

Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social



Gloria Rojas Rivero
(Coordinadora)

Manuel Álvarez de la Rosa
Manuel Carlos Palomeque López
Antoine Jeammaud
María Emilia Casas Baamonde
Lorenzo Gaeta
Antonio Baylos Grau
Antonio Ojeda Avilés
José Luis Monereo Pérez
Antonio Álvarez de la Rosa

Editorial  Bommarzo

Esta publicación se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación:
DER2011-27089 "Sostenibilidad financiera y régimen jurídico de la Seguridad
Social: un marco de estrategias para las políticas públicas".



Primera edición 2012

© Editorial Bomarzo S.L.
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º
02002 Albacete (España)
editorialbomarzo@ono.com
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-15000-76-1

D.L.: AB 647-2012

Diseño: Javier Hidalgo Romero.

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Imprime: Estilo Estugraf Impresores S.L.

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Manuel Carlos Palomeque López

Catedrático de Derecho del Trabajo.

Universidad de Salamanca.

A Manuel Álvarez de la Rosa, que ha revisado con agudeza el genoma teórico del contrato de trabajo.

«[...] Con lo expuesto se comprenderá que no participamos de la opinión que atribuye a este contrato la naturaleza jurídica del arrendamiento, a pesar de la aparente semejanza que con él establece el carácter temporal de uno y otro contrato y la forma del pago del salario y del canon o merced [...]».

Juan de Hinojosa Ferrer, *El contrato de trabajo*, 1932.

«[...] El trabajo industrial objeto del Derecho del Trabajo es fruto de una paulatina maduración. En su devenir incorpora a la libertad de trabajar la fijación de una determinada disciplina en el trabajo. El trabajo se prestará desde la libertad, pero en la organización de las fábricas [...]».

Manuel Álvarez de la Rosa, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2011.

1. La construcción jurídica del contrato de trabajo y su secuencia institucional. 2. La etapa de "préstamo institucional": el arrendamiento civil de servicios. 3. Una "nueva tipicidad contractual" para las relaciones de trabajo asalariado: el contrato de trabajo. 4. La "regulación jurídica" del contrato de trabajo y la crónica abreviada de su desarrollo. 5. Bibliografía moderna básica.

1. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SU SECUENCIA INSTITUCIONAL

La construcción jurídica del contrato de trabajo ha seguido históricamente, hasta alcanzar la figura su plena efectividad social dentro del sistema económico que la ha visto nacer, también desde luego en el Derecho español, una secuencia institucional jalonada por tres fases o etapas sucesivas, perfectamente diferenciadas en el tiempo, aunque lógicamente de cronología variable en función de los ordenamientos jurídicos de referencia.

Una primera es, por lo pronto, de *préstamo institucional*. A la hora de buscar una cobertura jurídica necesaria para la articulación formal de las nuevas relaciones de trabajo asalariado definidoras del sistema de

producción capitalista industrial, resultaba imprescindible el recurso al *contrato de arrendamiento de servicios* que, procedente de la vieja *locatio conductio operarum* romana, es recogido sin excepción en los códigos civiles del XIX, siguiendo la pionera y fecunda experiencia del *code* francés de 1804. Se trataba, a fin de cuentas, de una operación forzada y de urgencia ante el vacío institucional circundante.

Un segundo momento, de *hallazgo de una nueva tipicidad contractual*, se produce ciertamente cuando se abre camino la elaboración teórica que habría de conducir al alumbramiento de la categoría dogmática del *contrato de trabajo*, con la consiguiente ruptura por parte del naciente negocio jurídico con los anclajes institucionales precedentes. Se está, así pues, en el período de emergencia histórica del Derecho obrero como conjunto integrado de normas y elaboración doctrinal resultante que pone «bajo la lente de la observación científica»¹ el nuevo tejido institucional que se había venido formando sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX y que experimentará a principios del siguiente un extraordinario proceso de expansión normativa, con la Organización Internacional del Trabajo (1919) y su labor legislativa a la cabeza. El nacimiento del contrato de trabajo, como instrumento propio y diferenciado que se ofrece para la articulación jurídica de las relaciones de trabajo asalariado y por ende de las relaciones de producción del sistema económico capitalista, es sin duda un acontecimiento crucial en la historia científica del Derecho del trabajo.

Y, en fin, el tercer momento o fase de esta sucesión institucional, de *regulación jurídica del contrato de trabajo*, tendrá lugar cuando el Estado se ocupe de elaborar una disciplina legislativa propia para el nuevo negocio jurídico que habrá de formar parte del sistema jurídico general. Lo que, por cierto, tardará en suceder en todos los ordenamientos y no será sin la superación de inconvenientes políticos y jurídicos de envergadura.

2. LA ETAPA DE "PRÉSTAMO INSTITUCIONAL": EL ARRENDAMIENTO CIVIL DE SERVICIOS

Habrà de ser, inicialmente, el viejo contrato de *arrendamiento de servicios*, recibido por la codificación civil decimonónica sin apenas cambios de la *locatio conductio* romana, el que ofrezca su primer ropaje jurídico a la relación de trabajo asalariado del emergente sistema in-

¹ GIUGNI, G., «Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)», en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1979, núm. 1, p. 12.

dustrial. A fin de cuentas, las nuevas relaciones de producción establecidas entre patronos y obreros podían contar de este modo con una articulación jurídica elemental ya existente, sobre cuya adecuación social cabían por cierto todas las dudas posibles, más allá de la urgencia y de la necesidad del experimento. Así, después de haberse referido nuestros códigos mercantiles a los “factores y mancebos de comercio” (arts. 173 a 202, Código de comercio de 1829) y, más adelante, a los “factores dependientes y mancebos” (arts. 281 a 302, Código de comercio de 1885), dentro en cualquier caso del mandato mercantil, será el contrato de *arrendamiento de obras y servicios* el negocio jurídico que el ordenamiento proponga para aquel propósito: en particular, “del servicio de criados y trabajadores asalariados” (arts. 1583 a 1587 Código civil de 1889).

De la absoluta insuficiencia de estos cinco preceptos que nuestro Código civil destinaba a finales de siglo a la contratación laboral se era ya consciente prácticamente al tiempo de su promulgación. Tenía ocasión de reconocerlo así, de modo paladino, la Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de noviembre de 1902 (*Gaceta de Madrid*, 12-11, *Gaceta* en lo sucesivo), por la que se encomendaba a la Sección Primera de la Comisión General de Codificación «la redacción de un proyecto de ley para la reforma del capítulo del Código que trata del arrendamiento de obras y servicios, teniendo al efecto en cuenta las indicaciones contenidas en las adjuntas bases, u otras que mejor le parecieren, para la más acertada regulación del contrato de trabajo». Se está, en definitiva, ante el primer intento formalizado de regulación específica del contrato de trabajo, a pesar de que la iniciativa se halle dentro del propio molde del arrendamiento civil y sea presentada formalmente como una operación de mera reforma normativa del mismo, como por lo demás tantas veces habría de ocurrir en lo sucesivo en la crónica de nuestra política legislativa.

Así, tal como el preámbulo de esta Real Orden no dejaba de reconocer, «constituye el contrato de trabajo, a que se refiere el Código civil en el capítulo 3º, título 6º, libro 4º, una de las materias más deficientemente reguladas, como convence la lectura de los pocos artículos que de él tratan; deficiencia tanto más señalada cuanto que aquél 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, sin que baste para suplirla y subsanarla la aplicación de los principios generales en que se basan las obligaciones, pues, dada su especialidad, alcance, trascendencia y orientación de las ideas mo-

dernas, exige dicho contrato, acaso más que alguno otro, la expresión en la ley de reglas que le condicionen con la suficiente minuciosidad, como se condicionan las demás que el Código especifica [...]».

No era esta, sin embargo, la opinión de Segismundo Moret, tal y como se desprende de la Circular que como ministro de la Gobernación dirigía a los gobernadores civiles, el 21 de junio de 1902, acerca de las huelgas de los obreros (*Gaceta*, 22-6), que calificaba el marco normativo civil del arrendamiento de servicios como «fórmula suficiente, acabada, en armonía con las condiciones de las poblaciones rurales, y en el fondo practicada siempre que la buena fe preside a los compromisos entre obreros y patronos»:

«[...] Las frecuentes consultas que a este Ministerio dirigen los Gobernadores, y a éstos los Alcaldes de los pueblos donde los obreros se declaran en huelga, especialmente si ésta tiene carácter agrario, demuestra que, tanto los obreros como los patronos, apenas tienen concepto del contrato de trabajo y de las obligaciones que mutuamente les impone. Para la gran mayoría de unos y otros, o el contrato no existe, o la noción que de él tienen es tan vaga, que se desvanece por completo en el momento de ponerla en práctica [...]. Y, sin embargo, no puede decirse que nuestra legislación civil haya olvidado lo que al contrato de trabajo se refiere. El Código civil lo reconoce y regula en el capítulo 3º, título 6º del libro 4º, estableciendo que puede celebrarse sin plazo fijo, por cierto tiempo y para una obra determinada (art. 1583). Lo único que prohíbe es que se extienda a toda la vida, restricción por extremo interesante y de gran trascendencia en estas empeñadas cuestiones [...]».

3. UNA "NUEVA TIPICIDAD CONTRACTUAL" PARA LAS RELACIONES DE TRABAJO ASALARIADO: EL CONTRATO DE TRABAJO

La elaboración técnica del *contrato de trabajo*, esto es, el acceso del nuevo negocio a la tipicidad contractual diferenciada del sistema jurídico, es el resultado de un proceso de reflexión institucional impulsado por la necesidad de ofrecer una cobertura jurídica propia y socialmente adecuada a las relaciones de trabajo asalariado del orden industrial, lejos ya por descontado del molde provisional y limitado del arrendamiento civil de servicios. Este recorrido teórico, que principia en nuestro país a finales del novecientos y se desarrolla durante las primeras décadas del siglo veinte, bebe desde luego en las fuentes de la dogmática alemana y en cuantas experiencias europeas sirven a tal fin. Y, claro es, de la mano del desarrollo de la legislación obrera

en España y del análisis especializado de sus soluciones normativas, que versaron a partir de 1873 sobre los principales asuntos suscitados por las relaciones de trabajo y la "cuestión social" [mujeres y menores, accidentes, descanso dominical, previsión social, salario, conciliación y arbitraje, huelga, etc.], pronto se fueron abriendo camino las primeras construcciones dogmáticas sobre el contrato de trabajo². El debate jurídico sobre el nuevo negocio jurídico estaba pues doctrinalmente servido.

