

MEMENTO EXPERTO
FRANCIS LEFEBVRE

Jurisprudencia
y Grandes
Cuestiones
Laborales

ACTUALIZADO A JUNIO 2010

Memento Experto Jurisprudencia y Grandes Cuestiones Laborales
es una obra colectiva realizada bajo la coordinación editorial de
Ediciones Francis Lefebvre

Coordinadores:

D. Luis Gil Suárez

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado, Ex Presidente de la Sala IV del Tribunal Supremo, Consultor jurídico del Despacho Sagardoy Abogados

D. Íñigo Sagardoy de Simón

Socio de Sagardoy Abogados, Profesor Derecho del Trabajo de Universidad Francisco de Vitoria

Han intervenido en su realización:

Alzaga Ruiz, Iciar

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Desdentado Bonete, Aurelio

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV)

Fernández Márquez, Óscar

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Oviedo

Gil Alburquerque, Román

Abogado

Gil Suárez, Luis

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado, Ex Presidente de la Sala IV del Tribunal Supremo, Consultor jurídico del Despacho Sagardoy Abogados

Godino Reyes, Martín

Socio Sagardoy Abogados

Iglesias Cabero, Manuel

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV), jubilado

Marín Correa, José María

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV), jubilado

Martín Jiménez, Rodrigo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad Rey Juan Carlos

Martín Valverde, Antonio

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV), Catedrático de Derecho del Trabajo

Mercader Uguina, Jesús R.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

Redondo Valdeón, María Dolores

Secretaría Judicial. Letrada del Tribunal Supremo

Sagardoy de Simón, Íñigo

Socio de Sagardoy Abogados, Profesor Derecho del Trabajo de Universidad Francisco de Vitoria

Segoviano Astaburuaga, María Luisa

Magistrada del Tribunal Supremo (Sala IV)

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.

Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01

www.eff.es

Precio: 67,60 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-92612-64-2

Depósito legal: M-25606-2010

Impreso en España

por Printing'94

Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

PLAN GENERAL

CAPÍTULO I

Legislación y jurisprudencia en la delimitación del contrato de trabajo

Antonio Martín Valverde

Magistrado emérito del Tribunal Supremo (Sala IV). Catedrático de Derecho del Trabajo

Óscar Fernández Márquez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

A. Las fronteras del contrato de trabajo	105
1. Ley y jurisprudencia en la delimitación del contrato de trabajo	105
2. Marco normativo de la delimitación del contrato de trabajo: normas constitucionales y Derecho de la Unión Europea	120
3. Plan expositivo	130
B. Zonas grises de la definición genérica de trabajo asalariado del ET art.1.1	
1. Profesionales liberales	135
2. Trabajo de colaboradores externos de la empresa	150
3. Trabajadores a la vez partícipes o accionistas de la sociedad	175
4. Becarios	186
C. Zonas grises en torno a las exclusiones legales expresas del ET art.1.3	195
1. Trabajo al servicio de las Administraciones Públicas	195
2. Trabajo familiar	215
3. Trabajo benévolo y actividades de voluntariado	230
4. Transportistas con vehículo propio	238
D. Zonas grises en torno a la definición de las relaciones especiales de trabajo	250
1. Trabajo de gerencia y alta dirección empresarial	250
2. Trabajo de representación o intermediación mercantil	255
3. Trabajo en el ramo de la mediación de seguros	261

CAPÍTULO II

Contratos temporales y cómputo de antigüedad

Martín Godino Reyes

Socio Sagardoy Abogados

A. Planteamiento general	405
B. Unidad esencial del vínculo laboral	415
C. Contratos temporales y complemento por antigüedad	420
D. Contratos temporales y promoción profesional	450
E. Contratos temporales e indemnizaciones por tiempo de prestación de servicios	475
F. Prestación de servicios temporales a través de ETT	510

CAPÍTULO III**Presente y futuro de la cesión ilegal de trabajadores**

Rodrigo Martín Jiménez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo**Universidad Rey Juan Carlos*

1. La cesión ilegal a vista de pájaro	705
2. Antecedentes normativos	710
3. Regulación legal	715
4. Cesión ilegal y ETT	720
5. Cesión ilegal y subcontratación	725
6. Cesión ilegal y grupos de empresas	735
7. Consecuencias de la cesión	745
8. Análisis de supuestos concretos y criterios a tener en cuenta	755
9. Cuestiones procesales de interés	770
10. Síntesis y propuestas	790

CAPÍTULO IV**La sucesión de empresas en la jurisprudencia española y en la comunitaria**

Luis Gil Suárez

*Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,**Ex Presidente de la Sala IV del Tribunal Supremo,**Consultor jurídico del Despacho Sagardoy Abogados*

A. Regulación inicial de la sucesión de empresas en el derecho comunitario europeo y en el Estatuto de los Trabajadores español	1005
B. Primeras interpretaciones jurisprudenciales de las normas referidas	1025
C. Modificaciones normativas. Las Directivas 98/50/CE y 2001/23/CE, y la Ley 12/2001, de 9 de julio	1045
D. Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de 1997 ..	1065
E. Doctrina del Tribunal Supremo a partir del año 2004	1075
F. La «sucesión de plantilla» concepto y requisitos	1105
G. Últimas sentencias españolas y comunitarias	1125

CAPÍTULO V**El uso sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa**

Iciar Alzaga Ruiz

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*

A. Planteamiento	1305
B. Términos del debate	1310
1. Sentencia de la Audiencia Nacional	1315
2. La cuestión ante el Tribunal Supremo	1321
3. La cuestión ante el Tribunal Constitucional	1330
C. Derecho a la transmisión de la información sindical	1350
D. Inexistencia de la obligación empresarial de dotarse de una infraestructura informática para uso sindical	1360
E. Derecho del sindicato a utilizar el correo electrónico preexistente en la empresa ..	1370
F. Voto particular	1380

G.	Algunas cuestiones de interés	1385
H.	Recepción de la doctrina constitucional en los pronunciamientos de los tribunales ordinarios	1400

CAPÍTULO VI

Límites del control empresarial sobre el uso por el trabajador del ordenador facilitado por la empresa como instrumento de trabajo: TS 26-9-07 como «leading case»

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

A.	TS 26-9-07, RJ 7514 Rec 966/06 como «leading case»	1605
B.	Líneas jurisprudenciales antecedentes de la TS 26-9-07	1610
	1. Antecedentes de la TS 26-9-07 en la doctrina de suplicación	1610
	2. Antecedentes frustrados de unificación de doctrina	1625
C.	Doctrina de la TS 26-9-07 y sus críticas	1630
	1. El supuesto de hecho	1630
	2. Bases argumentales y fundamentos críticos de la TS 26-9-07	1635
	a. El control de uso del ordenador se regula por el ET art.20.3 y no por el ET art.1	1635
	b. El empresario ha de establecer previamente las reglas del uso del ordenador y ha de informar a los trabajadores de la existencia del control y de las medidas aplicables	1650
	c. El respeto de la «expectativa razonable de intimidad»	1655
D.	Efectos doctrinales de la TS 26-9-07	1670
E.	La compleja y pendiente cuestión del control del correo electrónico del trabajador	1675

