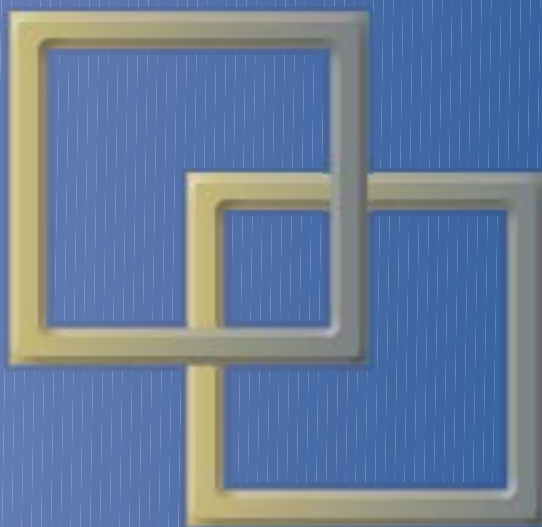


La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias



Joaquín García Murcia (director)
María del Mar Ruíz Castillo
Ignacio González del Rey Rodríguez
Juan Escribano Gutiérrez
Oscar Fernández Márquez
Paz Menéndez Sebastián

Consejo Económico y Social del Principado de Asturias
Colección de estudios
Número 3

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, químico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier otro tipo sin permiso expreso del editor.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el CES incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que el Consejo se identifique con las mismas.

Promueve y Edita:
Consejo Económico y Social del Principado de Asturias
Plaza de la Paz, 9 - 1 Izq. 33006 Oviedo

E-mail: correo@cesasturias.es
Web: <http://www.cesasturias.es>

ISBN: 84-689-1774-5
Depósito Legal: AS. 1.530/05

Diseño y maquetación: Consejo Económico y Social
Impresión: Gráficas Summa

La ordenación jurídica del trabajo social: una
referencia para Asturias

PRÓLOGO

En el año 2001, y en el marco del correspondiente plan de investigación del entonces llamado Ministerio de Ciencia y Tecnología (concretamente, en el marco del proyecto MCT-2001-BJU-3493), un grupo de Profesores de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de varias Universidades españolas inició el estudio de las formas de trabajo no asalariado, es decir, de aquellos trabajos que, por carecer de las típicas notas de ajenidad y dependencia, han quedado tradicionalmente extramuros del Derecho del Trabajo (y, en ocasiones, hasta de la Seguridad Social). Dicha investigación tenía por objeto, en primer término, la identificación de esas formas de trabajo en un sistema social y productivo tan complejo como el que ya vislumbramos en estos primeros años del siglo XXI, y, al mismo tiempo, determinar y describir su régimen jurídico, afrontando, en su caso, los habituales problemas de interpretación y aplicación de las normas pertinentes.

Dentro de ese mundo del trabajo no asalariado conviven, como era de esperar, formas de trabajo muy diversas y dispares, no sólo por la manera de afrontar y realizar la actividad correspondiente, sino también por la causa o razón de ser de la misma, que a veces no es la obtención de una contraprestación económica propiamente dicha, sino la búsqueda de otro tipo de compensaciones o ventajas, como una mejor preparación profesional, un aterrizaje más eficaz en el mercado de trabajo, una contribución al bienestar social o, incluso, una satisfacción personal. En cualquier caso, algunas de esas formas de trabajo "no laborales" tienen como punto de encuentro su carácter "social", ya sea porque de una manera u otra implican una comunidad de trabajo, ya sea porque de modo más o menos inmediato rinden beneficio a la propia sociedad. Tal es el caso, cuando menos, del trabajo familiar, del trabajo en sociedad (especialmente, si se trata de una sociedad cooperativa), del trabajo formativo o del trabajo de voluntariado.

Esas son, precisamente, las formas de trabajo que se han reunido para concurrir a la convocatoria del Premio de investigación que, ya con cierta trayectoria, y seguramente con creciente proyección, llevó a cabo el Consejo Económico y Social de Asturias para el año 2004. Los autores queremos agradecer muy sinceramente a dicha Institución la distinción recibida, y esperamos que nuestro curso haya servido, de alguna manera, para consolidar un galardón que toda la sociedad asturiana, y particularmente la sociedad académica y científica, debe respaldar y promover. Es momento también, por ello mismo, de felicitar al citado Consejo Económico y Social por esta meritoria apuesta intelectual y, en general, por su tarea en pro del estudio y el conocimiento de la realidad social, económica y productiva de Asturias y del contexto territorial y político en el que se ubica. A su Presidente, a sus gestores y a todas las representaciones sociales que toman parte en esa digna Institución mostramos, así pues, nuestro sincero reconocimiento.

Como se ha podido ver, el trabajo que ahora se publica ha sido confeccionado mediante la aportación de diversos autores, bajo la dirección y coordinación de quien esto suscribe, a quien corresponde, por lo tanto, un mérito escaso pero una responsabilidad indeclinable, así frente al lector como frente al resto de autores. Quede constancia, en todo caso, de que a María del Mar Ruíz y a Juan Escribano se debe principalmente la parte relativa al trabajo de voluntariado, a Ignacio González del Rey el estudio del trabajo en sociedad y en cooperativa, a Óscar Fernández la aportación dedicada al trabajo formativo, y a Paz Menéndez la investigación del trabajo familiar.

Oviedo (campus del Cristo), a 30 de marzo de 2005

Joaquín García Murcia

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
-------------------	---

CAPÍTULO I: TRABAJO ASOCIADO (Y, EN PARTICULAR, TRABAJO FAMILIAR)

1. El trabajo asociado: modalidades y fuentes de regulación.....	11
2. El trabajo en común mediante sociedades civiles y mercantiles.....	15
3. El "grupo familiar" como forma especial de trabajo asociado	18
4. El trabajo en el marco de un "negocio familiar"	22
5. La empresa familiar con forma societaria	25
6. La prestación de servicios por parientes de los socios	28

CAPÍTULO II: TRABAJO EN COOPERATIVAS Y SOCIEDADES DE TRABAJO

1. Las cooperativas, en especial las de trabajo asociado: marco normativo y caracterización	33
2. Trabajo asociado, titularidad de la empresa y autoempleo cooperativo.....	37
3. Actividad, destinatarios y finalidades de las cooperativas	40
4. La relación de trabajo del socio en la cooperativa: calificación jurídica	42
5. Caracterización del trabajo asociado en cooperativas	45
6. El régimen de trabajo en las sociedades laborales	49
7. El trabajo asociado en sociedades agrarias de transformación	51
8. El trabajo asociado en las aparcerías laborales y asociativas	52

CAPÍTULO III: TRABAJO FORMATIVO

1. Noción y tipología del trabajo formativo.....	55
2. Las becas laborales como ámbito de trabajo formativo.....	59
3. Becas laborales y contrato de trabajo: criterios de diferenciación.....	63
4. Relaciones de "intercambio de servicios" y trabajo formativo.....	69
5. El trabajo formativo en el ámbito del sistema educativo.....	71
6. El trabajo formativo en los "programas de garantía social".....	74
7. El trabajo formativo en el sistema de formación profesional.....	76
8. El trabajo formativo en el marco de la protección por desempleo.....	77

CAPÍTULO IV: TRABAJO DE VOLUNTARIADO

1. El trabajo no lucrativo como punto de partida	83
2. Carácter del trabajo y naturaleza del vínculo en el trabajo benévolo.....	86
3. Supuestos y clases de trabajo benévolo: el voluntariado como telón de fondo.....	90
4. El voluntariado como supuesto especial de trabajo benévolo y no retribuido.....	93
5. El voluntariado como prestación de servicios: rasgos característicos	95
6. El régimen jurídico del trabajo de voluntariado.....	100
7. El trabajo de voluntariado en la legislación autonómica: el caso de Asturias	102
8. Supuestos singulares de voluntariado	103

INTRODUCCIÓN

El trabajo es el medio de vida principal y muchas veces exclusivo de la mayor parte de la población, al menos en las sociedades con un mínimo nivel de desarrollo económico; de él dependen, en efecto, los ingresos o el sustento económico necesario para hacer frente a las necesidades vitales de la persona y, en su caso, de su núcleo familiar. Desde ese punto de vista, el trabajo es una cuestión eminentemente individual, que preocupa ante todo a la persona, que se concibe y proyecta a impulsos del individuo, y que se realiza por intereses puramente individuales.

Sin embargo, el trabajo también puede tener y tiene con mucha frecuencia una dimensión social, por muchas razones. Tal dimensión le puede venir dada por la manera de organizar y desarrollar el trabajo, que puede llevarse a cabo en grupo o en el seno de una comunidad de personas, más o menos formalizada. Esa dimensión social puede derivar también de los fines del trabajo, que pueden ser de interés general o social, y que pueden fundamentar incluso la realización de trabajos o actividades sin ánimo de lucro, simplemente con propósito de ayuda o benevolencia. La dimensión social puede mostrarse, en fin, en las fases preliminares del trabajo, con ocasión del entrenamiento o la práctica para una correcta inserción en el mercado de trabajo, tareas que sin duda alguna revisten un alto calado social, en la medida en que de ellas depende a la postre el nivel de profesionalidad y el grado de eficiencia del sistema productivo.

Puede decirse, por lo tanto, que hay formas de trabajo, o de preparación para el trabajo, de carácter social. Hay en nuestras sociedades, en definitiva, una importante parcela de "trabajo social". Atendiendo a las modalidades de trabajo habituales en nuestro sistema social y productivo, cabe identificar, concretamente, cuatro formas de trabajo social: el trabajo en cooperativa (o, en general, en entes pertenecientes a la llamada "economía social"), el trabajo familiar (mediante grupo familiar, o en un negocio familiar), el trabajo formativo (con o sin especialización teórica previa), y el trabajo de voluntariado o de ayuda social.

Como puede apreciarse, son formas de trabajo que, pese a responder todas ellas a ese criterio social, se despliegan en condiciones muy variadas, y remiten a tratamientos jurídicos muy diferentes. No hay, en efecto, una ordenación jurídica única o unificada del trabajo social (al menos en nuestro país); ni siquiera cabe identificar pautas o criterios comunes a la hora de abordar las particularidades o necesidades de cada uno de esos tipos de trabajo. Pero sí existe un dato en negativo que es común a todos ellos: son formas de trabajo no asalariado y, en consecuencia, externas a la legislación laboral. La norma laboral puede tener mayor o menor influencia en su regulación, o servir de referencia a tal efecto en mayor o menor medida, pero es una norma ajena a esa clase de

trabajo, en cuanto ciñe su campo de aplicación al trabajo prestado por cuenta ajena y de modo dependiente a cambio de una retribución.

La ordenación jurídica del trabajo social, así pues, ha de buscarse más allá de las fronteras del Derecho del Trabajo, sin perjuicio de alguna incursión ocasional o esporádica de éste en ese otro terreno. Dos datos vale la pena destacar ahora acerca de esa regulación extralaboral. Por un lado, que se trata de una regulación compleja, dispersa y asistemática, en la medida en que se compone de segmentos normativos pertenecientes a diferentes sectores del ordenamiento jurídico (derecho mercantil, derecho de sociedades, derecho civil, derecho administrativo, etc.); cabe decir, incluso, que en más de un caso se trata de normas singulares, que no encajan a la perfección en ninguno de los compartimentos tradicionales del Derecho. Por otro, que se trata de una regulación que puede tener su origen tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas, ya que no afecta de modo directo o frontal a las competencias reservadas constitucionalmente a favor del Estado; cabe, por decirlo de otro modo, regulación del trabajo social de ámbito autonómico, al menos en alguna de sus parcelas más significativas (trabajo en cooperativa, trabajo de voluntariado, etc.).

Siendo así, es evidente la importancia del trabajo social desde la perspectiva autonómica, no sólo porque puede figurar, con alguna excepción, en el programa legislativo de las Comunidades Autónomas, sino también porque, con mayor razón aún, puede estar presente en la actividad de gobierno, dirección, fomento o vigilancia de la correspondiente Administración autonómica. La idea, naturalmente, puede proyectarse sobre Asturias, que tiene formalmente competencia en esas materias (con el límite obvio de la legislación aprobada por el Estado en virtud de sus atribuciones constitucionales), y que ya ha tenido oportunidad de intervenir en alguna de aquellas parcelas. La Comunidad Autónoma de Asturias, concretamente, ha aprobado ya normas sobre trabajo de voluntariado, y puede hacer lo propio en materia de cooperativas y entidades asimiladas y, en general, en relación con el trabajo autónomo. Tiene, además, las pertinentes competencias de desarrollo normativo y ejecución en materia de formación y empleo.

El estudio que a continuación se expone pretende hacer un balance global del régimen jurídico de lo que hemos considerado "trabajo social", con el fin de acercarlo a quienes desde el sistema productivo, el sistema académico o el sistema social en general puedan tener interés en su aplicación o conocimiento. Pero también intenta servir como punto de referencia para la Comunidad Autónoma de Asturias, ya sea para poner de relieve cómo se inserta la normativa aprobada en su seno dentro del sistema legal general, ya sea para advertir o identificar los espacios que, pudiendo tenerla, carecen aún de cobertura legal autonómica. Por supuesto, la aportación que aquí se diseña puede ser también de utilidad para la práctica administrativa y de gobierno en el seno de dicha Comunidad y, en general, para la sociedad asturiana, tanto en su dimensión productiva como en su calidad de soporte de relaciones y prácticas de ayuda y convivencia social.

CAPÍTULO I

TRABAJO ASOCIADO (Y, EN PARTICULAR, TRABAJO FAMILIAR)

Sumario: 1. El trabajo asociado: modalidades y fuentes de regulación.- 2. El trabajo en común mediante sociedades civiles y mercantiles.- 3. El "grupo familiar" como forma especial de trabajo asociado.- 4. El trabajo en el marco de un "negocio familiar".- 5. La empresa familiar con forma societaria.- 6. La prestación de servicios por parientes de los socios.-

1. El trabajo asociado: modalidades y fuentes de regulación

El trabajo asociado es el que se desarrolla por un grupo de trabajadores, mediante la adopción de alguna fórmula o modalidad de asociación o sociedad, con el objeto de desarrollar una actividad profesional conjunta o coordinada por cuenta propia. No se trata, por tanto y tan sólo, de un grupo de trabajadores que prestan servicios coordinada o conjuntamente, como puede ocurrir con el contrato de grupo, el trabajo en común o el trabajo del auxiliar asociado (art.10 ET), figuras, todas ellas, enmarcadas en un contrato de trabajo, en régimen de ajenidad, sino de un grupo de trabajadores asociados para desarrollar una actividad profesional en régimen de autoempleo, y con el carácter formal de trabajadores autónomos o por cuenta propia, sin perjuicio de sus relaciones internas, que pueden ser muy variadas (en función de vínculos familiares, de vínculos profesionales, de compromisos asociativos, de cotitularidad de bienes, etc.)¹.

Desde el punto de vista formal, el trabajo asociado puede articularse, en efecto, mediante instrumentos muy diversos. El grupo de personas que trabajan, dicho de otra forma, puede formarse sencillamente como derivación de relaciones previas (familiares, de propiedad, etc.), o puede formalizarse a través de las figuras societarias que ofrece el sistema legal e institucional. En este segundo caso, el grupo se articula, en principio, en alguna de las manifestaciones de las llamadas sociedades personalistas, constituyendo la prestación de servicios la aportación principal de sus socios, sin perjuicio de que, con frecuencia, resulte también precisa cierta aportación de capital, necesaria para la puesta en marcha de la actividad emprendida. Pero también puede conformarse a través de sociedades expresamente diseñadas para realizar un trabajo en común (como las cooperativas), e inclu-

¹ LÓPEZ GANDÍA, J., "Cooperativas y Seguridad Social", *RR.LL.*, nº 21, 2000, pág.38, habla de "trabajo autónomo coordinado"; y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., "El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: ambivalencias en el proceso de laboralización del socio trabajador", *T.T.LL.*, nº 53, 2000, págs.53 y 54, de "fórmulas colectivas de autoempleo", "empresas de trabajo asociado" y "empresas autogestionadas".

so a través de sociedades de capital, apostando por una inversión económica que sirva también para el desarrollo de una actividad mercantil o profesional.

En cualquier caso, debe diferenciarse, aunque no siempre sea fácil, la posición de los socios trabajadores o industriales de empresas de trabajo asociado, en la que seguramente se superponen y confunden las condiciones y prestaciones laboral y social, de la posibilidad de que los socios de entidades de capital presten servicios por cuenta de las mismas, bien con carácter excepcional y accesorio (arts.36 LSA y 18 LSRL), bien yuxtaponiéndose ambos vínculos, social y laboral, como socios y trabajadores, con los límites que procedan respecto de la participación social o de capital, en su caso, para que pueda considerarse la existencia de un contrato de trabajo (arts.1 ET y 97 y DA 27ª LGSS)².

Por su finalidad y funciones, el trabajo asociado suele adscribirse a la llamada economía social, vinculada desde sus orígenes al movimiento obrero y al cooperativismo, como alternativa social a la economía capitalista, y como medio de atenuar algunos de sus efectos negativos desde la iniciativa privada, a partir de un sistema de gestión empresarial autónomo y democrático³, con fines de mejora y desarrollo social, y con primacía de las personas y del trabajo sobre el capital⁴. Ciertamente las empresas de economía social y el trabajo asociado tienen muchos caracteres en común y ordinariamente se superponen, aunque ambas fórmulas de organización de la actividad empresarial pueden aparecer separadas y añadir algún elemento propio y específico. Así, el autoempleo asociado constituye el objeto esencial de las entidades de esta naturaleza, pero no necesariamente de las empresas de economía social, y las funciones o fines sociales, intrínsecos a las empresas de economía social, no se incluyen en todo caso entre los objetivos de cualesquiera entidades de trabajo asociado⁵.

Desde esta perspectiva, en el trabajo asociado pueden destacarse las siguientes características esenciales o elementos constitutivos. En primer lugar, se trata de empresas cuya titularidad y organización viene asumida por los trabajadores, aun en sentido amplio y no exclusivamente en todo caso, esto es, por las personas que desempeñan en la empresa una prestación profesional de servicios de carácter personal. En segundo lugar, se trata de entidades de carácter asociativo y personalista, en las que una pluralidad de personas físicas, se asocian, en términos libres, igualitarios y

² LÓPEZ MORA, F.V., "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", *C.I.R.I.E.C.*, nº 13, 1993, págs.156 y ss.

³ Sobre las cooperativas, como empresas de participación, MORENO RUIZ, R., *Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social*, C.E.S., Madrid, 2000, págs.19 y ss.

⁴ VV.AA. (dir. BAREA TEJEIRO, J. y MONZÓN CAMPOS, J.L.), *Libro blanco de la economía social en España*, M.T.S.S., Madrid, 1992, págs.5 y ss.

⁵ Para CANO LÓPEZ, A., *Teoría jurídica de la economía social*, C.E.S., Madrid, 2002, págs.49 y ss., la economía social se constituye por tres elementos estructurales: la empresa, el interés general y la acción del Estado (social), conjugando los valores constitucionales de libertad empresarial e igualdad real.

democráticos⁶, para constituir una entidad diferente, ordinariamente con personalidad jurídica propia y separada de la de sus integrantes, en la que desarrollan su actividad profesional. En tercer lugar, constituyen un mecanismo de autoempleo, es decir, tienen por objeto inmediato la creación y mantenimiento de puestos de trabajo remunerados para sus integrantes, sea en forma de salario, en sentido propio, sea en forma de participación en los beneficios o ganancias sociales. Por último, suelen cumplir determinadas funciones o fines sociales, de mejora y desarrollo de su entorno (responsabilidad social), añadidas, en su caso, a su directo e inmediato objeto productivo.

Las modalidades más características o típicas, social y jurídicamente, de trabajo asociado en el sector de la economía social, son las que se desarrollan en las cooperativas, particularmente en las de trabajo asociado y en las de explotación comunitaria de la tierra, en las sociedades laborales, y en las sociedades agrarias de transformación. No obstante, el trabajo asociado también puede encontrar cobertura en otras fórmulas societarias o asociativas con análogo objeto, socialmente menos relevantes o menos específicas, como las sociedades personalistas, mercantiles (colectivas o comanditarias) o civiles, o las aparcerías laborales y asociativas, e incluso, en sentido amplio, en sociedades irregulares o comunidades de bienes, y en otras modalidades de agrupación e intervención social propias de la economía social, genérica y comúnmente conocidas como organizaciones no gubernamentales (fundaciones, asociaciones, etc.)⁷.

La diversidad de formas jurídicas que pueden dar cobertura al trabajo asociado, junto con la particular y dual posición de los socios trabajadores que constituyen tales empresas (socios y trabajadores), multiplicada, en su caso, desde los distintos títulos de imputación de las normas laborales o sociales y de sus diferentes subsistemas normativos (laboral, Seguridad Social, prevención de riesgos, empleo...), en relación con la distribución constitucional de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, determina que el marco de regulación del trabajo asociado sea particularmente prolijo y complejo⁸.

En este sentido y conforme al régimen constitucional de distribución territorial de competencias legislativas, puesto en relación con los distintos subsistemas normativos implicados en la regulación del trabajo asociado, el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de legislación civil y mercantil, laboral y de Seguridad Social (art.149.1.6º, 7º, 8º y 17º CE), lo que supone, sustancialmente,

⁶ Extensamente, ROTHCHILD, J. y WHITT, J.A., *El lugar de trabajo cooperativo*, M.T.S.S., Madrid, 1991, págs.77 y ss.

⁷ En el año 2003, la población ocupada en empresas de economía social, respecto del total de población ocupada en España, alcanzaba el 2,55% (6,38% en el sector agrario, 3,42% en la industria, 2,43% en la construcción, y 1,98% en el sector servicios). <http://www.mtas.es/Empleo/economia-soc>.

⁸ Con carácter general, el artículo 129.2 de la Constitución dispone que *"Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas"*, sin predeterminar de qué poderes públicos se trata, ni a quién se atribuye la competencia legislativa para la promoción, en particular, de las cooperativas. Sobre el particular, PAZ CANALEJO, N., "La Constitución y las cooperativas", *Documentación Administrativa*, nº 186, 1980, págs.80 y ss.

su potestad de regulación general en materia de sociedades mercantiles (¿cooperativas?)⁹, condiciones de trabajo, incluida la prevención de riesgos laborales¹⁰, y Seguridad Social (legislación básica y régimen económico), sin perjuicio de la general previsión sobre ejecución autonómica de la legislación estatal en tales materias, y de la competencia autonómica en materia de promoción y fomento de su actividad económica, incluido el empleo (art.148.1.13^o), y en materia de agricultura y ganadería (art.148.1.7^o), con especial incidencia en las entidades agrarias asociativas. En el plural y complejo modelo autonómico constitucional, el referido marco de distribución de competencias ha supuesto un progresivo y escalonado proceso de asunción y transferencias, deferenciado y ordenado temporalmente en función de la materia y de la fórmula de constitución de las distintas Comunidades Autónomas (arts. 143 y ss. CE).

En materia de cooperativas, la competencia legislativa ha sido progresiva y plenamente asumida por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que el Estado mantenga aún su competencia para la regulación de las cooperativas cuyo ámbito territorial de actuación exceda del de una Comunidad Autónoma o se corresponda con el de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (competencia que ha ejercido a través de la Ley 27/1999, 16 de julio). Respecto de las otras fórmulas típicas de trabajo asociado y de empresas de economía social, las competencias de las Comunidades Autónomas alcanzan una menor intensidad, al referirse tan sólo a aspectos de gestión, administración y ejecución de la legislación estatal en su ámbito territorial respectivo (calificación, registro, promoción, fomento, etc.), tanto de las sociedades laborales¹¹, como de las sociedades agrarias de transformación¹², que en este caso también se transfirieron a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla¹³, con

⁹ Para VICENT CHULIA, F., "El tercer sector: las sociedades cooperativas y otras formas de economía social", en VV.AA. (dir. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N.) *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs.719 y ss., la asunción autonómica de competencias legislativas en materia de cooperativas pone de manifiesto la naturaleza no mercantil de éstas sociedades. En sentido contrario, defienden el carácter mercantil de las cooperativas y la exclusividad de la competencia legislativa estatal, aunque reconocen, por la vía de los hechos, la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de cooperativas*, Madrid, Tecnos, 2002, págs.41 y ss.

¹⁰ En este sentido, el número 3 de la exposición de motivos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. También CARDONA RUBERT, M.B., "Prevención de riesgos laborales en las cooperativas", A.S., tomo V, 2001, págs.500 y 501; y PÉREZ CAMPOS, A.I., "Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos", *R.M.T.A.S.*, nº 53, págs.69 y 50.

¹¹ RD 519/1989, de 12 de mayo (Comunidad Valenciana), RD 1225/1989, de 8 de septiembre (Cataluña), RD 1456/1989, de 1 de diciembre (Galicia), RD 558/1990, de 27 de abril (Andalucía), RD 1071/1990, de 31 de agosto (Navarra), RD 1306/1990, de 26 de octubre (Canarias), RD 1545/1994, de 8 de julio (País Vasco), RD 374/1995, de 10 de marzo (Región de Murcia), RD 383/1995, de 10 de marzo (Castilla-La Mancha), RD 567/1995, de 7 de abril (Aragón), RD 641/1995, de 21 de mayo (Extremadura), RD 832/1995, de 30 de mayo (Castilla y León), RD 933/1995, de 9 de junio (Madrid), RD 944/1995, de 9 de junio (La Rioja), RD 99/1996, de 26 de enero (Islas Baleares), RD 1901/1996, de 2 de agosto (Cantabria), y RD 2087/1999, de 30 de diciembre (Asturias).

¹² RD 3177/1982, de 15 de octubre (País Vasco), RD 224/1985, de 6 de febrero (Cataluña), RD 795/1985, de 30 de abril (Galicia), RD 2654/1985, de 18 de diciembre (Navarra), RD 208/1995, de 10 de febrero (Comunidad Valenciana), RD 283/1995, de 24 de febrero (Canarias), RD 565/1995, de 7 de abril (Aragón), RD 644/1995, de 21 de abril (Región de Murcia), RD 1404/1995, de 4 de agosto (Andalucía), RD 1861/1995, de 17 de noviembre (Extremadura), RD 321/1996, de 23 de febrero (Madrid), RD 328/1996, de 23 de febrero (Castilla-La Mancha), RD 1391/1996, de 7 de junio (Cantabria), RD 1441/1996, de 17 de junio (La Rioja), RD 1897/1996, de 2 de agosto (Castilla y León), RD 2154/1996, de 27 de septiembre (Islas Baleares), y 2085/1999, de 30 de diciembre (Asturias).

¹³ RD 332/1996, de 23 de febrero (Melilla) y RD 2504/1996, de 5 de diciembre (Ceuta).

la correspondiente articulación orgánica y procedimental en cada Administración, y, especialmente, con un muy abundante conjunto de normas, con frecuencia coyunturales, dirigidas directa o indirectamente a la promoción y fomento de estas entidades de trabajo asociado (formación, adaptación a las nuevas tecnologías, subvenciones, tratamiento fiscal más favorable, seguros, préstamos, contratación de directivos, asociacionismo, reforma de estructuras agrarias, etc.).

En un orden normativo y funcional diferente, también debe destacarse, por último, el papel que representan y pueden representar las fuentes de origen autónomo en la regulación de las condiciones materialmente laborales de la prestación de servicios de los socios trabajadores y de trabajo asociados en empresas de economía social. En principio, la negociación colectiva, en sentido propio y laboral, no constituye el instrumento más apropiado para la regulación de los términos y las condiciones del trabajo asociado, al presuponer una contraposición de intereses e interlocutores y una estructura de representación, ajenas a las fórmulas de autoempleo asociado, sin perjuicio, claro está, de que las empresas de economía social puedan regular las condiciones de trabajo de sus trabajadores asalariados, en su caso, a través de convenios colectivos.

No obstante, la función reguladora autónoma de las condiciones y términos de trabajo, propia de los convenios colectivos y necesaria en toda fórmula de trabajo colectiva y organizada, se verá ordinariamente suplida en el trabajo asociado por las normas internas de la entidad de que se trate (estatutos, reglamentos de régimen interno, acuerdos de asambleas, juntas o consejos rectores o de administración, etc.)¹⁴, como se pone de manifiesto, paradigmáticamente, en la regulación legal sobre cooperativas, en la que se contemplan abundantes remisiones a estas reglas autónomas para la ordenación de variadas condiciones y términos de la prestación de los socios trabajadores y de trabajo (período de prueba, vínculos de duración determinada, preaviso de la baja voluntaria, compromiso de permanencia, régimen disciplinario, jornada, descansos, festivos, excedencias, etc.)¹⁵.