Con todo, conviene advertir que esta operación teórica atraviesa dos fases perfectamente diferenciadas.

En una primera, el descubrimiento de la nueva nomenclatura del negocio jurídico tan solo sirve de manera formal para designar al contrato de arrendamiento de servicios de "criados y trabajadores asalariados" contemplado en el Código Civil (arts. 1583 a 1587), sin que dé paso alguno por tanto a una nueva elaboración dogmática dentro de la tipicidad contractual. «No puede decirse [respondía de modo tajante a esta cuestión en 1902 la Circular del ministro de la Gobernación antes referida] que nuestra legislación civil haya olvidado lo que al contrato de trabajo se refiere. El Código civil lo reconoce y regula en el capítulo 3º, título 6º del libro 4º».

Y en una segunda, una vez superada esa etapa llamemos "nominalista" de este proceso de agregación histórica, se construye propiamente la nueva dogmática del contrato de trabajo como negocio jurídico.

Se elaboran pues, dentro de la teoría general de los contratos y sus elementos esenciales, las notas definidoras del contrato de trabajo, la ajenidad y la dependencia o subordinación, así como la teorización de su estructura y contenido o prestaciones básicas que lo integran. Una vez completada la fase de diseño del nuevo producto contractual, todo estaba dispuesto a fin de cuentas para su regulación jurídica diferenciada, lo que por cierto no habría de ser algo inmediato.

4. LA "REGULACIÓN JURÍDICA" DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA CRÓNICA ABREVIADA DE SU DESARROLLO

En España, singularmente, la crónica de la regulación jurídica del contrato de trabajo es la propia de la dificultad extrema que ha acompaña-

² Por todos, RUIZ DE GRIJALBA, A., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, Francisco Beltrán, Madrid, 1902, 2ª ed. 1922.

do en la historia a las iniciativas reformistas más sinceras y coherentes de la burguesía liberal (reformistas, krausistas e institucionistas), radicadas de lleno en el quehacer del Instituto de Reformas Sociales (1903-1924), verdadera institución motriz del desarrollo de nuestro Derecho obrero.

El reformismo social más coherente se alimentaba, a fin de cuentas, de la contemplación consciente de la cuestión social y de la situación de las clases trabajadoras, a diferencia de las actitudes insensibles y represivas que los mismos fenómenos merecían en general a conservadores e inmovilistas. En ocasiones se llegaba a propugnar ambiciosos proyectos de reforma social que, si en muchos casos no salieron del territorio de la tentativa o de la frustración, no es menos cierto que el fracaso fue por lo común ajeno a causas imputables a los propios reformadores. Por ello, "reformismo sincero y progresista" frente a "inmovilismo intransigente" o, todo lo más, "reformismo oportunista y de circunstancias", fueron las opciones políticas de clase [a la postre todos coincidían en conservar el orden económico y social amenazado por las contradicciones del sistema capitalista liberal] que la burguesía de la Restauración manejaba ante la cuestión social y las preocupantes relaciones entre el capital y el trabajo.

La filosofía social krausista se convertía durante el período de la Restauración, de este modo, en el ingrediente cultural común a los principales protagonistas del reformismo más acentuado, participando de su influencia numerosas personas procedentes de las capas medias y altas de la burguesía, aglutinadas en torno a una concepción progresista del mundo y de la realidad social. La huella krausista es visible, así pues, en las más importantes instituciones reformadoras del momento, como, además del Instituto de Reformas Sociales, la Institución Libre de Enseñanza, la Junta para la Ampliación de Estudios o la Residencia de Estudiantes, que respondieron al intento de regeneración integral de los pilares de la vieja sociedad española.

No me resisto pues, llegados a este punto, a traer a colación aquí el demoledor e irónico relato que el gran Benito Pérez Galdós dedicaba a finales de siglo, en su novela *La de Bringas*, al asunto de la percepción de la doctrina krausista por las capas mayoritarias, desconfiadas e ignorantes, de la pequeña burguesía de la época:

«[...] Otra maña del mozalbete traía muy quemado a don Francisco, y era que empezaba a dañar su espíritu el maleficio de una perversa doctrina titulada *krausista*. Bringas la había oído calificar de *pestilente* a un sabio capellán amigo suyo. De algún tiempo acá, Paquito de Asís

andaba con unas enredosas monsergas del yo, el no yo, el otro y el de más allá, que sacaban de quicio al buen don Francisco. Este le dijo, en resumidas cuentas, que si no echaba de su cabeza aquellas filosofías, le iba a quitar de la universidad y a ponerle de hortera en una tienda» [cursivas en el original]³.

Luego de unas *Bases para un proyecto de ley acerca del contrato de trabajo presentadas al Instituto de Reformas Sociales*, suscritas en 1904 por sus vocales Gumersindo de Azcárate, Rogelio Inchaurrendieta, Vicente Santamaría, José M^a Piernas y Javier Ugarte⁴, se hacía público el 11 de mayo de 1905 un *proyecto de ley de contrato de trabajo redactado conforme a los acuerdos del Instituto*⁵, provisto de treinta y seis artículos, que constituye, sin la menor duda, un documento jurídico insustituible para el conocimiento de la gestación de la primera ley española sobre el contrato de trabajo y, en todo caso, para valorar la excepcional contribución realizada por el Instituto de Reformas Sociales y los hombres a su servicio al proceso de reforma de las relaciones de trabajo y de su marco normativo.

«El contrato de trabajo [comenzaba el texto proyectado] tiene por objeto la prestación de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos. Quedan, sin embargo, excluidos de las disposiciones de esta ley los contratos de trabajo en cooperación o comisión, los servicios accidentales o sueltos y los de obra por ajuste o precio alzado, realizados fuera del establecimiento o explotación, o de la acción directa del patrono [primera mención normativa en nuestro lenguaje jurídico al poder de dirección del empleador en el contrato], los cuales se regirán por los preceptos legales de las legislaciones civil y mercantil».

A pesar de todo, cuantos intentos, como este, de llevar a la letra de la ley las propuestas del Instituto fueron acometidos durante ese tiempo

³ PÉREZ GALDÓS, B., *La de Bringas*, 1884, en *Obras completas*, «introducción, biografía, bibliografía, notas y censo de personajes galdosianos» por SAINZ DE ROBLES, F. C., tomo IV, *Novelas*, Aguilar, Madrid, 2^a ed. 1949, p. 1643.

⁴ Instituto de Reformas Sociales, *Legislación del trabajo*, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1905, pp. 110 a 112. Estas bases se encuentran también en Instituto de Reformas Sociales, *Información legislativa española y extranjera sobre el contrato de trabajo. Leyes, proyectos, proposiciones y otros documentos para el estudio de la materia*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1921, pp. 23 a 28. Véase, en general, Instituto de Reformas Sociales, *Datos y antecedentes acerca de anteproyectos de leyes sobre contrato de trabajo, sindicación profesional y consejos de trabajo*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1921.

⁵ *Boletín del Instituto de Reformas Sociales*, 1905, mayo, núm. 11, pp. 801 y ss.

encontraron de modo invariable el rechazo y la oposición parlamentaria por toda respuesta. Tales fueron además, ciertamente, es verdad que provistos de alcance y orientación harto diversos, los proyectos de Bernabé Dávila (1906), de Juan de la Cierva (1908), de Fernando Merino (1910), de José Sánchez Guerra (1914), de Joaquín Ruiz Jiménez (1916) y de Manuel Burgos y Mazo (1919).

Todavía el 3 de enero de 1921, el Ministerio de Trabajo dictaba una Real Orden, dirigida al Instituto de Reformas Sociales y no publicada en la *Gaceta* ni en el *Boletín* de este organismo, por la que se fijaban, a modo de programa de trabajo, las cuestiones que debían merecer la atención y el estudio inmediatos del mismo, entre las que figuraba precisamente el contrato de trabajo. En cumplimiento de todo lo cual, los servicios técnicos del Instituto formulaban un *Cuestionario* y, basándose en las respuestas recibidas, procedían a elaborar un *Anteproyecto de ley de contrato de trabajo*, que era sometido a la deliberación de su Consejo de Dirección el 19 de septiembre de 1921. El anteproyecto, que comprendía diez capítulos con noventa y nueve bases y contenía innovaciones de suma trascendencia [la regulación del control obrero en la empresa, señaladamente, bases 95 a 99], era discutido y finalmente aprobado por dicho Consejo en sesiones celebradas entre el 29 de octubre de 1921 y el 16 de octubre de 1922. Si bien, el documento resultante no iba a ser aprobado por el Pleno del Instituto hasta el 19 de febrero de 1924, acordándose un texto de siete capítulos con un total de setenta y cinco artículos.

Tendrían que transcurrir más de veinticinco años, sin embargo, hasta que la Ley de contrato de trabajo republicana, de 21 de noviembre de 1931 (*Gaceta*, 22-11), recogiese los trabajos y propuestas elaboradas por el Instituto, si se tiene en cuenta que la regulación sistemática del contrato de trabajo que llevaba a cabo el Código del trabajo de Primo de Rivera [la primera, en realidad, dentro de nuestro ordenamiento jurídico], que aprobaba el Real Decreto-ley de 23 de agosto de 1926 (*Gaceta*, 1, 2 y 3-9), se apartaba considerablemente de las orientaciones de política legislativa originarias.

La depuración ideológica de la regulación republicana en la materia era acometida en 1944 por la Ley franquista de contrato de trabajo. Así, en cumplimiento de la Ley de 14 de diciembre de 1942 (*Boletín Oficial del Estado*, 27-12, *BOE* en adelante), por la que se autorizaba al Ministerio de Trabajo a someter a la aprobación del Consejo de Ministros los textos elaborados por la «Comisión recopiladora y refundidora de la legislación del Ministerio de Trabajo» [creada por Decreto de

14 de marzo de 1942, *BOE*, 28-3], el Decreto de 26 de enero de 1944 aprobaba, siendo ministro José Antonio Girón de Velasco, «el texto refundido del Libro I de la Ley de contrato de trabajo» (*BOE*, 24-2), que derogaba de modo expreso la Ley republicana de 1931. Del mismo modo, el Decreto de 31 de marzo de 1944 hacía lo propio, por su parte, con «el texto refundido del Libro II de la Ley de contrato de trabajo» (*BOE*, 11-4), que se ocupaba sucesivamente de diferentes especialidades de este, desde el contrato de embarco al contrato de trabajo de los menores.

