

LA CRISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA APARICIÓN DEL MODERNO CONTRATO DE TRABAJO

LUIS RODRÍGUEZ ENNES

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de Vigo, Orense, España

El contrato de trabajo aparece ante el estudioso como una de las figuras jurídicas de calificación más problemática y de más difícil deslinde respecto de otros modelos para la contratación de servicios que le son próximos. Es cierto que el contrato de trabajo siempre ha soportado un halo de problematicidad en torno a sus linderos, pero también lo es que en el momento presente sus perfiles están especialmente difuminados¹.

En el marco de esta ponencia interesa, sin embargo, dejar constancia de algo que es obvio, por lo demás. Las situaciones críticas más que una variable son una constante en el proceso de evolución de las relaciones laborales. Proceso evolutivo en el que el nexo contractual que les sirve de base ha ido 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

¹ Cfr. Por todos, LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Madrid, 1994), p. 30, con abundante bibliografía al respecto.

fin de cuentas, no es sino una variable de ese arrendamiento de servicios a la que la presión ejercida por quienes nuestro Código Civil aún denomina “criados y trabajadores asalariados” logró adosar el calificativo de laboral².

Siendo todos ellos datos suficientemente conocidos y con una evolución similar en todos los países, quisiéramos resaltar que más que de *la crisis* del contrato de trabajo hay que hablar de *las crisis* (en plural) del mismo. Crisis que conectan con momentos diferentes en el proceso de configuración del Derecho regulador de las relaciones laborales y que tienen, sin duda, perfiles asimismo diferenciales, pero que, en cualquier caso, poseen su denominador común, en cuanto afectan al cauce jurídico básico que en las sociedades industriales ha servido –y sirve, aunque con ostensible debilitamiento – para canalizar el proceso de producción de bienes y servicios. Tales momentos críticos pueden – siguiendo a GALIANA MORENO³ – intensificarse inicialmente con el surgimiento del contrato como propiamente laboral y su desgajamiento, como hemos dicho, del tronco común de los arrendamientos de servicios (la que denominaremos *crisis de nacimiento*) y, en último término, con la puesta en cuestión de los confines del ordenamiento laboral que

² Como ya afirmara GARCÍA OVIEDO, “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, modifica su naturaleza” [Cfr. *Tratado elemental de Derecho Social* ³ (Madrid, 1948) p. 118].

³ GALIANA MORENO, “Crisis del contrato de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, en lo sucesivo RDS 2 (Albacete, 1998) p. 48 ss.

se viene observando desde hace años como consecuencia, en gran parte, de los ciclos económicos adversos y del resurgir del pensamiento que ha venido en llamarse neoliberal, que han suscitado una cierta vis repulsiva hacia el contrato de trabajo de corte clásico y un intento de reducir sus fronteras (situación que, a falta de una denominación más precisa, pudiéramos describir como *crisis flexibilizadora o crisis de disgregación*). A cada uno de estos momentos críticos vamos a aludir sucesivamente.

II

Si se acepta que la relación entre hombres es la verdadera materia jurídica⁴ y se repara en que el trabajo “fluye inesperadamente del hombre”⁵, 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 laboristas calificar al Derecho Romano como una de las fases “prehistóricas” del Derecho del Trabajo⁶. En su opinión, lo es así por faltar en

⁴ GUASP, *Derecho* (Madrid, 1971) p. 13.

⁵ GIERKE, *Las raíces del contrato de trabajo*, trad. Esp. G. Barreiro (Madrid, 1982) p. 55.

⁶ *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* laborista 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”.

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 nuevo⁷. 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-CASTÁN⁸– “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 GIERKE⁹, el origen del contrato de servicios del ordenamiento alemán no es la *locatio conductio romana* sino una institución del

⁷ Basta con citar a título de ejemplo por tratarse del autor del manual más reiteradamente editado: MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* ²² (Madrid, 2001) p. 42 ss.

⁸ ALEMÁN-CASTÁN, *Del trabajo como hecho social*, cit., p. XVI.

⁹ 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.