2. El trabajo en común mediante sociedades civiles y mercantiles

Como se precisó anteriormente, en nuestro ordenamiento existe una pluralidad de formas societarias o asociativas que pueden dar cobertura jurídica al trabajo asociado. Las más típicas, social y

¹⁴ LÓPEZ MORA, F.V., "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", *C.I.R.I.E.C.*, nº 13, 1993, págs.173 y 174.

¹⁵ Las leyes de cooperativas de casi todas las Comunidades Autónomas contienen remisiones a los estatutos y acuerdos de la asamblea general para la regulación de condiciones de trabajo y empleo de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, en materias típicamente laborales, como clasificación profesional, movilidad funcional y geográfica, excedencias y suspensiones, extinción de la relación, etc., aun más extensas que la ley estatal (arts.101 LC País Vasco, 115 LC Extremadura, 64.8 LC Navarra, 106.3 LC Madrid, 123.1 LC Andalucía, 106 LC La Rioja, 116 LC Cataluña, 105 LC Castilla-La Mancha, y 89.3 LC Comunidad Valenciana).

jurídicamente, y específicas, son las cooperativas, particularmente las de trabajo asociado y las de explotación comunitaria de la tierra, y las sociedades laborales. No obstante, como también se indicó, el trabajo asociado puede encontrar igualmente cierto acomodo en otras formas jurídicas asociativas o societarias más inespecíficas desde ese punto de vista, esto es, no concebidas directa o preferentemente para la realización de actividades personales y profesionales en común, por parte de un grupo de personas¹⁶.

Más allá de la actividad específica de administración o gerencia societaria, la aportación del trabajo personal como participación social puede darse, en principio, tanto en las sociedades personalistas, civiles y mercantiles (colectivas y comanditarias), como en las de capital, si bien sólo está prevista en las primeras con carácter ordinario o principal e incluso exclusivo, para los denominados socios industriales (arts.1665 CC y 116 CCom)¹⁷, teniendo carácter accesorio en las sociedades de capital, anónimas y de responsabilidad limitada, como prestación añadida a la ordinaria y principal aportación económica (arts.36 LSA y 18 LSRL)¹⁸.

Ciertamente en las sociedades de capital es posible la concurrencia de un doble vínculo, societario y laboral, que permita la realización de una actividad profesional por cuenta de la entidad en cuyo capital se participa como socio, especialmente en las sociedades de cierta envergadura, sin perjuicio de que, en ocasiones, el nivel de participación o control societario o las funciones gerenciales o de administración desempeñadas puedan excluir la condición laboral o asalariada de la prestación de servicios, que se verá absorbida por el vínculo societario o mercantil, predominante en tales casos (arts.1.1 y 1.3.c) y g) ET y 97.2.a) y k) y DA 27^a LGSS)¹⁹.

En la calificación jurídica del socio industrial de las sociedades personalistas prevalece la condición societaria sobre el carácter materialmente laboral de la actividad que constituye la participación social, y no tanto o no sólo por la concurrencia de un vínculo formal de esa denominación o carác-

¹⁶ Sobre las diferencias entre una "Actividad asociada autónoma", constituida en el seno de una Asociación de enseñanza, y el trabajo asociado en cooperativas y sociedades laborales, ver las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 25 de enero de 1993 (AS 250) y 13 de abril de 1998 (AS 2209).

¹⁷ Ver PEDRAJAS PÉREZ, F. y PRADOS DE REYES, F.J., "Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado", R.T., nº 52, 1975, págs.198 y ss.

¹⁸ Sobre las diferencias, a este respecto, entre las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, ver la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 1997 (AS 3308).

¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988 (RJ 7497), y 6 de junio de 1990 (RJ 5026); y DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex nova, Valladolid, 2000, págs.119 y ss.

ter²⁰, asociativo y no cambiario²¹, por lo demás, formalmente ausente en ocasiones en las llamadas sociedades irregulares o sin personalidad jurídica²², sino por la ausencia de las notas constitutivas o caracterizadoras del trabajo asalariado, particularmente la ajenidad y la dependencia, y, en su caso, la retribución (arts.1.1 y 1.3.g) ET)²³.

En este sentido, la aportación industrial o de trabajo trae su causa en un contrato de sociedad y no en un intercambio por salario, en un régimen de cotitularidad y participación en los medios, ganancias y pérdidas (salvo exención excepcional de los socios industriales)²⁴, colaboración, autoorganización y codecisión, excluyentes de la ajenidad y la dependencia propias del trabajo asalariado y de sus indicios comunes (garantía retributiva fija, órdenes o instrucciones, horarios y jornadas, etc.)²⁵. Incluso en el supuesto de que el socio industrial quede excluido de la participación en las pérdidas, el man-

²⁰ Como se precisa en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de abril de 2001 (AS 2311), con cita y síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *"La calificación de la relación que vincula a las partes debe hacerse a la luz del criterio jurisprudencial ampliamente reiterado, que pone de manifiesto cómo los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (STS 21 de junio 1990), debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el "nomen iuris" empleado por los contratantes (STS 23 de octubre de 1989); siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (SSTS de 13 abril 1985; 18 de abril y 21 de julio de 1988 y 5 de junio 1990)"*. No obstante, como ponen de relieve DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex nova, Valladolid, 2000, págs.117 y 118, en determinados supuestos fronterizos la autonomía de la voluntad de las partes puede tener una mayor incidencia en la delimitación del vínculo concurrente y preponderante.

²¹ LÓPEZ MORA, F.V., "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", *C.I.R.I.E.C.*, nº 13, 1993, pág.160.

²² Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1986 (RJ 5827), 22 de diciembre de 1989 (RJ 9073), y 23 de enero de 1990 (RJ 197); y de los Tribunales Superiores de Justicia, de Cataluña, de 16 de mayo de 1996 (AS 1649), y de Castilla-La Mancha, de 18 de febrero de 2003 (AS 2069).

²³ *"el socio industrial es el que participa en el negocio común, percibiendo una parte del beneficio económico resultante de la actividad de los socios, mientras que, el "trabajador" es el que desarrolla una actividad laboral por cuenta ajena, percibiendo un salario pactado, con alta en los Seguros Sociales, horario de trabajo, subordinación al empresario en razón al trabajo confiado"* (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1987, RJ 6970).

²⁴ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de abril de 1996 (AS 1433), y de 7 de abril de 1997 (AS 1414).

²⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1988 (RJ 621), y 16 de septiembre de 1988 (RJ 7786); y de los Tribunales Superiores de Justicia, de Galicia, de 12 de julio de 1996 (AS 2719) y 28 de septiembre de 2001 (AS 4212), de Canarias (Las Palmas), de 21 de noviembre de 1997 (AS 4751) y 26 de noviembre de 1999 (AS 7304), de Cataluña, de 28 de noviembre de 1997 (AS 3946) y 8 de octubre de 2003 (AS 3963), de Andalucía (Granada), de 3 de diciembre de 3 de diciembre de 1997 (AS 4975), de Navarra, de 14 de abril de 1998 (AS 6161), y de Cantabria, de 6 de febrero de 2001 (JUR 134748).

tenimiento de su participación en las ganancias y el condicionamiento de su remuneración o lucro a la existencia de las mismas aleja en cualquier caso la idea de ajenidad²⁶. Por otra parte, el trabajo asociado o societario se articula en no pocas ocasiones a través de una sociedad familiar, añadiendo un elemento específico de exclusión legal de la laboralidad de la prestación, como indicio normativo de la ausencia de ajenidad, aun en términos presuntivos (art.1.3.e) ET)²⁷.

Esta calificación implica la consideración de los socios industriales como trabajadores por cuenta propia o autónomos, con la consecuente exclusión del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral, sin perjuicio de la eventual extensión o irradiación de normas de alcance laboral (DF 1ª ET), como consecuencia de la parcialmente común necesidad de tutela, en cuanto a trabajo personal, profesional y, en su caso, económicamente dependiente, como ocurre, paradigmáticamente, en materia de prevención de riesgos laborales (art.3 LPRL) o de Seguridad Social, y, últimamente, en materia de formación profesional continua (art.3.2.b) RD 1046/2003, de 1 de agosto, y Orden TAS/2783/2004, de 30 de julio)²⁸.

3. El "grupo familiar" como forma especial de trabajo asociado

Una modalidad particular de trabajo en grupo o en sociedad es el trabajo familiar, que puede tener a su vez diversas formas organizativas. Dejando al margen la prestación de servicios por parte de un pariente en la empresa de otro (que puede ser trabajo asalariado, pese a la exclusión inicial que para algunos tipos de parentesco realiza el art.1.3.e) ET), el trabajo familiar puede desarrollarse básicamente de dos formas. Por un lado, mediante la constitución de un "grupo familiar" para realizar prestaciones por cuenta de un tercero y de otro, a través de la constitución de un "negocio familiar", que puede estar formalizado como sociedad (dotada de personalidad jurídica diferenciada de sus miem-

²⁶ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex nova, Valladolid, 2000, pág.116.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1985 (RJ 1864), y sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Comunidad Valenciana, de 25 de enero de 2001 (JUR 165151), y de Andalucía (Sevilla), de 19 de diciembre de 2002 (JUR 130492).

²⁸ Con el RD 43/1984, de 4 de enero, se amplió la acción protectora de los trabajadores del Régimen Especial de autónomos a la contingencia de incapacidad temporal, voluntaria tras el RD 2110/1994, de 28 de octubre, con gestión exclusiva a cargo de las Mutuas, conforme a la DA 14ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (de MFAOS), y con igual período de inicio del devengo que en el Régimen General a partir del artículo 8 del RD Ley 2/2003, de 25 de abril, y de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre. La DA 3ª del RD 356/1991, de 15 de marzo, también los incluye entre los beneficiarios de las prestaciones por hijos a cargo; y la DA 11ª bis de la LGSS (incorporada a este texto legal por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de MFAOS) amplía su protección a las prestaciones por maternidad. El artículo 40.cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de MFAOS, desarrollado por el artículo 7 del RD Ley 2/2003, de 25 de abril, y de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, también prevé su protección voluntaria frente por contingencias profesionales (DA 34ª LGSS); los artículos 41 y 42 de la citada Ley de 2002, desarrollados por el RD 463/2003, de 25 de abril, reconocen el incremento de la prestación de incapacidad permanente total cualificada (20% adicional) para los trabajadores autónomos de los Regímenes Especiales agrario, del mar y de autónomos, a partir de los 55 años; y la DF 6ª de esta misma Ley prevé el estudio del establecimiento de un "fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas" para los "trabajadores autónomos que dependen económicamente de uno o varios empresarios".

bros), o, simplemente, actuar como mera agrupación de personas o mera comunidad de bienes (carente, por lo tanto, de aquella cualidad jurídica).

En cualquier caso, la regulación de estas posibles formas de trabajo familiar es bastante escasa. La regla más directa es seguramente la ya citada exclusión de laboralidad del art.1.3. e) ET (añadida a previsiones semejantes de la Ley General de Seguridad Social, art.7.2), pero de ninguna manera basta para solucionar la variada problemática que puede resultar del catálogo expuesto de formas de trabajo, especialmente cuando la prestación de servicios se produce en el marco de un negocio familiar, con o sin forma de sociedad. En estos últimos casos, a la escueta fórmula laboral habrán de sumarse las reglas civiles y mercantiles precisas, tanto las generales como las específicas, escasas también, que se ocupan de la empresa familiar, como la Ley 7/2003, reguladora de la sociedad nueva empresa que atiende al fenómeno de la empresa familiar, cierto es que no a efectos laborales.

Una de esas formas, como se ha dicho, es el "grupo familiar", relativamente frecuente en el contexto del trabajo a domicilio y en ciertos sectores de actividad (como el trabajo artístico). Para la configuración formal y jurídica de esta forma de trabajo puede tomarse como referencia el art.10 ET en cuanto se dedica, en general, al llamado contrato de grupo (como modalidad de contrato de trabajo), que en el caso que ahora nos interesa podría ser el vehículo para contratar la actividad del grupo familiar, como tal conjunto de personas y prestaciones, con un empleador²⁹. Conforme a ese precepto, se entiende que existe un único contrato que vincula al empresario con el grupo, cuyo objeto es el desarrollo de una serie de prestaciones recíprocas consistentes en la realización de un trabajo de modo combinado, armónico y conjuntado para el empresario. Para facilitar las relaciones entre el grupo y el empresario se designa un "jefe", a quien corresponderá la firma del contrato y la realización de cuantas tareas procedan en representación del grupo³⁰. El empresario, por ello, ostentará los derechos y deberes inherentes a su condición, no frente a cada uno de los miembros del grupo sino frente al grupo considerado en su conjunto, relacionándose directamente con la persona designada como jefe³¹.

²⁹ Como es sabido, el art.10 ET contempla dos supuestos de prestación conjunta de varios trabajadores: el trabajo en común y el trabajo en grupo. El que aquí interesa es el segundo, el primer supuesto presupone un encargo por parte del empresario de una determinada tarea a varios trabajadores, que habrán de ejecutar coetánea y acumulativamente la labor encomendada (art.10.1º). Los trabajadores que formen el colectivo habrán sido contratados con anterioridad al encargo y tendrán cada uno un contrato individual, conservando empresario y trabajadores los derechos y deberes derivados de cada relación contractual. Una vez culminada la tarea encomendada, cada uno de los trabajadores continuará, en su caso, su normal prestación de servicios para el empresario. Además, como han indicado los tribunales, en el contrato en común existe una retribución individualizada y un control y una facultad sancionadora de igual carácter (STSJ de Murcia de 9 de marzo de 1994, AS.1116).

³⁰ *Vid.* SSTs de 9 de junio de 1947 (Ar.1018), y de 15 de marzo de 1962 (Ar.912).

³¹ El jefe "responderá de las obligaciones inherentes a dicha representación", asumiendo los daños y perjuicios que pudieren originarse para el grupo si no ha actuado con la diligencia exigible a un padre de familia.

La doctrina se ha cuestionado cuál es la naturaleza del grupo, descartándose definitivamente su consideración como sociedad mercantil o como sociedad civil. El grupo se configura como una adición de personas dispuestas a realizar una prestación de servicios armónica y cohesionadamente, como una *unión de hecho*, que si bien no tiene personalidad jurídica, sí tiene reconocido cierto grado de capacidad a los efectos de formalizar una relación contractual, a través de su representante (jefe del grupo)³², en todo caso, por lo que a este estudio interesa el grupo debe considerarse una suma de personas vinculadas por lazos de parentesco, que han decidido ofrecer sus servicios –conjuntos– a un empresario.

Esta forma de contratación se aproxima a otras figuras contractuales aunque no debe confundirse con ellas. Así, por ejemplo, se diferencia de las contrataciones y subcontratas de trabajadores en que el jefe del grupo es un trabajador más, mientras que en aquellas quien celebra el contrato con el empresario principal comparte con éste esa condición (de empresario). Quizás lo más complejo sea diferenciarlo de la ejecución de obra. No obstante, existen una serie de elementos que pueden proporcionar criterios diferenciadores, tales como la voluntad de las partes en el momento de la formalización, la fijación de un precio a tanto alzado frente a la retribución salarial, la libertad en la ejecución de la obra *versus* la subordinación de los trabajadores en el contrato de grupo, la asunción de riesgos del ejecutor, el objeto del contrato que en la ejecución de obra es la obra en sí mientras que en el contrato de trabajo es la realización de una actividad, etc³³.

De cualquier manera, con todas esas referencias estamos aludiendo, por definición, a una prestación de servicios por cuenta ajena, que los miembros de un grupo familiar hacen por cuenta y bajo el poder de organización y dirección de un tercero, que tendrá la condición de empleador o empresario a tales efectos. Obviamente, el grupo familiar también podrá desplegar otro tipo de actividades, por ejemplo de carácter autónomo o por cuenta propia, en cuyo caso los vínculos que le unirán con otras personas en razón de su actividad no podrán ser laborales, sino civiles o mercantiles. En consecuencia, la relación externa del grupo familiar en razón de su actividad podrá tener carácter laboral o extralaboral.

Cuestión distinta es la relación interna de los miembros del grupo. Como tal grupo, se entiende que puede estar dirigido por un "jefe", pero que no cuenta en su interior propiamente con un empresario o empleador (que, en todo caso, sería externo). Por lo tanto, no cabe hablar en principio de vínculos

³² Vid. M. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág.170-1; B. BLASCO SEGURA, "Trabajo en común y contrato ...", *loc. cit.*, pág.85-7.

³³ Vid. M. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos ...*, *op. cit.*, pág.156-9; R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los artistas*, *op. cit.*, pág.62-66; A. GOLDIN, "El contrato de trabajo de grupo o equipo", en VV.AA., *Estudios sobre Derecho individual de Trabajo*, en Homenaje al Profesor Mario L. Deveali, Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág.235-48; B. BLASCO SEGURA, "Trabajo en común y contrato ...", *loc. cit.*, pág.89-90; J. SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicio y de ejecución de obra. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág.19-24. Además, STSJ de Castilla y León de 27 de noviembre de 1993 (AS.4704).

los de subordinación o de compromisos contractuales entre los parientes que forman el grupo. Pero sí existen, por naturaleza, vínculos familiares, que pueden tener alguna proyección sobre el trabajo. Desde este punto de vista, cabe plantearse si los padres que comprometen la realización de una actividad por cuenta de un tercero (por ejemplo, un empresario) pueden obligar a sus hijos a tomar parte en la misma, como una manifestación más de la patria potestad y del correspondiente deber de obediencia que los hijos deben a los padres (art.155.1 C.C.). La respuesta a este interrogante parece en principio sencilla, pues basta recordar que la voluntariedad es una de las premisas del trabajo (en particular, del trabajo asalariado), elemento que no se desplaza por la ausencia de contratación directa del hijo, en tanto que la celebración de un contrato de actividad, aunque vincule al empresario con el grupo considerado como unidad, conlleva la asunción voluntaria tácita o expresa del compromiso de actividad por todos y cada uno de sus componentes³⁴.

Además cuando el menor no tiene cumplidos dieciséis años y el encargo es artístico será preciso un requisito adicional: la autorización de la autoridad laboral, de preceptivo cumplimiento para que cualquier menor de dieciséis años pueda participar legalmente en un espectáculo público. Tal es así que en su ausencia la prestación de servicios desarrollada por menores se considera contraria a la legalidad vigente, haciendo este carácter *contra legem* nulo de pleno derecho el contrato (art.6.3º C.C.), sin perjuicio de que el empresario deba retribuir las actividades realizadas por el menor de conformidad con lo dispuesto en el art.9.2º ET³⁵. Pero la inobservancia de este requisito no tiene este único efecto, además el empresario será objeto de sanción, a tenor de lo previsto en el art.8.4º del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones, por "trasgresión de las normas sobre trabajo de menores". No en vano la ocupación de menores no autorizados supone un flagrante incumplimiento de una prohibición legal sobre trabajo de menores.

Precisamente para evitar estas ocupaciones prohibidas, conviene reconocer la existencia de un deber empresarial de comprobar diligentemente que la prestación de servicios que pretende contratar ha sido autorizada por la autoridad laboral, en los casos en los que no es el propio empresario quien presenta el escrito de solicitud de autorización. Este deber de comprobación y actuación diligente se mantiene incluso cuando el menor forma parte del grupo familiar contratado por el empresario y negocia directamente con el jefe del mismo. No debemos olvidar que el jefe del grupo, pese a las facultades que se le asignan, no deja de ser un trabajador más. Se limita a actuar representando los intereses del grupo, dependiendo los límites de su representación de la voluntad de sus

³⁴ Por cierto, la ausencia del hijo menor no sirve para desplazar las reglas laborales de edad mínima de admisión al empleo por mucho que la prestación de servicios se realice en el domicilio familiar y bajo la supervisión de su representante legal. Así, el límite de dieciséis años impuesto por el art.6.1º ET, sólo podrá desplazarse, por lo que ahora interesa, para la contratación autorizada por la autoridad laboral de un menor de esta edad en un grupo artístico para el desarrollo de un espectáculo público *ex* art.6.4º ET.

³⁵ Cfr. en similar sentido, STS de 10 de enero de 1967 (Ar.631) (s.s.). Además, VV.AA., *Estructura del contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 1997, pág.99. En general, sobre el sentido de esta regla, J.M. ALMANSA PASTOR, "La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo", RPS, nº67, 1965, pág.46-54.

componentes. Por lo que la responsabilidad por el incumplimiento de la normativa laboral, que exige a quien no tiene dieciséis años cumplidos estar autorizado para participar en un espectáculo público, recae sobre el empresario. Aunque el principio de buena fe obliga al jefe del grupo a, cuando menos, advertir al empresario de la presencia de un menor de esa edad³⁶.

4. El trabajo en el marco de un "negocio familiar"

El trabajo familiar puede desarrollarse también en un negocio propiedad de una familia. Aunque en ninguna norma se aclara qué debe entenderse por "negocio familiar", podría considerarse tal aquel en el que toda o al menos la mayor parte de la propiedad, en el sentido de titularidad, de la "empresa" queda en manos de los miembros de una misma familia, estando al menos dos o más miembros directamente involucrados en la explotación del negocio, esto es: no limitándose a ser dueños o propietarios de una porción, sino prestando servicios, interviniendo, en la producción³⁷.

Desde esta perspectiva conviene hacer algunas precisiones necesarias para aclarar el objeto de examen que a este estudio interesa, siempre asumiendo que la indefinición legal hará adolecer a las afirmaciones a las que aquí se pueda llegar de una ineluctable inseguridad, condenándolas a la condición de "propuestas". Con todo, en estas líneas se pretende ofrecer un esquema ordenado de las formas "teóricas" de organización del negocio familiar acompañado de indicaciones sobre el régimen jurídico al que se somete cada concreta forma de participación en el negocio, pero siempre desde la conciencia de la miscelánea que sin duda presentarán los supuestos que puedan plantearse en la realidad familiar.

En primer término conviene señalar que el negocio familiar que aquí interesa es aquel que no se organiza bajo la forma de sociedad, sino de comunidad de bienes, sociedad irregular, o similar, esto es: sin adquirir personalidad jurídica, que es el modo más habitual de ordenar las microempresas familiares, entendidas como pequeñas comunidades de trabajo no asalariado en actividades que exigen escasa inversión de capital, como son tiendas comerciales, negocios artesanales y explota-

³⁶ Lo cierto es que la situación no es tan compleja como pudiera parecer en un primer momento. Ciertamente el empresario no tiene que conocer personalmente a los miembros del grupo, pero las normas de prevención de riesgos laborales imponen, sin límite alguno en este sentido, al empresario la obligación de asegurar a sus trabajadores frente a los riesgos laborales específicos y genéricos, y este deber tiene una extensión diversa según que se trate de un menor o de un mayor de edad. Además, deben tenerse en cuenta sus obligaciones de Seguridad Social (M. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág.171). Con lo que, a la postre, resulta difícil imaginar un supuesto en el que el empresario no conozca los datos de los miembros del grupo (P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pág.348).

³⁷ En el sistema italiano también se presume excluido del ámbito laboral la prestación en el negocio familiar, si bien el art.230 bis del Código civil italiano reconoce el derecho de los familiares que prestan servicios de modo continuado en la familia o en la empresa familiar a participar en la repartición de las ganancias, de forma proporcional al trabajo prestado, a tomar parte en su mantenimiento y a la adquisición presente en caso de transferencia de la empresa o fallecimiento.

ciones agrarias, que constituyen parte importante del tejido empresarial nacional. Por descontado, la empresa familiar puede organizarse a través de sociedades de capital que, como veremos, adquieren formas diversas, pero este supuesto se analizará en el apartado siguiente. El que ahora interesa es, como se ha dicho, el del pequeño negocio familiar generalmente de titularidad exclusiva de la familia, sin perjuicio de la posibilidad de dar entrada a un tercero, no familiar, a la comunidad de bienes o a la sociedad irregular, siempre que tal entrada no conlleve una alteración de su régimen jurídico, y posea una porción del negocio minoritaria para que éste pueda conservar la consideración de familiar. Conviene así dejar claro que, sin perjuicio de que la terminología no tenga estricto encaje jurídico, en este estudio se segregará el "negocio familiar" como forma de organización de la producción familiar sin personalidad jurídica, y lo que denominaremos "sociedad familiar", término con el que aludiremos a las empresas familiares con forma societaria.

Quizá pueda parecer al lector artificiosa esta diferencia pero resulta particularmente útil a la hora de concretar el régimen jurídico al que se somete la prestación de servicios para uno y otro tipo de empresa familiar. Baste señalar que mientras con la sociedad familiar (persona jurídica) no es posible tener vínculo de parentesco alguno, de manera que el pronunciamiento sobre si la colaboración de un familiar esconde o no una relación laboral requerirá del juego de la teoría del levantamiento del velo y de la consiguiente atención al grado de participación que en la empresa tiene el socio familiar de quien presta servicios; la relación familiar fluye sin dificultad y de forma más directa en el marco de un negocio familiar. Así, el familiar que sin ser titular del negocio presta servicios en él colabora con su pariente o parientes de una forma que recuerda mucho más al trabajo para un familiar persona física, y permite la aplicación de las reglas del art.1.3º e) ET, sin necesidad de levantar antes el velo de la forma jurídica³⁸.

Nótese, con todo, que la idea de negocio familiar que da directamente entrada a la comentada presunción de no laboralidad del art.1.3º e) ET no coincide por entero con la que en su día contenía la LCT de 1931 y de 1944, en las que precisamente la exclusión del ámbito laboral se diseñaba para apartar de esta rama del Derecho las colaboraciones desarrolladas por parientes en negocios familiares en sentido estricto, esto es: aquellos en los que "sólo estuviesen ocupados miembros de la unidad familiar o personas aceptadas por ésta" y dirigidos por uno de ellos³⁹. Ciertamente, aquella fórmula parecía pensada especialmente para la prestación de servicios en el pequeño negocio familiar, entendiendo por tal el que era propiedad de la familia o el que "regentaba" ésta (en régimen de arrendamiento o cesión) –en ningún momento se exigía que la familia posea en propiedad la "explotación"– y en el que sólo tomaban parte miembros de esa unidad familiar. La ausencia de *extraños* en la empresa justificaba la no intromisión del legislador, por la consideración de que la prestación

³⁸ En este tipo de negocio los roles de presidente, administrador, empleado y accionista/dueño, que podrán conllevar responsabilidades y expectativas específicas, no pasarán de ser exactamente eso: roles, generalmente con correspondencia en el sistema familiar, sin que tenga sentido en una organización carente de personalidad jurídica la formal asignación de alguna de estas condiciones.

³⁹ *Vid.* STS 12 enero 1960 (Ar.157), en la que se exige para que funcione la exclusión que la empresa no exceda del ámbito patrimonial familiar.

de servicios que los familiares pudieran llevar a cabo en ese entorno era simplemente una contribución a un bien común -el negocio familiar-cuya buena o mala marcha repercutía en la familia en su conjunto.

El negocio familiar que se estudia en estas líneas admite la entrada de un tercero, siempre que su aportación no tenga relevancia suficiente para desvirtuar la naturaleza familiar del negocio. Por lo demás, como ocurría en aquellas normas, el negocio familiar al que aquí se atiende no queda constreñido por el grado de parentesco que vincula a los titulares, en el bien entendido que es irrelevante el grado concreto que les une y que convivan o no, ahora bien, estos datos sí serán claves para la entrada de la presunción de no laboralidad a la hora de examinar la colaboración de cada uno de los parientes. En otras palabras, el negocio será familiar mientras la mayoría de su titularidad descanse en manos de parientes -próximos o lejanos-, pero la prestación de servicios llevada a cabo por otros familiares se verá afectada por la presunción de no laboralidad sólo en la medida en que concurren los requisitos del art.1.3º e) ET -parentesco hasta segundo grado y convivencia-. La ausencia de una definición legal del negocio familiar permite entender que la empresa tiene esta naturaleza aunque los lazos de parentesco que unan a sus miembros superen el segundo grado. Podría decirse, así, que el negocio es familiar en tanto sus componentes -o al menos la mayoría- haya decidido fundarlo atendiendo a la relación familiar que les vincula, si bien para la aplicación de ciertas reglas, fiscales fundamentalmente, la consideración de familiar del negocio requiere de la existencia de parentesco hasta el segundo grado o matrimonio entre una porción relevante de los titulares del negocio.