Esta Ley mantenía por consiguiente el conjunto de los contenidos técnicos de la regulación republicana del contrato de trabajo, pero naturalmente con la revisión ideológica e institucional necesarias. De modo principal, se incorporaba la idea de “participación en la producción”, trasunto por lo demás de la concepción comunitaria de la empresa en expresión calcada del Fuero del Trabajo, a la noción legal del contrato de trabajo, que ahora se define del siguiente modo: «se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual una o varias o personas participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter bajo la dependencia de éstos, mediante una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella» (libro I, art. 1). El «objeto del contrato a que se refiere esta Ley» es, definido con la misma literalidad de la legislación republicana, «todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones» (libro I, art. 2), a pesar de que, a diferencia de aquella, el «servicio doméstico» quedaba excluido de la regulación del contrato (art. 2). Del mismo modo, los «pactos colectivos» [celebrados por las asociaciones profesionales acerca de las condiciones de trabajo por ramas y demarcaciones] eran extraídos de la relación de fuentes reguladoras del contrato de trabajo (art. 9), al igual que las huelgas y los cierres patronales [*lock-outs*] como causas suspensivas de este negocio jurídico (arts. 79 y 80), todos ellos inexistentes en la nueva legalidad franquista.

Una regulación franquista diacrónica y parcial del contrato de trabajo tenía lugar en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales (*BOE*, 21-4), que debe ser considerada con rigor, desde el punto de vista genético, como un producto normativo de la Dictadura, en que se proyecta y comienza su tratamiento parlamentario, a pesar de haber sido promulgada ciertamente durante los primeros tiempos de la

Transición democrática. Respondía por cierto, al decir de sí misma, al «propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa del trabajo», teniendo pues «el carácter de plataforma mínima sobre la que construir toda la regulación de las relaciones laborales» (preámbulo). Por lo que, el Gobierno debía aprobar en el plazo de un año un texto refundido que «comprenda las normas con fuerza de Ley sobre relaciones laborales», la de contrato de trabajo (libros I y II, 1944) entre ellas. No habría de ser así, sin embargo, puesto que la sociedad española transitaba con aceleración, recorriendo los tiempos de la Transición, hacia otros objetivos y la elaboración de un marco constitucional de relaciones de trabajo en el horizonte inmediato.

Por lo demás, con la finalidad de sustituir la «concepción intervencionista» imperante durante el franquismo en la regulación de las relaciones laborales por nuevos patrones normativos inspirados en el principio de «liberalización de las relaciones de trabajo», el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo (*BOE*, 9-3), acometía en plena Transición democrática una regulación urgente de alguno de sus ámbitos institucionales, el despido entre ellos. La regulación sistemática del contrato de trabajo debería quedar para más adelante.

Esta vez ya, en fin, una vez promulgada la Constitución, en manos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (1980-1995, Ley 8/1980, de 10 de marzo, y Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba su texto refundido, ampliamente modificado hasta el presente) y la disciplina constitucional vigente del contrato de trabajo. Esta Ley mantiene la opción de política legislativa de diluir la noción legal de contrato de trabajo en el propio ámbito de aplicación de la norma, que será de aplicación así a «los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario» (art. 1.1). Y, a los efectos de la misma, prosigue el artículo, «serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas» (art. 1.2).

Todo gira naturalmente, también en esta ocasión, y es la última por el momento de esta crónica de la construcción legislativa del contrato de trabajo en el ordenamiento español, sobre la ajenidad del trabajo [prestación de «servicios retribuidos por cuenta ajena»] y la depen-

dencia o subordinación del trabajador [«dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (...) denominada empleador o empresario»].

5. BIBLIOGRAFÍA MODERNA BÁSICA

AA.VV., *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, con estudio preliminar de A. Martín Valverde, «La formación del Derecho del Trabajo en España», Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Editorial Comares, Colección Crítica del Derecho, Granada, 2011.

CAIRÓS BARRETO, D. M^a., «El origen y desarrollo del contrato de trabajo en España: antecedentes históricos y configuración jurídica actual», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2008, núm. 140.

OJEDA AVILÉS, A., «La genealogía del contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2007, núm. 135.

MONEREO PÉREZ, J. L., «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, núm. 96.

MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las Leyes laborales de España (1873-2009)*, Civitas Ediciones, Cizur Menor (Navarra), 2^a ed. 2009.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*, Editorial Tecnos, Madrid, 7^a ed. 2011.

SOSA MANCHA, *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

VILLA GIL, L. E. de la, *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, Editorial Comares, Colección Crítica del Derecho, Granada, 2003.

DESDE EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DEL CÓDIGO CIVIL NAPOLEÓNICO HASTA EL CONTRATO DE TRABAJO DEL VIGENTE DERECHO FRANCÉS

Antoine Jeammaud

*Profesor emérito de la
Universidad lumière Lyon 2.
Presidente honorario de la
Asociación francesa de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social*

1. El Código civil de 1804. 2. El surgimiento del debate conceptual y terminológico en los principios del siglo XX. 3. Afirmación y cuestionamiento de la norma jurisprudencial de calificación. 4. La construcción legal-jurisprudencial del régimen del contrato de trabajo.

En el diseño de las relaciones laborales tales como las ordena el derecho vigente de la República francesa, el contrato de trabajo y su régimen legal cumplen el papel básico. En primer lugar porque tiene la calidad jurídica de trabajador asalariado quien se relaciona con otra persona, física o jurídica, por un contrato de esa categoría de negocio jurídico. Así resulta llamativa, para un juslaboralista francés, la construcción elegida por el actual derecho laboral español.

La Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) se abre con una disposición sobre su «ámbito de aplicación», enunciado este del que indudablemente se deriva una definición («legal») del trabajador dependiente (o «no autónomo»), pues es una norma para dar la calificación de «trabajador» según esa misma ley. De modo que la figura clave del ordenamiento laboral español es la del trabajador (asalariado). El contrato de trabajo viene mencionado en el artículo 3º, tras las disposiciones del derecho estatal y las de los convenios colectivos, entre las «fuentes» de regulación de «los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral», cuando los dos importantísimos preceptos siguientes fijan los «derechos y deberes laborales básicos», en especial pero no exclusivamente en la «relación de trabajo», sin evocar el contrato de trabajo. Aún cuando el régimen del contrato entre empleador y trabajador venga desarrollado en seguida, ese negocio jurídico parece secundario respecto de la categoría «trabajador»: el contrato de trabajo sólo sería

el que ha concluido un trabajador en el sentido del Estatuto de 1980 o, en otras palabras, aquel en cumplimiento del cual presta sus servicios quien merezca, por el marco y las condiciones efectivas de su trabajo, aquella calificación de trabajador¹. Por cierto, no cabe duda que son las condiciones de la contratación, las cláusulas eventualmente pactadas y, más aún, las concretas condiciones de la ejecución del trabajo que han de considerarse a la hora de zanjar cualquier problema de reconocimiento o desestimación de la calidad de trabajador. De modo que la dogmática jurídica, en su tarea de descripción sistematizada del derecho positivo, pueda racionalmente presentar y describir primero el contrato de trabajo, en cuanto «fundamento contractual de la relación de trabajo» o «permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (...) en las que el trabajador entrega su trabajo», antes de exponer lo relativo al trabajador y al empresario como «sujetos» de dicho contrato². Pese a eso, la configuración del derecho español contrasta, en este punto, con la del derecho francés.

En este último, sin embargo, tampoco ninguna disposición legislativa, del Código de trabajo incluso, ofrece una definición del contrato de trabajo, del «asalariado» (el adjetivo se ha sustantivizado en el lenguaje del derecho como en el de los juristas)³. Era el caso del primer código nacido de una recopilación de leyes «sociales» vigentes realizadas entre 1910 y 1927, y todavía lo es con el que lo sustituyó en 1973 y cuya nueva versión, tras una «recodificación» con ambición racionalizante, rige desde mayo de 2008. ¡A pesar de la intensa presencia de aquel contrato y de aquella categoría de «sujeto de derecho» en el ordenamiento jurídico laboral se conforma, primero, por el elenco de enunciados constitucionales, legislativos y reglamentarios pertinentes,

¹ El derecho español se parece, en ese aspecto, al ordenamiento italiano, donde el Código civil de 1942 define el *prestatore di lavoro subordinato*, (figura coincidente con la del *lavoratore* en el sentido de la famosa ley de 1970 conocida como *Statuto del lavoratore*), sin evocar su vinculación contractual con el *imprenditore* o *datore di lavoro*, antes de regular el *rappporto di lavoro* sin hablar mucho del *contrato di lavoro* ni reconocerle algún protagonismo significativo.

² Como lo hacen, por ejemplo, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, Madrid, Ed. Ramón Acero, 16a ed., 2008, pp. 483 y ss.

³ Aquí usamos la importante y básica distinción, tan desconocida sin embargo entre los juristas franceses (universitarios inclusive), de dos niveles de lenguaje, por lo menos, en lo que se suele llamar «lenguaje jurídico»: el *lenguaje del derecho*, en el que se expresa claramente el derecho (*lenguaje legal* en otra terminología) y el lenguaje de los juristas, metalenguaje en el que se habla del derecho o a propósito del derecho (lenguaje de la dogmática jurídica y de la actividad doctrinal en primer lugar, pero también de las distintas clases de juristas de oficio). En la literatura teórica española esa distinción la encontramos ya en: CAPELLA, J. R., *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, pp. 28 y ss.

que por aquellos incorporados a dicho código! Es la jurisprudencia la que permite identificar los elementos característicos cuya reunión en un determinado supuesto permite calificar un acuerdo expreso o tácito, relativo a una prestación de actividad y su retribución, de contrato de trabajo. Más precisamente, los juristas dogmáticos encuentran, en el flujo de los «productos» de la Corte de casación, algunos fallos cuyos contextos, términos, publicidad y acogida por «la comunidad de los juristas», y cuya coherencia, les llevan legítimamente a estimar que consagran, aunque sin describirla explícita y completamente, una definición de aquel contrato especial, o una norma de calificación de contrato de trabajo. Es también al órgano supremo del orden jurisdiccional judicial al que se debe buena parte de lo que puede hoy en día considerarse como el régimen del mismo contrato (obligaciones generadas, condiciones de modificación y suspensión, extinción), de mayor importancia en las relaciones laborales.