Derecho Germánico, incluida en el derecho de personas: “el contrato de 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 fidelidad¹⁰. 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

¹⁰ PLANITZ, *Principios de Derecho privado Germánico*, trad. Esp. Melón Infante (Barcelona, 1957) p. 246.

luz casi un siglo después de la napoleónica¹¹ y, por lo que se refiere a Alemania veinte años más tarde que la legislación bismarckiana sobre el contrato de trabajo¹². 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.

La concepción del trabajo en la Antigüedad clásica es sobradamente conocida: tiene un sentido negativo. En este sentido, el arrendamiento de servicios – *locatio conductio operarum* – por virtud del cual una persona se obliga frente a otra a realizar ciertos servicios a cambio de una remuneración tiene una importancia secundaria en Derecho Romano¹³. La razón es doble: de una parte, sólo son susceptibles de ser arrendados los servicios de

¹¹ 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.

¹² 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.].

¹³ DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Madrid, 2001) p. 384, con abundante bibliografía en p. 413-414.

orden inferior, a los que se puede poner un precio que, por tanto, representa un valor patrimonial¹⁴; se excluyen, por el contrario, los servicios inestimables – *operae liberales*¹⁵ – normalmente prestados gratuitamente por miembros de las clases sociales elevadas bajo la figura contractual del

¹⁴ Cicerón, *ad. Att.* 7, 2, 7 emplea el término *operarius* en un sentido decididamente negativo: *Illud tamen de Chysippo: nam de altero illo minus sum admiratus, operario homine*. En realidad, el arpinate consideraba a todas las *operae*, a excepción de la agricultura, *sordidae* e indignas de un hombre libre cuando eran ejercidas con ánimo de lucro [sobre el pensamiento ciceroniano en este punto, cfr. PALADINI, “Cicerone”, en *Rivista ciceroniana* 1 (1959) p. 65-66]. Séneca habla frecuentemente del motivo de la ausencia de nobleza en las artes manuales –*artes quae manu constant*– en las que no encuentra *nulla decoris, nulla honesti simulatio* (Epist. 88, 21) y de la degradación social que acompañaba a su ejercicio. En *ibid.* 22, califica de *labor sordidus et contumeliosus* a los *negotia* en general y estigmatiza a la ganancia con el apelativo de *merces miserarum*. El propio a. en *ibid.* 88, 20 llama *viles* en general a todas las artes *quae manu constant*, mientras que tacha de *sordida et vilissima* a las ganancias correspondientes (*mercedes*). Para otros testimonios en el mismo sentido *vid.* DE ROBERTS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano* (Bari, 1963) p. 56ss.

¹⁵ La noción de *Studia liberalia* es mucho menos amplia que la actual “trabajo intelectual”. Comunmente se reputaban profesiones liberales, además de la de los *oratores* y *advocati* [a este respecto *vid.* RODRÍGUEZ ENNES, “Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los *advocati*”, en *Studi Romanistichi in memoria di Gabbio Lombardi*, SDHI 60-61 (1994-1995) p. 361 ss; “La remuneración de la oratoria forense: del rechazo inicial a su aceptación social y normativa”, en *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni* (Milán, 1999) p. 348 ss.]; las de los agrimensores, médicos, maestros y nodrizas [abundante literatura en BERNARD, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique* (París, 1936) p. 7-8]. Con todo, Séneca (Espist. 88, 1) tras haber afirmado *liberalia studia sunt, quid homine libero digna sunt*, especifica poco después que tal noción sólo comprende la filosofía a la que Quintiliano (*Inst. orat.* 12, 7) añade la gramática y la retórica.

mandato¹⁶; partiendo de esta concepción, no tiene nada de extraño la consideración del trabajo asalariado como esclavitud temporal¹⁷. El segundo motivo de la exigua importancia del arrendamiento de servicios radica en la gran amplitud que tuvo en Roma el trabajo de los esclavos¹⁸.