En segundo lugar, es preciso reseñar que escapa a este estudio el régimen jurídico al que deba someterse la intervención de quienes son titulares o codueños del negocio, en el sentido de propietarios de parte del mismo. Este estatus basta para excluirlos del ámbito laboral no por el juego de la regla del art.1.3.e) ET sino por su condición de "empresarios" (la de empresario evoca más a la idea de empresa con trabajadores asalariados), que toman parte en una organización productiva que les pertenece, sin perjuicio por descontado de que el sujeto pueda integrarse en este ámbito si es capaz de demostrar que pese a su condición de dueño presta servicios en régimen asalariado para el negocio familiar. La admisión de la condición de asalariado sólo será posible en la medida en que su participación en la titularidad del negocio sea mínima, pues en caso contrario no podrá probar la presencia de la nota de ajeneidad, y deberá darse de alta como autónomo (si su prestación es habitual y profesional) en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

Hechas estas precisiones, parece que las situaciones posibles en el marco del negocio familiar son la de quien es empleado y dueño, que, como se acaba de señalar, tendrá por lo general la condición de autónomo; la de quien tiene la condición de dueño pero no colabora en el negocio familiar, que caerá fuera del ámbito laboral y también del sistema de Seguridad Social por no prestar servicios; y la de quien es empleado pero no dueño, que es el supuesto que ahora interesa. Cuando una persona presta servicios para un negocio familiar será determinante a la hora de concretar el régimen jurídico a que ha de someterse esta actividad, la relación que le una con la familia propietaria

de la empresa. Así, como insinuábamos, para que funcione la presunción de no laboralidad contenida en el art.1.3º e) ET será preciso que el sujeto esté casado o sea pariente de hasta segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción de uno de los codueños del negocio, con el que además habrá de convivir. Si falla alguna de estas condiciones la prestación de servicios deberá presumirse laboral si es retribuida y habitual. Además el pariente próximo conviviente podrá demostrar el carácter laboral de su prestación de servicios en los términos ya vistos –se trata de una presunción *iuris tantum*–, pudiendo jugar un papel clave también el hecho de que el pariente codueño posea una porción mínima de la titularidad del negocio.

Por lo demás, la presunción de laboralidad alcanzará tanto a los parientes más próximos que no conviven con ninguno de los codueños del negocio, como a los parientes más lejanos (más allá del segundo grado) convivan o no con uno o varios codueños, a las personas acogidas por la familia que no sean parientes próximos, a los convivientes *more uxorio* (con las matizaciones que se verán en su momento), y a los *extraños* (ni familiares, ni personas vinculadas por análoga relación de afectividad) que presten servicios para el negocio familiar. Si bien en los primeros casos (no extraños) cuando la colaboración en la empresa familiar sea ocasional o puntual -sin regularidad- podrá darse entrada a la presunción de no laboralidad desde la deducción de que el vínculo familiar (próximo o lejano) o análogo genera al menos una relación de amistad que hace benévola dicha colaboración.

Quizá el negocio familiar que con más frecuencia se presenta en la realidad económica sea el que se forma entre los cónyuges. En estos casos, además de las reglas expuestas habrá de estarse al régimen económico matrimonial, que sirve a la organización del negocio regulando la responsabilidad de los bienes del patrimonio familiar frente a terceros. Si bien es justo advertir que la normativa civil no contiene reglas específicas para acomodar el juego del régimen económico del matrimonio a las particularidades de la empresa familiar. En todo caso, el negocio así formado tiene la virtualidad de hacer las veces de mecanismo para el cumplimiento de la obligación asumida por los cónyuges de contribución al levantamiento de las cargas familiares.

5. La empresa familiar con forma societaria

El negocio o la empresa familiar puede adoptar también forma societaria (sociedad familiar), realidad económica que al igual que ocurría con el negocio familiar no encuentra definición legal en la normativa vigente, más allá de algunas disposiciones fiscales que presuponen un concepto legal de empresa familiar de contenido no muy preciso⁴⁰. En todo caso, por lo que aquí interesa, la sociedad

⁴⁰ La última versión de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en su artículo 4.ocho, apartados c) y d), define como empresa familiar, a efectos fiscales, toda sociedad que realice actividades empresariales (y no mera gestión de un patrimonio inmobiliario o mobiliario); no tribute en régimen de transparencia fiscal, excepto que se trate de sociedades profesionales; en que una persona física participe en su capital individualmente en un 5%, o junto con parientes (cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción), en un 20%, y que un miembro de la familia ejerza funciones de dirección, recibiendo por ellas de la sociedad más del 50% de sus ingresos empresariales, profesionales o de trabajo personal. Sobre estas

familiar "se caracteriza por la existencia [en el marco de una sociedad] de vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad se asegura, precisamente, a través de estos vínculos"⁴¹.

Esta sociedad puede adoptar la forma de sociedad unipersonal o pluripersonal familiar, en cuyo caso el control de la misma quedaría en manos de un grupo de personas unido por vínculos familiares⁴². La sociedad familiar pluripersonal de capital (en forma de sociedad anónima o de sociedad limitada), como forma jurídica de organización de la empresa familiar (junto a la empresa de titularidad individual), es una de las que en estos momentos a este estudio interesa, destacando que a nuestro entender ésta no pierde la condición de familiar por la entrada de una o varias personas ajenas a la familia siempre que la mayoría del capital continúe estando en manos de miembros de la misma unidad familiar.

Por lo demás, la sociedad familiar puede adoptar formas jurídicas diversas, sin perjuicio de que en cada tipo social sea posible la incorporación de peculiaridades por su carácter familiar, necesarias sobre todo para cerrar las puertas a personas ajenas a la familia, como ocurre con las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, y para preservar la "personalidad" de la sociedad, como ocurre con la intervención del Consejo de Familia que es un órgano meramente estatutario, cuyo informe debe solicitarse para la adopción de acuerdos importantes aunque no sea vinculante. Respecto a la forma jurídica concreta es preciso tener presente en primer término que si la sociedad familiar cotiza en Bolsa tendrá que adoptar necesariamente la forma de sociedad anónima, con las peculiaridades de sociedad abierta que ello conlleva.

En el resto de casos (sin cotización en Bolsa), la empresa familiar adopta con frecuencia la forma de sociedad limitada, por las ventajas que ésta ofrece en relación con la posibilidad de cierre y personalización (restricción a la libre transmisibilidad de las participaciones), la simplificación y la economía de costes, y la flexibilidad en la gestión (agilidad en la adopción de decisiones y mayor con-

reglas fiscales, C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, "La empresa familiar: notas introductorias", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº12, mayo, 1999, pág.7-ss. La Comisión Europea ha dictado varias Recomendaciones y Comunicaciones relativas a los problemas jurídicos de carácter fiscal, mercantil y civil planteados por la sucesión de la Empresa Familiar, si bien siempre en el marco de su política de fomento a las PYMES. La Recomendación del 25 de mayo de 1994 relativa al régimen fiscal de las PYMES, basada en una Comunicación de la misma fecha, proponía a los Estados miembros introducir mejoras en las condiciones fiscales para facilitar la creación y desarrollo de este tipo de empresas: fomentando su autofinanciación limitando la carga fiscal sobre los beneficios invertidos, las obligaciones formales y la carga fiscal en la transmisión de las mismas y sus obligaciones formales.

⁴¹ J.L. IGLESIAS PRADA, "El proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada y la empresa familiar", *Revista General de Derecho*, mayo, 1994, pág.5418.

⁴² VV.AA., *La empresa familiar (Realidad económica y cultura empresarial)*, Civitas, Madrid, 2002, pág.15-ss.

trol de la Junta de socios sobre los administradores)⁴³. No obstante, puede adoptar también otras formas como la comanditaria por acciones, que permite incorporar capitales ajenos sin que quienes los aporten intervengan en la administración, posibilitando así que los parientes se reserven la condición de accionistas; o la comanditaria simple, que presenta el inconveniente de la responsabilidad ilimitada y solidaria de los miembros del grupo familiar⁴⁴.

Téngase en cuenta respecto de las sociedades de responsabilidad limitada que la Ley 7/2003, de 1 de abril, ha modificado la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de esta forma societaria, para incorporar un subtipo de sociedad de responsabilidad limitada, la "sociedad nueva empresa" (SLNE), regulada en el Capítulo XII de la Ley, y cuyo objeto social ha de ser la actividad agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general (sin perjuicio de la posible incorporación de otra actividad por parte de los socios fundadores)⁴⁵. La regulación allí contenida se caracteriza por la agilización de los trámites de constitución, la llevanza de la contabilidad de forma simplificada y un régimen fiscal beneficioso durante los primeros años, que casa con la simplicidad de la sociedad (compuesta sólo por personas físicas, no más de cinco en el momento de su constitución, y con un capital entre tres mil doce y ciento veinte mil doscientos dos euros); pero también por el diseño de un régimen jurídico societario más rígido que el de la sociedad de responsabilidad limitada ordinaria, especialmente en lo que se refiere a la transmisión de participaciones. Por su sencillez y por la rigidez de su régimen jurídico en los puntos expuestos probablemente sea una forma social particularmente útil para las empresas familiares.

Por cierto que esta norma, aprovechando la modificación del régimen de la sociedad limitada, y con la finalidad de favorecer la creación y pervivencia de las sociedades familiares, ha introducido algunas reformas en el C.C. en los preceptos que ordenan las relaciones entre los miembros de la familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc. Así se modifica el art.1056 para que el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas pueda disponer que se pague en metálico su legítima a los demás interesados, no siendo necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, al permitirse la realización del abono con efectivo extra-hereditario y el aplazamiento del pago (durante no más de cinco años).

⁴³ J. P. FERNÁNDEZ GIMENO y M.J. REYES LÓPEZ, *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág.218.

⁴⁴ F. VICENT CHULIÁ Y OTROS, *El buen gobierno de las empresas familiares*, Aranzadi, Pamplona, 2004; F. VICENT CHULIÁ, "La organización jurídica de la sociedad familiar", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº5, 2000, pág.35-38.

⁴⁵ Sobre el régimen jurídico de esta forma de sociedad, P. SALINAS RINCÓN, "La sociedad limitada Nueva Empresa", DL, nº70, 2004, pág.153-168.

Esta Ley (7/2003) incorpora asimismo tres figuras con enorme incidencia en la empresa familiar, como son las participaciones sin voto, una nueva posibilidad de adquisición derivativa de participaciones propias, y la publicidad de los "protocolos familiares"⁴⁶. Los protocolos familiares, que ahora deben ser públicos⁴⁷, son el documento básico de organización de la sociedad familiar, en el que se planifican las relaciones entre el grupo familiar, la propiedad familiar y la empresa o sociedad familiar fijando las reglas a observar sobre gran diversidad de temas. El protocolo familiar puede tener tres grados distintos de eficacia jurídica, a saber: meramente moral (aunque en la práctica suelen cumplirse de forma bastante estricta); de contrato que vincula internamente a las partes, miembros del grupo familiar; y de institucionalización de la sociedad familiar frente a terceros, gracias a la incorporación de gran parte de su contenido a los estatutos de las sociedades de capital en que se concreta la sociedad familiar y el régimen de cotitularidad y gestión de diversos bienes importantes para la empresa familiar.

Las sociedades no familiares, por su parte, pueden adoptar las formas societarias correspondientes, esto es: sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, comanditarias, etc. en similares o idénticos términos a las empresas familiares a las que nos acabamos de referir. Desde el punto de vista de las prestaciones de servicios que pueden acontecer en unas y otras no hay gran diferencia respecto del socio-trabajador, si éste tiene una porción mayoritaria del capital no se integrará en el trabajo asalariado –con las matizaciones que veremos–, y si no es así podrá integrarse. Respecto al resto, parientes de un socio que prestan servicios para la empresa, la diferencia fundamental puede estribar en el juego de la presunción de extralaboralidad, en el bien entendido que el pariente de un socio de una sociedad ordinaria prestará servicios para una persona jurídica por lo que en principio su actividad se presumirá laboral. Por el contrario, cuando se trata de una sociedad estrictamente familiar la entrada de la presunción de no laboralidad puede resultar más sencilla al ser la empresa precisamente "familiar". En todo caso, lo habitual no es la especificación de familiar de la empresa, sino la formación de una sociedad con varios socios sin precisar el tipo de vínculos que les une, lo que nos sitúa sin más ante una persona jurídica. Así las cosas, en ambos supuestos la clave para pronunciarse sobre la laboralidad o no de la prestación de servicios estará en el control de la sociedad del familiar o los familiares con los que conviva el presunto trabajador.

6. La prestación de servicios por parientes de los socios

Bosquejado en el apartado anterior *grasso modo* el régimen jurídico al que puede someterse la empresa societaria queda ahora referirse al modo en que en estos casos puede jugar la presunción de no laboralidad aquí estudiada. Lógicamente el parentesco nace sólo entre personas físicas, y

⁴⁶ Sobre este último instrumento, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. "Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar", *Revista de Sociedades*, nº19, 2003, pág.89-ss.

⁴⁷ Según la disposición final segunda.3 de la Ley, "reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción". Esta norma reglamentaria aún no ha visto la luz.

sólo entre ellas puede acontecer la convivencia. Esto significa, *prima facie*, que si la prestación de servicios tiene lugar para una empresa con forma de sociedad debe ésta presumirse laboral. No obstante, esta presunción debe desplazarse cuando si se levanta el velo de la sociedad se halla una comunidad familiar. En estos casos tiene sentido aplicar la regla formulada en el art.1.3º e) ET, precisamente para evitar que con la mera formación de una persona jurídica se eluda la exclusión del ámbito laboral de los miembros de la familia que dan vida a la empresa.

En otras palabras, cuando la sociedad es la forma jurídica elegida para la organización y gestión de la empresa, aun cuando ésta sea familiar, la entrada de la presunción de no laboralidad estudiada en estas líneas no es directa, antes al contrario, requiere levantar el velo de la sociedad y penetrar en el sustrato real de la empresa, indagando en los vínculos familiares existentes⁴⁸. Si efectivamente la sociedad esconde una unidad nuclear de convivencia podrá aplicarse la presunción del art.1.3º e) ET a la prestación de servicios desarrollada a su favor. Nótese, en este sentido, que el juego de este precepto del ET requiere la concurrencia de dos requisitos: parentesco próximo y convivencia. La ausencia de alguno de ellos basta para que la prestación de servicios de quien no es pariente en el grado exigido o no convive en la unidad familiar se presuma laboral⁴⁹.

Es preciso, así, distinguir varios supuestos. En primer lugar, se presumirá laboral la prestación de servicios del pariente próximo no conviviente, del pariente lejano conviviente o no, y de los que no tienen la condición de parientes. Esta presunción, sin embargo, quedará desvirtuada cuando a la condición de empleado el sujeto anexe la de socio. En estos casos, el desplazamiento de la presunción de laboralidad no traerá su causa en la naturaleza familiar de la empresa, sino en la conjetura de que la posesión de parte de la propiedad de la misma impide hablar de ajeneidad en la prestación de servicios. Como ha aclarado el Tribunal Supremo, para que esto ocurra el sujeto en cuestión deberá poseer una porción relevante de la sociedad⁵⁰, debiendo considerarse en todo caso relevante la posesión de un tercio de la sociedad o de un cuarto si se realizan funciones de dirección y gerencia (D.A. 27ª LGSS, que impone en estos casos el alta en el RETA).

⁴⁸ SSTS de 25 de octubre de 1997 (Ar.7359), de 30 de mayo de 1997 (Ar.4075), de 22 de julio de 1998 (Ar.6197), 9 de noviembre de 1998 (Ar.8592), de 26 de abril de 1999 (Ar.4178), de 13 octubre de 1999, de 31 de enero de 2000 (Ar.65), de 28 de marzo de 2000 (Ar.1783), de 17 de octubre de 2000 (Ar.1783), de 17 de octubre de 2000 (Ar.8046), de 21 de mayo de 2002 (Ar.4848), y SSTSJ de Cataluña de 10 de febrero de 1994 (AS.551), de 16 de mayo de 1994 (AS.2070) y TSJ de Castilla-León de 3 de julio de 1996 (AS.3219), TSJ de Murcia de 11 de marzo de 1997 (AS.3462), TSJ de Galicia de 10 de abril de 1997 (AS.654).

⁴⁹ STS de 14 de junio de 1994 (Ar.5435) ("no consta convivencia con otro u otros miembros de la familia titulares de acciones que pudiera, a partir de una cierta cuota de participación conjunta en la propiedad del capital social, dar lugar a un patrimonio o fondo común, en el que ingresaran los frutos o resultados del trabajo prestado").

⁵⁰ En este sentido, SSTS de 14 de junio de 1994 (Ar.5435) (actora titular del 10% de las acciones, que había sido secretaria del consejo de administración y auxiliar administrativo en las oficinas de la sociedad anónima de propiedad familiar, sostiene el Tribunal que una participación de alrededor del 10% en la sociedad titular de la empresa no desvirtúa la nota de ajeneidad en los servicios prestados a una sociedad de propiedad familiar cuando no consta convivencia); de 19 de octubre de 1994 (Ar.8060) (propietario del 20% del capital, sin haber participado nunca en la administración de la sociedad, y

En segundo lugar, se presumirá no laboral la prestación de servicios para la sociedad si quien los presta es familiar hasta segundo grado o cónyuge de uno o en su caso varios socios y convive con ellos, siempre que la unidad familiar de convivencia posea una porción determinante de las acciones. La presunción será doble si el sujeto es a la vez socio. En todo caso, conviene recordar que desde la aprobación de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que incorporó a la LGSS la disposición adicional 27ª LGSS, se presume no laboral, en tanto que se impone el alta en el RETA, la prestación de servicios de quien convive en una unidad familiar que posee la mitad del capital social, manteniendo con uno o varios de sus componentes una relación conyugal y/o de parentesco hasta segundo grado. Presunción esta que, como se sabe, puede romperse, pesando la carga probatoria sobre el pariente que pretende el reconocimiento de la condición de asalariado.

Cuando el porcentaje de la sociedad que pertenece a la unidad familiar se sitúa por debajo de ese límite (50%), la entrada de la presunción de no laboralidad no será automática y quien pretenda negar la condición de asalariado del sujeto habrá de probarla, siendo frecuente que la negativa proceda de la Entidad Gestora cuando finalizada la actividad se solicita una prestación por desempleo. El Tribunal Supremo sostiene respecto de este punto que, aun cuando el pariente es a la vez socio, no es "dable inferirlo de la mera constatación de que el socio minoritario que trabaja por cuenta ajena es pariente de otros socios"⁵¹, porque no es posible presumir el fraude⁵². Así, con carácter general el Tribunal ha venido exigiendo que la unidad familiar de convivencia concentre al menos el 50% del capital social para rechazar la consideración de laboral –incluso antes de la aprobación de la Ley 50/1998– siempre que el sujeto preste servicios de forma habitual y retribuida⁵³, y no ostente cargos sociales ni tenga encomendada la dirección y gestión de la sociedad⁵⁴.

prestando servicios a cambio de remuneración); de 14 de abril de 1997 (Ar.3063) (socio fundador, titular del 20% del capital social); de 10 de abril de 2000 (Ar.2764) (consideración de laboral de la prestación de servicios retribuida para una sociedad con cuyos titulares le unía una relación de parentesco directo y de la que poseía el 10%); de 29 de septiembre de 2003 (Ar.7816) (participación social significativa pero minoritaria del 20%, siendo los otros socios su padre, con un 60% y un hermano con el 20%, sin que conste la convivencia).

⁵¹ El TS rechazó la consideración de laboral de la prestación de servicios de un padre y un hermano del gerente y principal partícipe (80 %) de la sociedad por tener una participación social apreciable (el 20 % restante) en dicha sociedad, y convivir los tres juntos (STS de 29 de octubre de 1990, Ar.7721).

⁵² STS de 17 de marzo de 1997 (Ar.2562).

⁵³ *Vid.* SSTS de 25 de noviembre de 1997 (Ar.8623) (titular del 10% de las acciones, convivencia con su madre que tenía otro 35% y con su padre que era administrador único, el Tribunal sostiene que "en el caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45% del capital social, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común. No se desvirtúa, por tanto la nota de ajenidad", teniendo en cuenta que el actor trabajó y percibió retribución); de 19 de diciembre de 1997 (Ar.9520) (convivencia con la esposa que poseía el 30 % del capital, no así con la madre que poseía el 63'3%, el Tribunal entiende que pese a que la socia mayoritaria fuese su madre como la persona con la que convivía no alcanzaba al 50% del capital, y realizaba para la sociedad un servicio por el que percibía un sueldo mensual no podía presumirse no laboral la prestación); de 18 de marzo de 1998 (Ar.3724) (accionista titular del 12,5% del capital social, el resto su padre, con el que había convivido, sus tíos y un hermano con los que no convive, el Tribunal entiende que es laboral porque presta servicios percibiendo una retribución a cambio); de 19 de abril de 2000 (Ar.4247) (consideración de laboral de la prestación de servicios con salario mensual de la esposa, en gananciales, de uno de los socios administradores solida-

Es más, incluso cuando la unidad familiar posee el 50% o más del capital cabe romper la presunción de no laboralidad, que en este caso es el resultado de la conjetura de que la familia posee el control efectivo de la sociedad no prestando, por tanto, sus miembros servicios en régimen de ajenidad. Esta presunción se puede romper si el trabajador presta servicios reales para la sociedad, mediante la oportuna retribución⁵⁵, y sin recaer sobre él las decisiones sobre la organización y gestión de la empresa.

La regla expuesta requiere algún comentario más cuando la unidad de convivencia es un matrimonio con régimen económico de gananciales. Como se acaba de señalar la presunción de no laboralidad que resulta del levantamiento del velo de la sociedad admite, por lo general, prueba en contrario. No obstante, esta regla quiebra cuando individualmente considerado el sujeto es titular de al menos el 50% del capital social, en estos casos funciona una presunción *iuris et de iure* de no laboralidad a tenor de lo dispuesto en la D.A. 27ª LGSS que impone el alta en el RETA si hay prestación habitual y profesional de servicios. Pues bien, cabe preguntarse atendiendo a esta regla si cuando el 50% o más del capital está en manos de un matrimonio cuyo régimen económico es el de gananciales debe entenderse que cada uno de ellos se encuentra en la situación descrita en el apartado primero de la D.A. 27ª LGSS, o si por el contrario ha de hacerse una distribución porcentual de capital entre los cónyuges a los efectos de concretar qué porción posee realmente cada uno.

Para dar respuesta a este interrogante conviene recordar que en el régimen de gananciales "se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella" (art.1344 C.C.); que mientras se mantenga dicho régimen esas ganancias se afectarán a las finalidades comunes del

rios de la Sociedad, titular del 30% del capital); de 29 de mayo de 2000 (Ar.4630) (consideración de laboral de la prestación de servicios para la sociedad de la que su esposa poseía un 35%, perteneciendo el resto a su suegro y a su cuñada); de 17 de enero de 2001 (Ar.778) (consideración de laboral de la prestación de servicios para la sociedad de la que su esposa poseía menos del 50%); de 30 de abril de 2001 (Ar.4614) (consideración de laboral de la prestación de servicios para la sociedad de la que su esposa poseía menos del 50%). Sobre estos pronunciamientos jurisprudenciales, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "Los problemas de encuadramiento en el RETA: algunos ejemplos en la jurisprudencia reciente", *AL*, nº47-48, 2002, pág.1016.

⁵⁴ Téngase en cuenta que a los socios administradores no les es de aplicación la doctrina expuesta sino la específicamente establecida para ellos -diferenciada en función de su cuota de participación en el capital social-. Entre otras, STS de 20 de enero de 1997 (Ar.640), de 18 de febrero de 1997 (Ar.2158), de 14 de marzo de 1997 (Ar.2472), de 26 de enero de 1998 (Ar.1066), de 5 de febrero de 1998 (Ar.1640), y de 7 de mayo de 1999 (Ar.4710).

⁵⁵ *Id.* M. ALONSO OLEA, "En torno al concepto de contrato de trabajo", *ADC*, enero-junio, 1967, pág.138. No basta con una apariencia de retribución, es necesario acreditar la absoluta desvinculación entre la retribución y el lazo de parentesco existente (STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 1997, AS.4916), debiendo tenerse en cuenta en este sentido que el salario es, en palabras del TS, una "constante, periódica, determinada y uniforme" contraprestación económica (STS de 25 de febrero de 1981, Ar.746).

art.1362 C.C.; que persisten separados los patrimonios personales de los cónyuges (los bienes privativos); y que se crea un patrimonio colectivo que se atribuye a los dos cónyuges como miembros del consorcio conyugal rigiendo un sistema de cogestión relativa, en el que si bien la gestión y disposición corresponde conjuntamente a los dos cónyuges (artículo 1375 del Código Civil), son "válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero y títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren" (artículo 1384) y "los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquél de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos" (artículo 1385 del Código Civil). No existe así en este régimen una asignación individual por cuotas, al menos mientras no se disuelva la sociedad.

Desde esta perspectiva se podría entender que cada cónyuge es propietario del todo, esto es: de la totalidad del capital social que aglutina la sociedad de gananciales, de manera que si éste alcanza-se el 50% no cabría probar nunca la laboralidad de la prestación de servicios de uno de ellos para la sociedad. Pero no ha sido esta la postura mantenida por el Tribunal Supremo, que ha venido entendiendo que aunque la sociedad de gananciales es una comunidad en mano común, en la que no cabe durante su vigencia una atribución individual por cuotas a cada uno de los cónyuges, esta calificación es relativa, pues el régimen matrimonial es modificable y está abocado a su disolución y liquidación (art.1392 y 1404 C.C.) y conforme a las reglas orgánicas de gestión –en concreto, el art.1384 C.C.– el poder de disposición sobre, en este caso, las acciones que dan la mayoría de la sociedad corresponde al cónyuge a cuyo nombre figuran y en este sentido sólo de éste sería predicable la situación de control y por tanto la imposibilidad de probar el carácter asalariado de su prestación. Así, la existencia de ajeneidad debe valorarse teniendo presente una asignación ideal por cuotas de los bienes gananciales⁵⁶. Esto explica que el Tribunal haya aceptado la laboralidad de la prestación de servicios llevada a cabo por uno de los cónyuges para una sociedad poseyendo el matrimonio el 50% o incluso más del capital, siempre que el afectado no fuese individualmente considerado poseedor de ese porcentaje⁵⁷.

⁵⁶ Esta asignación ideal de cuotas permite superar otras objeciones, pues aunque la utilidad patrimonial del trabajo se incorpore a la sociedad de gananciales -cuando la empresa tiene esta consideración- y sea ésta la que abone la retribución que tiene además la consideración de bien ganancial (art.1347.1 C.C.), siempre subsistirá parcialmente la ajeneidad, pues una parte del trabajo se habrá realizado para otro y se habrá retribuido con cargo a su parte.

⁵⁷ *Vid.* en este sentido, SSTTS de 30 de abril de 2001 (Ar.4614), de 27 de abril de 2000 (Ar.4254), de 22 de diciembre de 1997 (Ar.9530), de 29 de enero de 1997 (Ar.640).

CAPÍTULO II

TRABAJO EN COOPERATIVAS Y SOCIEDADES DE TRABAJO

Sumario: 1. Las cooperativas, en especial las de trabajo asociado: marco normativo y caracterización.- 2. Trabajo asociado, titularidad de la empresa y autoempleo cooperativo.- 3. Actividad, destinatarios y finalidades de las cooperativas.- 4. La relación de trabajo del socio en la cooperativa: calificación jurídica.- 5. Caracterización del trabajo asociado en cooperativas.- 6. El régimen de trabajo en las sociedades laborales.- 7. El trabajo asociado en sociedades agrarias de transformación.- 8. El trabajo asociado en las aparcerías laborales y asociativas.

1. Las cooperativas, en especial las de trabajo asociado: marco normativo y caracterización

Las cooperativas, y en particular las de trabajo asociado, constituyen probablemente fórmulas mixtas entre la asociación, la mutualidad y la sociedad mercantil, que aúnan el elemento personal de las asociaciones, el interés de ayuda recíproca de las mutuas y la finalidad económica o productiva de las sociedades, sin limitarse a la promoción de un interés social o mutualista, ni a la obtención de un lucro derivado de la inversión de un capital⁵⁸.