Vale decir que la figura del contrato de trabajo en el actual derecho francés es fruto de una sustancial evolución legislativa y pretoriana desde el Código civil de 1804 (1), cuyas sumarias disposiciones dedicadas a la relación entre un «amo» y un trabajador no pudieron ahorrar (evitar) el surgimiento de un significativo debate conceptual y terminológico al paso del siglo XIX al XX (2). Controversia esta que, a pesar de la consolidación del mismo nombre del *negotium* y de algunas otras certidumbres, no puede darse hoy en día por concluida (3), aún cuando siga construyéndose paralelamente, por vía legislativa y jurisprudencial a la vez, un rico régimen del contrato de trabajo (4).

1. EL CÓDIGO CIVIL DE 1804

«Monumento» emblemático de un tipo de expresión del derecho, el Código civil de los Franceses, que pasó a llamarse oficialmente «Código Napoleón» en los dos periodos imperiales (1807-1814 y 1852-1870) que experimentó el país, contaba y sigue contando con un título «Del contrato de arrendamiento». Claramente heredado de Jean Domat y Robert-Joseph Pothier, mayores jurisprudencias del «ancien régime», como de los proyectos de codificación civil patrocinados por Jean-Jacques Cambacérès en el entonces reciente periodo revolucionario⁴, ese trecho del articulado distingue *dos clases de arrendamiento*: el *de cosas* y el *de obra*. Al segundo, definido en el artículo 1710 como «un

⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2011, pp. 47 y ss.

contrato por el que una de las partes se compromete a hacer alguna cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas», se le dedica un capítulo curiosamente (asombrosamente) titulado «Del arrendamiento *de obra y de industria*». Este se abre con una nueva distinción de tres especies: el *arrendamiento de «gente de trabajo»*, es decir de aquellos que comprometen sus servicios a otros para trabajos considerados «innobles» (criados, obreros dedicados a tareas manuales), el de los «voituriers par terre et par eau» (cocheros, carreteros y bateleros) esto es, *de los transportistas* de personas o mercancías, y el *de los ejecutores de obras* (artesanos, empresarios de construcción, arquitectos, etc.). La primera especie iba pasar pronto a llamarse, en el lenguaje de los juristas, «arrendamiento de servicios», mientras «arrendamiento de obra»⁵ se reservaba a la tercera antes que se difundiera para ella el nombre de «contrato de empresa» que sigue recibiendo hoy en día. Para la primera especie, el Código civil se conformaba con poner dos preceptos: los servicios sólo pueden comprometerse para un tiempo determinado o una determinada obra (artículo 1780); en caso de litigio sobre la cuantía de los salarios o el hecho de su abono prevalece la afirmación del amo (artículo 1781). Es que, en aquel tiempo de la redacción de dicho código, se proyectaba la confección de un código industrial, distinto del también previsto código de comercio, para acoger disposiciones de corte más reglamentario sustituyendo a los reglamentos corporativos derogados con el derrocamiento del sistema corporativo⁶.

A lo largo del siglo XIX y con el proceso de industrialización del país –la bien conocida y estudiada «revolución industrial»– no dejó de extenderse la contratación laboral. Según podemos enterarnos, sin mucha constancia y mucho rigor en el manejo de los instrumentos jurídicos o, mejor dicho, de las calificaciones contractuales, parece que se hablaba de «arrendamiento de obra» para los empleados de comercio y los obreros con cualificación profesional (para usar una terminología de nuestros tiempos) y, por ende, real poder negocial con los empresarios, y más bien de «arrendamiento de servicios» para los obreros de escasa o sin cualificación, destinados a trabajos prevalentemente físicos y

⁵ «Arrendamiento de industria o mercado de obra» en la terminología de un artículo introducido en 1919 en el primer Código de trabajo y que remitía a ese respecto a los artículos 1787 y siguientes del Código civil sobre los contratos concluidos por los ejecutores de obras.

⁶ Al instituir la libertad de trabajo, comercio o cualquier otra actividad profesional, el artículo 7° de la famosa ley Allarde de 2-17 marzo de 1791 (adoptada por la Asamblea constituyente) imponía sin embargo a los activos así «liberados» actuar de conformidad con «los reglamentos (en sentido material) de policía» vigentes y futuros (por ejemplo el texto posterior que iba a imponer a los obreros el sistema de la libreta obrera).

penosos, en general contratados por el día («jornaleros»). Sin grandes inconvenientes a ese respecto, sin embargo, por el reducido interés de la controversia sobre la calificación del contrato, ya que, en particular, la Corte de casación se resistió bastante tiempo a admitir que el ejercicio, por el patrono, de su facultad de romper el contrato concluido por un tiempo indeterminado pueda tacharse de abuso de derecho, y que, hasta una ley de 1890 que vino reconocer expresamente al asalariado un derecho a indemnización por ruptura abusiva, habló indiferentemente de arrendamiento «de servicios» o «de obra». Por lo demás, esa misma ley llamó «arrendamiento de obra» al contrato cuya ruptura abusiva permitió sancionar por daños y perjuicios. A fin de cuentas, es con leyes de principios del siglo XX, y luego en el libro primero del primer Código de trabajo promulgado en 1910, cuando el legislador se inclinó claramente por el nombre de «arrendamiento de servicios» para designar el contrato del trabajador asalariado.

Lo cierto es que el uso de esa especie contractual se difundió extensivamente y que el contrato de trabajo funcionó como «mediación» —expresión más adecuada que «cobertura jurídica»— de cada relación entre poseedor o gestor de capital y «trabajador nudo», esto es, «propietario» de su sola fuerza de trabajo. Encubriendo en forma de arrendamiento «de servicios» una operación que un análisis económico —aquel de Marx principalmente— propone comprender como venta de la fuerza de trabajo, pero, más fundamentalmente, haciéndola posible y legítima en un marco de igualdad de las personas —ya que justificada por el ejercicio de la libertad contractual consagrada por el Código civil— esa técnica contractual constituyó el adecuado instrumento del desarrollo en gran escala de la explotación, por el capital, de la mano de obra «libre» o, mejor, liberada por el advenimiento de la libertad de trabajo que fue como el presupuesto jurídico del proceso. En este sentido, Manuel Álvarez de la Rosa afirma con toda razón que, a pesar de las apariencias, de su parquedad acerca del arrendamiento de servicios, y de lo que se repite desde hace más de un siglo, el Código civil napoleónico no se había olvidado de la clase obrera⁷.

⁷ *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, cit., pp. 68 y ss. Este punto de vista se parece a una de las «tesis» del análisis crítico del derecho laboral que nos atrevimos a desarrollar en los años 80 en el marco del movimiento «Critique du droit» y que no juzgamos, hoy, infundado, torpe o trasnochado. Véase: JEAMMAUD, A., «Les fonctions du droit du travail», in AA.VV, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, 1980, pp. 149 y ss.; «Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo», *Metodologías y derecho privado, Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Univ. Granada), n° 22/1982, pp. 101 y ss.

Desde mediados del siglo XIX, más precisamente desde una ley de 1841 que vino a imponer algunas limitaciones al trabajo y a la jornada de trabajo de los niños en las fábricas (y que se considera, en la historia del derecho laboral en Francia, un poco como la ley Benot en la experiencia española), se adoptaron leyes abiertas y ostensiblemente tuitivas de los obreros, de algunas categorías de ellos por lo menos. Leyes pronto caracterizadas como «leyes sociales» por su relación con la llamada «cuestión social», esto es, por su interpretación como respuestas incipientes y parciales a la misma, o «leyes obreras». Empezado bajo la «Monarquía de julio», marcado tras la Revolución de 1848 en el breve periodo de la Segunda República, «suspendido» después del golpe bonapartista de finales de 1851, durante la fase autoritaria y de abierto favor para la burguesía triunfante del Segundo Imperio, retomado en el siguiente decenio, es decir, en la fase conocida como la del «Imperio liberal»; este proceso de intervencionismo legislativo en las relaciones entre patronos y trabajadores se reforzó a partir del establecimiento de la Tercera República, tras la guerra franco-prusiana de 1870 y el trágico episodio revolucionario de la *Commune de Paris*. Un reforzamiento que, por supuesto, tuvo que ver con el nuevo peso parlamentario de los republicanos, la no desdeñable influencia de las nuevas fuerzas políticas socialistas, y con una acción sindical obrera llegada a la legalidad (no excluyente de represión de movimientos de huelga o de protesta en el espacio público) con la famosa ley Waldeck-Rousseau (1884) de libertad sindical para todas las clases de «profesionales». Pero un proceso legislativo reformista limitado o retrasado, sin embargo, por la oposición que a menudo expresó el Senado.

Esas leyes sociales del siglo XIX se encaminaron a reglamentar, de manera inderogable, la edad de admisión al trabajo, la jornada de trabajo, para niños y mujeres en primer lugar, las condiciones materiales de ejecución de tareas esencialmente manuales, con vistas a imponer un mínimo de higiene y de seguridad física en los lugares de trabajo, y, en 1892, se creó una inspección de trabajo encargada de velar por el cumplimiento de todas aquellas nuevas reglas y, pronto, de hacer constar las infracciones. Sin embargo, las disposiciones de la componente laboral de esa «legislación industrial», tal como fue oficialmente llamada, usaban de una terminología sumamente «concreta». Queremos decir que hablaban de «obreros» y «obreras», «empleados» y «empleadas», mucho más escasamente de «trabajadores», y de «minas» o «canteras», «fábricas», «talleres», «manufacturas», «establecimientos», etc., nunca de «empresa», y, sobre todo, sin referencia ninguna a un «contrato» y muy excepcionalmente a un «arrendamiento de servicios», es decir

al negocio jurídico que, necesariamente en el contexto y el ámbito de aplicación del Código civil, vinculaba cada trabajador, obrero, empleado, etc., con un empleador. Ninguna se incorporó al mismo código o afectó su texto, salvo una (aquella de 1890 sobre indemnización por motivo de ruptura abusiva del arrendamiento de servicios concluido por un tiempo indeterminado. La ley Waldeck-Rousseau, contemplaba a los «profesionales», comerciantes, artesanos, agricultores, profesionales liberales (médicos, abogados, etc.), como asalariados.