¹⁶ Nadie ha distinguido las *operae* de las artes liberales en términos tan netos como Cicerón; nadie mejor que él para traducir el desdén de la ciudad antigua por los trabajadores mercenarios (*Vid. ad ex. De off.* 1, 42, 150-151. Sobre las fuentes ciceronianas en este pasaje y sus relaciones con el pensamiento de Panecio, *vid.*: LABOWSKY, *Die Etik des Panaitos* (Leipzig, 1933) p. 67; PHILIPPSON, “Das Sittlichöne bei Panaitos”, en *Philologus* (1955) p. 357; de donde se infiere que el arpinate se limita a retomar una distinción conocida desde tiempo atrás y mantenida en la Antigüedad. Aristóteles la había dejado plasmada en sus escritos (*Polit.* 3, 5, 1278 a; 3, 4, 1277 a; 5, 7, 1234 a; *Rethor.* 1, 9, 13676 a; Séneca hará suyas las palabras de Crisipo declarando que el esclavo es un mercenario a perpetuidad (*De Benet.* 3, 22: *Servus ut placet Chrysippo perpetuum mercenarius est*).

¹⁷ “Zeitliche Sklaverei”, cfr. ERDMANN, “Frei Berufe und Arbeitsuerträge in Rom.”, en *ZSS* 79 (1948) p. 567, el calificativo de *ingenuae* que se les asignaba, se explica paladinamente por el hecho de que cuando tales tareas eran ejercidas por esclavos, dejaban de ser consideradas como *artes liberales*. En este sentido, en Cicerón se encuentran emparejados *liberalis et ingenuus: homines ingenui et liberaliter educati* (*De fin.* 3, 17, 57); *liberalis doctrinae atque ingenuae* (*De orat.* 3, 22, 127); así: *ingenuae atque humanae artes* (*ibid.* 3, 6, 21), *artes elegantes et ingenuae* (*De fin.* 3, 1, 4); *ingenuae studiis atque artibus delectari* (*ibid.* 5, 18, 48). En Séneca se halla: *Liberalia Studia et artes liberalia* (*Epist.* 88, 1, 18-20 además el mismo a. opondrá a las *artes liberales, las viles ex professo artes quae manu constant... in quibus nulla decoris, nulla honesti simulatio est* (*ibid.* 17 y 21). Sería fácil multiplicar las citas, cfr. LÖWENFELD, “Inästabilität und Honorarung des artes liberales nach röm. Recht”, en *Festgabe Plank* (Munich, 1887) p. 370 ss.; más modernamente: RODRÍGUEZ ENNES, “La remuneración de la oratoria forense”, *cit.*, p. 348 ss.

¹⁸ Como es abido, si la guerra fue la fuente esencial de la esclavitud, la Segunda Guerra Púnica marca el comienzo de la serie de grandes

La concepción social del trabajo y su protección jurídica, que caracterizan al Estado moderno y sus fines, eran desconocidas totalmente por la sociedad antigua¹⁹. El Derecho Romano de arrendamiento respondía naturalmente a las condiciones sociales y económicas de la época.

Por las razones expuestas, la *locatio conductio operarum* quedó reducida a los jornaleros libres y artesanos, y esto a menos que sus servicios no revistiesen la forma de contrato de obra. El patrono – *conductor* – disponía de una acción, la *actio conducti*, para exigir que el trabajo contratado se realizara cuidadosamente y según sus instrucciones. El obrero – *locator* – estaba obligado a ejecutar personalmente el trabajo y le correspondía la *actio locati* para exigir la retribución

guerras de conquista que abastecieron los mercados romanos de enormes contingentes de esclavos. En total, si aceptamos las estimaciones de STAERMAN, 463. 310 esclavos para el período del 218 al 88 a. C., a los que hay que añadir los esclavos de nacimiento [cfr. *Die Blutezeit der Sklavenwirtschaft in der römischen Republik* (Wiesbaden, 1969) p. 43-44]. Además y con referencia a épocas posteriores, existen datos que constatan que sólo César en diez años de campaña en las Galias hizo cientos de miles de cautivos (Veleyo Patérculo, 2, 47: *Per haec insequentiaque et quae praediximus tempora amplius quadringenta milia hostium a C. Caesare caesa sunt, plura capta* y Estrabón, 14, 5, 2 estima en 10.000 los esclavos que diariamente se vendían en el mercado de Delos. En estas condiciones no es extraño que el número de libertos no cesara de aumentar; TREGIARI estima que en Roma y en las ciudades vecinas el número de libertos era superior al de los *ingenui* [cfr. *Roman Freedmen during the Late Republic* (Oxford, 1969) p. 36].