CAPÍTULO VII

Stock options y su incidencia en el ámbito laboral

Román Gil Alburquerque

Abogado

A.	Introducción al concepto de stock options y a las características de su ejercicio	1905
B.	Naturaleza salarial de las opciones sobre acciones (stock-options)	1915
C.	Ejercicio de las stock-options y el cálculo de la indemnización por despido	1925
	1. Criterios para el cálculo indemnizatorio	1930
	2. Despido durante el periodo de maduración	1940
	3. Salarios de tramitación	1945
D.	Ejercicio postcontractual de las stock options	1950

CAPÍTULO VIII

El salario en el despido

María Luisa Segoviano Astaburuaga

Magistrada del Tribunal Supremo (Sala IV)

A.	Reforma introducida por la L 45/2002	2215
B.	Cuestiones referentes al salario	2220
	1. Salarios a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente	2225

2.	Naturaleza de los salarios de tramitación	2230
3.	Fecha hasta la que se extienden los salarios de tramitación	2235
4.	Descuentos en el importe de los salarios de tramitación	2255
5.	Salarios de tramitación y periodo de preaviso	2260
6.	Efectos sobre los salarios de tramitación de la extinción «ante tempus» de un contrato temporal	2265
7.	Responsabilidad en los supuestos de contratas y subcontratas	2270
8.	Percepción de ingresos como trabajador por cuenta propia durante el periodo correspondiente a salarios de tramitación	2275
9.	Depósito y devengo de salarios de tramitación	2280
a.	Cómputo del plazo de 48 horas	2280
b.	Empresario no citado a la conciliación	2285
c.	Depósito en el juzgado	2295
d.	Forma de depositar la indemnización	2300
e.	Extensión del depósito a los salarios de tramitación	2310
f.	Momento límite del reconocimiento	2320
g.	Momento en el que ha de realizarse la comunicación del reconocimiento de la improcedencia	2325
h.	Forma de reconocer la improcedencia del despido	2330
i.	Forma de comunicar la improcedencia	2335
j.	Realización de dos depósitos después de las 48 horas del despido, pero antes de la conciliación	2340
k.	Lugar en el que ha de efectuarse el depósito	2342
l.	Error en la cantidad depositada	2345
m.	Ofrecimiento de cantidad sin diferenciar conceptos	2360
10.	Salarios de tramitación e incapacidad temporal	2367
11.	Trabajo en otra empresa durante el periodo correspondiente a salarios de tramitación	2370
12.	Periodo al que se extienden los salarios de tramitación a cargo del Estado	2380
13.	Posibilidad de debatir en el proceso de despido el salario aplicable, a efectos de fijar la indemnización por la improcedencia del despido	2387
14.	Intereses procesales	2390
C.	No devengo de salarios de tramitación	2395
1.	Cooperativas de trabajo asociado	2395
2.	Contratos de alta dirección	2397

CAPÍTULO IX

Despido de la trabajadora embarazada

Manuel Iglesias Cabero

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV), jubilado

A.	Presentación del tema	2505
B.	Normativa aplicable	2510
C.	Supuestos que engloba el término despido	2520
D.	Evolución de la jurisprudencia	2525
E.	Principio de igualdad y no discriminación	2530
F.	Protección de los derechos fundamentales y la inversión de la carga de la prueba	2535
G.	Algunos pronunciamientos sobre esta materia	2540
1.	Tribunal Supremo primera época	2543

2.	Doctrina del Tribunal Constitucional	2555
3.	Doctrina de última hora del Tribunal Supremo	2560
H.	Extinción de los contratos temporales	2565
I.	Extinción del contrato de la mujer embarazada en el período de prueba	2575
J.	Comentario y conclusiones finales	2585

CAPÍTULO X

Problemas de la regulación de empleo en la jurisprudencia social

Aurelio Desdentado Bonete

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV)

María Dolores Redondo Valdeón

Secretaría Judicial. Letrada del Tribunal Supremo

A.	Una presentación crítica de los despidos colectivos	2802
B.	Regulación de los despidos colectivos; función de la autonomía colectiva	2830
C.	Delimitación del despido objetivo y del despido colectivo	2850
1.	Unidad de cómputo	2850
2.	Ámbito temporal del periodo de cómputo	2860
3.	Extinciones computables	2865
D.	Problemas de jurisdicción	2880
1.	Impugnación de los despidos en los establecimientos militares y la doble posición de la Administración pública en los ERES	2880
2.	Impugnación de la inclusión en el ERE: el problema de las autorizaciones sin relación de trabajadores afectados	2883
3.	Competencia para conocer de las denuncias de lesiones de los derechos fundamentales producidas en la tramitación del ERE	2887
4.	Impugnación de la fijación de las indemnizaciones de cese y de otras medidas de reparación en los acuerdos en los periodos de consultas	2890
E.	Consecuencias del ERE ante el orden social	2922
1.	Efectos del despido colectivo autorizado	2922
2.	Efectos de la anulación de la autorización administrativa por el orden contencioso-administrativo:	2940
F.	Una breve propuesta para la reforma de los despidos colectivos	2988
	Bibliografía	2992

CAPÍTULO XI

Altos cargos laborales y terminación de contrato

Íñigo Sagardoy de Simón

Socio de Sagardoy Abogados

Profesor Derecho del Trabajo de la Universidad Francisco de Vitoria

Definición de alto directivo	3105
Promoción del alto directivo	3115
Problema de la naturaleza del vínculo	3130
Problema del alto directivo en los grupos multinacionales	3140
Papel determinante del contrato	3145
Sucesión de empresa y alta dirección	3155
Amplias responsabilidades	3160
Remuneración	3175

Extinción del contrato por voluntad del alto directivo	3190
Indemnizaciones por extinción del contrato	3200

CAPÍTULO XII

La relación laboral especial de los artistas

José María Marín Correa

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV) jubilado

A. Inclusiones y exclusiones	3402
1. Trabajador	3414
2. El menor como artista trabajador	3426
3. Extranjeros	3430
4. Grupo	3432
5. Empresario	3437
B. Normativa reguladora	3443
1. Estatal	3446
2. Convenida	3480
C. Jurisdicción	3490
D. Establecimiento de la relación	3494
1. Presunción de existencia	3494
2. Error como vicio en este contrato	3496
3. Forma escrita	3500
4. Duración	3510
E. Contenido obligacional	3515
1. Del empresario	3515
2. Del trabajador	3528
3. Propiedad intelectual	3555
F. Extinción de la relación	3560
1. Temporalidad	3560
2. Otras causas de extinción	3570
3. Inejecución total del contrato	3575

