos contractuales de las situaciones irregulares a los de las regulares obraría a favor de la posición acreedora de los “trabajadores” agravando la posición deudora de los empresarios a los que disuadiría de entablar aquellas situaciones, puede oponerse este otro: los servicios irregulares prestados podrían compensarse por vía indemnizatoria (no retributiva ni contractual) con cargo al empresario infractor, y en su defecto por vía asistencial pública; el empresario soportaría además las responsabilidades penales o administrativas en razón de los delitos, faltas o infracciones que pudiera haber cometido al entablar la relación al margen de la ley.