¹⁹ *Vid.*, al respecto, V.V.A.A. *Formas de explotación del trabajo y relaciones sociales en la Antigüedad clásica*, trad. Esp. J. Calatrava (Madrid, 1979).

convenida – *merces* –. Se trata, en consecuencia de un contrato *intuitu personae* que se extingue por la muerte del obrero²⁰.

A modo de conclusión sobre este punto, hacemos nuestras las acertadas palabras de SCHULZ²¹ cuando asevera la impresión de pobreza que procude el derecho clásico de arrendamiento si se compara con el moderno, pero precisa tener en cuenta 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. A mayor abundamiento, los juristas escribían y trabajaban para la clase de los *beati possidentes*, clase a la que ellos mismos pertenecían, acusando por ello una evidente falta de sentido social. Se interesaron poco por la situación de los obreros y la idea de proteger a éstos y a los pobres inquilinos de habitaciones o arrendatarios de terrenos frente al capitalismo les fue totalmente extraña. Por ello se ocuparon raramente de estas cuestiones vitalmente interesantes en esta época. Las partes contratantes fueron perfectamente libres de celebrar el contrato, de configurarlo como les pareciese, lo cual significa, naturalmente, que el contrato era del tenor que placía al capitalista. Así las cosas, tal situación de notoria y flagrante desigualdad contractual se mantuvo impávida hasta el último tercio del siglo XIX.

²⁰ DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones* ³, cit., p. 384-385.

²¹ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. Esp. Santa Cruz Teigeiro (Barcelona, 1960) p. 520-521.

III

Es de sobra conocido que el nacimiento de las relaciones laborales en sentido propio coincide con el advenimiento de la revolución industrial y, lo que es más importante, con el triunfo de las ideas liberales que si en el plano político supusieron la eliminación de las corporaciones intermedias entre el individuo y el Estado y en el económico la sustitución del proteccionismo colbertista por el orden natural de los fisiócratas (encerrado en la máxima *laissez faire laissez passer*) en el orden jurídico, como con frecuencia se ha repetido, supusieron la instauración del dogma de la autonomía de la voluntad. En la Edad Contemporánea se observa con acusado relieve la disociación entre los *sistemas ideológicos* y las *estructuras políticas*, económicas, sociales y jurídicas en que aquellos encuentran o tratan de alcanzar realización. Así, el credo liberal e individualista, formulado inicialmente en los mismos comienzos de la edad anterior, obtiene ahora su consolidación (o “consagración”, según la terminología entonces en boga) al consagrarse solemnemente en los grandes códigos del siglo XIX; pero, a la vez, cuando este triunfo se consigue, muchas de las normas y, por tanto, muchas de las ideas que las legitimaban están ya muertas o en vías de fosilización²². El Derecho triunfante es, así, anacrónico y, lo que es más grave, en atención a su falta de adecuación con la realidad social que tenía que regular, puede ser considerado como injusto.

²² BORRAJO, *Introducción al Derecho del Trabajo* ⁸ (Madrid, 1995) p. 76.

Este divorcio radical entre el régimen jurídico de signo individualista y liberal del XIX y las estructuras socio-económicas, se muestra especialmente patente en España debido al evidente retraso de nuestra codificación privada²³, relegada a fines de siglo cuando ya habían tenido lugar las grandes convulsiones mundiales de 1848 y de 1871 y, en especial, tras la catarsis nacional de 1868 a 1874. TOMÁS Y VALIENTE ha señalado que la Codificación civil española fue la “larga historia de una frustración”²⁴. Sin duda fue una larga marcha, un proceso que parecía no llegar a su fin. Una sociedad burguesa con Constitución, pero sin Código Civil era una sociedad incompleta, coja, mal construida. El mismo autor ha declarado que el Código Civil no se hizo antes “porque cuando se quiso no se supo y cuando se supo no se quiso”²⁵. A diferencia de lo sucedido en Francia, donde el *Code Napoléon* precedió a los demás, el Código Civil no sólo no abrió en España el proceso codificador, sino que constituyó su último capítulo. Es así ciertamente curioso que aquí llegara a codificarse antes el Derecho adjetivo o procesal civil, que el sustantivo al que aquél debería adaptarse. Retraso todavía más grave aún si tenemos en cuenta que nuestros ilustrados sintieron vivamente el ideal

²³ Acerca del retraso que supuso en nuestro proceso codificador el fracaso del Proyecto isabelino, *vid.*, RODRÍGUEZ ENNES, “Influencia del Proyecto de 1851 en los códigos Iberoamericanos”, en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano* (Madrid, 2001) p. 257 ss.