Como ya dijimos, la regulación de estas formas asociativas corresponde a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la competencia estatal en relación con las cooperativas de ámbito supraautonómico, seguramente como consecuencia de las ambiguas previsiones constitucionales, en las que no se establece expresamente una reserva legal en favor del Estado (STC 72/1983, de 29 de julio), del no fácil encuadramiento jurídico de las cooperativas como sociedades civiles o mercantiles⁵⁹, y de su proximidad con el mutualismo.

Así, las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana, Navarra y País Vasco asumieron la competencia legislativa desde la aprobación inicial de sus respectivos Estatutos de Autonomía⁶⁰. En un segundo momento, las Comunidades Autónomas de Asturias, Aragón,

⁵⁸ Las cooperativas constituyen la forma de empresa de economía social que más trabajadores ocupa en España, llegando hasta el 74,5% de los mismos en 2003; y las cooperativas de trabajo asociado son, con diferencia, las fórmulas cooperativas más numerosas en nuestro país (1.500 sobre un total de 2.126, en 2003), aunque en número de socios se ven superadas por las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (5.727 frente a 16.318, en 2003) [<http://www.mtas.es/Empleo/economia-soc>].

⁵⁹ GADEA, E., *Derecho de las cooperativas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, págs.60 y ss.; y GARCÍA JIMÉNEZ, M., *Autoempleo y trabajo asociado. El trabajo en la economía social*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, págs.73 y ss.

⁶⁰ Art.13.20 LO 6/1981, de 30 de diciembre (Andalucía), art.9.21 LO 4/1979, de 18 de diciembre (Cataluña), art.31.21 LO 5/1982, de 1 de julio (Comunidad Valenciana), art.28.7 LO 1/1981, de 6 de abril (Galicia), art.44.27 LO 13/1982, de 10 de agosto (Navarra), y art.10.23 LO 3/1979, de 18 de diciembre (País Vasco).

Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares, Madrid, La Rioja, y la Región de Murcia, vieron transferida del Estado la competencia exclusiva en materia de cooperativas con la LO 9/1992, de 23 de diciembre, ejecutada en las correspondientes Leyes Orgánicas de modificación de sus respectivos Estatutos de Autonomía⁶¹, y posterior y sucesivamente desarrollada en distintos Reales Decretos de transferencia, entre 1995 y 1999⁶². Finalmente, la competencia legislativa en materia de cooperativas se transfirió a Galicia por LO 16/1995, de 27 de diciembre, y Canarias asumió esta competencia legislativa tras la modificación de su Estatuto de Autonomía por obra de la LO 4/1996, de 30 de diciembre.

Al amparo de estas transferencias competenciales, todas las Comunidades Autónomas, menos Asturias, Canarias, Cantabria y la Región de Murcia, han adoptado su propia ley de cooperativas, aplicable, como es evidente, en su respectivo ámbito territorial⁶³. Se trata, por orden cronológico de las disposiciones autonómicas vigentes, de la Ley 4/1993, de 24 de junio (País Vasco), la Ley Foral 12/1996, de 2 de julio (Navarra), la Ley 2/1998, de 26 de marzo (Extremadura), la Ley 5/1998, de 18 de diciembre (Galicia), la Ley 9/1998, de 22 de diciembre (Aragón), la Ley 4/1999, de 30 de marzo (Madrid), la Ley 2/1999, de 31 de marzo (Andalucía), la Ley 4/2001, de 2 de julio (La Rioja), la Ley 4/2002, de 11 de abril (Castilla y León), la Ley 18/2002, de 5 de julio (Cataluña), la Ley 20/2002, de 14 de noviembre (Castilla-La Mancha), la Ley 1/2003, de 20 de marzo (Islas Baleares), y la Ley 8/2003, de 24 de marzo (Comunidad Valenciana).

No obstante, la Ley de Cooperativas estatal (Ley 27/1999, de 16 de julio), será aplicable a las cooperativas que desarrollen su actividad en el ámbito de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (art.2 LGC), y, con carácter supletorio, en todo el territorio español (art.149.3 CE)⁶⁴.

⁶¹ Leyes Orgánicas 1/1994 (Asturias), 2/1994 (Cantabria), 3/1994 (La Rioja), 4/1994 (Región de Murcia), 6/1994 (Aragón), 7/1994 (Castilla-La Mancha), 8/1994 (Extremadura), 9/1994 (Islas Baleares), 10/1994 (Comunidad de Madrid), y 11/1994 (Castilla y León), todas ellas de 24 de marzo de 1994.

⁶² RD 374/1995, de 10 de marzo (Región de Murcia), RD 383/1995, de 10 de marzo (Castilla-La Mancha), RD 567/1995, de 7 de abril (Aragón), RD 641/1995, de 21 de mayo (Extremadura), RD 832/1995, de 30 de mayo (Castilla y León), RD 933/1995, de 9 de junio (Madrid), RD 944/1995, de 9 de junio (La Rioja), RD 99/1996, de 26 de enero (Islas Baleares), RD 1901/1996, de 2 de agosto (Cantabria), y RD 2087/1999, de 30 de diciembre (Asturias).

⁶³ Ámbito territorial de actuación, más que domicilio (MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de cooperativas*, Madrid, Tecnos, 2002, págs.48 y ss).

⁶⁴ Fuera del ámbito nacional, deben mencionarse igualmente las recientes iniciativas normativas de la Unión Europea en relación con la denominada "sociedad cooperativa europea" (SCE), de implantación supranacional en al menos dos países de la Unión, con el objeto de favorecer la actuación transnacional de las cooperativas en el mercado único (Reglamento, CE, nº 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea), y la implicación y participación de los trabajadores en las sociedades cooperativas europeas que se constituyan (Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores).

Conforme a la ley estatal, se entiende por cooperativa, con carácter general, aquella *"sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional..."* (art.1.1 LGC). Esta definición coincide sustancialmente con la tradición cooperativista internacional, personificada en la Alianza Cooperativa Internacional, en la que se define la cooperativa como *"una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática"*⁶⁵.

A partir de estas definiciones, la cooperativa se caracteriza por ser una sociedad o asociación de personas, ordinariamente físicas, libre y voluntariamente asociadas, que constituyen una empresa de titularidad conjunta y estructura y organización democráticas, con el objeto de satisfacer sus intereses económicos y sociales⁶⁶.

En cuanto a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, a los que alude y remite la Ley de cooperativas española, se trata de la adhesión voluntaria y abierta⁶⁷, la gestión democrática por parte de los socios⁶⁸, la participación económica de los socios⁶⁹, la autonomía e independencia⁷⁰, la educación, formación e información⁷¹, la cooperación entre cooperativas⁷², y el

⁶⁵ <http://www.coop.org/lica/es/esprinciples.html>

⁶⁶ Ver, también, VARA MIRANDA, M.J., *Análisis de las cooperativas de trabajo asociado en Madrid*, M.T.S.S., Madrid, 1985, págs.21 y ss.

⁶⁷ *"Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio, sin discriminación social, política, religiosa, racial o de sexo"*.

⁶⁸ *"Las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios. En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática"*.

⁶⁹ *"Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital normalmente es propiedad común de la cooperativa. Normalmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio. Los socios asignan los excedentes para todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa posiblemente mediante el establecimiento de reservas, de las cuales una parte por lo menos serían irrepartible; beneficiando a los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios"*.

⁷⁰ *"Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa"*.

⁷¹ *"Las cooperativas proporcionan educación y formación a los socios, a los representantes elegidos, a los directivos y a los empleados para que puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de sus cooperativas. Ellas informan al gran público, especialmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, de la naturaleza y beneficios de la cooperación"*.

⁷² *"Las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales"*.

interés de la comunidad⁷³. Junto a estos principios, y en términos aun más generales, la propia Alianza Cooperativa Internacional también ha enunciado una serie de valores cooperativos, enmarcados en la denominada "Declaración sobre la identidad cooperativa", conforme a la cual, las cooperativas *"están basadas en los valores de la autoayuda, la auto responsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad"*, y en *"la tradición de sus fundadores, los socios cooperativos hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación social"*⁷⁴.

Como probablemente no podía ser de otra manera, las definiciones de cooperativas adoptadas en las distintas leyes autonómicas también se adecuan a los conceptos estatal e internacional recién trascritos, también con remisión expresa y generalizada a los principios de la Alianza Cooperativa Internacional, sin perjuicio de que en cada específica definición de cooperativa se destaque en ocasiones con mayor intensidad alguna de sus notas delimitadores, o se incorpore expresamente alguna particularidad, seguramente sobrentendida o deducida en otros casos del articulado de la ley correspondiente.

Así ocurre, paradigmáticamente, respecto de las cooperativas en general, en relación con los fines sociales o de mejora del entorno social y de consideración del interés de la comunidad (Leyes vasca, navarra, gallega, andaluza, catalana, castellano manchega, castellano leonesa y balear), la posibilidad, aun limitada, de participación de personas jurídicas (leyes andaluza, catalana, castellano manchega, castellano leonesa, madrileña, riojana y valenciana), la existencia de un patrimonio común o capital variable (leyes gallega, catalana, castellano manchega y valenciana), o la distribución de resultados económicos en función de la participación en la actividad cooperativizada (leyes gallega y valenciana).

No obstante, el concepto de cooperativa no predetermina, en principio, su objeto, esto es, la actividad que realiza, sino tan sólo su configuración social, como asociación o sociedad de personas, con carácter general físicas, libremente asociadas; su titularidad, conjuntamente atribuida a sus socios; su organización y gestión, autónoma y democrática (un socio, un voto), frente a las sociedades de capital; y su finalidad, constituida por la satisfacción de los intereses económicos y sociales de sus integrantes, y, adicionalmente, de la comunidad o entorno social en el que se inserta.

Desde esta perspectiva, tradicionalmente se viene admitiendo una pluralidad de tipos de cooperativa, atendiendo especialmente al objeto o actividad desarrollada, que, con carácter general, responde a las necesidades e intereses de los socios cooperativistas, en el contexto mutualista o de ayuda mutua o recíproca intrínseco al cooperativismo desde sus orígenes.

⁷³ *"Las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios"*.

⁷⁴ Los principios y valores cooperativos enunciados por la Alianza Cooperativa Internacional pueden consultarse en su página web: <http://www.coop.org/ica/es/esprinciples.html>. Ver también GARCÍA JIMÉNEZ, M., *Autoempleo y trabajo asociado. El trabajo en la economía social*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, págs.50 y ss.

En este sentido, gran parte de las cooperativas existentes y previstas legalmente tiene por objeto la organización, gestión y prestación de determinados bienes o servicios comunes a sus socios, con exclusión de terceros como regla general, bien como consumidores y usuarios (cooperativas de viviendas, de crédito, de seguros, sanitarias, de enseñanza, de consumidores y usuarios...), bien como profesionales o empresarios (cooperativas agrarias, del mar, de servicios, de transporte...).

Junto a ellas, tradicionalmente también vienen admitiéndose las cooperativas de trabajo, cuyo objeto cooperativo, desde la perspectiva mutualista o de ayuda mutua propio del cooperativismo, se constituye por la creación y mantenimiento de puestos de trabajo para sus socios (autoempleo), bien de manera exclusiva o principal, con independencia de la actividad económica, productiva o empresarial desarrollada (cooperativas de producción o de trabajo asociado), o en un ámbito de actividad concreto (cooperativas de explotación comunitaria de la tierra), bien conjuntamente con la prestación de bienes y servicios específicos a los socios, propia de cualesquier cooperativa, cuya gestión se realiza por socios de trabajo (vgr. cooperativas de enseñanza o sanitarias)⁷⁵.

2. Trabajo asociado, titularidad de la empresa y autoempleo cooperativo

Como se acaba de precisar, la modalidad más significativa de cooperativa de trabajo, esto es, aquella cuyo objeto esencial y mutualista es la creación y mantenimiento de un empleo para sus socios, es la de trabajo asociado, sin perjuicio de que las restantes fórmulas cooperativas, destinadas a la prestación de bienes o servicios comunes para sus socios, especialmente las de titulares de explotaciones agrarias (cooperativas de explotación comunitaria de la tierra) y también las de empresarios y profesionales (agrarias, marítimas, de transporte, de servicios...), o al cumplimiento de otros fines sociales o comunitarios (cooperativas de iniciativa, inserción o integración social), también pueden agrupar a socios trabajadores en su seno⁷⁶.

⁷⁵ La Ley de cooperativas de la Comunidad de Madrid (art.104) distingue entre cooperativas de trabajadores asociados (cooperativas de trabajo, de iniciativa social y de comercio ambulante), de apoyo empresarial [rural (cooperativas agrarias y de explotación comunitaria de la tierra), general (cooperativas de servicios empresariales) o financiero (cooperativas de crédito y de seguros)], de autoayuda consumidora (de consumidores, de escolares, de viviendas), y de sectores o funciones sociales especiales (de enseñanza, sanitarias, de transporte, de integración social e integrales). La Ley de cooperativas andaluza (art.119) clasifica las cooperativas de primer grado en tres grupos: de trabajo asociado, de consumidores y usuarios y de servicios; al igual que la Ley de cooperativas de Castilla y León (art.98): de trabajadores (de trabajo, de explotación comunitaria de la tierra y/o el ganado, y de enseñanza), de servicios a los socios (agrarias, de transportistas, y de industriales o de profesionales), y de consumo (de viviendas, de crédito y seguros, y de consumidores y usuarios).

⁷⁶ La disposición adicional tercera de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, permite que las cooperativas desarrollen esa actividad de cesión de trabajadores, seguramente bajo la fórmula de cooperativas de trabajo asociado. Ver, sobre el particular, LÓPEZ GANDÍA, J., "Descentralización productiva y cooperativas de trabajo", R.D.S., nº 20, 2002, especialmente págs.53 y ss.

En el ámbito estatal, la Ley General de Cooperativas define las de trabajo asociado como aquellas "que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes y servicios para terceros" (art.80.1 LGC)⁷⁷.

La participación de los trabajadores en la empresa, incluida la propiedad de los medios de producción (art.129.2 CE)⁷⁸, se enmarca en nuestro sistema económico en un más amplio y reforzado reconocimiento constitucional de la libertad de empresa en una economía de mercado (art.38 CE)⁷⁹, conformando y dando cobertura a un marco de relaciones laborales y de producción de perfiles capitalistas, en el que el titular del capital asume con carácter general la organización de los factores productivos, incluido el trabajo, tanto desde la perspectiva económica como desde el punto de vista jurídico, con evidentes consecuencias en la relación laboral y en su caracterización como subordinada o dependiente y por cuenta ajena (art.1.1 ET)⁸⁰.

Incluso la manifestación legal más significativa de la referida previsión constitucional sobre el acceso de los trabajadores a los medios de producción, las cooperativas, expresamente mencionadas en el citado artículo 129.2 de la CE, ordinariamente articulan tal posibilidad en términos mediatos o indirectos, contemplando el acceso de los trabajadores a la titularidad y organización de la empresa a través de su participación en el capital social o en los medios de producción o explotación económica, pero no directa y exclusivamente a través de su simple condición de trabajadores⁸¹. En este sentido, si bien es cierto que la participación de los socios en la actividad cooperativizada consiste esencialmente, o puede consistir, en su prestación de trabajo (arts.13.4, 80.1 y 94.1 LGC), la adquisición de

⁷⁷ Las definiciones de cooperativas de trabajo asociado en las leyes autonómicas coinciden sustancialmente con el concepto estatal, resaltando en algún caso determinada característica o nota, como el trabajo en común, la finalidad de proporcionar puestos de trabajo o empleos estables, su composición por personas físicas, el carácter societario del vínculo de sus socios trabajadores, o la posibilidad de prestar servicios a terceros. Ver, desde el punto de vista económico, MONZÓN CAMPOS, J.L., *Las cooperativas de trabajo asociado en la literatura económica y en los hechos*, M.T.S.S., Madrid, 1989.

⁷⁸ Sobre la gestación de este precepto constitucional, ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., "Comentario del artículo 129.2 de la Constitución española de 1978 y su desarrollo (con atención especial a la participación en la empresa)", en VV.AA. (dir. y coord. SEMPERE NAVARRO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, M.T.A.S., Madrid, 2003, págs.1469 y ss. También, PAZ CANALEJO, N., "La Constitución y las cooperativas", Documentación Administrativa, nº 186, 1980, págs.73 y ss.

⁷⁹ GOIG MARTÍNEZ, J.M., "Artículo 38. La libertad de empresa", en VV.AA. (dir. ALZAGA VILLAMIL, O.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1996, págs.729 y ss.

⁸⁰ GARCÍA MURCIA, J., "Las empresas de la economía social desde la perspectiva laboral", en VV.AA. (coord. ÁLVAREZ VEGA, M.I.), *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias y Universidad de Oviedo, Oviedo, 2002, págs.135 y ss.

⁸¹ GARCÍA JIMÉNEZ, M., "Las condiciones de trabajo en las cooperativas andaluzas de trabajo asociado. Un estudio de las cooperativas de la provincia de Córdoba (I)", *Temas Laborales*, nº 38, 1996, pág.189.

la condición de socios trabajadores o de trabajo está condicionada con carácter general a la aportación económica al capital social (arts.45 LGC)⁸².

La participación de los trabajadores en la titularidad y organización de las cooperativas de trabajo asociado tiene, por otra parte y como su propia denominación indica, un carácter necesariamente asociativo, en el sentido de agrupar a una pluralidad de personas físicas (arts.8 LGC), que prestan sus servicios profesionales para la entidad en la que se integran como socios (arts.1.1 y 80.1 LGC), en términos libres e igualitarios, sin perjuicio de los matices derivados de su grado o modalidad de participación social, no obstante limitada (arts.26 y 45.6 LGC), especialmente en la determinación de la participación en los beneficios o ganancias sociales, de la posibilidad de que también presten servicios para la misma trabajadores no socios (arts.80.7 LGC), en régimen laboral o asalariado, y de que se integren en ella socios de capital o personas físicas o jurídicas que participan o colaboran en la actividad cooperativa sin realizar una prestación profesional en su seno (arts.14 LGC).

Esta asociación cooperativa de trabajadores destinada a la prestación colectiva de servicios asume, además, una forma y denominación especial respecto de una modalidad más amplia de entidad asociativa o societaria tipificada legalmente, cual es la cooperativa de trabajo asociado (arts.80 y ss. LGC) o, matizadamente, de explotación comunitaria de la tierra (arts.94 y ss. LGC), respecto de la cooperativa, resultando aplicables a aquellas, igualmente, las normas generales sobre cooperativas.

Junto con la participación asociada de los trabajadores en la titularidad y organización de la empresa, las cooperativas de trabajo asociado añaden como nota caracterizadora y finalista su conformación como instrumento colectivo de autoempleo, a través del cual los socios trabajadores desarrollan una actividad profesional lucrativa o remunerada, sin perjuicio de que tal remuneración pueda venir causada por la participación social y no tome la forma o denominación de salario en sentido laboral (arts.48 y 80.4 LGC), o de que la actividad de la cooperativa no resulte lucrativa, en sentido especulativo.

En este sentido, especialmente desde los años ochenta, se ha puesto de manifiesto la utilidad de las empresas de economía social como mecanismo de supervivencia empresarial y mantenimiento del empleo en situaciones de crisis, mediante la transformación societaria⁸³, y, también en los

⁸² ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción", *R.P.S.*, nº 107, 1975, págs.88 y ss.; y ORTIZ LALLANA, M.C., "Problemas procesales en relación con las cooperativas de trabajo asociado", *R.E.D.T.*, nº 43, 1990, pág.398.

⁸³ Sobre los costes del trabajo asociado en función del orden normativo aplicable, LÓPEZ MORA, F.V., "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", *C.I.R.I.E.C.*, nº 13, 1993, págs.161 y ss. También, una comparación entre condiciones laborales en el ámbito cooperativo y en el del trabajo asalariado, en GARCÍA JIMÉNEZ, M., "Las condiciones de trabajo en las cooperativas andaluzas de trabajo asociado. Un estudio de las cooperativas de la provincia de Córdoba (y II)", *Temas Laborales*, nº 39, 1996, págs.207 y ss.

noventa y en la actualidad, como fórmula de autoempleo y nuevo yacimiento de empleo (arts.23.1 y 24.1.e) Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo)⁸⁴, con un tratamiento privilegiado por parte de los poderes públicos en algunos aspectos (subvenciones, medidas de fomento del empleo, tratamiento fiscal, etc.)⁸⁵.

3. Actividad, destinatarios y finalidades de las cooperativas

Las cooperativas de trabajo asociado pueden realizar, en principio, cualquier actividad, sin que una u otra resulte intrínseca a tal concepto o excluyente del mismo, pudiendo desenvolverse tanto en el mercado ordinario de bienes y servicios, como en el ámbito del trabajo comunitario o de finalidad social, siendo los beneficiarios o destinatarios de los bienes o servicios que producen terceros ajenos al vínculo societario cooperativo (clientes). Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian desde esta perspectiva del resto de modalidades de cooperativas, cuya caracterización, objeto y denominación condiciona en gran medida la actividad a desarrollar y los destinatarios de la misma.

En este sentido, la actividad de la cooperativa (art.1.1 LGC), salvo en el caso de las integrales, con objeto plural (art.105 LGC), viene determinada por su función, carácter y denominación (de consumidores y usuarios, de viviendas, agrarias, de servicios, del mar, de transportistas, de seguros, sanitarias, de enseñanza o de crédito, de explotación comunitaria de la tierra o de iniciativa social).

En cuanto a sus destinatarios, la actividad ordinaria de las cooperativas viene referida, con carácter general y por su carácter mutualista, a sus propios integrantes o socios cooperativistas, sin perjuicio de que también puedan desarrollar su actividad para terceros, no socios (cooperativas de consumidores y usuarios, de viviendas, agrarias, de servicios, del mar, o de transportistas), aunque no en todo caso, y normalmente de forma limitada (arts.4, 88.2, 89.4, 93.4, 98.3, 99.3 y 100.2 LGC), y de que, en el caso de cooperativas destinadas a la colaboración de profesionales autónomos para la mejora de su actividad (agrarias, de servicios, del mar, y de transportistas), los servicios recibidos

⁸⁴ MERCADER UGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, P., "La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial", *RR.LL.*, tomo I, 1997, págs.1158 y ss.; MORGADO PANADERO, P., "Las empresas de Economía Social y el Derecho del Trabajo", *RR.LL.*, nº 18, 2002, págs.39 y ss.; y HIERRO HIERRO, F.J., "Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado", *A.S.*, nº 20, 1994, págs.51 y 52.

⁸⁵ Ver, en este sentido, las resoluciones del Parlamento Europeo de 13 de abril de 1983, sobre el movimiento cooperativo en la Comunidad Europea (DO nº 128, de 16 de mayo de 1983), de 9 de julio de 1987, sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo regional (DO nº 246, de 14 de septiembre de 1987), de 28 de octubre de 1988, sobre el movimiento cooperativo en la política de desarrollo (DO nº 309, de 5 de diciembre de 1988), de 26 de mayo de 1989, sobre el papel de la mujer en las cooperativas e iniciativas locales de creación de empleo (DO nº 158, de 26 de junio de 1989), de 11 de febrero de 1994, sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo regional (DO nº 61, de 28 de febrero de 1994), y de 18 de septiembre de 1998, sobre el papel de las cooperativas en el crecimiento del empleo femenino (DO nº 313, de 12 de octubre de 1998). También, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, la resolución de la Asamblea General de 19 de diciembre de 2001, sobre las cooperativas en el desarrollo social (A/RES/56/114).

de la cooperativa repercutan indirectamente en la mejora de la actividad que los socios prestan a sus propios y respectivos clientes (terceros). A este respecto, seguramente las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ocupan una posición intermedia, por cuanto que los destinatarios ordinarios de su actividad serán tanto sus socios como los terceros, toda vez que entre sus fines se encuentra tanto la mejora de las explotaciones agrarias de sus integrantes, como la propia explotación económica de las mismas, a pesar de que las operaciones con terceros están igualmente limitadas (art.94.2 LGC).

Por otra parte, junto con la finalidad de ayuda mutua intrínseca al cooperativismo, puesta de manifiesto en los destinatarios de la actividad de las cooperativas, principalmente los propios socios, e incluso en las de trabajo asociado, a través de la promoción de puestos de trabajo para los cooperativistas, la tradición de estas entidades de economía social añade a sus objetivos o finalidades mutualistas otros de carácter social, destinados a la mejora y desarrollo de la sociedad o del entorno en el que se insertan y realizan su actividad productiva, y añadidos, en su caso, a ésta. Lo que en términos más amplios y actualizados se viene denominando como responsabilidad social de la empresa (preocupaciones sociales y medioambientales en sus relaciones internas y externas)⁸⁶.

Esta exigencia se establece en la Ley estatal de cooperativas, en primer lugar mediante la expresa remisión a los "...*principios formulados por la alianza cooperativa internacional*" (art.1 LGC), entre los que se incluye el interés de la comunidad ("*Las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios*")⁸⁷; y en segundo lugar, a través del establecimiento de la obligación de mantener un "*Fondo de educación y promoción*", destinado a la formación, educación y difusión del cooperativismo, y a "*la promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local y de la comunidad en general, así como a la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental*" (art.56 LGC).

De manera más específica, también se prevé la existencia de "*sociedades cooperativas sin ánimo de lucro*", como aquellas que "*gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las perso-*

⁸⁶ "*La mayoría de las definiciones de la responsabilidad social de las empresas entienden este concepto como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores*" [Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas", COM (2001) 366, <http://www.mtas.es/Empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/Libro-Verde-COM2001-366.pdf>]. Ver también la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 2 de julio de 2002, "relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible" [COM (2002) 347, <http://www.mtas.es/Empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/Com-Comis-RSE-2002.pdf>]; y la Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003, relativa a la responsabilidad social de las empresas (DOC nº 39, de 18 de febrero de 2003).

⁸⁷ <http://www.coop.org/ica/es/esprinciples.html>

nas que sufran cualquier clase de exclusión social..." (DA 1ª LGC)⁸⁸; y de "cooperativas de iniciativa social", como aquellas que, "sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado" (art.106 LGC).

Por su parte, las leyes autonómicas de cooperativas también remiten generalizadamente a los principios del cooperativismo internacional, incluyendo en muchos casos de manera expresa la atención o el interés de la comunidad o del entorno social en sus definiciones de cooperativa, como se vio, incluso más allá del concepto de la Ley estatal, previendo igualmente la existencia de cooperativas de integración, inserción, iniciativa o bienestar social o de servicios sociales, con alcance más general o particular en cuanto a sus funciones y destinatarios, según el caso.

4. La relación de trabajo del socio en la cooperativa: calificación jurídica

El trabajo en las cooperativas puede desarrollarse por trabajadores asalariados, vinculados a ellas a través de un contrato de trabajo, aun ordinariamente con carácter limitado (arts.80.7 LGC)⁸⁹, o a través de socios trabajadores o socios de trabajo, personas cuya aportación principal a la cooperativa en la que se integran mediante un vínculo societario es, precisamente, su prestación personal de servicios.

El régimen jurídico aplicable a los primeros es, en general, el laboral común, puesto que en nada se diferencian de los trabajadores asalariados de cualesquiera empresas ordinarias, sin perjuicio de las particularidades que en algún caso resulten aplicables por razón de la especialidad de la entidad en la que realizan su prestación laboral⁹⁰, como ocurre, significativamente, con el régimen de acceso a la condición de socio por parte de los trabajadores (art.80.8 LGC), con la participación de los mismos, a través de la representación en el comité de empresa, en el consejo rector de la cooperativa

⁸⁸ En estos supuestos se exige igualmente que en los estatutos se establezca expresamente "a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios. b) Las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas. c) El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los consejeros en el desempeño de sus funciones. d) Las retribuciones de los socios trabajadores o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena no podrán superar el 150 por 100 de las retribuciones que en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector".

⁸⁹ "El número de horas/año realizadas por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena no podrá ser superior al 30 por 100 del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores" (art.80.7 LGC), sin que se computen, a tales efectos, los trabajadores contratados en determinados supuestos (subrogación, sustitución, puesta a disposición, prácticas, formación...).

⁹⁰ Extensamente, PAZ CANALEJO, N., "Las cooperativas y las relaciones laborales", *R.T.*, nº 61-62, 1981, págs.93 y ss.