En su *Curso elemental de legislación industrial*, publicado en 1895, Georges Bry⁸ proponía el siguiente cuadro de lo que llamaba los «contratos industriales»: el *aprendizaje* (regulado por una ley de 1854) y lo que nombraba, con otra expresión genuina respecto del lenguaje del derecho vigente, el «*arrendamiento de trabajo o contrato de salario*», distinguiendo en esa clase el *arrendamiento de servicios*, para el obrero que labora y cobra por un tiempo determinado, y el *arrendamiento de obra* para quién trabaja y cobra por obra completa (a destajo). Pero, luego, dedicaba en exclusivo sus páginas al arrendamiento de servicios en razón a la importancia de las leyes intervenidas «en los últimos tiempos» para «limitar o compensar la desigualdad» de las partes. Sobre todo, es interesante señalar que analizaba el «arrendamiento de trabajo» como intercambio de un salario por una cesión, de parte del obrero y por anticipado, de los productos de su trabajo. Así afloraba, prescindiendo de las dudas que puede inspirar tal comprensión del negocio, la idea de ajenidad, de trabajo por cuenta ajena –bien conocida en España y poco resaltada en Francia– cuando el autor no alude a la dependencia o de subordinación. Además no evocaba la eventualidad de hablar de «contrato de trabajo». Pocos años antes, un autor menor había advertido y subrayado la existencia característica de una relación de subordinación en el contrato entre patrono y obrero, que además llamaba «*contrato de trabajo*» –expresión ya utilizada con anterioridad– y concebía como variedad de arrendamiento de obra⁹.

Ahora bien, estaba entonces discutiéndose en el Parlamento un proyecto de ley sumamente controvertido sobre reparación de los accidentes del trabajo, que iba a adoptar y promulgarse en 1898, tras casi

⁸ Una decisión ministerial de 1889 incluyó la «legislación industrial» en el programa de la licenciatura en derecho como asignatura opcional. Pocos años después se publicaron los primeros manuales: el de Paul Pic, profesor («catedrático») de la Universidad de Lyon y también tratadista de derecho mercantil, en 1894, y el de Georges Bry, profesor de la Universidad de Aix-en-Provence, en 1895.

⁹ Marc Sauzet, autor de dos estudios sobre la libreta obrera (en 1890) y la historia de la legislación industrial en Francia (en 1892).

veinte años de un debate varias veces suspendido y postergado. Esta ley, que resultó a la postre haber sido el primer elemento de lo que iba a edificarse como sistema de «seguridad social» (en los términos consagrados en 1945), llevó entre sus consecuencias inmediatas la activación de las controversias acerca de la caracterización del arrendamiento de servicios.

2. EL SURGIMIENTO DEL DEBATE CONCEPTUAL Y TERMINOLÓGICO EN LOS PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

Obviamente vinculada con el desarrollo del maquinismo y el crecimiento del número de accidentes sufridos por obreros en condiciones que hacían difícil la prueba de una falta de su patrono, la ley del 9 de abril de 1898 introdujo un régimen especial y derogatorio de responsabilidad civil: responsabilidad con pleno derecho a cargo del empleador, pero, a manera de contrapartida, indemnización limitada (a tanto alzado) para el trabajador víctima o sus familiares en caso de fallecimiento. Algunos años después iba a instituirse un sistema de seguro, obligatorio para el empleador, contra el riesgo de tal responsabilidad, con reconocimiento a la o las víctimas de un derecho directo para el pago de las indemnidades por la compañía de seguros. No cabe duda que se trató, a la vez, de favorecer y agilizar la consecución de alguna reparación pecuniaria para los trabajadores o su familia, pero también de evitar demandas en justicia contra empresarios, con las correlativas búsqueda y discusión judicial de una falta suya, y luego de una eventual condena judicial de «ciudadanos más que honestos» (creadores de lo que hoy llamamos «empleos» y de riquezas, según la representación –¿entonces?– convencional)¹⁰. A nivel técnico, los beneficiarios de aquel régimen eran «los obreros y empleados» de la industria, con posterior extensión a los de las empresas comerciales, de la agricultura, etc.. De ahí la pregunta pronto planteada ante los tribunales: ¿cómo identificar los obreros y empleados?

¹⁰ «Lectura» ilustrativa de la *ambivalencia* del derecho del trabajo, admitida por un sector de la doctrina española y puesta de relieve, tras el Pirineo, por los análisis ya evocados (nota 7) de la corriente «Critique du droit». Esa tesis de la ambivalencia constituye una oportuna distinguir en la literatura juslaboralista francesa (PÉLISSIER, J., SUPLOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 24a ed., 2008, n°31 y ss.), y que Gérard Lyon-Caen anticipó en los cincuenta (véase: JEAMMAUD, A., «Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement», en *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, Col. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 15 y ss.). Comprensión muy minoritaria por cierto, lo que puede explicar la desaparición de ese trecho teórico en la más reciente edición (la 26a, 2012), de nueva autoría del Précis Dalloz.

La Corte de casación tuvo, desde los primeros años del nuevo siglo, la oportunidad de entregar su interpretación, con la autoridad jurisprudencial que fácticamente se atribuye a sus fallos más importantes y sus elecciones «doctrinales» reiteradas. En la materia, se inclinó por una doctrina clara: *es obrero o empleado quién está vinculado por –quien trabaja en virtud de– un arrendamiento de servicios*. Y cuando la ley de 1910 puso en pie un sistema de pensiones para los «trabajadores asalariados», no vaciló en adoptar el mismo criterio. Lo que iba a repetir años después, cuando las leyes de 1928 y 1930, fundadoras de las «assurances sociales», crearon un seguro enfermedad, maternidad e invalidez en beneficio, otra vez, de «asalariados». De ahí el relieve adquirido, desde el inicio del siglo, por el tema de la calificación del contrato. Y merece la pena observar que el contencioso a ese respecto se desarrolló principalmente en el marco de dispositivos de lo que hoy llamamos «seguridad social», organizada y regulada, en el ordenamiento francés, por una rama distinta del derecho del trabajo.

Con anterioridad se había levantado, en la doctrina, un debate terminológico acerca de *la conveniencia de sustituir el nombre de «arrendamiento de servicios» por el de «contrato de trabajo»*. A veces se ha dicho que esa última expresión había sido utilizada, primero, en estudios de economistas. Lo cierto es que aparece en el estudio de un jurista sobre historia de la legislación industrial publicado en la *Revue d'économie politique* de 1892¹¹. Pero ya la había manejado, en 1886, un reconocido y profesor civilista de la Facultad de derecho de París, Ernest Glasson¹², que la había probablemente tomada de un abogado litigante de Lille, comprometido en la defensa de los intereses empresariales¹³. Cabe hacer resaltar que el enfoque de esos autores era convencer que el contrato entre el obrero y su patrono era, como para los domésticos, un arrendamiento de servicios y no de obra, pero que «contrato de trabajo» sería para el un nombre mejor adecuado, y, finalmente, que tenía la peculiaridad de generar una relación de subordinación del trabajador a su empleador.

¹¹ Estudio ya evocado de M. Sauzet (nota 9).

¹² *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, F. Pichon, 1886.

¹³ Muchas informaciones a este respecto se deben a las investigaciones, también citadas por Manuel Álvarez de la Rosa (*La construcción jurídica del contrato de trabajo, passim*), del historiador Alain Cottureau, «Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle)», *Annales. Histoire, sciences sociales* 2002, n° 6, pp. 1522 y ss. (cuyas interpretaciones de algunas posiciones y opiniones jurídicas relacionadas pueden ser cuestionadas). Otros elementos de historia del contrato de trabajo en el ordenamiento francés los encontramos en trabajos de historiadores del derecho social; en especial: LE CROM J.-P. (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004.

Sin embargo, esa última idea –apta para legitimar el sometimiento de una persona al poder de otra en un marco jurídico de libertad e igualdad de los ciudadanos y sujetos de derecho– no aflora en un proyecto de ley iniciado por la Sociedad de estudios legislativos sobre contrato de trabajo y luego discutido en la Asociación francesa para la protección legal de los trabajadores¹⁴. Transmitido al Gobierno que lo presentó en 1906 ante la Cámara de Diputados con vistas a su discusión parlamentaria, ese proyecto no fue nunca debatido. Ahora bien, este texto definía el contrato de trabajo como aquel «por el que una persona se compromete a trabajar para otra, quien se compromete a abonarle un salario fijo, bien de acuerdo a la duración del trabajo, bien como proporción de la calidad o de la cantidad de la obra realizada, bien de conformidad a cualquier otro modo pactado entre empleador y empleado». Además, excluía del ámbito de aplicación de sus disposiciones «los contratos concluidos por las personas que ofrecen su trabajo, no a uno o más empleadores determinados, sino al público», es decir que se hallan y operan en un mercado, como lo son aquellos que ejercen su profesión a través de la conclusión y ejecución de arrendamientos de obra, de contratos de empresa en la terminología hodierna. ¡Ninguna huella, pues, de dependencia o subordinación en tal determinación de la comprensión y de la extensión de la categoría de contrato de trabajo!

Al fin y al cabo, la expresión «contrato de trabajo» fue acogida en el libro primero del Código de trabajo, primer fruto de la operación de consolidación de la legislación laboral vigente –lo que, en adelante y oficialmente, se llama en Francia, «codificación con derecho constante»– puesta en marcha algunos años después. Pero, sin que esa consagración viniera acompañada por cualquier forma de definición legal.

Por otra parte, aquel nombre de contrato civil especial se instaló, se difundió en los textos legales y reglamentarios, en las sentencias jurisdiccionales, en la literatura «científica» –es decir tanto en el lenguaje del derecho como en el de los juristas– sin sustituir definitivamente la vieja expresión de «arrendamiento de servicios». Ambos nombres cohabitaron en el (primer) Código de trabajo hasta 1973. La sustitución total sucedió en el segundo código, entrado en vigor aquel año (ley del 2 de enero), por el efecto de una ley votada y promulgada algunos meses después (ley del 13 de julio)¹⁵. Pero «arrendamiento de servicios» se

¹⁴ La AFPLT, asociación privada (a diferencia del coetáneo Instituto de Reformas Sociales de España), fue como una precursora de la contemporánea Asociación francesa de derecho del trabajo y de la seguridad social (análoga a la AEDTSS).