PRÓLOGO

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea
Académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Siempre he considerado una honra redactar el prólogo de una obra seria y rigurosa. Y ello porque de alguna manera se convierte uno en mensajero de una buena noticia para la comunidad científica. En este caso la de los juristas y en especial los dedicados al cultivo del estudio de las relaciones laborales. La frase de que un libro cerrado es un amigo que te espera y uno abierto un amigo que te acompaña, es muy cierta pues todos hemos sentido un calor especial con tantos y tantos libros que nos han acompañado, a modo de buen amigo, en nuestras cavilaciones –en este caso jurídicas– y dudas, sobre temas que nos ocupaban en nuestra labor docente, investigadora o profesional. Libros que nos han dado certeza, que nos han dado soluciones, que nos han hecho en muchos casos disfrutar y que a la postre han sido compañeros inseparables de nuestro devenir intelectual.

Cada libro que aparece en la bibliografía es un nacimiento gozoso pues enriquece el patrimonio intelectual de la rama jurídica de que se trate. La familia bibliográfica jurídico-laboral es un ejemplo impresionante de fecundidad y calidad. En no más de 40 años lo que era casi un yermo –aunque con árboles de gran factura, fruto de nuestros maestros, siendo los más cercanos los Profesores Bayón, Alonso Olea y Alonso García– hoy es un campo feraz en el que quedan pocos temas relevantes que no hayan sido analizados por la importantísima doctrina iuslaborista española. Con ello, iremos llegando a esa riqueza que se da en otras disciplinas, de que sobre un punto concreto haya diez o doce monografías. Eso enriquece y ennoblece a la disciplina jurídica tratada, pues nada es más fructífero que el contraste de pareceres.

La obra que tengo la fortuna de homologar es seria, rigurosa e interesante. Por ello merece por parte de los iuslaboristas, toda clase de albricias. Sus autores son personas de acreditada experiencia en esa triple dimensión –tan positiva– de la docencia, la magistratura y la abogacía. Profesores, magistrados y abogados, todos ellos de calidad probada, han emprendido la tarea de analizar, a la luz de la jurisprudencia, temas clave del Derecho del Trabajo. Obviamente no están todos, pero todos los que están son interesantes y lo realmente destacable es que el análisis se efectúa en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con lo que el lector tendrá fiel noticia del estado real de las cuestiones tratadas. Así se analizan asuntos de tanto relieve como el «**Despido y la mujer embarazada**» (Manuel Iglesias Cabero), «**Relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos**» (Jose María Marín Correa), «**Doctrina jurisprudencial y Expedientes de Regulación de Empleo**» (Aurelio Desdentado Bonete), «**Delimitación del concepto de contrato de trabajo por la jurisprudencia**» (Antonio Martín Valverde y Oscar Fernández), «**Despido y salario. Criterios jurisprudenciales**» (María Luisa Segoviano Astaburuaga), «**Sucesión de empresas. Criterios del Tribunal Supremo español y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**» (Luis Gil Suárez), «**Altos cargos laborales y terminación de contrato**» (Iñigo

Sagardoy de Simón), «**Contratos temporales y cómputo de antigüedad**» (Martín Godino Reyes), «**El uso sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa**» (Iciar Alzaga), «**Cesión ilegal de trabajadores**» (Rodrigo Martín), «**Control del correo electrónico por el empresario**» (Jesús Mercader Ugina) y «**Stock Options y su incidencia en el ámbito laboral**» (Román Gil Albuquerque).

Decía anteriormente, que con la lectura del libro se penetra en el estado real de las cuestiones tratadas y así es de cierto por cuanto el análisis de la ley nos dice poco sin conocer la jurisprudencia que la aplica. En su preciso libro «Como nace el Derecho», Carnelutti tiene unas sencillas y, a la vez, profundas reflexiones sobre la jurisprudencia, concluyendo que los juristas advirtieron pronto «que la ley justa para la mayoría de los casos agrupados en una categoría termina en cambio, en algunos, en un resultado injusto». Y es que tan valiosa es la «regla» como la «excepción», para lograr la justicia en la aplicación de la ley. Y es que la norma nacida con legitimidad democrática contiene el mandato global de comportamiento social e individual. Pero es la jurisprudencia, el juez, el que aplica esa ley general al caso particular. De ahí la enorme importancia vital de la jurisprudencia. Los juristas al darse cuenta de la insuficiencia de la Ley, han descubierto junto a la Ley, la equidad, que un gran jurista italiano ha llamado la justicia del «caso singular». Por eso los romanos sabiamente definieron el Derecho como «ars boni et equi» (arte de lo bueno y de lo justo), ya que la técnica y la ciencia en cuanto operan como la Ley, no bastan para hacer bien el derecho, es decir el derecho justo, sino que es necesario además, concluye Carnelutti, el arte, el cual supera la regla, guiada por la intuición como dicen los lógicos, o también por la inspiración, según los poetas.

Todo lo dicho resulta especialmente necesario en un tiempo como el que vivimos de hipertrofia de leyes o como he denominado en alguna ocasión «Tsunami normativo». Ante tal aluvión de normas, que se cuentan a nivel global del Estado en miles al año, hay que pedir flexibilidad, sentido común en la aplicación y en definitiva una interpretación justa de las mismas.

En mi primera clase a los alumnos de la Facultad de Derecho les solía decir lo siguiente: «Las Leyes están hechas para no ser cumplidas». Con ello, indudablemente llamaba su atención por lo provocativo de la idea. Pero a continuación, les añadía «Para no ser cumplidas estrictamente». Y tanto es así, que en nuestra disciplina, el Derecho del Trabajo, ninguna huelga es más dañina que la huelga de celo o reglamento. Son huelgas en las que los trabajadores, especialmente los de los servicios públicos, cumplen a rajatabla lo que dicen los reglamentos. Pensemos en el transporte aéreo, en la aduana, hospitales, etc. Todo se paraliza. Y a continuación les añadía: Pero ¿Cómo puede ser que el estricto cumplimiento de la ley haga que nada funcione? y les decía mi opinión «Siempre las leyes son maximalistas. Tienen a la perfección que es más del otro mundo que de éste. Pero para que los ciudadanos no se olviden de que la ley está hecha para ser cumplida, se localiza un infractor y se dice ¡caiga sobre él, el peso de la ley! Y vaya si cae. Como si fuera una losa. Con lo cual todos toman su dosis de temor ante la ley.