(art.33 LGC)⁹¹, con la posibilidad de retribución por reparto de beneficios (art.58.5 LGC), o con la designación de los delegados de prevención, conjuntos para los trabajadores y los socios trabajadores, en su caso (DA 10ª LPRL)⁹².

Respecto de los socios trabajadores o de trabajo de cooperativas, su doble posición, como titulares de la misma y como prestadores de su actividad personal y productiva, altera ciertamente los títulos jurídicos de imputación de la normativa social, entendida ésta especialmente en su dimensión de articulación y tutela de los intereses presentes en las relaciones de prestación personal, profesional y subordinada de servicios productivos, y complica en cierta medida la aplicación de las normas laborales, por su objeto y contenido. Por otra parte, esta dificultad de encuadramiento y regulación se agrava desde el punto de vista normativo por la existencia de una pluralidad de subsistemas normativos en el ordenamiento social que utilizan conceptos o títulos de imputación no siempre coincidentes, a sus respectivos efectos (trabajo, empleo, prevención de riesgos, Seguridad Social, proceso social, etc.).

Conforme a la ley estatal el trabajo asociado o societario en las cooperativas se puede realizar por los "socios trabajadores" y por los "socios de trabajo". Los socios ordinarios de las cooperativas de trabajo asociado se denominan socios trabajadores (art.80 LGC), al igual que los socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra que aportan su trabajo personal, sólo o conjuntamente con medios y tierras (art.95 LGC).

También tienen, seguramente, la consideración de socios trabajadores, los profesionales de la salud que prestan sus servicios por cuenta de las cooperativas sanitarias (art.102.2 LGC), y el personal docente y de servicios que presta su actividad para las cooperativas de enseñanza (art.103.3 LGC), al igual que los socios que presten sus servicios en cooperativas de trabajo asociado, sanitarias o de enseñanza, que sean además de iniciativa social (art.106.3 LGC).

La denominación de socios de trabajo se reserva para los socios de los restantes tipos de cooperativas de primer grado o de cualesquiera de segundo grado (cooperativas asociadas) cuya actividad cooperativizada consista en su prestación personal de trabajo para la cooperativa (art.13.4 LGC)⁹³.

⁹¹ MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado", en VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs.141 y ss.

⁹² "El procedimiento para la designación de los Delegados de Prevención... en las sociedades cooperativas que no cuenten con asalariados deberá estar previsto en sus Estatutos o ser objeto de acuerdo en Asamblea General", y "Cuando, además de los socios que prestan su trabajo personal, existan asalariados se computarán ambos colectivos a efectos" de designación de delegados de prevención, que se "realizará conjuntamente por los socios que prestan trabajo y los trabajadores asalariados o, en su caso, los representantes de éstos" (DA 10ª LPRL).

⁹³ Como pone de relieve PAZ CANALEJO, N., "La cooperativa como superación del esquema clásico de las relaciones laborales: los socios de trabajo y las cooperativas de producción ante la reforma legislativa", *R.P.S.*, nº 133, 1982, pág.13, los socios de trabajo de las cooperativas diferentes de las de trabajo asociado se integran y participan en la cooperativa a través de su prestación de servicios (además de la correspondiente aportación económica al capital social), a diferencia del resto de los socios cooperativistas, usuarios de los servicios de la misma, y de los trabajadores no socios que, en su caso, tenga la cooperativa, en los que también podría concurrir la condición de socio ordinario o usuario (socio no trabajador), como socio y trabajador, diferente del socio trabajador.

No tienen, por el contrario, tal condición, sino la de simples socios cooperativistas, los profesionales autónomos organizados para la mejora de su actividad en cooperativas agrarias, de servicios, del mar, o de transportistas (arts.93.1, 98.1, 99.1 y 100.1 LGC).

Inexistente en nuestro ordenamiento la figura del trabajo "parasubordinado"⁹⁴, o una relación laboral especial de trabajo cooperativo, asociado o societario⁹⁵, la opción del legislador para el encuadramiento jurídico-profesional de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas ha sido la de primar su condición social, reconocida tanto para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado o de explotación comunitaria de la tierra, como para los socios de trabajo de las restantes cooperativas, lo que supone, en términos laborales, su consideración como trabajadores por cuenta propia o autónomos, y la existencia de un solo vínculo, de naturaleza societaria, con la entidad en la que se integran (arts.80.1, 13.4 y 95 LGC), y la consecuente exclusión del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral⁹⁶.

La Ley estatal de cooperativas de 1999, vigente en este momento, al igual que las leyes de cooperativas de algunas Comunidades Autónomas (vgr. Andalucía y Rioja), reconoce expresa e inequívocamente esta calificación societaria (art.80.1 LGC), frente a sus antecedentes normativos inmediatos (Ley 54/1974, de 19 de diciembre, desarrollada por RD 2710/1978, de 16 de noviembre, y Ley 3/1987, de 2 de abril), en los que, no obstante, podía deducirse cabalmente la preponderancia y calificación societaria del vínculo, al preverse adicionalmente la posibilidad de contratación de trabajadores asalariados, diferentes de los socios trabajadores o de trabajo, con derecho, además, en determinadas condiciones, a incorporarse a la cooperativa como socios trabajadores o de trabajo.

⁹⁴ Ver RUIZ CASTILLO, M.M., "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado", *RR.LL.*, nº 15-16, págs.34 y ss.

⁹⁵ ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción", *R.P.S.*, nº 107, 1975, págs.73 y 74, recuerda que en el proyecto de Ley de Relaciones Laborales el trabajo de los socios trabajadores de cooperativas de producción o de trabajo asociado se consideraba una relación laboral de carácter especial. No obstante, esta calificación no se mantuvo en el texto de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Ley 16/1976, de 8 de abril).

⁹⁶ El artículo 80.5 de la LGC, el prescribir la aplicación de las normas sobre salud laboral y prevención de riesgos laborales en el trabajo asociado en cooperativas habla de "*la relación societaria y autogestionada de los socios trabajadores que les vincula con su cooperativa*".

5. Caracterización del trabajo asociado en cooperativas

La caracterización de los socios trabajadores de cooperativas, particularmente las de trabajo asociado, y más allá de su formal consideración legal, ha sido objeto de debate doctrinal, optándose por primar su condición laboral, societaria o mixta, en función de las características de la prestación desempeñada y de la integración social en la cooperativa y la causa asociativa del trabajo⁹⁷.

Desde esta perspectiva, y a semejanza de los trabajadores asalariados de régimen laboral, los socios trabajadores o de trabajo de cooperativas realizan voluntariamente una prestación de servicios personales para la entidad a la que se asocian, de manera conjunta, coordinada y organizada, y sometida a una disciplina social; que el resultado de su trabajo se integra en el patrimonio de su empresa, aun común, desde su producción, sin necesidad de específicos actos de transmisión patrimonial⁹⁸, siendo su destino el mercado o la satisfacción o cobertura de los intereses o necesidades de los propios socios de la cooperativa, en las condiciones determinadas por la entidad; y que su actividad se ve retribuida a través de los denominados anticipos societarios, como compensación económica de su participación profesional, aun a cargo y como reparto de los resultados o beneficios de la actividad conjunta y cooperativizada⁹⁹.

⁹⁷ SANTIAGO REDONDO, K.M., *Socio de cooperativa y relación laboral*, Ibidem, Madrid, 1998, defiende la laboralidad de los socios trabajadores de las cooperativas, tras un análisis exhaustivo de las distintas notas constitutivas del trabajo asalariado (voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución), que predica de su actividad prestacional. También ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción", R.P.S., nº 107, 1975, págs.95 y ss.; y PEDRAJAS PÉREZ, F. y PRADOS DE REYES, F.J., "Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado", R.T., nº 52, 1975, págs.198 y ss. Por el contrario, VALDÉS DAL-RE, F., *Las cooperativas de producción*, Montecorvo, Madrid, 1975, defiende la naturaleza social y no laboral del trabajo de los socios trabajadores de las cooperativas, estimando la falta de ajenidad y dependencia (salvo la técnica y organizativa o funcional), y el origen social y el carácter accesorio de la obligación de trabajo. También mantienen el carácter societario del trabajo de los socios trabajadores de cooperativas, LÓPEZ MORA, F., "La prestación de servicios en las cooperativas y en las sociedades laborales", en VV.AA., *Estudios jurídicos sobre economía social*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2002, págs.72 y ss., con base, fundamentalmente, en la falta de ajenidad (responsabilidad social y ausencia de garantía de los anticipos societarios); SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Un régimen especial de Seguridad Social: el de los socios trabajadores de cooperativas de producción", R.P.S., nº 61, 1964, págs.373 y ss.; y TRUJILLO DÍEZ, I.J., *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs.113 y ss. Por su parte, ORTIZ LALLANA, M.C., *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de Trabajo Asociado*, Bosch, Bacerlona, 1989, mantiene el carácter no laboral, en sentido propio, de la prestación de los socios trabajadores, con base en la falta de ajenidad y en la concurrencia de una subordinación simplemente organizativa, aunque defiende la necesidad de tutela laboral de tal prestación. También MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado", en VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs.144 y 145; LUJÁN ALCARAZ, J., "El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas", A.S., tomo V, 1999, págs.130 y 131; y DUEÑAS HERRERO, L.J., "Primera lectura del artículo 80 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas: concepto, objeto y sujetos de las cooperativas de trabajo asociado", *Legislación, Lex nova*, nº 26, 1999, págs.10 y ss., defienden la posición mixta, laboral y societaria, o la caracterización como "tertium gen", de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

⁹⁸ ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción", R.P.S., nº 107, 1975, págs.99 y ss.

⁹⁹ MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado", en VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs.145 y ss.

No obstante, y desde el punto de vista social, la prestación de servicios de los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas constituye su aportación principal en una actividad común o cooperativizada, en régimen de participación y cotitularidad de pérdidas y ganancias, y de codecisión y cogestión de la empresa en la que se integran, sin que, por ello, pueda mantenerse la concurrencia y coexistencia de un doble vínculo, social y laboral, admitido, aun matizadamente, en el caso de los socios y trabajadores de sociedades mercantiles de capital con no mayoritaria participación en el capital social y responsabilidad social limitada.

En este sentido, la responsabilidad o imputación de pérdidas en las cooperativas puede alcanzar al propio patrimonio de los socios cooperativistas (art.59 LGC)¹⁰⁰, sin que se limite tan solo a su aportación al capital social, lo que puede afectar ciertamente a la ajenidad en el riesgo predicada del trabajo asalariado, sin perjuicio de las restricciones que a estos efectos se establezcan estatutariamente respecto de los socios de trabajo de cooperativas distintas de las de trabajo asociado (art.13.4 LGC).

También puede verse cuestionada esta nota, al menos respecto de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, por la ausencia de un régimen legal de garantía de su remuneración en caso de que el resultado económico de la entidad resulte deficitario¹⁰¹. Esta garantía sí está prevista expresamente para los socios trabajadores de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y para los socios de trabajo de cualesquiera otras cooperativas, y se constituye sobre los fondos de reserva y, en su defecto, mediante aportaciones de los socios cedentes de bienes o usuarios, respectivamente (arts.13.4 y 97.4 y 5 LGC), que no existen, en principio, en las cooperativas de trabajo asociado.

Por otra parte, si bien es cierto que, con carácter general, ningún socio cooperativista puede ser titular de más de un tercio del capital social (art.45.6 LGC), la mayor o menor participación económica en la cooperativa no determina, en principio, el nivel de codecisión social, toda vez que, conforme al principio democrático intrínseco al cooperativismo, a cada socio le corresponde con carácter general un voto, con independencia de su participación en el capital social (art.26 LGC), lo que supone un mayor acercamiento y participación del socio trabajador o de trabajo de las cooperativas en las decisiones y en el gobierno y control de la entidad, y, consecuentemente, una menor dependencia o subordinación, al menos salvo que se trate de cooperativas de cierta envergadura y elevado número de socios.

Pero más allá de la concurrencia o no, con mayor o menor intensidad, de las notas caracterizadoras del trabajo asalariado (ajenidad, dependencia y retribución), seguramente ontológicas a cual-

¹⁰⁰ Los socios de las cooperativas pueden responder mancomunadamente de las obligaciones de la misma (MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de cooperativas*, Tecnos Madrid, 2002, pags.192 y ss.).

¹⁰¹ Los socios trabajadores asumen parte del riesgo de empresa, que puede afectar incluso a su derecho a los anticipos laborales (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de marzo de 2000, AS 376).

quier prestación de servicios no benévola en el seno de una entidad constituida por una pluralidad de personas, con personalidad jurídica propia y diferenciada, el título jurídico que constituye la causa la prestación de servicios en el ámbito cooperativo es de carácter societario¹⁰², y ese título jurídico, reconocido expresa y específicamente por el ordenamiento, permite y ampara la cobertura societaria de una prestación de servicios personales con independencia de su caracterización material, al menos salvo que se trate de una cobertura simulada o fraudulenta, lo que, en hipótesis, no cabe cuando se reconoce legalmente la posibilidad de realizar prestaciones materialmente semejantes al amparo de una pluralidad de títulos jurídicos, como puede ocurrir, por ejemplo, en relación con el contrato de transporte o el de agencia o mediación mercantiles (art.1.3.g) ET y Ley 12/1992, de 27 de mayo), susceptibles de superposición sobre una prestación materialmente laboral, dependiente, retribuida y por cuenta ajena¹⁰³.

Los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas son, por tanto y desde el punto de vista laboral, trabajadores por cuenta propia, quizá en menor grado los segundos, por su limitada participación económica en los derechos, obligaciones y responsabilidades sociales, y por la garantía retributiva de sus anticipos societarios¹⁰⁴; aunque menos, seguramente, autónomos, en la medida en que las exigencias propias de cualquier actividad productiva colectiva y organizada impone normalmente cierto grado de dependencia o subordinación técnica o funcional en el desempeño de la prestación coordinada de servicios¹⁰⁵, incluido el sometimiento al régimen disciplinario cooperativo, de carácter societario, sin embargo (arts.18 y 82 LGC)¹⁰⁶.

No obstante, esta calificación o caracterización legal de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, como trabajadores por cuenta propia o autónomos, se circunscribe en principio al ámbito de la normativa laboral o de prestación de servicios, y tiene un alcance genérico, viéndose ciertamente matizada en la propia articulación y concreción del régimen de obligaciones y derechos de alcance laboral (en sentido material) establecido en la legislación cooperativa, en materia de empleo y de prevención de riesgos laborales, en materia procesal, y especialmente en el ámbito de la Seguridad Social, tanto en el encuadramiento en sus distintos Regímenes (DA 4ª LGSS y art.8 RD 84/1996, de 26 de enero), como en algunos relevantes aspectos de la relación jurídica de Seguridad Social (obligaciones de encuadramiento y cotización, arts.40.2 RD 84/1996, y 43.1 RD

¹⁰² La causa societaria de la prestación de los socios trabajadores de cooperativas es, probablemente, el punto de unión entre las distintas doctrinas sobre la calificación jurídica de su posición, aun cuando de la misma deriven consecuencias diferentes sobre el régimen jurídico aplicable.

¹⁰³ LÓPEZ GANDÍA, J., *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 41 y 53.

¹⁰⁴ También SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Un régimen especial de Seguridad Social: el de los socios trabajadores de cooperativas de producción", *R.P.S.*, nº 61, 1964, pág.375.

¹⁰⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, págs.45 y 46; y ORTIZ LALLANA, M.C., *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de Trabajo Asociado*, Bosch, Barcelona, 1989, pág.48. También las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1987 (RJ 3734 y 4347), y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de mayo de 2003 (AS 2634).

¹⁰⁶ TRUJILLO DÍEZ, I.J., *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág.117.

2064/1995, de 22 de diciembre) y de su acción protectora (paradigmáticamente la relativa al desempleo, RD 1043/1985, de 19 de junio)¹⁰⁷.

Debe precisarse, por lo demás, que esta *con-fusión* de categorías y normas laborales, puesta de relieve y ensayada seguramente en el ámbito del trabajo cooperativo, como precursor de un trabajo por cuenta propia en régimen laboral, no deja de ser un signo de este tiempo, en el que las relaciones de intercambio de prestaciones de actividad personal y profesional rompen con frecuencia los moldes tradicionales del trabajo asalariado, precisando, no obstante, muchas de sus reglas protectoras, como paradigmáticamente pone de manifiesto la normativa de prevención de riesgos laborales (art.3 LPRL)¹⁰⁸, el progresivo acercamiento de los trabajadores por cuenta propia y ajena en el ámbito de la Seguridad Social, o, últimamente, la extensión de los instrumentos de formación profesional continua a los trabajadores autónomos (art.3.2.b) RD 1046/2003, de 1 de agosto, y Orden TAS/2783/2004, de 30 de julio).

En este sentido y a pesar de la primacía de la condición societaria de los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas, con la correspondiente exclusión del ámbito de aplicación de la normativa laboral, incluida seguramente la de origen convencional (Convenios Colectivos)¹⁰⁹, la regulación especial de cooperativas, específicamente las de trabajo asociado, resulta particularmente profusa también en materia laboral o de prestación de servicios. Así, un simple vistazo a las normas reguladoras del régimen de prestación de servicios de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, y, en particular, a las establecidas en la Ley estatal (arts.80 a 86 LGC), aplicables igualmente a los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (art.95.2 LGC) y a los socios de trabajo de cualesquiera cooperativas (art.13.4 LGC), pone de relieve su semejanza y paralelismo con las normas contempladas en el Estatuto de los Trabajadores en un gran número de condiciones de trabajo y empleo (trabajo de menores, período de prueba, régimen disciplinario, tiempo de trabajo, vicisitudes laborales, etc.).

Por otra parte, algunas normas de alcance y ámbito de aplicación propia y típicamente laborales también resultan directamente aplicables, por extensión o irradiación, a los socios trabajadores de cooperativas, como ocurre con las relativas a la prevención de riesgos laborales (art.3 LPRL y 80.5 LGC)¹¹⁰, a la conciliación de la vida familiar y profesional de las personas trabajadoras (DA 1ª Ley

¹⁰⁷ LUJÁN ALCARAZ, J., "El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas", A.S., tomo V, 1999, págs.131 y 132.

¹⁰⁸ GARCÍA MURCIA, J., "Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo", *RR.LL.*, tomo I, 2000, págs.519 y ss.

¹⁰⁹ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de diciembre de 1999 (AS 6633) y 5 de abril de 2002 (AS 1348), en relación con sendas indemnizaciones por incapacidad permanente establecidas como mejora de Seguridad Social en Convenio colectivo sectorial.

¹¹⁰ La única particularidad contemplada legalmente, a este respecto, es la relativa a la representación y participación en materia de prevención, establecida con carácter general en relación con los trabajadores, y remitida, en las cooperativas que no tengan asalariados, a lo que dispongan los estatutos o a lo que se acuerde por la asamblea general (DA 10ª LPRL). Ver CARDONA RUBERT, M.B., "Prevención de riesgos laborales en las cooperativas", A.S., tomo V, 2001, pág.502; GARCÍA SALAS, A.I., "Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: "operaciones de

39/1999, de 5 de noviembre), a la formación profesional continua (art.14.3 RD 1046/2003, de 1 de agosto, y Orden TAS/2783/2004, de 30 de julio)¹¹¹, y a la promoción del trabajo asalariado estable (DA 11ª LGC).

No obstante, esta expansión o extensión de la tutela materialmente laboral a los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas, susceptible de mejora, por lo demás, en las normas internas de estas entidades (estatutos, reglamentos de régimen interno, acuerdos de la asamblea...), se ve limitada a los aspectos individuales, toda vez que su condición de socios trabajadores, y su relación cooperativa (de cooperación), ajena, en principio, al conflicto o contraposición de intereses propio de las relaciones contractuales de intercambio de trabajo en las empresas capitalistas¹¹², impide seguramente el reconocimiento de los instrumentos de tutela y autotutela colectiva de carácter laboral, como la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, paradigmáticamente, no reconocidos legalmente de forma expresa y de difícil aplicación analógica o por asimilación, aun cuando en algún caso podrían resultar necesarios o útiles, y no fácilmente sustituibles por otros mecanismos, especialmente de representación (no social o societaria) y presión (*ad intra*)¹¹³, aunque en menor grado de negociación y regulación, a través de las referidas normas cooperativas internas, como ocurre, por ejemplo, en materia de representación y participación en la prevención de riesgos laborales (DA 10ª LPRL)¹¹⁴.

6. El régimen de trabajo en las sociedades laborales

Las sociedades laborales, como sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuyo capital social pertenece mayoritariamente a los trabajadores (art.1.1 LSL), constituyen, junto con las cooperativas de trabajo asociado, una de las modalidades más típicas, social y jurídicamente, de trabajo asociado¹¹⁵. Ambas fórmulas tienen en común, igualmente, la participación de los trabajadores en

ajuste" en las figuras de empresario y trabajador", *T.T.L.L.*, nº 74, 2004. págs.77 y ss.; y PÉREZ CAMPOS, A.I., "Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos", *R.M.T.A.S.*, nº 53, pág.71.

¹¹¹ En el ámbito estatal (Orden TAS/2783/2004, de 30 de julio), la formación profesional continua de los socios trabajadores de empresas de economía social se articula a través de contratos programa, gestionados por federaciones o confederaciones de cooperativas y/o sociedades laborales con notable implantación en su ámbito territorial. La convocatoria de subvenciones para el año 2004 se regula en la Resolución de 17 de agosto de 2004, modificada por la de 22 de noviembre de 2004.

¹¹² ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción", *R.P.S.*, nº 107, 1975, pág.122. Ver también, a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de julio de 2004 (RJ 4944).

¹¹³ La representación o participación institucional ad extra de las cooperativas goza de una gran tradición en los movimientos cooperativistas. En este sentido, LÓPEZ MORA, F.V., "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", *C.I.R.I.E.C.*, nº 13, 1993, pág.172. Ver, también, BARRA RAMOS, F.J., "El asociacionismo en la economía social y su función como interlocutor", *T.T.L.L.*, nº 58, 2001, págs.101 y ss.

¹¹⁴ Ver, en este sentido, SANTIAGO REDONDO, K.M., *Socio de cooperativa y relación laboral*. Ibidem, Madrid, 1998, págs.296 y ss.; y LÓPEZ MORA, F.V., "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", *C.I.R.I.E.C.*, nº 13, 1993, págs.171 y ss.

¹¹⁵ Exhaustivamente, CANO LÓPEZ, A., *Teoría jurídica de la economía social*, C.E.S., Madrid, 2002, págs.223 y ss. También, en la literatura económica, SALABERT PARRAMÓN, R., *Las sociedades laborales en el marco del desarrollo económico y social español*, M.T.S.S., Madrid, 1987.

la titularidad de la empresa y su configuración como medio de autoempleo, con frecuencia como respuesta frente situaciones de crisis en empresas capitalistas ordinarias, aunque se diferencian, seguramente, en el elemento personalista y democrático y en las finalidades de ayuda mutua y de responsabilidad social, propios del cooperativismo y no, en principio o en el mismo grado, de las sociedades laborales de capital¹¹⁶.

El trabajo asociado en las sociedades laborales se realiza por los socios trabajadores que prestan servicios en ellas con carácter indefinido y que participan en su capital social de forma mayoritaria en su conjunto, sin que ninguno de ellos supere la tercera parte del mismo (arts.1.1 y 5.3 LSL). No obstante, también cabe la posibilidad de que presten servicios para las mismas trabajadores no socios (art.1.2 LSL), en régimen laboral o asalariado, y de que se integren en ella socios de capital o personas físicas o jurídicas que participen o colaboren en la actividad societaria sin realizar una prestación profesional en su seno (arts.1.1 y 6.1 LSL)¹¹⁷.

A diferencia de los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas, respecto de los que prima legalmente su posición de socios, con exclusión de su condición formal de trabajadores, en el caso de los socios trabajadores de sociedades laborales se mantiene legalmente su condición de trabajadores (art.1.1 LSL), junto con la de socios de la entidad en la que participan, con la correspondiente aplicación, en bloque, de la normativa laboral.

Puede resultar llamativo este tratamiento diferenciado, teniendo en cuenta que en ambos casos se trata de socios que prestan sus servicios remunerados por cuenta de la entidad a la que están asociados, en régimen de cotitularidad, cogestión y participación común en ganancias y pérdidas, con un mismo límite de participación individual en el capital social, de un tercio.

No obstante, la responsabilidad o imputación de pérdidas a los socios de las cooperativas tiene o puede tener un alcance y extensión superior al previsto para los socios trabajadores de sociedades laborales, lo que puede afectar al régimen de la ajenidad de la actividad. En este caso se limitará a su aportación al capital social, por tratarse de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, mientras que en aquél puede alcanzar al propio patrimonio de los socios cooperativistas, como se dijo (art.59 LGC).

Por otra parte, la administración de las sociedades laborales refleja, en principio, el nivel de participación en el capital social, aun limitado a un tercio (art.5.3 LSL), respecto de cada socio, al igual que en las cooperativas, en las que, sin embargo, el sistema de decisión se corresponde con el princi-

¹¹⁶ Sobre estas y otras diferencias entre las sociedades laborales y las cooperativas, MERCADER UGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, P., "La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial", *RR.LL.*, tomo I, 1997, págs.1157 y 1158.

¹¹⁷ Sobre las disfunciones de la aplicación de la normativa laboral y la societaria en las entonces sociedades anónimas laborales, SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., "Sociedad anónima laboral: notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil", *R.7.*, nº 87, 1987, págs.14 y ss.

pio democrático de un socio un voto, con independencia de su participación en el capital social. Esta diferencia altera en cierto grado el elemento personalista de las sociedades laborales y, por el contrario, refuerza la alteridad entre el socio y la sociedad. No obstante, también es posible que se adopte el sistema democrático cuando sólo existan acciones o participaciones de clase laboral, esto es, cuando no exista ningún socio no trabajador (art.12 LSL), lo que de nuevo acerca a las sociedades laborales al régimen de administración de las cooperativas¹¹⁸.

En cualquier caso y en términos legales, en los socios trabajadores de sociedades laborales se yuxtaponen y mantienen las dos condiciones, como socios y como trabajadores asalariados y dependientes, que prestan sus servicios al amparo de un contrato de trabajo indefinido por cuenta de la sociedad en cuyo capital social participan, resultándoles aplicable el ordenamiento laboral en su conjunto, sin más particularidades que las previstas legalmente de manera expresa (ingreso en la sociedad como socio trabajador, vicisitudes societarias y laborales, obligaciones de permanencia...).

7. El trabajo asociado en sociedades agrarias de transformación

El ámbito agropecuario ha sido tradicionalmente, y seguramente sigue siéndolo¹¹⁹, el sector económico o productivo en el que más implantación tiene la economía social, en su plural dimensión de empresas de trabajo asociado, de titularidad común o conjunta, de ayuda o servicios mutuos, y de mejora del entorno social y rural, conociendo, por lo demás, fórmulas más variadas de asociación de trabajadores, en este caso de titulares de explotaciones agrarias, que otros ámbitos productivos, como las asociaciones o comunidades de regantes, de aguas, de bienes y derechos agrícolas, o, con una notable implantación en este ámbito, incluso superior a la cooperativa, las sociedades agrarias de transformación¹²⁰.

El artículo 1.1 del RD 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se regulan las Sociedades Agrarias de Transformación (RSAT), define las mismas como aquellas *"Sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad"*¹²¹.

¹¹⁸ LÓPEZ MORA, F., "La prestación de servicios en las cooperativas y en las sociedades laborales", en VV.AA., *Estudios jurídicos sobre economía social*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2002, págs.78 y ss.

¹¹⁹ En el año 2003, la población ocupada en empresas de economía social, respecto del total de población ocupada en España, alcanzaba el 2,55%, llegando al 6,38% en el sector agrario. <http://www.mtas.es/Empleo/economia-soc>.

¹²⁰ La exposición de motivos de la Orden APA/313/2004, de 6 febrero, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria, para el año 2004, de las subvenciones destinadas al fomento del asociacionismo agrario y de la integración cooperativa de nivel supraautonómico, precisa que *"en España existen actualmente cerca de 4.000 Cooperativas agrarias y más de 10.000 Sociedades Agrarias de Transformación"*.

¹²¹ Sobre el trabajo asociado en los grupos sindicales de colonización, precedentes de las sociedades agrarias de transformación (DT 2ª y 3ª RSAT), PEDRAJAS PÉREZ, F. y PRADOS DE REYES, F.J., "Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado", *R. T.*, nº 52, 1975, págs.198 y ss.