¹⁵ Artículo 1° en clásica forma de enunciado performativo: «En el Código de trabajo, la expresión 'contrato de trabajo' sustituye la expresión 'arrendamiento de servicios'».

mantuvo en el Código civil y algunos otros textos. Por supuesto, «contrato de trabajo» figura en exclusivo en el texto recompuesto del Código de trabajo (muchos entre los juristas, inclusive «científicos», hablan erróneamente de «nuevo Código...»), vigente desde el 1° de mayo de 2008, permaneciendo en el Código civil «arrendamiento de servicios», hasta que una de tantas leyes de «simplificación del derecho» (del 12 de mayo de 2009) sustituyera el plural por un singular: «de servicio».

A lo largo del mismo segundo decenio del siglo pasado, antes y después de la Primera guerra mundial, se propusieron algunas nociones de dependencia o subordinación con miras a ofrecer un criterio de calificación de aquel contrato de arrendamiento de servicios o «de trabajo», en adelante reconocido determinante de la calidad de asalariado. Según algunos autores (Paul Cuche, René Savatier, André Rouast), se hubiera caracterizado por su efecto social: *generar una situación de dependencia económica* del trabajador respecto de su estabilidad en el puesto de trabajo en cuanto presupuesto de obtención de recursos, es decir una desigualdad fáctica (no sólo en el mercado de trabajo) entre el trabajador y su contratante. De modo que la condición social de quien presta sus servicios, razón de ser de las «leyes sociales» en su más convencional representación o comprensión, fuera, de alguna manera, el criterio de calificación del contrato. Para otros juristas, Paul Pic en primer lugar abogó fuerte y repetidamente en este sentido, es la *dependencia jurídica*, la *subordinación* (*sometimiento a órdenes, a un control del cumplimiento de las tareas, exposición a sanciones por el beneficiario de la prestación de trabajo*) *derivada del mismo contrato* que hubiera sido decisiva para distinguirlo del arrendamiento de obra, del mandato o del contrato de sociedad. Estaba evidentemente en juego la extensión de aquellas categorías de «asalariado», «obreros y empleados», en el sentido de tantas disposiciones del Código de trabajo que sucesivas leyes (1910, 1912, 1927) habían recién compuesto o estaban conformando: más amplio con el primer criterio que con el segundo.

3. AFIRMACIÓN Y CUESTIONAMIENTO DE LA NORMA JURISPRUDENCIAL DE CALIFICACIÓN

Tras haber manifestado, en algunas sentencias, una clara preferencia por la consideración de la existencia de un «vínculo jurídico de subordinación» y, a pesar de las críticas de los exponentes del criterio alternativo, la Corte de casación consagró explícitamente su elección en un fallo famoso de 1931. En un asunto de obligación de afiliación a un

organismo de seguro social (en el dispositivo precursor de la Seguridad social que se pondrá en pie en 1945), el fallo *Bardoux* estimó que «la condición jurídica de un trabajador en relación con la persona para quién labora no puede ser determinadas por la debilidad o dependencia económica de dicho trabajador y no debe sino resultar del mismo contrato entre las partes», agregando, como para hacer más clara su doctrina, que «la calidad de asalariado supone necesariamente la existencia de un vínculo jurídico de subordinación a la persona quién lo emplea»¹⁶. En otras palabras, es necesario que el acuerdo de las partes tenga como efecto, contenga o no estipulaciones expresas, colocar al trabajador bajo la dirección, la vigilancia y la autoridad de su contrayente. Desde entonces, la Corte ha mantenido esa posición, conformándose con cambiar, en su fórmula, la localización del adjetivo calificativo de la relación característica entre las partes: desde los años cincuenta, y de manera muy discutible en nuestra opinión, sustituyó «vínculo jurídico de subordinación», lo que tenía sentido, por «vínculo de subordinación jurídica», lo que parece pleonástico.

Cabe advertir, a esta altura de la descripción del recorrido de la categoría «contrato de trabajo», que este último no se ha convertido en una especie, fuertemente caracterizada por la presencia de un vínculo de subordinación y encuadrada por la ley, de un género «arrendamiento de servicios», manteniéndose así una categoría contractual del arrendamiento de servicios sin subordinación. Es decir de un contrato regulado sólo por las normas del derecho común de los contratos y obligaciones y, como reglas propias para tal contrato especial, aquellas del artículo 1780 del Código civil, esencialmente aquella que limita el compromiso de «sus servicios» a un tiempo determinado o para una «empresa» (obra) determinada. Parece, hoy, totalmente compartida la convicción que, en el derecho vigente en Francia, «arrendamiento de servicios» no es sino el nombre antiguo, tampoco presente en el mismo lenguaje del Código civil, del contrato de trabajo, aunque esta última expresión sólo se haya impuesto en el Código de trabajo y otros códigos especiales (el de la seguridad social por ejemplo). Tanto para los tratadistas del derecho civil como para la Corte de casación, es a través de un contrato de empresa, nombre contemporáneo del arrendamiento de obra o de un contrato de mandato más excepcionalmente, como los artesanos y profesionales liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc.) se vinculan con sus clientes, y no por algún arrendamiento de servicios sin subor-

¹⁶ Cour de cassation, chambre civile, 6 juillet 1931, in PÉLISSIER, J., LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A., DOCKÈS, E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4a ed., 2008, n° 1.

dinación. A falta de clara indicación de «intención del legislador» a este respecto, es dudoso que esa representación se modifique como consecuencia de un reciente cambio llevado en la terminología del Código civil por una «ley de simplificación y clarificación del derecho» de 2007, a saber la sustitución de «arrendamiento de gente de trabajo» (artículo 1779) y «arrendamiento de domésticos (criados) y obreros» (título de la sección que acoge el artículo 1780), por «arrendamiento de servicio» (en singular). Hé ahí una diferencia más entre el derecho francés y, si no nos equivocamos, el derecho español, en el que el arrendamiento de servicio del artículo 1544 del Código civil sigue siendo una especie contractual distinta del contrato de trabajo¹⁷.

Es muy común, hoy en día, decir, escribir y enseñar que «el vínculo de subordinación jurídica constituye *el* criterio» de la calificación de contrato de trabajo. Ahora bien, resulta de tantas sentencias que esa última supone también la presencia, en la relación cuya «naturaleza jurídica» se está cuestionando, de una prestación personal de trabajo, en cuanto objeto de compromiso de una de las partes o ya realizada, y del pago de una retribución, ya efectuada o como objeto de promesa explícita o implícita (razonablemente esperada en función del contexto, de las circunstancias concretas, de la relación en adelante litigiosa). Según sostenemos, *el criterio de la calificación es, pues, la reunión o concurrencia de tres elementos: una prestación personal de trabajo, una retribución, un vínculo de subordinación* (teniendo en cuentas las aclaraciones del «viejo» fallo *Bardoux*, no vislumbramos bien de que sirve añadir «jurídico» para calificar el vínculo o, sobre todo, «jurídica» para caracterizar la relación de sometimiento a aquella potestad jurídicamente consagrada que llamamos –adecuadamente, creemos– «subordinación»¹⁸. Es con esos términos, nos parece, como se describe correctamente la norma consagrada –y así «positivizada»– por la suprema instancia jurisdiccional, aunque ninguna sentencia suya la haya, explícita y claramente descrita¹⁹. Es una norma²⁰ jurispruden-

¹⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, cit., n° 258.

¹⁸ Véase: PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 24a ed., 2008, n° 287 y ss., y el comentario en *Les grands arrêts du droit du travail*, n° 1-5, A.

¹⁹ Que sepamos, un único fallo de la Corte en los años sesenta ofrece un esbozo de descripción de la norma manejada.

²⁰ Hablamos de «norma» (podríamos igualmente hablar de «regla de derecho», ya que no se trata de un «principio», otra especie del género «normas jurídicas»), en lugar de «definición» como se suele llamarla. Es que, por razones que es obviamente imposible exponer aquí, nos parece totalmente infundada, irrealista, la visión casi unánime, he-

cial la que se encarga en la dogmática jurídica de describir e insertar adecuadamente, en el cuadro del ordenamiento vigente, lo que a esa «ciencia jurídica»²¹ le toca realizar.

Las evoluciones sobrevenidas con posterioridad en una solución jurisprudencial que vale como derecho positivo afectaron a la comprensión de aquel «vínculo de subordinación», o sea de las condiciones de su descubrimiento o caracterización. En una primera fase, la Corte de casación suavizó (flexibilizó) la concepción —o el mismo concepto— de subordinación. En 1938 ya admitió que estaba caracterizada desde que la prestación de trabajo se entregaba «en el ámbito de un servicio organizado» por el contratante, es decir su acreedor. Lo que, por supuesto, facilitó el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo en la relación entre un profesional fácticamente, irreductiblemente, autónomo en su misma actividad, como puede serlo un médico, un artista del espectáculo, un deportista, y el sujeto beneficiario de aquella prestación, como una clínica, un empresario u organizador ocasional de espectáculos, un club, etc. De ahí una muy notable extensión del espectro de variedades de vínculo de subordinación, de la categoría «contrato de trabajo».

Otro vector de extensión del salariado se combinó con esa comprensión extensiva de la categoría general: el *forzamiento legal* de la calificación por disposiciones legislativas introducidas a lo largo del siglo XX atributivas, o impositivas, de la misma. El Código de trabajo y otros trechos del discurso legislativo cuentan con algunos enunciados que «nombran», «reputan» o «presumen» contrato de trabajo el que relaciona un trabajador a domicilio, un representante de comercio, un periodista profesional, un artista en espectáculos, un modelo, etc., con el ente beneficiario directo de su actividad. Esa técnica de la calificación legal y la correlativa figura que a veces se dice del «asalariado por determinación de la ley», también las conoce el derecho español con las «relaciones laborales de carácter especial» del artículo 2º del Estatuto de los trabajadores. Otra técnica, que participa de la extensión

gemónica por lo menos, de la regla jurídica como «regla de conducta (o comportamiento)», y que el contenido mental que significaría el enunciado descrito por la frase «el contrato de trabajo es...» cabe con el concepto de norma como «modelo» o referencia para determinar como debe ser o vale una cosa cualquiera (conducta, relación entre personas, condición de una persona, negocio jurídico, cosa material, etc.).