Pues bien, eso es así y todo funciona porque la losa aplastante de la ley no cae día tras día, hora tras hora, sobre la cabeza de los ciudadanos pues si así fuera todo quedaría paralizado. Y es que la ley es un «desiderátum», un referente moral al que hay que acercarse y que hay que respetar, muchas veces por convicción y otras muchas, más por coacción o temor a la sanción.

Y ahí los jueces tienen una labor fundamental. Es conocida la distinta función de la jurisprudencia en los países anglosajones (Common Law), donde las Cortes Supremas emiten pocas, aunque fundamentales sentencias. Así, por ejemplo, la House of Lords inglesa decide unos cien casos al año mientras que la Corte di Cassazione Italiana o nuestro Tribunal Supremo emite miles de sentencias y en el caso italiano más de cincuenta mil al año. Como explica muy bien Michele Taruffo, lo trascendental de la diferencia entre los dos sistemas radica en los objetivos y valores que se persiguen en la Administración de Justicia. En los países anglosajones lo que se busca es la igualdad de trato para casos similares (sistema del «precedente»), la relativa previsibilidad de la solución en la interpretación y aplicación del Derecho. Por el contrario, en los países continentales, como el nuestro, la eficacia del precedente es menor o no existe en absoluto; lo que se persigue es la tutela del llamado *ius litigatoris*, la satisfacción del interés privado e individual de cada parte, quedando difuminado el llamado *ius constitutionis*, es decir el interés público que es propio del Ordenamiento en su conjunto y que mira al desarrollo ordenado y coherente del Derecho.

Obviamente, es más acorde con un desarrollo armónico y social del Derecho la primera concepción. Por eso es muy gratificante que en el orden social tengamos el recurso de casación en unificación de doctrina (Sala IV) que viene de algún modo a establecer cierta estabilidad interpretadora en la aplicación de las normas. Menos aplauso merece el que con cierta frecuencia y en poco espacio de tiempo la propia Sala IV cambie de criterios antes sentados en unificación de doctrina, por la misma Sala. Pero evidentemente nuestro Derecho del Trabajo difícilmente se entendería sin el valiosísimo acervo de las sentencias en unificación de doctrina.

Dicho de otra forma, los mecanismos a través de los cuales el Derecho aflora y se revela a los hombres, son fundamentalmente dos: el sistema de formulación judicial y el de formulación legislativa. En el primero de ellos, como nos dice Calamandrei (**Fe en el Derecho**) la autoridad no interviene para regular con la fuerza la conducta de los súbditos mientras que entre ellos no surge un conflicto concreto. En este sistema el Estado habla a los súbditos solo, como juez, mediante órdenes en las que se verifica el Derecho del «caso por caso». En el segundo, dice Calamandrei, el mismo objetivo se consigue en dos etapas. En la primera, mediante un proceso de abstracción, dispone anticipadamente las clases típicas de conflictos en los que su intervención podría ser útil y anuncia desde el primer momento cual de los antagonistas estaría asistido de la fuerza del Estado si los conflictos abstractos se hicieran realidad. Y en una segunda etapa el Estado, en el papel de juez y ejecutor, comprueba la coincidencia entre la hipótesis abstracta y el hecho concreto. En este sistema, evidentemente, el Derecho se realiza plenamente solo en el segundo momento, en la sentencia, que es volición concreta en la ejecución, que es la fuerza; y no en la Ley que es tan solo un preaviso genérico e hipotético.

En la historia pasada y presente ambos sistemas han mantenido arraigo en los distintos países, pero bien puede decirse que lo imperante y correcto (en términos democráticos) es el sistema de formulación legislativa. Una ley y un juez que la aplica y ejecuta. Pero en los países anglosajones tiene más fuerza, que en los continentales, el papel del juez, el valor del **precedente judicial**. Lo que sí está claro, sobre todo por la experiencia de la Rusia soviética, a partir de 1917, es que la llamada, por los alemanes, Escuela de «Derecho libre», llevaba a situaciones indeseables. Esta Escuela aunque admitía las leyes, daba al juzgador los más amplios poderes

creativos hasta el punto de poder variarlas y corregirlas según las exigencias del caso. Como he dicho, la experiencia soviética fue demoledora llevando a la conclusión de que Derecho libre equivalía a ausencia de todo Derecho. Todo era inseguridad y arbitrio. De ahí la trascendencia del principio de legalidad como sostén de un Estado democrático.

Entre nosotros la jurisprudencia (CC art.1) no está consagrada como fuente del Derecho pero siempre sujeta al principio de legalidad. Pero ello no quita a que la jurisprudencia **complemente** el ordenamiento jurídico (CC art.1) o como dice la Sentencia de 12 de diciembre de 1990 (TS), «la jurisprudencia aunque no pueda considerarse como fuente estricta o formal del ordenamiento..... es evidente que viene a complementar y remodelar dicho ordenamiento..... por lo que no cabe desconocer la verdadera «trascendencia normativa» de la jurisprudencia». Y a lo largo de los años esa jurisprudencia ha innovado, mejorado y ampliado la norma aplicable sin salirse del cauce de «aplicación de la ley». En el orden social basten dos ejemplos, distantes en el tiempo casi cien años. Uno la consideración como accidente de trabajo, el ocurrido en el trayecto de ir y volver al lugar de trabajo (accidente «in itinere») o la consideración de los despidos como radicalmente nulos, en determinados casos.

Evidentemente que la jurisprudencia de algún modo es lo que los jueces son. Por mucho peso que tenga el **contenido** de la ley a la hora de dilucidar su sentido, la mentalidad de los jueces tiene un relieve indudable. Incluso a veces más que en los fallos en las argumentaciones que llevaban al fallo o que «descalificaban» el fallo, a pesar de mantenerlo en aras de la «legalidad» vigente; y es que el fallo es la solución al caso en términos individuales, mientras que los considerandos nos llevan al ámbito general. Como dice el Profesor De Asís Roig, «cuantas más decisiones examinaba me iba dando cuenta de que la creación judicial del Derecho no se producía exclusivamente en el fallo. En el proceso de decisión los jueces creaban además otra norma que se constituía en premisa mayor del silogismo en el que concluye el fallo, y que se correspondía con la **ratio decidendi**». Como este mismo autor dice los dos grandes principios esenciales de la actividad de los jueces son la **independencia** y el **sometimiento al Derecho**. Cuestiones ellas muy relevantes. Pero la obligación de obedecer la norma jurídica obliga a distinguir entre la obligación jurídica y la obligación moral de obediencia. La primera, como dice De Asís Roig, se origina en la actuación de cualquier centro de producción normativa y la segunda, tiene su fuente en el propio sujeto. Pero cabe hablar de dos proyecciones de la obligación jurídica de obediencia de los jueces —como poder público— al Derecho (Const.art.9.1). La primera se identifica con la no trasgresión de las normas y con el principio de legalidad. La segunda, impone no sólo la no trasgresión, sino también una actuación en conformidad con el Derecho. Esto es, impone una actuación que esté en conformidad con los valores y contenidos básicos del sistema jurídico (Constitución art.9.2 y 9.3). Pero como señala acertadamente el mismo autor, la posición moral del juez no es un principio relevante en el Derecho. Sólo tiene relevancia su compromiso con el sistema jurídico-político vigente. Pero también es cierto que la existencia de zonas de penumbra en el Derecho, junto al imperativo del art.1.7 del Código Civil, que ordena a los jueces resolver en todo caso los asuntos que conozcan, hacen imposible concebir la tarea judicial, como algo no valorativo. Pero esa valoración de los jueces no puede llevar a una dependencia personal de las convicciones personales, sobre todo de tipo ideológico-político.