Se trata, por tanto, de sociedades civiles personalistas¹²², específicas en cuanto a su objeto económico o productivo (explotación agropecuaria) y a sus finalidades sociales (mejora, promoción y desarrollo del medio rural) y de mutua ayuda (prestación de servicios comunes a sus socios), en las que, junto con los titulares de las explotaciones agrícolas o pecuarias, y, en su caso, aunque en menor medida, personas jurídicas que persigan los mismos fines, pueden participar socios trabajadores agrícolas desempeñando su actividad profesional en común (art.5 RSAT).

Por su objeto y finalidades sociales y mutualistas se encuentran muy próximas a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y a las cooperativas agrarias, como, por lo demás, pone de relieve la posibilidad, contemplada expresamente tanto en la Ley de cooperativas estatal (art.93 LGC), como en las correspondientes normas autonómicas, de que se integren en cooperativas agrarias, de primer y segundo grado, o la previsión que se establecía en la disposición adicional tercera de la Ley de cooperativas de 1987 (Ley 3/1987, de 2 de abril), sobre su transformación o conversión en cooperativas agrarias, de explotación comunitaria de la tierra o de trabajo asociado, según el caso.

Respecto de la posición jurídica de los socios trabajadores de las sociedades agrarias de transformación, al igual que en el trabajo asociado en cooperativas y en sociedades, mantienen la condición de socios, toda vez que su trabajo constituye la aportación a la sociedad civil en la que se integran (art.5.1.a) RSAT), como socios industriales, resultando aplicable supletoriamente el régimen jurídico de las sociedades civiles (art.1.3 RSAT), con exclusión, por tanto, de su consideración como trabajadores por cuenta de la sociedad agraria de transformación, y de la consecuente aplicación del ordenamiento laboral.

8. El trabajo asociado en las aparcerías laborales y asociativas

También en el ámbito agropecuario, mención aparte merecen las aparcerías laborales y asociativas, que si bien no se enmarcan seguramente en el sector de la economía social, por su objeto, régimen jurídico y fines, sí pueden configurarse como fórmulas de trabajo asociado, aun matizadamente (art.1579 CC).

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (LAR), define el contrato de aparcería como aquel en virtud del cual *"el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, máquinas o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero en repararse los productos por partes alicuotas en proporción a sus respectivas aportaciones"* (art.28.1).

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 de junio de 2001 (RJ 1467/2002).

Se trata de un contrato que reúne elementos propios del arrendamiento (cesión de una explotación) y de la sociedad (reparto de productos)¹²³, en el que la distinta posición y aportación de las dos partes en el contrato puede implicar ciertas dosis de subordinación, y en el que la ajenidad puede no verse íntegramente desplazada por la participación en los frutos o productos de la explotación agrícola, como fórmula de retribución a la parte, tradicional o típica en ese sector¹²⁴.

En este sentido, si bien se presume, salvo pacto en contrario, que la aparcería no conlleva la existencia de una relación laboral entre el cedente y el cesionario de la explotación agraria (art.28.2 LAR)¹²⁵, si se pacta expresamente la existencia de una relación laboral, o si el aparcerero aporta únicamente su trabajo personal y, en su caso, una parte del capital de explotación y circulante inferior al 10% del valor total, *"deberá serle garantizado al aparcerero el salario mínimo que corresponda al tiempo de la actividad que dedique al cultivo de las fincas objeto del contrato y cumplirse, en general, lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social"* (arts.28.2 y 30 LAR).

En tales supuestos, por tanto, y sin perjuicio de que no se comprende muy bien la precisión legal, sobre la obligación de cumplimiento, "en general", de la normativa laboral y de Seguridad Social, parece que la relación del aparcerero con el cedente de la explotación agraria será de carácter laboral¹²⁶.

Respecto de las aparcerías asociativas, se configuran como *"contratos parciarios en los que dos o más personas aporten o pongan en común el uso y disfrute de fincas, capital, trabajo y otros elementos de producción, con la finalidad de constituir una explotación agrícola, ganadera o forestal, o de agrandarla, acordando repartirse el beneficio que obtengan proporcionalmente a sus aportaciones"* (art.32 LAR).

En este caso, la puesta en común de distintos medios de producción o explotación agraria (fincas, capital y trabajo) y el reparto de beneficios, conjuntamente por parte de una pluralidad de personas, hace prevalecer el carácter societario del vínculo y de la posición de los partícipes, en una fórmula de trabajo asociado ciertamente semejante a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y a las sociedades agrarias de transformación, como pone de relieve la expresa previsión de que las aparcerías asociativas se regirán por sus reglas de constitución, y, en su defecto, por las aplicables al contrato de sociedad, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre gastos y mejoras establecidas para los arrendamientos (arts.17 y ss. y 32 LAR).

¹²³ *"No se considerarán arrendamientos rústicos los contratos de recolección de cosechas a cambio de una parte de los productos, ni, en general, los de realización de alguna faena agrícola claramente individualizada, aunque se retribuya o compense con una participación en los productos o con algún aprovechamiento singular"* (art.5 LAR).

¹²⁴ GARCÍA ABELLÁN, J., "El contrato de aparcería laboral agraria", *R.E.D.T.*, nº 20, 1984, págs.510 y 512.

¹²⁵ Ver PERALTA DE LA CÁMARA, J.L., "Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos", en VV.AA. (ed. CRUZ VILLALÓN, J.), *Trabajo subordinado y trabajado autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, págs.356 y ss.

¹²⁶ GARCÍA ABELLÁN, J., "El contrato de aparcería laboral agraria", *R.E.D.T.*, nº 20, 1984, págs.513 y ss.

CAPÍTULO III

TRABAJO FORMATIVO

Sumario: 1. Noción y tipología del trabajo formativo.- 2. Las becas laborales como ámbito de trabajo formativo.- 3. Becas laborales y contrato de trabajo: criterios de diferenciación.- 4. Relaciones de "intercambio de servicios" y trabajo formativo.- 5. El trabajo formativo en el ámbito del sistema educativo.- 6. El trabajo formativo en los "programas de garantía social".- 7. El trabajo formativo en el sistema de formación profesional.- 8. El trabajo formativo en el marco de la protección por desempleo.-

1. Noción y tipología del trabajo formativo

Entendiendo que el trabajo es una actividad humana productiva (en el sentido de generadora de bienes y servicios demandados en el mercado) y la formación una actividad humana de aprendizaje (en el sentido de generadora de conocimiento para quien la practica), se está en condiciones de afirmar que el trabajo formativo es toda actividad productiva (es decir, todo trabajo) que induce intrínseca o inherentemente (*per se*) un efecto de aprendizaje. La noción de trabajo formativo alude, así pues, a las repercusiones o inercias formativas que se derivan de la realización de trabajos productivos en virtud de la simple ejecución de tales trabajos.

Dos requisitos son precisos para que pueda hablarse de trabajo formativo. De un lado, es preciso que tenga lugar el desempeño de una actividad productiva. Queda por tanto fuera del concepto de trabajo formativo toda actividad que no pueda estimarse apta para generar un incremento de la riqueza, es decir, inadecuada para la producción de bienes y servicios en el mercado. De otro lado, es preciso también que el resultado de aprendizaje sea consecuencia directa y exclusiva del acto de trabajar, y no fruto de operaciones distintas, por más que las mismas aparezcan dadas en conexión con la realización de las tareas productivas. No son trabajo formativo las operaciones que, aun cuando llevadas a término en el marco o con ocasión del desempeño de trabajo formativo, no consisten propiamente en trabajar, sino en la realización de otro tipo de operaciones. Particularmente, sucede así con las actividades de formación teórica. Este tipo de operaciones no son productivas, sino exclusivamente formativas, por lo que en ningún caso deben ser confundidas con lo que aquí se entiende por trabajo formativo.

Hay que señalar que la apreciación de la existencia de trabajo formativo no es una operación fácil de llevar a cabo en todos los casos. Por un lado, la determinación de si una actividad determinada es productiva, es decir, si estamos o no ante el desempeño de auténtico y verdadero trabajo, puede plantear problemas en ciertos supuestos en los que más que de actividad productiva podría, llega-

do el caso, hablarse más bien de actividad *minus quam* productiva o simplemente "subproductiva". Si se piensa, por ejemplo, en el caso de las prácticas en empresas efectuadas por estudiantes como parte de su ciclo de formación reglada, ¿puede admitirse que las tareas llevadas a cabo por los mismos en empresas en el marco de esas prácticas son realmente productivas, y por tanto "trabajo" formativo?. Lo mismo cabe plantear, por citar otro ejemplo significativo, en relación a las actividades desempeñadas en el contexto de las becas: ¿es actividad productiva, y por tanto auténtico trabajo formativo, la actividad realizada por los becarios como consecuencia de su inserción –de fin formativo– en el tejido productivo de las empresas o entidades en las que se aplican?. Por otro lado, la determinación de si una situación constituye o no verdadero trabajo formativo se oscurece en ocasiones en la práctica por otras razones. Una de tales razones puede ser, por ejemplo, la confusión o presencia simultánea de contenidos de formación teórica ("escolar") y práctica ("actividad productiva") –según sucede, *vgr.*, en las becas, la formación profesional etc.–, pues en casos así es difícil hacer la imputación de los resultados formativos: ¿qué es lo que ha causado el progreso en la formación?; ¿ha sido la actividad formativa o bien la actividad productiva?

Con todo, es preciso señalar que la apreciación de si concurren los requisitos de referencia, es decir, de cuándo estamos realmente o no ante una realidad que pueda ser calificada como trabajo formativo, no es cuestión de la que se sigan consecuencias altamente relevantes o trascendentes. Sucede así porque la noción de trabajo formativo es meramente académica, elaborada simplemente con el fin de acotar un ámbito de realidad a los efectos de identificación como objeto de estudio. No se derivan consecuencias jurídicas de la catalogación o no de una actividad como trabajo formativo. La asignación de consecuencias jurídicas en el campo del trabajo formativo no opera en función de esa determinación abstracta, la de si estamos o no ante trabajo formativo, sino en función de otras determinaciones concretas: *vgr.*, si se trata de una beca o de trabajo asalariado, si de una relación formativo-académica o una relación de protección por desempleo, etc. Por otra parte, en la medida en la que se puede partir de la base de que todo trabajo es por definición formativo, aunque no lo sea en la misma medida, al estar ello en función de las características de la actividad, del proceso productivo implicado, etc, es evidente que los problemas conceptuales del trabajo formativo se deslizan del plano de su identificación como realidad unitaria (separación frente a realidades externas) al de su identidad interna, como realidad de carácter diversificado y plural. Más que decir qué es y cuándo estamos ante trabajo formativo, interesa, en efecto, diferenciar las distintas clases del mismo. No en balde, es la distinción entre diversos tipos de trabajo formativo –en particular cuando esa distinción se hace desde la comparación entre la dimensión productiva y la dimensión formativa del mismo– la que genera las diferencias de tratamiento jurídico, que es lo que aquí importa relatar.

Definido como ha quedado el trabajo formativo, es claro que el mismo hace referencia a una realidad amplia, susceptible de manifestación además por múltiples cauces (contratos de trabajo, becas, ciclos formativo-académicos, relaciones de protección social, etc). Para facilitar su examen, creemos que vale la pena hacer explícitos algunos de los puntos de vista que cabe adoptar en su observación, particularmente algunos criterios clasificatorios del mismo. Tomaremos en cuenta, no todas las perspectivas, con todas las clasificaciones que puedan derivarse de ellas –algo obviamente imposi-

ble-, sino sólo aquellas que hemos considerado críticas, es decir, las que hemos pensado que permiten una observación más penetrante del trabajo formativo. Por supuesto, la clasificación más importante de todas es la que distingue el trabajo formativo en función de la diversa concepción y tratamiento jurídico que se hace del mismo en nuestro ordenamiento. No en balde, tal clasificación –empírica, en cuanto asumida de *facto* por la "razón legislativa"–, que diferencia el trabajo formativo según tenga lugar en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena, una beca, un intercambio de servicios, un ciclo formativo-académico (reglado o no) o una relación de protección social (particularmente por desempleo), es la que utilizaremos para vertebrar las reflexiones que integran este capítulo (bien entendido que el trabajo formativo en cuanto dado en el ámbito de la relación de trabajo –los contratos formativos– queda fuera del mismo)¹²⁷.

Un primer criterio que vale la pena utilizar en la clasificación del trabajo formativo guarda relación con el grado de complejidad de la actividad en que consista ese trabajo, y consiguientemente el grado de creatividad y autonomía requeridos para su desempeño. Con arreglo a este punto de vista, cabe diferenciar entre un trabajo formativo en operaciones simples, más automático que creativo, y un trabajo formativo en operaciones complejas, que requiere mayor iniciativa y autonomía del trabajador. Pues bien, importa señalar que, según el tipo de caso en que nos encontremos, aparte por supuesto de que el efecto formativo será mayor o menor, la relación entre la dimensión productiva y la dimensión formativa de la actividad desempeñada opera de un modo distinto. En el trabajo formativo en operaciones simples, situación más frecuente en la práctica, la actividad formativa y la actividad productiva operan como magnitudes contradictorias o divergentes, de modo que a mayor carga productiva menor efecto formativo y viceversa, a mayor carga formativa menor efecto productivo. En el trabajo formativo en actividades complejas, por el contrario, el trabajo y la formación operan como magnitudes complementarias o convergentes, de modo que a mayor carga productiva mayor formación y a mayor carga de formación mayor producción. Esta situación, mucho más infrecuente en la práctica que la anterior, queda claramente de manifiesto cuando se trata de un tipo muy particular de trabajo, autónomo y creativo: aquel cuyo objeto consiste precisamente en el aprendizaje (vgr., la enseñanza y la investigación). Resulta evidente que en trabajos así cuanto más se trabaja más residuo formativo queda, y viceversa, al ser indistintas en ellos las ideas de producción y de formación.

Un segundo criterio, inevitable en la clasificación del trabajo formativo, conecta con el grado de presencia en el mismo de elementos productivos y formativos. Conforme a tal criterio, cabe distinguir entre un trabajo formativo preferentemente productivo, si priman los contenidos productivos sobre los formativos, y un trabajo formativo preferentemente formativo, si priman los componentes formativos sobre los productivos (e incluso cabría hablar de un trabajo formativo que es ambas cosas simultáneamente, en el caso, infrecuente como hemos dicho, de que la dimensión productiva y la

¹²⁷ Para un análisis del trabajo formativo en el ámbito de la relación de trabajo, vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "La relación laboral como ámbito de trabajo formativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 124 (2004), págs. 687 y siguientes.

dimensión formativa operaran como magnitudes complementarias, no divergentes). Es muy importante señalar que la decantación sobre cuál de las dimensiones de referencia es preponderante –cuestión no fácil, como se comprenderá– resulta capital desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable a la figura, al cernirse sobre esa materia la normativa laboral, que es como se sabe de aplicación imperativa. De hecho, es el criterio indicado el que nos da la clave para la clasificación del trabajo formativo que más importa desde un punto de vista jurídico. Conforme a ello, cabe hablar, por un lado, de un trabajo formativo en el que predomina la dimensión productiva, como sucede cuando el mismo aparece insertado en el ámbito de los contratos de trabajo (de los que, como ya hemos señalado, no nos ocuparemos aquí). Por otro lado, cuando predomina la dimensión formativa, cabe hablar de un trabajo formativo preferentemente formativo, según sucede en el ámbito de figuras como las prácticas en empresas dentro de ciclos formativo-académicos, ya sean dados en el marco del sistema educativo (universitario y de formación profesional), en el marco de la formación profesional no reglada (tanto la continua como la ocupacional), o en el de las estructuras de la protección social (prestaciones de desempleo). Análogamente, el predominio de la dimensión formativa conduce ante figuras como las becas o los intercambios de servicios (siempre que éstas –claro está– no hubieran sido utilizadas para disimular o encubrir auténticos contratos de trabajo).

Es dable también diferenciar tipos de trabajo formativo atendiendo a la existencia o no de conocimiento e intención por quien corresponda (el legislador, las partes contratantes, etc) en relación a las repercusiones formativas del trabajo formativo de que se trate. Con arreglo a tal criterio hablaremos, por un lado, de "trabajo espontáneamente formativo", cuando el efecto formativo derivado de la realización de la actividad productiva no sea conocido o en todo caso no sea expresamente buscado de propósito por el legislador o por las mismas partes implicadas directamente en su realización, y, por otro lado, de "trabajo deliberadamente formativo", cuando previamente exista conciencia de las potencialidades formativas de un trabajo y se busque intencionadamente la mejor actualización posible de ellas. En el caso del trabajo espontáneamente formativo, las consecuencias formativas de la realización del trabajo se producen de manera automática, por la misma dinámica de los hechos, sin que ni el conocimiento ni la intención del legislador o de las partes tengan arte ni parte al respecto. Por el contrario, en el caso del trabajo deliberadamente formativo, los efectos formativos de la actividad productiva son potenciados y orientados en el sentido deseado por la intención humana, sea del legislador o de las mismas partes directamente implicadas en él. A tal fin, cumplen sobre todo un papel decisivo los instrumentos normativos, es decir, la acción del legislador (*vgr.*, mediante el diseño de una asignación de tareas productivas que resulte óptima desde el punto de vista del rendimiento formativo, potenciando al máximo los instrumentos jurídicos necesarios –derechos, obligaciones, responsabilidades– para cumplir aquellos objetivos, etc).

En fin, es posible también diferenciar el trabajo formativo en función del carácter público o privado de las estructuras en las que el mismo se inserta. Cabría así hablar, por un lado, de un trabajo formativo dado en el marco de estructuras privadas, soportado esencialmente por el principio de autonomía de la voluntad, como podría ser el caso del contrato de trabajo, las becas privadas, los intercambios de servicios y en general de cualesquiera dispositivos imaginables de trabajo formativo de

base privada (academias, cursos, masters, etc), y, por otro lado, de un trabajo formativo dado en el marco de las instituciones públicas (sistema público educativo, sistema público de formación profesional, becas públicas, o relaciones de protección social públicas). Muy cerca de este criterio, cabe también diferenciar el trabajo formativo en función del carácter privado o público de quien asume los costes de las operaciones de referencia. Por una parte, habría un trabajo formativo cuyo coste es asumido en exclusiva por el trabajador y otro sujeto privado, como sucede en los contratos de trabajo formativos (donde el trabajador paga produciendo a costes más bajos y el empresario abonando el salario por resultados subproductivos y dispensando formación), las becas (donde el becario paga cediendo los frutos de su trabajo formativo, pero más coste asume por definición el sujeto que dota la beca), o los intercambios de servicios (donde el trabajador paga dando los frutos de su trabajo y el empresario facilitándole la formación pactada). Por otra parte, habría un trabajo formativo cuyo coste es asumido por los poderes públicos, como sucede con el trabajo que tiene lugar en el marco del sistema público educativo, de la formación profesional pública, o del sistema público de protección por desempleo. Veamos a continuación por separado cada una de las principales manifestaciones positivas del trabajo formativo en nuestro ordenamiento.

2. Las becas laborales como ámbito de trabajo formativo

Como se sabe, la beca existe cuando un sujeto da a otro un beneficio –normalmente una suma de dinero– para que aprenda o se forme. Vale a estos efectos –porque la acepción vulgar coincide en su esencia con lo que suele entenderse por beca en el ámbito del derecho– la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que reputa beca "el estipendio o pensión temporal que se concede a alguien para que continúe o complete sus estudios". Dos requisitos comporta, consecuentemente, la noción jurídica de la beca. Primero, la dotación de un beneficio (beca) por una persona (becante) a favor de otro sujeto distinto (becario o becado). Y, segundo, el carácter no lucrativo del acto de constitución del beneficio de referencia (gratuidad o no onerosidad de la beca). La nota de temporalidad a que también alude el diccionario obedece al carácter necesariamente "finito" que presentan los procesos formativos.

Por lo que respecta al beneficio en que consiste la beca, el mismo suele equivaler a una suma de dinero, pagadera a tanto alzado o bien mediante devengos periódicos. Sucede así porque el abono económico es la fórmula que mejor sirve para compensar los gastos y en su caso estimular los afanes formativos de los destinatarios de la beca. Pero no es necesario. El beneficio de la beca podría consistir en algo distinto a una suma de dinero; por ejemplo, el disfrute de bienes (*vgr.*, los materiales precisos para el aprendizaje), o de ciertos servicios (*vgr.*, las enseñanzas gratuitas del maestro). En efecto, pudiera suceder que la beca consistiera, precisamente, en la gratuidad de los materiales y los instrumentos de la formación, siendo el pago del becario el mismo proceso de aprendizaje en operación. Nótese que el mero aprendizaje puede constituir un beneficio no despreciable, pues siempre supone un coste importante para quien asume su financiación. En todo caso, en la mayor parte de las ocasiones las becas consisten en el abono de sumas de dinero, ya se vean las mismas como compensación al aprendiz por los costes que supone su dedicación a tareas formativas (tasas,

material académico, costes de desplazamiento y manutención, o incluso, podría decirse, retribución del lucro cesante que supone para el aprendiz no emplearse activamente en el mercado de trabajo, etc), ya se vean como premio o suma lucrativa, dispensada con la finalidad de retener a ciertas personas en procesos formativos mediante estímulos económicos.

Por otra parte, destaca en la beca su carácter de "donación formativa". Sólo hay beca cuando el objetivo real de la misma sea mejorar sin contrapartida el nivel formativo de las personas becadas (becarios). La beca se presenta así pues como un negocio jurídico gratuito en el que una persona, el becante, asume un desembolso económico (sufragar los gastos formativos, abonar un estipendio para compensar al aprendiz por el tiempo invertido en su beca, etc) con la única intención de que un sujeto distinto a él, situado en una esfera jurídica diferente, progrese en sus conocimientos y formación. La beca en estado puro constituye, así pues, un acto de desprendimiento y generosidad, razón por la que no puede extrañar que sean entidades públicas y sujetos sin ánimo de lucro quienes principalmente asuman la función de entidades becantes. La única condición que comporta la beca para el becario es la de aplicarse con la mayor diligencia que le sea posible al aprendizaje. Pero ello no se hace en beneficio de la entidad becante, sino en beneficio del becado y, por supuesto, del interés general. Es por eso por lo que no puede decirse, con un esquema patrimonialista y cambiario de las cosas, que el becante tiene derecho a que el becario aprenda y este el deber de hacerlo: la beca es una donación *sub modo*, y el becario no tiene ningún deber (no hay sinalagma), sino, a lo sumo una mera "carga" formativa¹²⁸.

Estaremos en el caso de una beca, por supuesto, cuando la única y exclusiva finalidad de la misma sea la formación del becario. Se trataría en tal supuesto de la hipótesis pura o ideal de la beca¹²⁹. Ahora bien, conviene preguntarse si también cabe hablar de becas (como realidades "impuras") cuando, existiendo un acto de desprendimiento como el señalado, aparezca sin embargo el mismo acompañado de algunos elementos lucrativos que "contaminen" su dimensión o carácter benévolo. La cuestión es esencial, ya que en la realidad de las cosas, lo más frecuente, particularmente cuando la entidad que dispense las becas sea un sujeto privado con ánimo de lucro (es decir, una empresa), será que las mismas no tengan una existencia "exenta", sino dada en el marco de un conjunto de intereses lucrativos por quien las da. Admitido, en efecto, que las entidades lucrativas y empresas puedan operar como becantes, dicho está que tendrá que admitirse la posibilidad de becas que no concuerden en su plenitud con la concepción ideal de las mismas como actos puros de des-

¹²⁸ Sobre el modo como elemento del negocio jurídico, vid. E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez), Granada, 2000, págs. 481 a 484; en relación al concepto de carga, y su diferencia con otras situaciones jurídicas pasivas, como puedan ser el deber o la obligación, vid. L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1993, pág. 51.

¹²⁹ Sobre las becas "puramente formativas" y los criterios de su identificación como tales, vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios homenaje al prof. J. Cabrera Bazán* (Ed. J. Cruz Villalón), Madrid, 1999, págs. 124 a 126.

prendimiento. Y así se ha hecho. No en balde, se admite que la idea de beca es compatible –hasta cierto punto, por supuesto– con la obtención de ciertas compensaciones por parte de la entidad que las dota¹³⁰. Tal es el caso, por ejemplo, de la expectativa de contratación del becario por la empresa becante¹³¹, pero sobre todo lo es la posibilidad de que la formación del becario pueda llevarse a cabo mediante el desempeño de trabajo efectivo (inserción en el tejido productivo de la empresa), pues no puede pasarse por alto que ello beneficiará a la empresa¹³². Precisamente esa situación constituye un supuesto de trabajo formativo dado en el ámbito de una beca. Naturalmente, en tales casos será preciso que el beneficio formativo del becario supere el aprovechamiento productivo obtenido por el becante¹³³.

¹³⁰ Vid. SSTs de 20 de octubre de 1980 (Ar. 4020), de 13 de junio de 1988 (Ar. 5270), y de 26 de junio de 1995 (Ar. 5365).

¹³¹ Nótese que incluso cuando la beca es dotada por una empresa privada con objeto de dar una formación exclusiva o especializada demandada por el ciclo productivo de la misma con vistas a cubrir las lagunas o huecos formativos que deja el sistema oficial de formación, tanto reglada como ocupacional, sigue sin haber ningún tipo de derecho de la empresa conectado o derivado de la inversión formativa efectuada, pues no debe pasarse por alto que la contratación como trabajadores de la empresa de quienes han sido previamente becarios en ella no puede hacerse sin el consentimiento de éstos; sobre las becas de empresas privadas como instrumentos específicos de formación e inserción dotados en respuesta a la insuficiencia de los circuitos "oficiales" de la formación profesional, vid. J.L. GOÑI SEIN, "La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas", *Relaciones Laborales*, II (1986), pág. 415; precisamente porque en casos como ese el interés lucrativo de la empresa comienza a tener demasiada entidad, enturbiando la nota de benevolencia característica de las becas, la doctrina entiende que debe operarse con mucha cautela, ya que podríamos estar más bien ante el caso de una "situación especial" del contrato de trabajo –en particular una especie de dispositivo de reclutamiento, prueba o inserción de trabajadores–, cuando no de una relación laboral camuflada o encubierta; en ese sentido, vid. A MARTÍN VALVERDE, "Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria", *Revista de Política Social*, 99 (1973), págs. 262 y 263; de hecho, debe tenerse muy presente que el tipo de becas de empresa de referencia tiene sin duda hoy muy menguado su campo operativo, y ello como consecuencia de la laboralización de ese espacio formativo a través de los contratos de trabajo en prácticas y para formación; vid. J.L. GOÑI SEIN, "La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas", *ibidem*, pág. 420.

¹³² Nada impide en efecto que la entidad becante pueda obtener cierto beneficio de la concesión de la beca, particularmente en forma de aprovechamiento de las utilidades económicas generadas por el trabajo prestado por el becario en concepto de formación (vid. SSTs de 13 de junio de 1988, Ar. 5270, y de 13 de abril de 1989, Ar. 2967); de hecho, es seguramente esa la razón que explica por qué las empresas privadas, preocupadas sólo de su propio lucro, también dispensan ese tipo de ayudas; vid. J.L. GOÑI SEIN, "Las becas y el encubrimiento de contratos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 14 (1983), págs. 293 y siguientes.

¹³³ Sólo cumplida esa condición puede continuar diciéndose que estamos ante una auténtica beca; vid. F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, "Contrato de trabajo: periodo de prácticas como becario en una empresa", *Revista de Política Social*, 96 (1972), págs. 300 y 301; en ese sentido, J.M. de SOTO RIOJA, "Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario ó relación laboral encubierta? STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de octubre de 1999 (As. 3724/1999)", *Temas Laborales*, 54 (2000), pág. 229, manifiesta que para que pueda hablarse de beca "es necesario que su finalidad real y efectiva (...) si no de forma exclusiva, sí con cierta entidad y prevalencia (...) sea la del perfeccionamiento profesional del becario"; por su parte, el Tribunal Supremo ha puesto de relieve también que "el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y formación del becario, y no la de incorporar los resultados o frutos del trabajo o estudio realizado al patrimonio de persona que la otorga"; vid. SSTs de 26 de junio de 1995 (Ar. 5365) y de 7 de julio de 1998 (Ar. 6161).