²¹ «Ciencia del derecho» en la epistemología derivada de la teoría pura de Kelsen. Pero uno puede mantener dudas acerca de lo científico de aquella disciplina, plenamente necesaria y legítima por lo demás en cuanto forma de producción de un saber sobre un determinado ordenamiento jurídico.

del ámbito de aplicación de la mayoría de las disposiciones del Código de trabajo, pero sin incidir en la calificación del contrato es la de la *asimilación legal a los trabajadores asalariados*, como en el caso de los gerentes de sucursales²².

No tardaron mucho en escucharse las críticas hacia aquella comprensión extensiva de la categoría de contrato de trabajo, y se ampliaron lógicamente cuando se desató el discurso de la flexibilización laboral; esto es, la crítica frontal al derecho del trabajo «garantista» y tachado de «antieconómico». En ese punto como en otros la jurisprudencia fue criticada desde sectores empresariales y corrientes políticas neoliberales, con escaso apoyo sin embargo juslaboralistas reconocidos, por su contribución a la extensión del campo de aplicación de aquella rama del ordenamiento.

Con algo de éxito en los años noventa, cuando triunfaba la ideología neoliberal y estaba reforzándose la ola flexibiladora del derecho laboral, una ley de febrero de 1994 «relativa a la iniciativa y la empresa individual», conocida como «ley Madelin» por el apellido del ministro de las empresas del gobierno de derecha encabezado por E. Balladur, introdujo en el Código de trabajo con significación de presunción simple, que no constituyen contratos de trabajo aquellos concluidos, en el ejercicio de su profesión, las personas físicas administrativamente registradas como artesanos o comerciantes, es decir profesionales cuyos contratos, al amparo de las normas jurisprudenciales evocadas más arriba (en especial de la regla accesoria sobre caracterización del vínculo de subordinación), se podían fácilmente calificar o recalificar «contratos de trabajo». La vigencia de tal texto alentó (propició) un notable movimiento de operaciones de registro en cuanto a artesanos o comerciantes, muchas veces a iniciativa de empresas potencialmente contratantes de los interesados (por ejemplo, las sociedades propietarias de vehículos taxis, propensas a preferir contratar taxistas con estatuto de artesanos en lugar de vincularse por contratos expuestos a una recalificación como contratos de trabajo).

Aunque la interpretación del nuevo artículo por la Corte de casación haya limitado su alcance práctico en caso de litigio judicial, una mayoría parlamentaria de izquierda lo derogó en 2002, antes que una derecha nuevamente mayoritaria lo reestableciera en 2003. La posterior reconfiguración del código naturalmente lo mantuvo con pocas alteraciones, incorporándolo en el título sobre trabajo ilegal porque

²² Véase: PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, cit., n° 291 y ss.

la compleja presunción que pone la norma significada contribuye a la delimitación (fronterización) de esta figura de trabajo ilícito que es el empleo disimulado de uno o más trabajadores asalariados. Nótese que este artículo L. 8221-6 viene acompañado, desde 2008, por otro artículo que a su vez establece, en términos de dudoso alcance, una presunción de trabajo independiente (artículo L. 8221-7: «Se presumirá trabajador independiente aquel cuyas condiciones de trabajo estén establecidas en exclusiva por él mismo o por el contrato aquel con el dador de órdenes»).

Con independencia de las vicisitudes de aquel enunciado con objeto muy específico, la adopción de la ley de 1994 (digamos: la intención reductora de la extensión de la calificación entonces manifestada por el legislador a través de una reforma limitada pero llamativa) influyó indirectamente en la concepción de la subordinación por parte de la Corte de Casación. Parece, en efecto, que escuchó el «mensaje» de las instituciones elegidas del Estado, ya que no tardó mucho en cambiar explícita y espectacularmente su comprensión de aquel elemento esencial y muchas veces determinante de la calificación de contrato de trabajo. Desde otra famosa sentencia, de noviembre de 1996²³, afirma constantemente que el vínculo de subordinación se caracteriza por la ejecución de un trabajo bajo la autoridad de un empleador que tiene el poder de dar órdenes y directivas, de controlar su cumplimiento y de sancionar los incumplimientos de su subordinado». Añade que la entrega de la prestación de trabajo en el ámbito de un servicio organizado por el contratante no constituye, en adelante, sino un indicio de dicho vínculo cuando el empresario fija unilateralmente las condiciones de ejecución de las tareas.

Sin embargo, y tras esos acontecimientos legislativos y jurisprudenciales, la jurisdicción judicial suprema tuvo la oportunidad de consagrar una nueva norma orientada hacia la defensa de la categoría frente a puestas en escena jurídicas tendentes a sustraer una relación a la calificación de contrato de trabajo y, por ende, a la aplicación del derecho laboral. En diciembre de 2000²⁴, tuvo la oportunidad de enunciar que esa calificación o su exclusión en favor de otra «no puede depender de la voluntad expresada por las partes, tampoco de la denominación que han dado a su convención», esto es de las menciones de los documentos contractuales, «sino de las condiciones fácticas de ejercicio

²³ Cour de cassation, chambre sociale, 13 de noviembre de 1996, in *Les grands arrêts du droit du travail*, cit., n° 2.

²⁴ Cour de cassation, chambre sociale, 19 de diciembre de 2000, in *Les grands arrêts du droit du travail*, cit., n° 3.

de la actividad del trabajador». Fórmula expresiva de una afortunada *opción realista*, bastantes veces reiterada hasta la fecha, en asuntos de contratos formalmente denominados «alquiler de vehículo taxi» entre sociedades de taxis y taxistas disfrazados de artesanos, y más recientemente de convenciones entre sociedades de producción televisiva y «concursantes» de programas de «telerealidad». «Opción realista», decimos, apta para reaccionar jurídicamente a montajes fraudulentos en caso de relaciones fácticamente encaminadas a valorizar un capital por la adquisición y el uso de la fuerza de trabajo ajena.

4. LA CONSTRUCCIÓN LEGAL-JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En los años 30-50 del pasado siglo, el espacio jurídico-laboral francés conoció algunos intentos doctrinales para sustituir el análisis contractual de la relación entre el empleador y cada uno de sus asalariados por una concepción de corte institucionalista. Estamos pensando en la afirmación, por Georges Scelle, especialista de derecho público y pionero del estudio del «derecho obrero», no sólo de la condición de «contrato de adhesión» del contrato de trabajo, sino de su carácter de pseudocontrato y de simple «acto-condición» (en el sentido propuesto por Léon Duguit) disparador del sometimiento de la relación de trabajo a un «estatuto» integrado por las normas legales y aquellas de los convenios colectivamente negociados y pactados. Pensamos sobre todo en un autor de mayor importancia para la conformación de la disciplina («ciencia») francesa del derecho laboral, Paul Durand, que, a mediados del siglo, abogó por un análisis más sofisticado y una comprensión de la relación entre el empleador y el trabajador subordinado como mera relación («relación fáctica») de trabajo, a la manera de la *Arbeitsverhältnis* en una doctrina alemana de antes de la Segunda guerra mundial. Una tesis que cabría calificar como «*doctrina de la relación de trabajo en sentido fuerte*»²⁵, que no ve en el llamado «contrato de trabajo» más que un acuerdo sobre un hecho por venir: la entrada del trabajador en la empresa, «hecho material» verdadero generador de la relación jurídica entre ambas partes, conformada por la ley, los convenios colectivos y las normas patronales aplicables en la empresa²⁶.

²⁵ Para distinguir esa comprensión, de fuerte alcance, de una expresión en adelante banal en el lenguaje de los juristas.

²⁶ Esa posición formaba parte de una doctrina de la empresa desarrollada por Durand, construcción propiamente doctrinal de inspiración democristiana, encaminada a fundamentar la colaboración de clases y el poder empresarial capitalista frente a la

Esas propuestas, sin embargo, no prevalecieron. En primer lugar por *la propia conformación del discurso legislativo* –primero de su segmento llamado «Código de trabajo» que remitía implícita pero seguramente al Código civil («El contrato de trabajo se rige por las reglas del derecho común»)– que ya ofrecía muchas ocurrencias de la expresión «contrato de trabajo» y otorgaba a la figura del contrato un no desdeñable protagonismo²⁷. En segundo lugar por la orientación jurisprudencial de la Corte de casación que claramente *confirmó y fortaleció la «opción contractual» del derecho del trabajo francés*²⁸.

Lo hizo desde distintos puntos de vista. Al admitir la facultad, para las partes de lo que a los juslaboralistas franceses les gusta llamar «la relación de trabajo» (sin conciencia de la polisemia adquirida por la expresión y de los matices que, por eso, se necesitan en su uso), de singularizar su peculiar relación estipulando cláusulas, facultad radicalmente excluida por la figura de la relación de trabajo en sentido fuerte. También, al tratar el reglamento de régimen interior como anexo del contrato individual, hasta que la reforma legislativa de 1982 llevara o supusiera un cambio de análisis para considerar en adelante aquel instrumento patronal como un acto normativo privado.

Más significativa todavía fue la temprana elección de la Corte por una «lectura» contractual, en ausencia de disposiciones legales al respecto (del tipo de los actuales artículos del Estatuto de los Trabajadores sobre «movilidad funcional y geográfica»), del problema del cambio en las

«doctrina de la lucha de clases» y a los ideales socialistas: la empresa sería «por esencia» la unión de dos componentes, el capital y el trabajo, bajo la necesaria dirección de un «jefe de empresa», encargado de la determinación de aquel interés superior que sería «el interés de la empresa», fundamento y medida de las decisiones de aquel jefe («de derecho natural» en alguna medida). Sobre esa doctrina, véase: PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, cit., n° 579 y ss.

²⁷ En otras palabras, la doctrina «relacionista» pecaba de falta de respeto por la misma expresión fenomenal del derecho, que constituye lo que llamamos, en un lenguaje de teoría del derecho, el «discurso legislativo» compuesto y permanentemente modificado por «actos de legislación» (leyes ordinarias o constitucionales, ordenanzas, decretos, etc.).