«Decía Graciano en su Decreto, allá por el siglo XII, que «no corresponde al juez juzgar a las leyes sino según ellas». Frente a unos tiempos primitivos en que el juez era el soberano en la implantación de justicia, a partir de la Ilustración es la Ley la que define lo que es correcto o incorrecto o si se quiere lo que es lícito o ilícito, aunque no necesariamente lo que es justo o injusto ya que estos conceptos trascienden a la Ley; se pasó así del Derecho judicial al Derecho legislativo. Hoy como nos recuerda Alejandro Nieto, el Derecho judicial ha llegado a una relevancia extrema porque las relaciones sociales y políticas se han judicializado de un modo enorme, siendo EE UU el exponente máximo. En cuanto a las relaciones políticas dice agudamente el Profesor Nieto, que «su inesperada y sospechosa judicialización es consecuencia de la lucha de partidos. Quienes pierden o saben de antemano que no pueden ganar en la arena política, se buscan una nueva oportunidad en el Foro judicial llevando a él cuestiones inequívocamente políticas que no deberían salir nunca de este ámbito», y cuando cuestiones de índole eminentemente políticas son llevadas a la decisión de los jueces, se produce una dolorosa crujía en todo el esquema de distribución de poderes, ya que muy bien podrían contestar los jueces a la demanda planteada: «esa no es cuestión que yo deba dilucidar, por ser eminentemente de ámbito político, decisión de gobierno y no tanto de ajuste o no a leyes establecidas». Pero los partidos políticos llevan a la arena judicial temas con los que no están de acuerdo, endosando a los jueces soluciones que ellos no podrían lograr en el ámbito político o parlamentario, contribuyendo con ello, sin duda, al descrédito judicial por el desgaste que para los jueces supone pronunciarse sobre tales temas.

La Ley tiene un carácter general que puede sufrir muy variadas interpretaciones a la hora de concretarse o aplicarse a un caso singular. Ahí surge la figura del juez que decide con un poder, que a veces resulta escalofriante; lo que ha de ser aplicado o no, lo que procede hacer o no hacer. En los casos civiles, mercantiles y laborales lo que está en juego es el patrimonio. En los casos penales la libertad y la vida y en lo contencioso-administrativo la legalidad de los casos, el poder en suma. Y ahí el juez, como árbitro supremo decide personal o colegiadamente con la única limitación o mejor, con una sola guía: la Ley. Los jueces, dice el art. 117 de la Constitución, están «sometidos únicamente al imperio de la Ley». Ello lleva a veces a que se haga realidad ese tremendo axioma «**fiat justitia sic pereat mundus**» (hágase justicia, así se hunda el mundo). Para evitarlo está el buen criterio del juez, su discrecionalidad, su prudencia en la aplicación de la ley que elimina el papel del juez como «autómata». El Derecho judicial es un Derecho humano, y por tanto no puede haber en la aplicación de la ley una sola solución, sino varias y, además, todas ellas acordes con la Ley, aunque interpretándola de modo diverso. Tanto en la cultura hebraica del Talmud, como en la justicia árabe del Cadí, y desde luego, en el Derecho romano se admitían varias soluciones correctas en la aplicación de la Ley.

Y ello es así porque quien juzga es un ser humano y como tal está sometido, lo crea así o no, a mil condicionantes culturales, políticos, biológicos, sociales y en definitiva ideológicos. Incluyendo las presiones externas, especialmente mediáticas, que se ejercen sobre los jueces. De ahí que ante casos idénticos se den soluciones dispares, con absoluta honestidad. Como dice Nieto, hay estudios empíricos de la jurisprudencia demostrando la parcialidad **involuntaria** de jueces reconocidamente honestos, porque por ejemplo, no se puede exigir a un católico fundamentalista que sea imparcial en un caso de aborto o a una feminista que lo sea en un caso de

violencia doméstica. En ningún caso añadiría yo, pero es cierto que esos ejemplos que pone el Prof. Nieto son muy ilustrativos. Pero cuando una determinada tendencia se mantiene permanentemente, se puede hablar ya de una actitud, de una predisposición, que sugiere la identificación de una tipología de jueces: jueces conservadores, liberales y progresistas.

Es muy frecuente por parte de los medios de comunicación etiquetar a los jueces como conservadores o progresistas, en una opinión en la que no se escucha al encausado sino que se le juzga, de modo inapelable, casi siempre de oídas, porque no se fundamenta la opinión en datos constatables y constatados. Y en muchos casos se da un paso al frente y se cataloga al juez; de extrema derecha! y nunca (a lo mejor no los hay) de extrema izquierda. Con ello, aparte del agravio que supone para el etiquetado al que no se ha oído, se llega a un maniqueísmo que contribuye notablemente al desprestigio de la justicia. Entre otras cosas porque ¿qué es progresista o conservador? Hay conservadores de valores y criterios que han de conservarse (como por ejemplo el amor a la familia o la lealtad) sin que ello suponga ser retrógrado y hay aplicaciones de progreso aparente, formal, que en el fondo es un retroceso en los valores de una sociedad sana.

Pero lo que puede predicarse individualmente de los jueces tiene su fundamento racional, por tratarse de un ser humano condicionado por «su humanidad». Pero cuando, en los tribunales colegiados, la etiqueta se colectiviza y se hacen **bloques** de progresistas y conservadores, caemos en una profunda desazón. Por lo que sufre el Estado de Derecho y por el vilipendio que supone para los jueces «etiquetados» ¿Cómo puede afirmarse, con osadía sin igual, que un juez de un bloque va a votar así y el del otro bloque de modo distinto, antes de sentenciar?. Es tremendo, para el juez sobre todo, que se le diga vía mediática lo que va a fallar de modo automático, por ser progresista o conservador. Estoy seguro que los primeros asombrados serían los propios jueces y sería muy saludable que no una, sino, muchas veces, los pronósticos fallaran por el bien de todos» (*).