²⁴ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1983) p. 536.

²⁵ *Ibid.*, *Códigos y Constituciones (1808-1978)* (Madrid, 1989) p. 26.

codificador desde el siglo XVIII²⁶. Tal anomalía suele ser explicada por varias causas. El no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la revolución liberal (el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona) ocupa un lugar prevalente²⁷; la cuestión, indudablemente muy sugestiva sobrepasa el tema de nuestro estudio; empero siempre quedará la duda de por qué triunfó el *Code Civil*, apenas iniciada la paz burguesa o los Códigos italiano de 1865 o portugués de 1867 en países con tantos residuos al menos como el nuestro del orden feudal. Así las cosas, un Derecho – que a fines del

²⁶ En este sentido, FEDERICO DE CASTRO escribe: “El ideal codificador se hará sentir especialmente en la España del siglo XVIII; está en los proyectos de Ensenada, en el antirromanismo de Macanaz, en la petición de leyes derivadas de principios nacionales de Jovellanos y en todo el deseo reformista del Setecientos” [*Derecho Civil de España* I (Madrid, 1955) p. 194].

²⁷ MALUQUER DE MOTES ha escrito un interesante trabajo dedicado a probar que la Codificación es el resultado final de un largo proceso, que no podría cerrarse hasta haber obtenido la total transformación de la propiedad y haber alcanzado el conjunto de los derechos individuales. Es menester la transformación de la propiedad de la tierra, que pierda sus elementos feudales y se haga libre, absoluta e individual, una vez desvinculada y desamortizada; que se despatrimonialicen las propiedades especiales (v. gr. aguas) y se consolide la propiedad adquirida (en particular el dominio de los inmuebles mediante la institución del Registro de la Propiedad); que se reconozcan las libertades individuales proclamadas por la Revolución liberal de 1868; una vez desarrollada la Constitución de 1869, y si la Codificación y Constitución no pueden llevar un rumbo distinto, la Codificación se alcanzará con las transformaciones de la propiedad en la esfera de la sociedad y de los derechos de la persona en la esfera individual [“La codificación civil en España, síntesis de un proceso”, en RDP (1981) p. 1083-1101].

diecinueve – reducía la regulación de las relaciones del capital y del trabajo al libre juego de la voluntad autónoma de las partes, más que dar solución al problema venía a radicalizarlo y, por tanto, podía calificarse como no existente.

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 servicios²⁸. Tal especialidad – en decir de BORRAJO²⁹ – aparece cuando

²⁸ 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* (Madrid, 1955) p. 7ss.; MARTÍN GRANIZO-GONZÁLEZ ROTHVOSS, *Derecho Social* (Madrid, 1935) p. 12 ss.; CALLEJO DE LA CUESTA, *Derecho Social* (Madrid, 1935) p. 49. Entre los modernos laboristas, 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* (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* (Madrid, 1987) p. 15 ss.

²⁹ BORRAJO, *Introducción* ⁸, cit., p. 38-39.

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”³⁰ 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”³¹. 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

³⁰ CASAS BAAMONDE, “La individualización de las relaciones laborales”, en *Relaciones Laborales* (1991) II, p. 405.

³¹ GIUGNI, “Derecho del Trabajo. Voz para una enciclopedia”, en *Temas Laborales* 13 (1987) p. 58.

empresario y los diversos obreros, y no acierta a ver la índole de la empresa, como una unidad sociológica cerrada”³². Así surge, con perfiles claramente diferenciados frente al Derecho Civil, el Derecho del Trabajo.

En este sentido, es claro que la aparición del Derecho del Trabajo es el resultado de la tensión entre dos fuerzas contrarias, la que encarna la libertad individual – tal como se entiende en el siglo XIX – y la que se le opone para compensar el desequilibrio existente en las relaciones entre empresarios y trabajadores: la intervención de los poderes públicos en la vida social que, a fin de cuentas, no es sino la constatación de esa característica común en todas las sociedades que resalta KAHN-FREUND, la “desigual distribución del poder” que la ideología liberal pretendió enmascarar bajo la pantalla del contrato, teóricamente concebido como un acuerdo entre iguales³³. Con ello se exterioriza una primera tensión, la que enfrenta la autonomía del individuo y la heteronomía del Estado; en el fondo lo que se está afirmando es la libertad de trabajo frente a una peligrosa constatación de la libertad de contratación³⁴.

³² RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Leipzig, 1925) p. 153-154.

³³ KAHN FREUND, *Trabajo y Derecho*, trad. esp. JM. Galiana (Madrid, 1987) cap. I, *passim*. Afirmaciones con claros antecedentes en RENNER, *The Institutions of Private Law and their social functions* (Londres, 1949) p. 141, con introducción a cargo del propio Kahn Freund.

³⁴ Cfr. W. FRIEDMANN, *Legal Theory* ⁵ (Londres, 1967) p. 401, donde afirma: “Originally freedom of contract represented the emancipation of labour from the fetters of status; but as freedom of contract, owing to the inequality of bargaining position, came into conflict with freedom of labour, the law more and more emphasized the latter if necessary, at the expense of the former”.

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 el resultado de la proyección sobre los contratos de arrendamientos regulados en el Código Civil de las normas contenidas en la legislación industrial³⁵. Normas, como se sabe, de carácter administrativo y de policía con fines principalmente tutelares. En ningún momento llega a diferenciarse con nitidez un contrato de trabajo distinto del contrato de arrendamiento de servicios, sino que ambos aparecen confundidos. Así lo prueba la Ley de Tribunales Industriales de 19 de agosto de 1908, cuyo artículo 5, al fijar su competencia declaró que dichos tribunales conocerían: “De las reclamaciones civiles que surjan entre patronos y obreros o entre obreros del mismo patrono, sobre incumplimiento o rescisión de los contratos de arrendamiento de servicios, de los contratos de trabajo o de los de aprendizaje”.

Este proceso de “laboralización” del arrendamiento no es sino – como hemos dicho- el resultado coherente de la inadecuación de los moldes individualistas del Derecho

³⁵ LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Madrid, 1994) p. 31.

Civil para adaptarse a las nuevas relaciones entre empresarios y trabajadores. Inadecuación que ya denunciaba con toda claridad el preámbulo de la Real Orden de 9 de noviembre de 1902, cuando recomendaba la reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios, afirmando que el que ya llamaba *contrato de trabajo* “se refiere a relaciones íntimamente ligadas con las cuestiones sociales, que tanto han preocupado siempre, y hoy más que nunca preocupan a todos los gobiernos”, por lo que para su regulación no basta “la aplicación de los principios generales en que se bajan las obligaciones”³⁶.

El proceso español de especificación del contrato de trabajo discurre – al igual que en el resto del continente europeo – por los cauces legislativos comunes a los países de Derecho Civil, aunque con fluctuaciones importantes, pues si en un principio la Real Orden de 1902 –a la que acabamos de referirnos- aconsejó la modificación de los artículos del Código Civil que aún hoy regulan el arrendamiento de servicios, la larga serie de proyectos que se suceden a partir de 1904 se dirigen, por el contrario, a la elaboración de una ley especial que regulará el contrato de trabajo o arrendamiento laboral de servicios, cuya primera regulación unitaria se alcanza en nuestro país, como es sabido, bajo forma codificada – el Código de Trabajo de la dictadura de Primo de Rivera- para posteriormente durante la República y la Era de Franco derivar hacia Leyes de Contrato de Trabajo o de Relaciones Laborales que, en la actual fase democrática,

³⁶ Cfr. su texto en INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES, *Información legislativa española y extranjera sobre contrato de trabajo* (Madrid, 1921) p. 10.

se sustituyen por un reiteradamente reformado Estatuto de los Trabajadores³⁷.

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 codificador³⁸, 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*³⁹.

³⁷ GALIANA MORENO, “Crisis del Contrato de Trabajo”, cit., p. 51.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

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 asilado, en una terrible soledad social” de que hablara BAYÓN CHACÓN⁴⁰, 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 problema 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

⁴⁰ 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.

llave que abre la puerta a la relación laboral, pero no el instrumento esencialmente regulador de la misma⁴¹.