²⁸ La descripción y el análisis de esa clara tendencia los propusimos en estudios («Les polyvalences du contrat de travail», in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Gaen*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 299 y ss.; «La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français», in *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Ciudad de México, UNAM, 2003, pp. 415 y ss.; «Le contrat de travail, une puissance moyenne», in *Analyse juridique et valeurs en droit social. Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 299 y ss.), que participaron de una nueva atención doctrinal, desde finales de los 80', por «el renacimiento del contrato de trabajo» (con estudios de Antoine Lyon-Caen y Philippe Waquet en particular). La expresión «opción contractual» la tomamos de nuestra colega Micheline Jamouille a propósito del derecho belga (*Le contrat de travail*, Lieja, Faculté de droit, 1982, tomo I, n° 3 y ss.).

condiciones de empleo y trabajo. Así estimó que el artículo 1134 del Código civil –«Las convenciones legalmente pactadas sirven de ley a quienes las han hecho»– podía obstaculizar un cambio unilateral de la mano del empleador, a pesar del poder que le reconoce y garantiza el ordenamiento jurídico, y que una «modificación sustancial» (o de una «condición esencial» de la relación) constituía una modificación del mismo contrato, que, en virtud del principio de la fuerza vinculante significado por el referido texto legal, suponía el consentimiento del trabajador. Tras un ajuste terminológico con ambición aclaradora en los años 90²⁹, el ordenamiento francés sigue contando con una normativa jurisprudencial concerniente aquel tema respaldada en el artículo 1134.

Otra notable contribución jurisprudencial al régimen del contrato de trabajo y muestra del alcance de la «opción contractual» del derecho laboral de la República francesa se relaciona con *el contenido obligacional del mismo contrato*. Es que tanto en el primer Código de trabajo como en el segundo (1973) hasta recientemente, no se hallaba la menor disposición tocante a las obligaciones nacidas de aquel contrato especial, tampoco algo parecido a lo que encontramos en los artículos 4º y 5º del Estatuto de los Trabajadores español sobre «derechos (en la relación de trabajo) y deberes laborales». Las normas pertinentes eran sólo significaciones implícitas de disposiciones del discurso legislativo sobre el tiempo de trabajo, el salario, las sanciones disciplinarias, la suspensión y la cesación del contrato (del despido en particular). Sin embargo, la afirmación o el «descubrimiento» de obligaciones de las partes más allá de las principales a cargo de cada una de ellas –prestar el trabajo de conformidad con las eventuales estipulaciones del contrato y la naturaleza de su puesto, para el trabajador, pagar el salario, para el empleador– constituyó una auténtica aportación pretoriana al derecho vigente.

Así cuando la Corte puso de relieve la existencia, a cargo del empleador, de una obligación cronológicamente primera en el cumplimiento del contrato: aquella de *dar a su contratante trabajo y acceso al puesto de trabajo*, de modo que privar al trabajador de cualquier tarea –incluso abonándole el salario– prescindiendo del debido procedimiento de sanción por falta laboral o de medida de suspensión justificada (por motivo económico, por ejemplo), hay de analizarse como incumplimiento contractual. Falta contractual esta que puede fundamentar una decisión judicial de reincorporación en el puesto (*réintégration*) a

²⁹ Distinción de lo que debe analizarse como «modificación del contrato de trabajo», supedita al consentimiento del asalariado, y de lo que no es sino «simple cambio de las condiciones de trabajo» reservado al poder de dirección empresarial.

manera de ejecución forzosa de aquella obligación nacida del contrato o fundar, bien una resolución judicial del contrato con responsabilidad del empleador, bien una constatación de parte del trabajador (*prise d'acte*) de una ruptura imputable al empleador con las mismas consecuencias pecuniarias que un despido sin causa real y seria.

Más espectaculares todavía, y de mayor alcance práctico, fueron la afirmación, en una serie de fallos de febrero de 2002, y la reafirmación constante desde entonces por innumerables sentencias, de la existencia de *una obligación de seguridad, concebida como obligación de resultado*, a cargo del empleador. Una obligación relativa a la salud y la seguridad física del trabajador (fue inicialmente consagrada en asuntos de enfermedades ocurridas por el manejo del amianto y para facilitar una reparación extendida de los daños), pero también a la salud mental (frente a actos de acoso moral de parte de cualquier otro miembro de la empresa). En una primera fase, y en un clásico paso de «descubrimiento» de obligaciones inherentes a una clase de contrato³⁰, la Corte presentó expresamente esa obligación como un efecto del contrato del trabajo y el asalariado como acreedor contractual de seguridad, sin referirse a cualquier disposición legal, ausente por supuesto. Pasó luego a relacionarla con un artículo del Código de trabajo introducido en 1991 por la ley de transposición de la directiva-marco comunitaria 89/391 sobre seguridad y salud en el trabajo. Artículo este que imponía al «jefe de establecimiento» (persona física que no se puede confundir con el empleador o empresario, y que, en cuanto tal, no es parte del contrato de trabajo y no se vincula contractualmente con cada trabajador) la obligación de tomar varias medidas, que, pese al carácter pormenorizado de esas, no alcanzaba la intensidad de una verdadera obligación de seguridad «de resultado». La Corte hacía, pues, como si dedujera la obligación en cuestión de dicho texto, como si su consagración fuese mera interpretación del mismo. De la posterior reconfiguración del código resultó una redacción modificada: es al «empleador» literalmente que, desde 2008, corresponde la obligación de tomar medidas preventivas en materia de salud y seguridad. De modo que puede aparecer menos artificial o «adivinatorio» imputar a ese artículo L. 4121-1 nuevo, como lo hace hoy por hoy la Corte, su (oportuna) invención del 2002.

³⁰ Fue en el contrato de transporte de persona que la Corte «descubrió» por primera vez (en 1911) una obligación de seguridad. Pero, en la doctrina civilista francófona, dedicada al estudio de un derecho fundado en el Código de 1804 (Francia, Bélgica, Luxemburgo), fue primero a propósito del arrendamiento de servicios que se había propuesto reconocer la existencia de ese tipo de obligación.

Agreguemos que, en otra serie de fallos iniciada en 1992, el tribunal judicial supremo se había inclinado por una lectura afortunadamente constructiva del último precepto del famoso artículo 1134 del Código civil que impone una *obligación de cumplir «de buena fe»* las convenciones. Un deber que puede analizarse, bien como una obligación contractual generada, en virtud de la ley, por cualquier tipo de contrato, bien como una obligación legal concerniente al cumplimiento de los contratos. Lo cierto es que la Sala social de la Corte estimó que, de conformidad con esa norma del derecho común, el empleador, antes de despedir un trabajador por motivo de cambio de proceso productivo o supresión de puesto –y como condicionante de seriedad de ese motivo económico de ruptura– tenía que obrar por la adaptación del interesado a los cambios ocurridos o buscar para él una reconversión o un otro puesto de trabajo en la empresa. De ahí surgió, en forma derivada, una obligación a la postre consagrada, autonomizada y refinada por la «ley de modernización social» de 2002 (gobierno Jospin), con una disposición en adelante colocada en la parte del Código de trabajo sobre formación profesional continua y no en trechos dedicados al contrato: «El empleador asegura la adaptación de los trabajadores a su puesto de trabajo. Vela por el mantenimiento de su capacidad a ocupar un empleo, en particular respecto a la evolución de los puestos, de las tecnologías y de las organizaciones» (artículo L. 6321-1). Cabe señalar que la misma ley introdujo otra disposición nueva –«El contrato de trabajo se cumple de buena fe» (artículo L. 1222-1 en adelante)– aunque inútil desde que el contrato, sin la menor duda, se rige por aquel artículo 1134 del Código civil tantas veces solicitado, «movilizado», como lo advertimos, por la Corte de casación. Menos inocua, en cambio, aunque no dramática, fue la creación, por una «ley por la iniciativa económica» de 2003 (gobierno Raffarin), de otro artículo cuyo último inciso consagra implícita pero ciertamente la existencia, a cargo del trabajador, de una «obligación de lealtad con respecto a su empleador» (artículo L. 1222-5 en el texto reconfigurado). En verdad, no faltaban las sentencias de la Corte que se referían a tal obligación (algunas pocas se atrevieron a hablar de manera aún más discutible, de «obligación de fidelidad») para lo que no podía ser sino una comprensión, extensiva en nuestra opinión, de la exigencia de buena fe del artículo 1134.

Al considerar el propio discurso legislativo, el contenido obligacional del contrato de trabajo cuenta ahora con una variedad de obligaciones «secundarias». Ahí está una muestra más del *espacio ocupado* y del *papel asumido por el contrato de trabajo en el ordenamiento de las relaciones laborales* tal como se desprende del derecho francés vigen-

te. Queda por poner en claro, para una correcta descripción de este último, el alcance preciso del contrato en cuanto *instrumento de conformación de cada relación entre empleador y asalariado* –su capacidad de singularizar e individualizarla por estipulación de cláusulas (sobre período de prueba, retribución, clasificación profesional, movilidad, resultados, estabilidad en el empleo, beneficios particulares, no concurrencia, etc.)– su *alcance y fuerza frente a la normativa estatal como a los cuerpos de normas privadas* (colectivamente negociadas o fijadas por el empleador), su *combinación con el poder* que el derecho de la República reconoce, implícita más que explícitamente, al empresario-empendedor³¹.

Desde un punto de vista algo sistémico, la comparación entre los ordenamientos francés y español pone de manifiesto otra diferencia significativa: en el primero, los derechos o demás facultades y obligaciones respectivas de las partes se relacionan más abierta e intensamente con el contrato de trabajo, en este sentido son en primer lugar y ampliamente créditos y obligaciones contractuales, que en el segundo. La «tecnología» usada por del Estatuto de los Trabajadores –aquella fijación por los artículos 4º y 5º de «derechos (en la relación de trabajo) y deberes laborales básicos», con referencia muy subalterna al contrato de trabajo– llama otra vez la atención del juslaboralista francés. Hay clara correspondencia, por supuesto, entre esa diferencia y aquella puesta de relieve en cuanto a la figura primera del derecho laboral –«contrato de trabajo» o «trabajador»– advertida al inicio de la exposición que aquí se cierra.

³¹ Para un intento de bosquejar un cuadro de aquellas relaciones entre contrato de trabajo, poder empresarial, normas estatales o privadas aplicables, véase: PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, cit., n° 572 y ss.