Estamos en efecto ante una hipótesis de trabajo formativo, toda vez que un sujeto –el becario en este caso– pasa a realizar una actividad productiva en el entendido de que la ocupación en tal actividad determina un aprendizaje. Como podrá comprenderse, la principal problemática jurídica que suscita la situación de referencia consiste en determinar la ubicación del punto de decantación entre la dimensión productiva y la dimensión formativa. Dada una relación, presentada en apariencia como una beca, y en cuyo marco se está llevando a cabo trabajo formativo como instrumento de aprendizaje, ¿dónde está situado el punto entre la dimensión productiva y la dimensión formativa en el que puede decirse que aquella relación deja de ser beca para convertirse en otro tipo de relación jurídica (*i.e.*, contrato de trabajo)?. Resulta en efecto claro que la principal problemática que suscita el fenómeno del trabajo formativo dado en el ámbito de las becas consiste en determinar si efectivamente se trata de becas o de contratos de trabajo. La cuestión es capital, pues como es de sobra conocido, de ello se sigue la aplicación de regímenes reguladores completa y radicalmente distintos. Una cosa es aplicar la legislación laboral y de Seguridad Social, en el caso de que estemos ante una relación de trabajo, y otra muy distinta, en la hipótesis de que se afirmara que se trata de una beca, estar a las reglas sobre los negocios gratuitos, las becas y lo que diga la autonomía privada¹³⁴.

La solución del problema de si una relación en la que alguien trabaja para otra persona obteniendo a cambio una contraprestación económica y formativa es una beca o un contrato de trabajo constituye, ciertamente, una tarea necesaria, al menos necesaria en cuanto tarea debida. No se pase por alto que la legislación social es una normativa de carácter imperativo, que exige su aplicación cuando exista materialmente una relación de trabajo asalariado, y que compite y es beligerante con otras normativas privadas que se caracterizan por dejar un amplio margen de regulación a la autonomía de la voluntad¹³⁵. Ello determina que cualquier supuesto que pueda resultar sospechoso de ser trabajo asalariado, deberá atravesar necesariamente un juicio de laboralidad, es decir, deberá ser obje-

¹³⁴ Algún sector de la doctrina se ha mostrado disconforme con esa separación tajante y en bloques entre el régimen de las becas y el régimen de los contratos de trabajo, abogando por la "conveniencia de establecer un estatuto jurídico específico de estas relaciones, claramente fronterizas, en el que las dosis respectivas de laboralización y formación se tengan simultáneamente en cuenta", es decir, por una regulación híbrida, de transición o progresiva (medio formativa, medio laboral), a propósito de las becas con presencia de trabajo formativo; *vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, págs. 134 y 135.

¹³⁵ Nótese que incluso en el caso de que estas legislaciones reunieran simultáneamente los rasgos de rango legislativo y beligerancia que caracterizan a la legislación social tampoco podría sostenerse sin más que pudieran determinar con total libertad cuándo se aplica ésta y cuándo no, dado el condicionamiento que podría suponer al efecto la necesidad de respetar ciertos valores prevalentes, como puede ser el caso, por ejemplo, del principio constitucional de igualdad; sobre los límites constitucionales (y de Derecho comunitario) que planean sobre la libertad del legislador para establecer la definición de la relación laboral, *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, "Fronteras y 'zonas grises' del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 38 (2002), págs. 36 y siguientes; a propósito de este tema, vale la pena reseñar que la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (caso Kristiansen) ha resuelto que es conforme al Derecho Comunitario Europeo, en particular por no vulnerar el principio de no discriminación, que la actividad de estudiante becario en prácticas sea catalogada de distinto modo, como actividad profesional o no, en los distintos países miembros, de modo que en unos casos (cuando sea considerada actividad profesional) dé lugar a prestaciones por desempleo y en otros (en el caso contrario) no.

to de una contemplación desde la óptica de la normativa social, para verificar si se trata de trabajo asalariado. Tal valoración debe efectuarse conforme a criterios de realidad objetiva, sin que la calificación expresamente dada por las partes a la relación jurídica que las une pueda estimarse en modo alguno criterio determinante: la calificación expresamente dada por las partes a su relación no es un criterio fiable para determinar la naturaleza jurídica de ese vínculo cuando está en juego la aplicación de normas imperativas para la autonomía de la voluntad. De hecho, distan de ser extrañas en la práctica las conductas simulatorias, en las que las partes dan a su relación jurídica una calificación no concordante con la naturaleza real del vínculo que las une –concretamente la de beca– para disimular un contrato de trabajo¹³⁶.

3. Becas laborales y contrato de trabajo: criterios de diferenciación

Tratándose de becas con trabajo formativo, ¿en virtud de qué criterios podemos decidir si estamos realmente ante una beca o ante un contrato de trabajo?. Sin duda, a partir de la naturaleza y la función económico-social (es decir, la causa) de la beca. Siendo ésta un negocio jurídico cuyo objeto es la realización de un desembolso económico con el fin de favorecer y mejorar la formación de su destinatario, y en la que el desempeño de actividad profesional, de existir, debe ser necesariamente marginal, claro instrumento de la formación, queda claro que no podrá hablarse de becas cuando las "utilidades patrimoniales" derivadas del trabajo del becario que beneficien al becante predominen sobre las "utilidades formativas" derivadas del trabajo de las que se aproveche el becario. Cuando la beca comporte la realización de trabajo, para saber si realmente estamos ante una beca o un contrato de trabajo, se tratará simplemente de ponderar de manera relacionada los beneficios patrimoniales obtenidos por el becante y los beneficios formativos obtenidos por el becario a partir de la realización del trabajo que tiene lugar en el marco de la formación. En algunos casos, cuando el balance de esa ponderación sea claramente desequilibrado, la solución no resultará difícil de establecer. No sucederá lo mismo, obviamente, cuando el saldo resultante de la comparación entre las utilidades patrimoniales obtenidas por el empresario y las utilidades formativas obtenidas por el becario resulte más equilibrado o neutro¹³⁷.

La cuestión, obviamente, radica, no en decir qué es lo que tiene que hacerse, sino en determinar cómo llevar a cabo la ponderación indicada. A tal efecto, lo primero que debe señalarse, según ya hemos visto, es que ha de operarse conforme a criterios de realidad. Considerando que la realiza-

¹³⁶ Vid. J.L. GOÑI SEIN, "Las becas y el encubrimiento de contratos laborales", *loc. cit.*, pág. 293; S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, págs. 123 y 124.

¹³⁷ El criterio de ponderar o sopesar la dimensión --formativa o productiva-- que prevalece ("teoría del interés predominante") es, desde luego, el que más se ha venido utilizando en los últimos tiempos, tanto doctrinalmente como en la práctica de los tribunales; *vid.* J.L. GOÑI SEIN, "Las becas y el encubrimiento contratos laborales", *loc. cit.*, pág. 229; J.M. de SOTO RIOJA, "Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?...?", *loc. cit.*, págs. 229 y 230; S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, pág. 129.

ción de trabajo en el marco de becas suele buscar en muchos casos la disimulación de contratos de trabajo, y que el ordenamiento laboral parte de la base de que la calificación explícitamente dada por los contratantes a la relación que los une no es suficiente para determinar el régimen jurídico aplicable a la misma, es evidente que para determinar si la beca es real o aparente habrá que estar a datos objetivos, y no a elementos de tipo formal. Dicho esto, creemos que cabe diferenciar dos tipos distintos de elementos o factores objetivos a efectos de llevar a cabo la ponderación de que venimos hablando. Por un lado estarían los factores "determinantes", que conducen, de entrada y con cierta claridad, a una de las soluciones en pugna, cerrando "en firme" el problema. Por otro lado, estarían los factores "indicativos" (indicios), que simplemente apuntarían una solución posible. En este caso será necesario considerar de manera conjunta todos los factores concurrentes, haciendo las combinaciones oportunas y mirando hacia donde apuntan las mismas, bien entendido que en caso de "empate" –lo que podría suceder– el problema no podría solucionarse por esta vía, siendo preciso acudir a ciertos criterios de cierre que establece el sistema.

Vamos a pasar a continuación a reseñar cuáles son los factores –tanto determinantes como indicativos– que pueden servir –y que sirven de hecho a los tribunales en la práctica– para decidir si las becas en cuyo marco se presta trabajo constituyen auténticas becas o son encubrimiento de contratos de trabajo. Obvio es decir que en modo alguno se trata de una reseña completa o exhaustiva, sino simplemente indicativa o "sintomática", toda vez que, como es sabido, el casuismo es abrumador y desbordante en esta materia. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que quizá ni siquiera valga la pena un esfuerzo de rastreo profundo y riguroso de todos los elementos o circunstancias que los tribunales tienen en cuenta para decantarse por la opción de la beca o la del contrato de trabajo, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante un problema que, al fin y a la postre, tendrá que ser resuelto atendiendo a los detalles, matices y sutilezas del caso concreto. Señalemos, en fin, que la perspectiva que vamos a utilizar para hacer indicación de los elementos o circunstancias de referencia es negativa: nos referiremos a continuación a qué factores o circunstancias determinan o indican, según el caso, la "inexistencia" de una auténtica beca (o lo que es lo mismo, positivamente, la existencia de una relación de servicios profesionales, en particular una relación de trabajo).

Comencemos haciendo referencia a los factores que "determinan" la falta de autenticidad de la beca. Un primer conjunto de esos factores deriva, sin duda, del tipo de actividad respecto de la que se declara operativa la beca. En ese sentido, debe decirse que no existe beca cuando la misma se desarrolla en relación actividades que por su simpleza o elementalidad no precisan ningún tipo de formación especial. Las becas sólo tienen sentido en relación a sectores o ámbitos en los que la actividad cuya realización se demanda presenta un nivel mínimo de complejidad, de modo que su materialización requiere de un aprendizaje previo de cierta entidad por parte de los sujetos a quienes corresponde desarrollarla (los trabajadores).

Un segundo conjunto de factores determinantes de la inexistencia de beca tienen que ver, ya no con el ámbito o sector de actividad (plano abstracto) en el que se declara operativa la beca, sino con la naturaleza específica (plano concreto) de las tareas o trabajos que se encomiendan a los becarios.

En este sentido, se considera determinante de la falsedad de la beca la asignación al becario, en concepto de trabajo formativo, de tareas estériles a efectos de su formación¹³⁸ (sean trabajos absolutamente simples¹³⁹, sean trabajos simples en relación a la formación que se pretende dar al becario¹⁴⁰), trabajos distintos de los definidos como trabajo formativo en el marco de la beca de que se trate¹⁴¹, trabajos con asunción de responsabilidades excesivas o cuya realización presupone la plena formación de quien los realiza¹⁴², etc. En general, no puede entenderse que la beca sea auténtica cuando el trabajo productivo asignado al becario resulta desproporcionadamente intenso y absorbente visto en relación a los objetivos de formación a los que la beca se ordena¹⁴³.

Otros factores determinantes de la inexistencia de beca aparecen relacionados con la cualificación profesional previa que presenta el becario. En ese sentido, se declara que no es auténtica aquella beca que comporta la realización de trabajo formativo por quien ya estaba perfectamente formado con anterioridad para la actividad correspondiente¹⁴⁴. Ello sucede, por ejemplo, cuando el becario disfruta de un título o una certificación de profesionalidad que acredita su aptitud específica para la tarea de la que se trate. La misma idea –carece de sentido pretender dar formación con trabajo a quien ya se encuentra previamente formado– es lo que explica que no se consideren tampoco becas lícitas aquellas ayudas en las que se atribuyen al becario en concepto de trabajo formativo tareas en las que ya hubiera trabajado en el marco de una actividad profesional previa.

Los factores excluyentes de la autenticidad de las becas aparecen también relacionados con la circunstancia de que la beca aparezca o no acompañada de dispositivos de control del proceso formativo y de mecanismos de verificación de los resultados (éxitos o fracasos) del mismo. Con arreglo a ello, se entiende que no hay realmente beca, por ejemplo, cuando no existe un programa formativo

¹³⁸ Vid. B. VILLALBA SALVADOR, "Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales", *Actualidad Laboral*, 11 (1998), pág. 201.

¹³⁹ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, pág. 130.

¹⁴⁰ Por ejemplo, sintetizar y transcribir, con las correspondientes anotaciones, actas de órganos públicos que por su antigüedad en ocasiones resultaban difíciles de leer, siendo los becarios Licenciados en Historia y estudiantes de doctorado en esa materia; vid. A. SELMA PEÑALVA, "Los becarios aparentes", *Aranzadi Social*, 14 (2003), pág. 57.

¹⁴¹ Por ejemplo, búsqueda, traslado, ordenación material, conservación y limpieza de materiales bibliográficos por quienes habían sido becados por un organismo público para llevar a cabo tareas de investigación del patrimonio histórico de determinada Comunidad Autónoma; vid. J.M. de SOTO RIOJA, "Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario o relación laboral...?", *loc. cit.*, pág. 228.

¹⁴² Vid. STS de 13 de abril de 1989 (Ar. 2967); S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, pág. 127.

¹⁴³ Es decir, cuando "la actividad desempeñada por el becario se aparta del fin esencial del régimen de las becas"; vid. J.L. GOÑI SEIN, "Las becas y el encubrimiento de contratos...", *loc. cit.*, pág. 298; o cuando la "labor formativa" quede "desvirtuada" por la realización de "actividades ajenas a la formación para la que se concedieron las becas"; vid. J.M. de SOTO RIOJA, "Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario...?", *loc. cit.*, pág. 228.

¹⁴⁴ Vid. A. SELMA PEÑALVA, "Los becarios aparentes", *loc. cit.*, pág. 57.

minimamente detallado establecido por anticipado¹⁴⁵. Tampoco cuando no se han dotado mecanismos de seguimiento de la formación (dispositivos tutoriales) ni de verificación de los progresos formativos del becario (evaluaciones)¹⁴⁶. En general, se afirma que la falta de medios, infraestructura técnica, etc, en definitiva, de posibilidades reales para llevar a término la formación, excluye la beca¹⁴⁷.

La duración y prórroga de la beca es otro de los factores que pueden ser decisivos para determinar si la misma existe o no existe realmente. Es incompatible con la beca tanto una duración demasiado corta, en la que no resulta posible alcanzar un resultado formativo minimamente adecuado, como una duración desproporcionada o excesivamente larga, en la que el trabajo que se desempeñe no podrá ser imputable a un objetivo formativo. De la misma manera, las prórrogas y renovaciones sucesivas y automáticas de las becas, particularmente cuando operen sin consideración a los logros formativos del becario¹⁴⁸, pueden implicar la no autenticidad de la beca¹⁴⁹.

En fin, excluye asimismo la posibilidad de afirmar la existencia de una beca el hecho –por supuesto, también la condición jurídica– de que la realización del "trabajo formativo" que la misma comporta resulte incompatible e imposibilite los estudios que viniera cursando el becario¹⁵⁰. Por otra parte, si bien es cierto que la beca puede implicar la sujeción del becario al mando y disciplina del centro en el que el mismo se aplica, es importante tener presente que ello no justifica una dependencia laboral. La única subordinación compatible con la beca es tutorial y formativa. Por tanto, en un caso en que la dependencia del becario trascendiera la dimensión académica y alcanzara la dimensión laboral la beca con trabajo formativo dejaría de serlo pasando a convertirse en un contrato de trabajo¹⁵¹.

Por lo que respecta a los factores meramente "indicativos" –no determinantes–, es decir, a los indicios, de la falta de autenticidad de las becas, son ciertamente muchísimos. Veamos algunos de ellos.

¹⁴⁵ Vid. J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, "Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado", *Revista de Derecho Social*, 9 (2000), pág. 193.

¹⁴⁶ Vid. A. SELMA PEÑALVA, "Los becarios aparentes", *loc. cit.*, pág. 57.

¹⁴⁷ Vid. J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, "Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral...", *loc. cit.*, pág. 194.

¹⁴⁸ Vid. J.L. GOÑI SEIN, "Las becas y el encubrimiento de contratos...", *loc. cit.*, pág. 298.

¹⁴⁹ Se estima que no es compatible con la idea de beca el que unos becarios hayan sido beneficiarios de 11 becas formativas en un periodo de 5 años, "pues disfrutadas tantas convocatorias y en tan extenso periodo de tiempo es más que patente que los becarios tienen formación suficiente para desempeñar las funciones como verdaderos trabajadores"; vid. J.M. de SOTO RIOJA, "Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?", *loc. cit.*, pág. 230.

¹⁵⁰ Vid. J.L. GOÑI SEIN, "Las becas y el encubrimiento de contratos...", *loc. cit.*, pág. 298.

¹⁵¹ Sobre la diferenciación entre "dependencia académica" y "dependencia laboral" --particularmente sutil en becas con trabajo formativo-- vid. A. SELMA PEÑALVA, "Los becarios aparentes", *loc. cit.*, pág. 58; la actual noción, flexibilizada o espiritualizada, de la dependencia puede hacer difícil apreciar la diferencia entre la dependencia laboral y la dependencia académica en algunos casos; vid. F. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, "Contrato de trabajo: periodo de prácticas como becario en una empresa", *loc. cit.*, pág. 300.

Opera como indicio de falta de autenticidad de la beca, por lo pronto, la existencia de ánimo lucrativo en el sujeto que establece y dota la beca. Indudablemente, sabiendo cuáles son los móviles que explican la actuación de las empresas privadas en una economía de mercado, es evidente que el hecho de que la entidad becante presente carácter de empresa ha de comportar mayores suspicacias en ese caso que cuando los sujetos que asumen la condición de becantes sean los poderes públicos o las entidades sin ánimo de lucro¹⁵². Adviértase, con todo, que se trata de un mero indicio, siendo perfectamente posible que, del mismo modo que una beca dotada por una empresa privada puede constituir una genuina y auténtica beca, una beca establecida por una Administración pública pueda encubrir una relación de trabajo¹⁵³.

Es igualmente indicio de falta de autenticidad de las becas la inexistencia de circunstancias objetivas que puedan explicar o dar razón de por qué el becante –particularmente cuando éste es una entidad privada con ánimo de lucro (una empresa)– establece y dota la beca ("acausalidad" de la liberalidad). Indica lo mismo la falta de fractura entre el sujeto que financia o paga la beca y el sujeto que recibe y controla efectivamente los servicios del trabajador y su formación, es decir, la identificación del becante y del centro de aplicación del becario¹⁵⁴. También la existencia de elementos "contaminantes" que puedan hacer sospechar que la intención del becante no es la formación del becario sino la instrumentación de la beca como mecanismo de selección de personal, prueba de trabajadores, etc (becas "remuneratorias" o "prelaborales"¹⁵⁵). Es asimismo indicador de la inexistencia de beca el hecho de que la entidad becante esté experimentando circunstancias (aumento de pedidos, excesivo número de bajas o absentismo laboral, etc) en las que lo normal en términos objetivos sería la contratación de trabajadores asalariados de carácter temporal¹⁵⁶.

Lo mismo puede decirse de la asignación al becario de trabajos habituales, normales, típicos y permanentes en la entidad becante, desempeñados de ordinario por quienes son auténticos trabajadores¹⁵⁷, particularmente cuando se trate de trabajos esenciales, necesarios e imprescindibles para el

¹⁵² Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, pág. 129.

¹⁵³ Por desgracia, dista en efecto de ser extraña la utilización fraudulenta de las becas por las Administraciones como dispositivo de encubrimiento de auténticos contratos de trabajo; para un ejemplo de esas prácticas en el ámbito universitario, *vid.* J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÁ y A.M. ROMERO BURILLO, "Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado", *loc. cit.*, pág. 189; también A. SELMA PEÑALVA, "Los becarios aparentes", *loc. cit.*, págs. 54 y siguientes.

¹⁵⁴ Con todo, debe señalarse que en ocasiones la escisión subjetiva entre quien financia la beca y quien opera como centro de aplicación del becario aparece deliberadamente dispuesta como dispositivo de enmascaramiento del contrato de trabajo realmente subyacente; *vid.* A. SELMA PEÑALVA, "Los becarios aparentes", *loc. cit.*, pág. 60.

¹⁵⁵ *Vid.* STS de 28 de julio de 1995 (Ar. 6349).

¹⁵⁶ Sucede así, por ejemplo, cuando a través de la beca se cubren las ausencias producidas por las vacaciones de un trabajador; *vid.* B. VILLALBA SALVADOR, "Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales", *loc. cit.*, pág. 203.

¹⁵⁷ *Vid.* A MARTÍN VALVERDE, "Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria", *loc. cit.*, pág. 263.

normal funcionamiento de quien concede la beca¹⁵⁸. También la asignación al becario en exclusiva de un puesto de trabajo, sin darle oportunidad de movimiento por las distintas partes del tejido productivo de la misma, impidiendo así la optimización del efecto formativo de su aplicación a la realización de actividades variadas. Es también indicio de no autenticidad de la beca la integración del becario en el aparato productivo del centro de aplicación con total normalidad, sin padecimiento por este centro de cierta penalidad, carga o estorbo¹⁵⁹. Y lo mismo cabe decir, por ejemplo, de la continuidad de las tareas del becario, una vez terminada la beca, por un trabajador ordinario¹⁶⁰, o incluso por otro becario que lo sustituye¹⁶¹.

Otros indicios de falta de autenticidad de la beca son, para finalizar, la atribución de prioridad a los resultados productivos sobre los formativos, es decir, la mayor importancia de las utilidades patrimoniales generadas por el becario en beneficio de la entidad becante que las utilidades formativas derivadas para el mismo del desempeño del trabajo o la actividad profesional; la patrimonialidad o utilidad económica o de mercado de los frutos derivados de la actuación del becario, esto es, la adecuación de los productos y servicios generados por el mismo para su adquisición por los demandantes de esos bienes; el disfrute de retribuciones de cuantía comparable a la que obtienen los trabajadores ordinarios por el desempeño de su actividad; la inexistencia de límites de edad para las becas, etc.

Puede suceder, con todo, que los indicios de referencia –porque sean pocos o débiles, porque el juego de unos quede contrarrestado por el de los otros, etc– no sirvan para decantarse por la autenticidad de la beca, y por tanto para decidir si debe darse aplicación a la normativa de la beca o a la regulación de la relación profesional que corresponda, principalmente la legislación laboral. Sin embargo, el intérprete, particularmente el juez, tendrá necesariamente que resolver si se trata de una u otra cosa. En ese caso la solución del problema puede someterse a la consideración de ciertos criterios objetivos. En caso de que, como sería lo más normal, la relación de beca hubiera sido objeto de formalización por escrito, por ejemplo, podría ser muy útil tomar en consideración la calificación dada voluntariamente por las partes a la misma en el documento. Pero pudiera suceder que no hubiera forma, que la voluntad calificadoria no fuera clara o que surgieran sospechas sobre su autenticidad por las razones que fuera, etc. En esos supuestos, aunque es cierto que el instituto ha perdido mucha de la fuerza con la que nació originalmente en la legislación laboral¹⁶², quizá pudie-

¹⁵⁸ Se ha considerado indicio de no autenticidad de las becas la asignación a los becarios que lo eran en una Administración pública de tareas reservadas a funcionarios públicos en la relación de puestos de trabajo correspondiente; *vid.* J.M. de SOTO RIOJA, "Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario ó relación laboral encubierta?", *loc. cit.*, pág. 230.

¹⁵⁹ *Vid.* S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, pág. 131.

¹⁶⁰ *Vid.* S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", *loc. cit.*, pág. 131.

¹⁶¹ *Vid.* J.L. GOÑI SEIN, "Las becas y el encubrimiento de contratos...", *loc. cit.*, pág. 298.

¹⁶² *Vid.* M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid, 1995, págs. 179 y siguientes.

ra echarse mano de la presunción de existencia de relación laboral a la que se refiere el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores¹⁶³.

Nótese, en todo caso, que los criterios de determinación de la autenticidad de las becas de los que se ha venido dando cuenta hasta ahora derivan esencialmente de la interpretación doctrinal y jurisdiccional de la legislación laboral. Cabe por ello plantearse si las previsiones reguladoras de las becas podrían establecer criterios distintos de diferenciación entre las becas y los contratos de trabajo. Por descontado, no puede suceder así cuando se trate de "regulaciones contractuales", dadas por las entidades becantes a la hora de la constitución de becas privadas. Ese tipo de regulaciones tienen el valor que cabe reconocer a la autonomía de la voluntad, por lo que es evidente que las mismas nunca podrán establecer criterios de diferenciación de las becas frente a los contratos de trabajo que entren en contradicción con lo que establece la legislación laboral. ¿Qué sucede entonces cuando se trate de "regulaciones administrativas", dadas en el ámbito de becas públicas, gestionadas y financiadas públicamente?. No parece tampoco que ese tipo de regulaciones puedan establecer criterios de autenticidad de las becas distintos de los que derivan de la aplicación de la legislación laboral, dado que suele tratarse de normas reglamentarias¹⁶⁴. La determinación de la existencia de la relación de trabajo es imperativa conforme a la legislación laboral, y es claro que la citada determinación imperativa quedaría en cuestión si se admitiera que regulaciones de inferior rango –contractual o reglamentario– pudieran establecer criterios de diferenciación entre la beca y el contrato de trabajo distintos a los legales¹⁶⁵.

4. Relaciones de "intercambio de servicios" y trabajo formativo

El intercambio de servicios, como fórmula jurídica, es un contrato por el que una persona se compromete a prestar servicios a otra a cambio del compromiso recíproco de ésta de prestar servicios a aquella primera. *Mutatis mutandis*, viene a ser una especie de "permuta especial" en la que el objeto del cambio no son cosas sino prestaciones de actividad personal, quedando en todo caso fuera del ámbito de la legislación laboral (siempre, por supuesto, que no concurren las notas del art. 1.1 del ET)¹⁶⁶. Al igual que la permuta, el intercambio de servicios es un negocio de uso infrecuente, por

¹⁶³ Vid. F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, "Contrato de trabajo: periodo de prácticas como becario en una empresa", *loc. cit.*, pág. 301.

¹⁶⁴ En el mismo sentido, *vid.* G. FABREGAT MONFORT, "Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios", *Aranzadi Social*, 11 (2001), pág. 67.

¹⁶⁵ Precisamente por esa razón, es por lo que el reciente RD 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación, no establece criterios de diferenciación de la beca frente al contrato de trabajo distintos a los que derivan de la lectura de la legislación laboral; *vid.* O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el trabajo formativo", *Temas Laborales*, 74 (2004), págs. 39 a 42.

¹⁶⁶ Vid. M. ALONSO OLEA, "Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad", *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo (Estudios en homenaje al prof. J. Cabrera Bazán)*, Madrid, 1999, págs. 19 y 20.

lo que resulta atípico y legalmente innominado, lo que no quiere decir que se trate de una figura ilegal, pues es evidente que el mismo puede hacerse descansar en el principio de autonomía de la voluntad. Por supuesto, ello determina que su regulación provenga en su mayor medida de lo que las partes pacten libremente en el contrato, si bien debe precisarse que sectorialmente, en ciertos ámbitos de actividad, particularmente ámbitos cerrados (*vgr.*, el ámbito rural y agrícola), la presencia típica de intercambios de servicios puede llegar a determinar la aparición de algunas normas objetivas, normalmente procedentes de fuentes consuetudinarias¹⁶⁷.

Importa poner de relieve aquí que el intercambio de servicios –que, obsérvese, nada tiene que ver con la beca, toda vez que el mismo no es un negocio con *causa donandi*, sino un negocio oneroso, con causa lucrativa– puede constituir también una sede para el desenvolvimiento de trabajo formativo. Nada impide en efecto que dos personas se comprometan de suerte que una de ellas asuma la obligación de trabajar a cambio del deber correlativo de la otra parte de procurar a la primera ciertos servicios de tipo formativo. Entiéndase que no estamos pensando en el caso en el que un sujeto trabaja para otro a cambio de la obtención de una formación externa al mismo acto de trabajar –consistente, por ejemplo, en enseñanzas de tipo académico o de otra naturaleza–, sino en la hipótesis en la que la formación que se comprometa a dar la contraparte opere precisamente en el mero acto de trabajar, de modo que el beneficio que se obtenga con la recepción del trabajo realizado por el aprendiz quede compensado, simplemente, con los conocimientos que éste adquiera al trabajar de una manera determinada. La precisión es inexcusable, pues sólo en el último caso citado –formación a través del mero trabajo– cabe hablar propiamente de trabajo formativo; en el otro supuesto, tratándose indudablemente también de un intercambio de servicios –de trabajo por formación–, no estaríamos sin embargo ante auténtico trabajo formativo.