En el orden jurisdiccional social y a pesar de la carga ideológica que tiene la norma laboral, podemos decir con objetividad que nuestro elenco de decisiones judiciales, salvo casos muy concretos en la primera instancia, no ha estado marcado por posiciones personales sino que, por encima de todo, las decisiones han estado guiadas por el mandato de la norma y la interpretación acorde con la realidad social.

Este libro que prologamos es una buena muestra de ello, como podrá comprobar el lector tras la lectura del mismo.

El Bogo, 2 de abril de 2010

(*) ABC. 8-11-2007.

CAPÍTULO I

Legislación y jurisprudencia en la delimitación del contrato de trabajo

Antonio Martín Valverde

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV). Catedrático de Derecho del Trabajo

Óscar Fernández Márquez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

100

ÍNDICE

A. Las fronteras del contrato de trabajo	105
1. Ley y jurisprudencia en la delimitación del contrato de trabajo	105
2. Marco normativo de la delimitación del contrato de trabajo: normas constitucionales y Derecho de la Unión Europea	120
3. Plan expositivo	130
B. Zonas grises de la definición genérica de trabajo asalariado del ET art.1.1	
1. Profesionales liberales	135
Médicos	137
Abogados	143
Docentes	145
2. Trabajo de colaboradores externos de la empresa	150
Dos referencias sobre el punto de partida (TS 22-10-83 y 18-3-87)	152
Encuestadores	155
Colaboradores de prensa (TS 31-3-97 y una nutrida serie de sentencias en la misma dirección)	157
Guías turísticos	165
Administradores de comunidades de propietarios	167
Servicios técnicos y especializados de instalación, mantenimiento y reparación	170
Teletrabajo	173
3. Trabajadores a la vez partícipes o accionistas de la sociedad	175
Socios industriales en sociedades de personas	177
Socios trabajadores en sociedades de capital: compatibilidad en principio de la relación de trabajo y la relación societaria	179
La superación del umbral de la ajenidad por parte de los socios trabajadores en las sociedades de capital	182
Administradores societarios	184
4. Becarios	186
Legislación específica sobre formación y prácticas en las empresas	188
La calificación del trabajo del becario en la jurisprudencia	190
C. Zonas grises en torno a las exclusiones legales expresas del ET art.1.3	195
1. Trabajo al servicio de las Administraciones Públicas	195
Reserva a empleados en régimen funcional de cometidos que impliquen el ejercicio de autoridad o poder público	197
Cometidos administrativos no reservados a los funcionarios: determinación a través de las «relaciones de puestos de trabajo»	200

ÍNDICE	
Legislación y jurisprudencia en el supuesto particular de los contratos administrativos de obras y servicios	202
El impacto de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público	210
2. Trabajo familiar	215
Relaciones afectivas y uniones de hecho (TS 11-3-05 como síntesis de la evolución jurisprudencial)	217
Trabajo familiar y nueva legislación del trabajo autónomo	221
Trabajo familiar, socio-trabajador y «levantamiento del velo» societario	223
Trabajo familiar y sociedad de gananciales: (TS 30-4-01)	227
3. Trabajo benévolo y actividades de voluntariado	230
Afiliados de partidos políticos o sindicatos	232
Religiosos y ministros de culto	234
Trabajo de portería con disfrute de vivienda	236
4. Transportistas con vehículo propio	238
ET art.1.3.g) y TS 5-6-96	240
Actividades de mensajería con vehículos de bajo tonelaje	242
D. Zonas grises en torno a la definición de las relaciones especiales de trabajo	250
1. Trabajo de gerencia y alta dirección empresarial	250
2. Trabajo de representación o intermediación mercantil	255
Contrato de agencia	257
Comisionistas libres de entidades de crédito	259
3. Trabajo en el ramo de la mediación de seguros	261
Peritos tasadores de seguros	263
Mediación de seguros y desempeño de cometidos de carácter gerencial	266
Los subagentes de seguros en la jurisprudencia social del Tribunal Supremo	270
El impacto de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados	275

A. Las fronteras del contrato de trabajo

1. Ley y jurisprudencia en la delimitación del contrato de trabajo

105

Son tres los **mecanismos** en virtud de los cuales opera la determinación de las fronteras del contrato de trabajo en nuestro ordenamiento:

- 1) La definición legal genérica del trabajo asalariado, a través de una cláusula abstracta en la que se enumeran las notas o rasgos característicos del mismo.
- 2) Las reglas especiales de aclaración, especificación y/o corrección de las lindes del contrato de trabajo en supuestos o situaciones concretas.
- 3) La acción complementadora de la jurisprudencia.

107

La **definición genérica de trabajo asalariado** consolidada ya en la etapa de formación del Derecho del Trabajo, principalmente a través de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, marca en nuestro ordenamiento las fronteras del contrato de trabajo en

virtud de cinco notas abstractas que son las consabidas de trabajo personal, voluntario, retribuido, dependiente y por cuenta ajena. La fórmula definitoria actual se encuentra en el ET art.1.1: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, denominada empleador o empresario». El carácter genérico y abstracto de las notas que integran la definición del contrato de trabajo, fruto de operaciones de elaboración y sistematización doctrinal, la convierte en una fórmula particularmente dúctil o elástica, compatible con especificaciones diversas, y en ocasiones bastante distintas; es esto lo que ha permitido que la misma se mantenga vigente en su esencia —con una formulación renovada, ciertamente— desde el primer tercio del siglo pasado hasta el Estatuto de los Trabajadores actualmente en vigor. Pero son estas mismas cualidades de elasticidad o ductilidad las que han determinado, a la vez, su insuficiencia para determinar en el caso concreto, sobre todo en los casos difíciles, si cierto tipo de servicios personales son o no realmente trabajo asalariado.

A este fin de determinación e identificación más concreta de las fronteras del contrato de trabajo obedece el segundo dispositivo anunciado de delimitación del trabajo asalariado: la aprobación de **disposiciones específicas para particulares supuestos dudosos**. A través de estas disposiciones el legislador ha ido conformando históricamente, y especifica y detalla en la actualidad, la demarcación del contrato de trabajo en determinados supuestos concretos, en los que tal operación normativa puede resultar aconsejable bien por tratarse de casos especialmente complicados, en los que suele ser difícil decidir si se trata o no de trabajo asalariado, bien por razones de política legislativa que hayan podido aconsejar la consideración o no como asalariadas de actividades de cierto tipo, al margen a veces de la presencia o no en ellas de las notas abstractas del art.1.1 ET; no es infrecuente, por cierto, que estas especificaciones legislativas se introduzcan con la finalidad de ratificar o de corregir ciertas interpretaciones o aplicaciones jurisprudenciales del concepto genérico de trabajo asalariado.