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* laborales⁴². 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

⁴¹ Recuérdese, en este sentido, la reiterada afirmación de MONTOYA MELGAR en las sucesivas ediciones – hasta el momento 22 – 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 22 ed (Madrid, 2001) p. 267].

⁴² *Vid.*, por todos BLASCO PELLICER, *La individualización de las relaciones laborales* (Madrid, 1995); SAGARDOY BENGOCHEA, “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 flessibilità e mutamenti del Diritto del Lavoro. Italia e Spagna* (Nápoles, 1990); SIMITIS, “Diritto del Lavoro e la riscoperta del individuo”, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 45 (1990) p. 87 ss.; CASAS BAAMONDE, “La individualización”, *cit.*, p. 402-403.

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”⁴³ 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 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 trabajadores⁴⁴. 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 legislativa⁴⁵.

⁴³ “Bruto neologismo” para ROMAGNOLI, “Arriva un bastimento carico di A”, en VV. AA. (D’Antona ed.) *ibid.*, p. 32.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Como precedentes más inmediatos de la Reforma de 1994, pueden citarse el RDL 19/1993, de 3 de diciembre, “de medidas urgentes de

Si se asume la expresión de la “huida” del Derecho del Trabajo, ésta, principalmente, se produciría hacia el

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 RRDDL 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

Derecho Civil o Mercantil⁴⁶. El desplazamiento o “contracción”⁴⁷ del Derecho laboral hacia formas civiles o mercantiles es quizá el fenómeno más conocido y frecuente en los estudios laboristas. 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 mensajeros⁴⁸, los encuestadores⁴⁹ o los guías turísticos⁵⁰,

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 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....

⁴⁶ 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].

⁴⁷ Tendencia “contractiva o de fuga”, la denomina LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines* (Valencia, 1999) p. 11.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Declarada también su relación laboral en sentencias de 1992 y 1994, cfr. CHACARATEGUI, *¿Los encuestadores son trabajadores?* (Madrid, 1996).

⁵⁰ LÓPEZ-GANDÍA, *Contrato de trabajo*, cit., p. 57-59.

por poner sólo algunos ejemplos, o bien en nuevas formas de prestar el trabajo, como típicamente se aprecia en el teletrabajo⁵¹ 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 franquicia⁵², 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 colectiva”⁵³. 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”⁵⁴. En este sentido, habría que

⁵¹ GALLARDO MOYA, *Viejo y nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador* (Madrid, 1998).

⁵² GONZÁLEZ BIEDMA “Aspectos jurídico-laborales de los franquicias”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* 97 (1999) p. 670-671. En lo sucesivo REDT.

⁵³ OJEDA, “Autonomía colectiva y autonomía individual”, en RL 2 (1991) p. 67.

⁵⁴ BAYLOS, *Derecho del Trabajo modelo para armar* (Madrid, 1991) p. 67.

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 laboral⁵⁵. 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”⁵⁶. 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

⁵⁵ Cfr. SMITIS, quien de forma tajante indica: “In short, individualisation brings us back to the beginnings of employment law”, en “Is there still a future for employment law?” en *5th European Regional Congress for Labour Law and Social Security* (Leiden, 1966) p. 17.

⁵⁶ 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.

disponibles por la autonomía negocial⁵⁷. 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 colectivo⁵⁸.

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 colectiva⁵⁹. 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

⁵⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Los convenios colectivos y acuerdos de empresa”, en *La Reforma del Mercado Laboral* (Valdés ed.) (Valladolid, 1994) p. 41.

⁵⁸ MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* (Madrid, 1996) p. 276.

⁵⁹ Cfr., en general, SAGARDOY “La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada”, en DL 24 (1998) p. 9 ss.

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 aun 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 parasubordinación⁶⁰, sino incluso, de pseudocontratados de trabajo y pseudoempresarios⁶¹. 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

⁶⁰ 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.

⁶¹ GAUDU, *Du statut de l’emploi au statut de l’actif*, en *Droit Social* 6 (1995) p. 537.

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. Frente a esta forma histórica se postula un Derecho con menos intervención estatal en beneficio de una intervención concertada fruto de la autonomía colectiva.⁶²

⁶² BORRAJO, *Introducción*, cit., p. 35.