La principal muestra de previsiones legales de demarcación «ad hoc» de las fronteras del contrato de trabajo es sin duda la larga lista de **trabajos excluidos** de la legislación laboral del ET art.1.3, tanto cuando declara no asalariados determinado tipo de servicios personales en los que cabría apreciar la carencia de alguna de las notas del ET art.1.1 (prestaciones obligatorias, trabajo benévolo, familiar, actividad de meros consejeros, mediación mercantil por cuenta propia), como cuando ordena que no lo sean cierto tipo de trabajos aun cuando seguramente concurren en los mismos todas aquellas notas (funcionarios y, en su caso, transportistas).

Pero la disposición anterior no es la única que cumple el indicado papel. En ocasiones la norma específica de determinación de las fronteras del trabajo asalariado está contenida en la misma regulación de las **modalidades contractuales**; tal es el caso, por ejemplo, del trabajo a domicilio, cuya regulación en el ET art.13 conduce a pensar que es posible su prestación en régimen laboral por más que el mismo se desempeñe en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por él, sin vigilancia del empresario; y algo parecido podría decirse del ET art.11, sobre contratos formativos. Normas de demarcación «ad hoc» pueden ser, también, las que identifican y definen las relaciones especiales de trabajo, sobre todo cuando

determinan la consideración de asalariadas de ciertas actividades o servicios de dudosa laboralidad (como sucede en el trabajo de alta dirección).

Este tipo de disposiciones especificadoras de las fronteras del contrato de trabajo no aparecen sólo en la legislación laboral sino también, fuera de ella, en las normas reguladoras de diversas **prestaciones de actividad personal no laborales**. Hay reglas importantes en este sentido, por ejemplo, en las siguientes normas:

- a) Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado (art.1 y 2);
- b) Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia (art.1);
- c) Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (art.2 a 4);
- d) Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (sobre todo al definir el trabajador autónomo económicamente dependiente, art.11);
- e) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art.6, 10, 181 y 280).

La **normativa sobre becas** también ha contribuido a la concreción de las fronteras del contrato de trabajo (RD 63/2006, de 27 enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación art.4), y lo mismo han hecho las normas de formación –reglada y ocupacional– respecto a las prácticas en empresas: por ejemplo, el RD 1538/2006, de 15 de diciembre, de ordenación general de la formación profesional del sistema educativo (art.11), o el RD 395/2007, de 23 de marzo, del subsistema de formación profesional para el empleo (art.25).

A la especificación de las fronteras del contrato de trabajo ha contribuido además la LGSS, al excluir la laboralidad de los trabajos de **colaboración social** de los perceptores de desempleo (art.213.3).

111

El tercer instrumento de delimitación de las fronteras del contrato de trabajo es la **jurisprudencia**, entendida en sentido amplio, con inclusión por tanto no sólo de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, especialmente pero no exclusivamente la de su Sala Social, sino también de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tendremos ocasión de ver en seguida que la doctrina de estos dos últimos Tribunales, aun no decidiendo de modo directo si determinado tipo de actividad es no trabajo asalariado, contribuye de manera relevante a la elaboración del contexto y/o de las bases normativas de las operaciones legales y judiciales de delimitación, estableciendo por ejemplo su compatibilidad o no con valores como el principio de igualdad y no discriminación o con el principio comunitario de la libre prestación de servicios.

La contribución de la jurisprudencia a la demarcación del contrato de trabajo es vital por ofrecer las **pautas de delimitación** casuística, y por tanto real, a ras de suelo, de las fronteras de aquel, principalmente por dos razones:

- porque permite superar la inevitable y ya señalada indeterminación de los criterios o pautas legales de identificación y delimitación del contrato de trabajo, apreciable con singular claridad en la aplicación de la fórmula definitoria general del ET art.1.1; pero detectable también en las restantes especificaciones legales sobre el campo de aplicación del ordenamiento laboral;
- porque el complemento jurisprudencial ha permitido y permite precisar la línea de la frontera del contrato de trabajo en función de las circunstancias de cada época y de cada sistema productivo, facilitando la adaptación o ajuste o de la norma a la realidad normada.

A los tres instrumentos referidos cabe añadir, además, ciertos **dispositivos complementarios**. Se trata, por un lado, de la **presunción de laboralidad** del ET art.8.2, que podría implicar la atribución de la condición de trabajos asalariados a todas aquellas prestaciones dudosas pero próximas a una situación de actividad retribuida, dependiente y por cuenta ajena. Y se trata también de las **normas de encuadramiento** en los regímenes del sistema de **Seguridad Social**, que podrían servir indirectamente como mecanismos de apoyo para decantarse por el carácter laboral o no de cierto tipo de actividades. El ejemplo paradigmático es sin duda la LGSS disp.adic.27, sobre encuadramiento en el RETA de los administradores activos de empresas societarias en las que tengan acciones o poderes de control efectivo. Algo parecido puede decirse según veremos de la Ley del **Estatuto del Trabajo Autónomo** (L 20/2007 disp.adic.10) aunque lo cierto es que en este caso estamos, más que ante una mera norma de encuadramiento, ante una auténtica disposición laboral, al admitirse de modo directo y expreso que, en determinadas condiciones, el hijo, aun conviviendo, pueda ser asalariado para sus padres.

113

2. Marco normativo de la delimitación del contrato de trabajo: normas constitucionales y Derecho de la Unión Europea

En el establecimiento de los contornos del trabajo asalariado no sólo inciden las normas directa e inmediatamente ocupadas de tal cometido, que nos dicen si determinada actividad es o no laboral, sino también otras normas de carácter general que operan de modo indirecto o no explícito, indicando sólo si determinado tipo de trabajos pueden llegar o no a tener la consideración de asalariados. Se trata de normas que aparecen con forma de principios o valores jurídicos fundamentales, y que, por ello, no sólo obligan a empresarios y trabajadores —así como a jueces y magistrados, por supuesto— sino también al mismo legislador. Es el caso de determinadas exigencias constitucionales, como el mandato de igualdad y no discriminación, o la reserva de ley para la regulación de ciertas materias; es el caso también de determinadas normas o principios de la Unión Europea, como la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión, que pueden impedir o limitar las facultades de considerar ciertos trabajos como laborales o todo lo contrario. La trascendencia de estas normas generales o fundamentales se aprecia a través de la jurisprudencia, encargada de precisar su alcance. Entre otras varias, prestaremos atención a tres sentencias, dos del Tribunal Constitucional (TCo 2/1991, 14 de enero y 227/1998, 26 de noviembre) y una del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE 5-6-97, asunto Ergasias C-398/95), que ilustran de manera gráfica esta función de marco normativo, respecto de las normas legales de delimitación del contrato de trabajo, que corresponde a la Constitución y al Derecho común de la Unión Europea.

120

Asistencia domiciliaria a ancianos (TCo 2/1991, 14 de enero) No se considera contrario al principio de igualdad el cambio en el régimen jurídico de la prestación de actividad personal de asistencia domiciliaria a ancianos cuando obedezca a una decisión justificada de la Administración responsable. En la medida en la que el cambio en el régimen de prestación del trabajo obedece a la sustitución del ante-

122

rior sistema de gestión directa –mediante la contratación laboral de los trabajadores por la entidad pública– por un sistema de subvención económica a los ancianos –el llamado cheque-abuelo, que comporta el trasvase a éstos de una cantidad para que contraten por sí mismos y como mejor les convenga los servicios correspondientes–, el cambio de referencia encuentra fundamento en el margen de actuación discrecional que debe reconocerse a las entidades encargadas de la prestación del servicio. Es lícito, e incluso obligado, cambiar el sistema de gestión, y por tanto modificar el régimen de prestación del trabajo, cuando el organismo público encargado de la gestión del servicio lo considere oportuno desde el punto de vista de la asistencia, con la única condición de que la valoración de eficacia efectuada por el servicio tenga base racional.

124 Transportistas con vehículo propio (TCo 227/1998, 26 de noviembre) Esta sentencia, precedida por la TS 5-6-1996 que se apoya en una argumentación parecida, declara que no es contrario al principio de igualdad constitucional (ni tampoco a la reserva de ley de la Const. art.35.2: nótese que la exclusión se practica en buena medida mediante el apoyo en normas de rango reglamentario) extraer del campo de aplicación de la legislación laboral la actividad de los transportistas con vehículo propio en los términos que, tras la Ley 11/1994, establece el ET art.1.3g in fine. Ciertamente, el legislador, a quien corresponde desde luego el amplio margen de actuación normativa que exige su naturaleza de sujeto político, no es completamente libre de excluir o incluir cualquier tipo de actividad en el campo de aplicación de la legislación laboral, debido a la vigencia de las disposiciones constitucionales a las que está sometido. Sin embargo, ello no impide en ningún caso que el mismo deje de considerar asalariadas determinado tipo de actividades, incluso concurriendo las notas a las que se refiere el art.1.1 ET, siempre que ello obedezca a una razón justificada. En el caso de que se ocupa la sentencia, el Tribunal Constitucional no considera contrario a los principios constitucionales de igualdad (y reserva de ley) la **utilización de los criterios a que se refiere el ET art.1.3g**, y específicamente el tonelaje del vehículo aportado para prestar los servicios de transporte, por las siguientes **razones**:

- por las particulares dificultades de delimitación del contrato de trabajo respecto del contrato de transporte en las actividades de reparto y distribución, debido a la dificultad de apreciar en las correspondientes prestaciones de servicios las notas de ajenidad y dependencia en su versión o interpretación flexibilizada o atenuada;
- por motivos de seguridad jurídica, dada la necesidad de fijar un criterio terminante y claro de laboralidad capaz de reducir o eliminar las incertidumbre y problemas de calificación propios de este tipo de trabajos;
- por el propio carácter objetivo y razonable del criterio seleccionado por el legislador para excluir del ET la actividad de transporte afectada.

No considera tampoco la sentencia que el ET art.1.3 g vulnere la reserva de la Const. art.35.2, básicamente porque aquella norma no constituye ninguna deslegalización, al incorporar las determinaciones básicas de la exclusión. Esta doctrina de la sentencia TCo 227/1998, 26 de noviembre ha sido seguida por otras muchas sentencias del Tribunal Constitucional.

126 Guías turísticas (TJCE 5-6-1997 C-398/95 asunto Ergasias) En el ámbito comunitario, la sentencia dictada en el asunto Ergasias o Agrupación de agencias de viaje y turismo de

Grecia ha puesto de manifiesto cómo el principio de libre prestación de servicios puede limitar las opciones de los Estados miembros para configurar el régimen legal –asalariado o no– de determinado tipo de trabajos o servicios. En relación a una ley griega del año 1985 que había impuesto la contratación laboral para todos los guías turísticos que se propusieran realizar giras o visitas en Grecia, dice el tribunal europeo que ello es contrario a la libertad comunitaria de prestación de servicios, al imponer a los agentes de otros países comunitarios un régimen que puede condicionar su decisión de llevar a cabo sus operaciones en Grecia. Según la sentencia, puesto que «las actividades de los guías turísticos pueden ejercitarse bajo dos regímenes distintos –una agencia de viajes puede utilizar los guías que estén a su servicio, pero también puede contratar guías turísticos independientes– al calificar imperativamente de contrato de trabajo la relación de prestación de un guía turístico (se está privando) al procedente de otro Estado miembro de la facultad de ejercer su actividad de forma independiente».

3. Plan expositivo

Nos ocuparemos a continuación de exponer aquellas situaciones o supuestos en que más acusadamente haya quedado de manifiesto la dificultad de deslindar el contrato de trabajo de **otras fórmulas de prestación de actividad personal** (vínculos societarios, relaciones de familia, contratos de servicios, transporte, mediación o agencia, situaciones administrativas de sujeción especial, relaciones de finalidad formativa, voluntariado), sólo cuando se trate de casos o conflictos típicos, que por su frecuencia, recurrencia o complejidad hayan aflorado en la jurisprudencia (hasta diciembre de 2009), que, no en balde, constituirá la principal fuente considerada para dar cuenta de los criterios de demarcación de la relación laboral en este trabajo.

En virtud de un criterio clasificatorio meramente formal o estipulativo, ordenaremos la materia agrupando los distintos **supuestos típicos** en que resulta difícil trazar las fronteras del contrato de trabajo en tres conjuntos principales:

- las zonas grises originadas en el juego de la **cláusula definitoria genérica** de trabajo asalariado del ET art.1.1 (profesionales liberales, colaboradores externos de la empresa, trabajo de socios y becarios);
- las zonas grises originadas en el entorno de las **exclusiones legales expresas** de la legislación laboral del ET art.1.3 (trabajo al servicio de la Administración Pública, trabajo familiar, trabajo benévolo y trabajo de transportistas con vehículo propio);
- las zonas grises originadas a propósito de la delimitación del campo de determinadas **relaciones especiales de trabajo** (trabajo de alta dirección, mediación mercantil y mediación de seguros).