Debe señalarse que la utilización del intercambio de servicios como fórmula para el cambio de trabajo por formación vía trabajo formativo no sólo cabe en hipótesis sino que ha sido objeto de realizaciones reales. De hecho, ha constituido una fórmula históricamente utilizada para el aprendizaje de ciertas técnicas para cuyo dominio resulta clave el ejercicio de la actividad¹⁶⁸. En la actualidad, las pasantías, incidentalmente aludidas en el Estatuto General de la Abogacía (RD 2090/1982, de

¹⁶⁷ Sobre el intercambio de servicios en general, *vid.* G. BAYÓN CHACÓN, "El intercambio de servicios", *Revista de Derecho del Trabajo*, 21 (1957), págs. 33 a 37.

¹⁶⁸ Prueba de ello es que el contrato de aprendizaje, en el marco de la regulación dada al mismo en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, pudo haber sido concebido como un intercambio de servicios (trabajo a cambio de formación), y ello tanto por establecerse la posibilidad de un aprendizaje sin retribución (dice el art. 124 de la citada norma que "la remuneración del aprendiz al maestro no será debida, a no haberse pactado expresamente en el contrato") cuanto por admitirse expresamente la posibilidad de pago en especie consistente en servicios (según el mismo art. 124, la remuneración "podrá consistir...en especie", diciendo, más precisamente, que el aprendiz podrá entenderse retribuido únicamente por "cambio de servicios"); *vid.* F.J. PRADOS de REYES, *El contrato de aprendizaje*, Granada, 1979, pág. 138; también M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, "Pasado, presente y perspectivas de la formación profesional en España", *Formación profesional, contratación y mercado de trabajo*, Sevilla, 1991, pág. 25.

24 de julio, art. 35), constituyen un ejemplo vivo -no el único- de los intercambios de servicios que nos ocupan. Cabría por ello indagar la problemática que plantea el trabajo formativo cuando el mismo se da el marco de intercambios de servicios. Sin embargo, la inexistencia de regulación objetiva nos priva de las bases normativas que resultan imprescindibles para abordar el estudio del trabajo formativo en el marco indicado. Simplemente, cabe señalar que el intercambio de servicios de trabajo por formación es un negocio jurídico lícito por descansar en la autonomía de la voluntad, que será la sede de la determinación de las reglas correspondientes. Por supuesto, la figura dejará de resultar conforme a derecho cuando se utilice para encubrir auténticas relaciones de trabajo. Puede así decirse que el problema básico que suscita el intercambio de servicios de trabajo por formación es el de determinar cuándo estamos ante un verdadero intercambio de servicios y cuándo ante un contrato de trabajo.

Ocorre, con todo, que en la práctica la relación indicada de intercambio de trabajo por formación en modo alguno constituye un fenómeno habitual. Por lo pronto, por ser los intercambios de servicios negocios en los que no es sencillo encontrar el equilibrio de la relación, dado que los elementos de intercambio son difíciles de reducir a términos de equivalencia: es fácil materializar el equilibrio de cambio cuando se ofrece un servicio a cambio de dinero, pero no cuando se cambia un servicio por otro servicio. Por otra parte, debido a la existencia de un aparato institucional formativo que ofrece cauces variados de aprendizaje profesional, tanto a nivel público como a nivel privado. También como consecuencia de la reglamentación de los títulos y certificados de profesionalidad: la formación informal mediante intercambio de servicios pierde sentido en sociedades productivas en que los títulos para trabajar están formalizados y juridificados. Además, no cabe olvidar la presión negativa que supone al respecto la presencia de ciertas fórmulas jurídicas de trabajo formativo expansivas e imperativas con las que convive la fórmula del intercambio de servicios. En particular, debe notarse que los contratos de trabajo formativo, en prácticas y para la formación, cierran significativamente el campo del trabajo formativo vía relaciones de intercambio de servicios. Nótese, de hecho, que en la medida en la que el trabajo formativo en intercambio de servicios gana en dimensión productiva se acerca a un contrato de trabajo formativo, del mismo modo que en la medida en la que el mismo pierde en dimensión productiva, dejará de interesar al empresario, y no será por ello concertado (máxime cuando el empresario sabe que la formación puede obtenerla el trabajador por medio de las estructuras del sistema público formativo).

5. El trabajo formativo en el ámbito del sistema educativo

La implicación en la actividad productiva como instrumento para la consecución de resultados formativos puede apreciarse también en el ámbito de las enseñanzas del sistema educativo, particularmente en los niveles en que el mismo muestra perfiles más acusadamente profesionales: la formación profesional reglada y la enseñanza universitaria. En efecto, las normas de formación profesional reglada y enseñanza universitaria asumen con toda claridad que la realización de actividad productiva, concretamente el desempeño por el estudiante de las actividades características de la profesión que es objeto de aprendizaje, las llamadas "prácticas profesionales" –que, por cierto, pue-

den ser subproductivas, representando para las empresas más un estorbo que un factor de optimización de la producción, como revela el hecho de que las mismas cobren en muchos casos por las prácticas de estudiantes-, constituyen un elemento imprescindible para un aprendizaje mínimamente efectivo y de calidad¹⁶⁹.

Esta circunstancia, que revela una vez más la proximidad entre las esferas de la actividad formativa y la actividad productiva -en la medida, ahora, en la que los mecanismos de la enseñanza ven en la realización efectiva de la actividad profesional una vía muy conveniente para la formación-, se advierte con claridad atendiendo a lo que dispone la normativa vigente. La Ley Orgánica 5/2002, de 29 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, establece que para la mejora de la formación profesional "se promoverá la necesaria colaboración de las empresas con las Administraciones Públicas y Universidades" mediante "la formación de los alumnos en los centros de trabajo" y "la realización de prácticas profesionales de los alumnos en empresas y otras entidades" (art. 6). El art. 34.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, mantenido vigente por la Disposición derogatoria única 4 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, dispone que "el currículo de las enseñanzas de formación profesional específica -es decir, reglada- incluirá una fase de formación práctica en los centros de trabajo" y que a tal fin "las Administraciones educativas arbitrarán los medios necesarios para incorporar a las empresas e instituciones al desarrollo de esas enseñanzas". Análogamente, el art. 6 del RD 362/2004, de 5 de marzo, de ordenación general de la formación profesional específica, dispone que "todos los ciclos formativos de formación profesional específica incluirán prácticas formativas en empresas u otras entidades", precisando que dicha formación se dará "en situación real de trabajo" y que "se organizará en un módulo de formación en centros de trabajo que formará parte del currículo del ciclo formativo correspondiente"¹⁷⁰. En el ámbito de la enseñanza universitaria queda también claro que las prácticas en empresas son consideradas una parte importante de la formación del estudiante, particularmente tratándose de estudios (*vgr.*, las ciencias sanitarias) en los que la realización de la actividad profesional en vivo se considera un trámite indispensable para la calidad de la formación¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sobre la importancia de las prácticas profesionales en empresas como parte de los procesos formativos académicos o reglados, *vid.* E. BORRAJO DACRUZ, "Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España", *Revista de Trabajo*, 66 (1982), págs. 21 y siguientes.

¹⁷⁰ La normativa citada precisa que del módulo de formación en centros de trabajo están exentos quienes logren acreditar experiencia profesional o laboral relacionada con el título formativo que se esté cursando; *vid.* art. 34.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, y art. 30 del RD 362/2004, de 5 de marzo, de ordenación general de la formación profesional específica: en relación al procedimiento a seguir para lograr la convalidación y reconocimiento de la experiencia laboral y los aprendizajes no formales a tales efectos, *vid.* la Disposición adicional 8 del mismo RD 362/2004, de 5 de marzo, que remite a los RRDD 777/1998, de 30 de abril, y 924/2003, de 18 de julio.

¹⁷¹ La base legal para la realización de concertos entre las Universidades y las Instituciones Sanitarias, concertos por los que se hace posible la realización de prácticas por los estudiantes de ciencias sanitarias (Medicina, Enfermería y Farmacia, principalmente), se encuentra principalmente en la Ley General de la Sanidad, que establece en su artículo 104 que "toda la estructura asistencial del sistema sanitario debe estar en disposición de ser utilizada para la docencia pregraduada, posgraduada y continuada de los profesionales" y que "las Administraciones Públicas competentes en educación y sanidad esta-

El trabajo desempeñado por estudiantes en empresas en el marco de las prácticas profesionales no es, por supuesto, trabajo asalariado, simplemente porque no concurren las notas características de ese tipo de trabajo. Varias normas se encargan, no obstante, de recordárnoslo. La Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional establece con toda claridad que "las prácticas profesionales de los alumnos en empresas y otras entidades (...) no tendrán carácter laboral" (art. 6.4). El RD 362/2004, de 5 de marzo, de ordenación general de la formación profesional específica, dispone por su parte que las "prácticas formativas en empresas u otras entidades", desarrolladas "en situación real de trabajo, no tendrán carácter laboral" (art. 6.1). En fin, no se olvide que, ahora en el ámbito específico de los contratos de trabajo formativos, el RD 488/1998, de 27 de marzo, determina expresamente la exclusión de su ámbito de "las prácticas profesionales realizadas por estudiantes como parte integrante de sus estudios académicos o de los cursos de formación profesional" (Disposición adicional 1). Es claro, pues, que las prácticas de estudiantes en empresas no son trabajo asalariado. Como también debe estarlo que las citadas prácticas no constituyen un escenario propicio para el encubrimiento fraudulento de verdaderos contratos de trabajo. Factores como la existencia de una planificación formativa verdadera y reglada (determinada por los estudios cursados), la presencia de centros formativos acreditados (normalmente públicos), etc, dificultan en gran medida la aparición del riesgo indicado. En todo caso, debe notarse que, incluso aunque pudiera llegar a tratarse de actividades materialmente asalariadas, las mismas quedarían fuera de la legislación laboral, al haber sido declaradas expresamente como no laborales por una norma con rango de ley (art. 6.4 de la LO 5/2002, de 19 de junio). Los problemas, pues, no consistirán entonces en determinar si las prácticas profesionales en el sistema educativo pueden instrumentalizarse para encubrir auténticos contratos de trabajo, sino en fijar los derechos, obligaciones y responsabilidades de los estudiantes en realización de prácticas profesionales (vgr., derechos de seguridad y salud, protección social, responsabilidad por daños causados en el desempeño de las prácticas profesionales, etc).

blecerán el régimen de conciertos entre las Universidades y las Instituciones Sanitarias en las que se debe impartir enseñanza universitaria a efectos de garantizar la docencia práctica de la Medicina y Enfermería y otras enseñanzas que así lo exigieran" (art. 104); análogamente, la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, dice que "corresponde al Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte y de Sanidad y Consumo, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, establecer las bases generales del régimen de conciertos entre las Universidades y las Instituciones Sanitarias y establecimientos sanitarios, en las que se deba impartir enseñanza universitaria, a efectos de garantizar la docencia práctica de Medicina, Farmacia y Enfermería y otras enseñanzas que así lo exigieran"; la reglamentación de las bases de esos conciertos está contenida en el RD 1558/1986, de 28 de junio, por el que se establecen las bases generales del régimen de conciertos entre las Universidades y las Instituciones Sanitarias; con fundamento en esa regulación se han aprobado algunos conciertos entre Universidades e Instituciones Sanitarias; por ejemplo, en Asturias, el Concierto de 21 de julio de 1988, entre la Universidad de Oviedo, el Instituto Nacional de la Salud y el Principado de Asturias para la utilización de las Instituciones Sanitarias de Asturias en la investigación y docencia universitarias (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 17 de agosto de 1988, corrección errores de 1 septiembre).

6. El trabajo formativo en los "programas de garantía social"

Dentro del ámbito del sistema educativo –como demuestra el que la regulación de la materia de referencia se ofrezca en normas educativas, o que su gestión y financiación corra a cargo de las Administraciones educativas, etc–, aunque fuera, desde luego, de las estructuras normales u ordinarias del mismo, existe un campo particular y excepcional de enseñanzas en el que también se realiza trabajo formativo: los "programas de garantía social". Son los citados programas acciones educativas públicas destinadas a proporcionar una formación básica y profesional a quienes no alcanzan los objetivos de la educación secundaria obligatoria (sea por fracaso escolar, desescolarización, marginalidad, etc) con el fin de hacer posible su incorporación a la vida activa (inserción profesional) o proseguir sus estudios en las enseñanzas que corresponda, particularmente las de formación profesional (inserción académico-profesional). Así han sido definidos los mismos por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (art. 23), y por las normas dictadas en desarrollo de la misma, tanto las provenientes de la acción normativa estatal, para el ámbito del llamado "territorio MEC" (art. 14 del RD 1007/1991, de 14 de junio, y OM de 12 de enero de 1993), cuanto las procedentes de los poderes normativos de las diversas Comunidades Autónomas en el ámbito de sus correspondientes territorios, en caso de estar transferidas a las mismas las competencias educativas (*vgr.*, O. 1207/2000, de 19 de abril, de Madrid; D. 72/2001, de 24 de abril, del País Vasco; O. de 20 de junio de 2001, de Castilla-La Mancha; D. 123/2002, de 16 de abril, de Cataluña; O. de 22 de abril de 2002, de Baleares; O. de 17 de septiembre de 2002, de Extremadura). Adviértase que aunque la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, deroga los programas de garantía social, sustituyéndolos por los "programas de iniciación profesional", se trata sólo de un mero cambio de denominación, pues el contenido sustantivo de la figura permanece idéntico; y también, por otra parte, que la entrada en vigor de las nuevas reglas relativas a los programas de iniciación profesional han sido objeto de aplazamiento hasta el curso 2006/2007 o 2007/2008 en el RD 1318/2004, de 28 de mayo, por lo que de momento siguen operativos los programas de garantía social¹⁷².

Trátase de programas de garantía social o de programas de iniciación profesional, pues lo cierto es que como hemos dicho estamos ante figuras materialmente equivalentes, importa aquí hacer hincapié en el hecho de que tales programas constituyen un ámbito en el que puede llegar a realizarse

¹⁷² En efecto, tanto el art. 27 de la Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Educación, como los arts. 10 a 12 del RD 831/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria, relativos a los programas de iniciación profesional, cuya entrada en funcionamiento había sido prevista para el curso 2004/2005 o 2005/2006 (según el caso) por el RD 827/2003, de 27 de junio, que establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Educación, han sido objeto de mayor aplazamiento -hasta el curso 2006/2007 o 2007/2008, según el caso- en el RD 1318/2004, de 28 de mayo, por el que se modifica el calendario de aplicación dispuesto en el RD 827/2003; por cierto, ello no ha impedido, como es sabido, que alguna Comunidad Autónoma haya dictado ya en su ámbito, dentro del nuevo marco normativo LOCE, la correspondiente norma reguladora de los programas de iniciación profesional, como es el caso de la Comunidad de Madrid (*vid.* O. 1905/2004, de 21 de mayo).

trabajo formativo. En efecto, la consideración de que la realización de labores productivas determina importantes resultados formativos no está ni mucho menos ausente en las normas reguladoras –estatales o autonómicas– de los citados programas, y prueba de ello es que los mismos incorporan como parte o elemento de su ciclo formativo característico la estancia de los alumnos en empresas. El problema que se suscita es que las normas aplicables no aclaran en ocasiones qué hacen los alumnos en esas estancias ni cuál es la naturaleza jurídica de las mismas¹⁷³. Ello permite plantear la cuestión de si se trata de meras "prácticas en empresas", completamente ajenas por ello a la aplicación de la normativa laboral, y que debieran regirse por las normas reguladoras de las prácticas en empresas llevadas a cabo por estudiantes de ciclos formativos del sistema educativo (a las que nos hemos referido en el apartado anterior, y en las que tiene un gran protagonismo, como se sabe, el concierto o convenio suscrito por las Administraciones educativas con las empresas), o si, por el contrario, esas estancias en empresas pueden revestir la forma de auténticos contratos de trabajo, particularmente contratos formativos. Consultando la normativa reguladora de la materia, puede decirse que caben ambas posibilidades (a veces incluso dentro del ámbito de la misma norma). Las estancias en empresas pueden así materializarse en la forma de las llamadas "prácticas en empresas"¹⁷⁴, pero también como auténticos "contratos de trabajo", particularmente como contratos para la formación¹⁷⁵.

¹⁷³ La OM de 12 de enero de 1993, reguladora de programas de garantía social en el "territorio MEC", dice simplemente que "determinados programas de garantía social podrán combinarse con la realización de un trabajo productivo relacionado con los contenidos de formación profesional de los mismos" (art. 5.4), pero nada precisa de ese "trabajo productivo" del que habla ni sobre el régimen jurídico que deba aplicársele; el RD 831/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria, aunque todavía no operativo en la materia que nos ocupa, dice simplemente que los programas de iniciación profesional incluyen "un periodo de formación en centros de trabajo en el segundo curso", sin mayores precisiones; algo parecido sucede, por ejemplo, con el D. 123/2002, de 16 de abril, regulador de programas de garantía social en Cataluña, que sólo establece que "la formación práctica en centros de trabajo" formará parte de los programas de garantía social (art. 5.3), y lo mismo cabe decir del D. 72/2001, de 24 de abril, regulador de los programas de garantía social en el País Vasco, que simplemente habla de la necesidad de hacer prácticas en empresas, sin definir las mismas ni aclarar las normas que son de aplicación en el caso (art. 6).

¹⁷⁴ Tal parece ser el criterio, por ejemplo, de la O. 1207/2000, de 19 de abril, reguladora de programas de garantía social en Madrid, cuyo art. 6.2 se refiere a la posibilidad de realización de "prácticas en empresas o centros de trabajo relacionados con el perfil que se esté cursando" y que "se desarrollarán de acuerdo con la normativa que al efecto se establezca"; también de la O. de 20 de junio de 2001, sobre programas de garantía social en Castilla-La Mancha (art. 7.4), de la O. de 17 de septiembre de 2002, reguladora de los programas de garantía social en Extremadura (art. 6.3), y de la O. de 22 de abril de 2002, sobre los programas de garantía social en Baleares (art. 9); la O. 1905/2004, de 21 de mayo, reguladora de programas de iniciación profesional en Madrid, establece igualmente que "los aspectos relacionados con la formalización de los convenios de colaboración entre el centro educativo y las empresas u otras organizaciones para realizar este periodo de formación en centros de trabajo, así como cuantas cuestiones no detalladas en esta Orden surjan sobre su desarrollo, se regirán por lo dispuesto con carácter general para realizar el módulo profesional de formación en centros de trabajo de los ciclos formativos de Formación Profesional Específica" (art. 11.4), consistentes como se sabe en "prácticas en empresas".

¹⁷⁵ La O. 1207/2000, de 19 de abril, reguladora de programas de garantía social en la Comunidad Autónoma de Madrid, que como hemos señalado acepta la posibilidad de que la estancia en empresas adquiera la forma de "prácticas en empresas", reconoce también que los contratos de trabajo para la formación pueden servir al respecto (arts. 6.2 y 6.3, 13.5 y 14.8); lo mismo sucede en la O. de 17 de septiembre de 2002, reguladora de los programas de garantía social en Extremadura (arts. 5.c4 y 6.3), en la O. de 22 de abril de 2002, sobre los programas de garantía social en Baleares (art. 9) y también en la O. de 20 de junio de 2001, sobre programas de garantía social en Castilla-La Mancha (art. 10 *in fine*).

7. El trabajo formativo en el sistema de formación profesional

La realización de prácticas en empresas es también un fenómeno normal –si no imprescindible– en el ámbito de la formación profesional no reglada o académica, es decir, cuando se trata de la formación profesional que aparece situada fuera del sistema educativo, tanto la continua como la ocupacional. Valga a este efecto, de nuevo, la cita del art. 6 de la Ley Orgánica 5/2002, de 29 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación profesional, cuando establece que para la mejora de la formación profesional (concepto éste en el que según el artículo 9 de la misma norma queda comprendida no sólo la formación reglada, sino también la formación continua y la ocupacional) "se promoverá la necesaria colaboración de las empresas –"mediante los oportunos convenios y acuerdos"– con las Administraciones Públicas, Universidades, Cámaras de Comercio y entidades de formación" para "la formación de los alumnos en los centros de trabajo" y "la realización de prácticas profesionales de los alumnos en empresas y otras entidades" (art. 6).

Ahora bien, conviene diferenciar según se trate de formación continua o formación ocupacional. En el caso de la formación continua, como estamos ante el caso de la formación de un trabajador que está efectivamente ocupado en una empresa, parece que lo más lógico sea que las acciones formativas consistan en actividades teóricas. Dicho de otra manera, no parece que la formación profesional continua constituya una sede propicia para el desempeño de trabajo formativo. Sin embargo, lo cierto es que nada lo impide, de modo que podría acontecer que la formación profesional dada a un trabajador en activo contuviera, como parte de su programa, la realización de prácticas en empresas. El III Acuerdo de Formación Continua de 19 de diciembre de 2000 no prohíbe que las acciones formativas puedan consistir en la realización de prácticas en empresas (arts. 12.1, 14.1, 15.1 y 16.1), y tampoco lo hace el vigente RD 1046/2003, de 1 de agosto, regulador del subsistema de formación profesional continua (arts. 10 y 12). Es más, este último reglamento dice expresamente en su art. 12.1, párrafo 2, que la formación continua incluye "una enseñanza práctica", y lo mismo hace la OM de 13 de febrero de 2004 que lo desarrolla (art. 7). En todo caso, hay que preguntarse si el principio de competencia entre empresas característico de nuestro sistema productivo hará factible esa posibilidad. Cabe pensar que la misma no será objeto de realización efectiva a menos que la empresa en la que se realizan las prácticas profesionales obtenga algún tipo de contrapartida capaz de compensar el coste que supondrá contribuir a formar a trabajadores de una empresa que en hipótesis y más que presumiblemente estará en el mercado en situación de "hacer la competencia" a aquella primera.

En relación a la formación profesional ocupacional, que como se sabe es un conjunto de acciones formativas no regladas cuyo destinatario son los desempleados, debe de señalarse que, aparte de por lo que hemos visto que dispone el ya conocido art. 6 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, aplicable también en este caso, la consideración de las prácticas en empresas como elemento de las actividades de formación se advierte también en otras disposiciones. La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, establece como objetivo de la política de empleo la realización de "acciones formativas que faciliten al trabajador –expre-

sión que debe entenderse aquí *lato sensu*, comprensiva también del desempleado— (...) la empleabilidad y, en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo" (art. 2c), y como medio para tal fin, dentro de las llamadas políticas activas de empleo —una de cuyas manifestaciones consiste precisamente en la elaboración de "programas de formación profesional ocupacional"—, la necesidad de "facilitar la práctica profesional" (art. 25). La presencia de trabajo formativo en la formación profesional ocupacional se hace más clara en el marco del RD 631/1993, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (Plan FIP). En efecto, el artículo 4 de esta norma establece que la parte práctica de la formación "deberá realizarse en aulas taller apropiadas en las empresas con las que se hayan celebrado los oportunos convenios de colaboración".

Para evitar que auténticas relaciones de trabajo puedan disfrazarse como prácticas desarrolladas por desempleados en concepto de formación profesional ocupacional, el RD 631/1993, de 3 de mayo, se encarga de precisar que las prácticas en empresas dejarán de suponer la existencia de relación laboral entre los alumnos y la empresa "siempre que se realicen con base a los convenios celebrados entre la Administración Laboral competente para gestionar las acciones del Plan FIP y la empresa o la organización empresarial correspondiente, en los términos pactados en los mismos" (*a contrario* ello supone que en otro caso estaremos ante contratos de trabajo). Aunque el contenido de la regla sea razonable, pues es dable presumir que la intervención de la Autoridad Laboral en los conciertos de referencia operará como garantía de que no se harán pasar por prácticas profesionales auténticos trabajos asalariados, la misma resulta sin embargo inútil, pues lo cierto es que una norma reglamentaria —como es el caso— no es quién para delimitar las fronteras entre las prácticas profesionales y el trabajo asalariado. En todo caso, con el fin de evitar la confusión entre verdaderas prácticas profesionales y el desarrollo de actividad productiva asalariada, y de paso para establecer el régimen jurídico básico de las prácticas profesionales, el art. 4 del RD 631/1993 dispone que "en el convenio (en el que se pacten las prácticas profesionales con las empresas) deberá describirse el contenido de las prácticas, duración, lugar y horario de las mismas, y sistema de tutorías para su seguimiento y evaluación"; que "antes del comienzo de las prácticas, el convenio, así como una relación mensual de los alumnos que participen en las mismas, se pondrá en conocimiento de los representantes legales de los trabajadores en la empresa"; y que "las empresas podrán recibir una compensación económica por alumno/hora de práctica, en la que se incluirá el coste de las suscripción de una póliza colectiva de accidentes de trabajo". Los alumnos del Plan FIP, cuya asistencia y aprovechamiento de los cursos es obligatoria, tienen derecho, por otra parte, al reintegro de los "gastos de transporte, manutención y alojamiento", así como a "becas cuando se trate de desempleados minusválidos" (art. 6). El RD 631/1993, de 3 de mayo, ha sido desarrollado en algunos de estos aspectos por la OM 13 de abril de 1994.

8. El trabajo formativo en el marco de la protección por desempleo

La protección contra el desempleo, que suele llevarse a cabo a través de múltiples instrumentos, opera en nuestro sistema principalmente en tres planos distintos: las medidas de política econó-

mica, las prestaciones por desempleo y las llamadas políticas activas de empleo. Una manifestación fundamental de estas últimas viene a ser, sin duda, la formación profesional, que constituye, de hecho, un dispositivo imprescindible para que pueda tener lugar la mejor protección posible que cabe imaginar contra las situaciones de desempleo: el hallazgo de ocupación¹⁷⁶. La consideración de la formación como mecanismo de lucha contra el desempleo queda de manifiesto con toda claridad en el ordenamiento español en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Por un lado, esta norma establece como objetivo general de la política de empleo la realización de "acciones formativas que faciliten al trabajador el mantenimiento y la mejora de su cualificación profesional, empleabilidad y, en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo" (art. 2c). Por otra parte, la misma ley considera explícitamente la formación profesional como elemento clave en las "políticas activas de empleo", que son uno de los instrumentos o herramientas fundamentales en la lucha contra la desocupación (art. 23.1)¹⁷⁷.

Pues bien, debe decirse que el trabajo formativo -es decir, las realización de actividad productiva con orientación formativa- constituye una pieza básica en la articulación de la formación profesional construida por nuestro sistema en orden a la protección contra el desempleo mediante la procura de ocupación efectiva a los desempleados. La consideración del trabajo formativo como instrumento de la política de empleo, en concreto de las políticas activas de empleo, aparece en el art. 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que establece como objetivos de las políticas de empleo -con una contigüidad textual que invita a pensar que se trata de fines entrelazados- "desarrollar programas de formación profesional ocupacional y continua y cualificar para el trabajo" (letra b) y "facilitar la práctica profesional" (letra c). La instrumentalización del trabajo formativo al servicio de la protección contra el desempleo se torna también evidente a la luz de lo que hemos señalado en el epígrafe anterior respecto de la formación profesional ocupacional. No se pase por alto que la formación ocupacional, que puede implicar la realización de prácticas en empresas (trabajo formativo), constituye un dispositivo específico más de las políticas activas de empleo¹⁷⁸. No obstante, cuando hablamos de trabajo formativo en el contexto de la protección por desempleo, estamos pensando en la posibilidad de realización de prácticas profesionales en el marco del disfrute por los desempleados de algún tipo de prestación de desempleo (de modo que la realización de trabajo forma-

¹⁷⁶ Vid. M.L. RIDAO CARLINI, J.L. MARTÍN NAVARRO y A. RODRÍGUEZ RAMOS, "Formación, ocupación, capital humano y políticas de empleo", *Trabajo, Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, 10 (2001), págs. 88 y siguientes.

¹⁷⁷ Sobre la formación profesional como parte de la política de empleo, vid. M.M. MIRÓN HERNÁNDEZ, *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Madrid, 2000, págs. 78 y siguientes.

¹⁷⁸ Téngase presente que la formación profesional ocupacional surge en el marco de la actuación del Instituto Nacional de Empleo, con un clarísimo sesgo de medida de protección por desempleo, sesgo que, desde luego, no ha perdido tras su integración, como subsistema, dentro del sistema general de formación profesional; vid. J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, "Algunas consideraciones sobre la formación profesional ocupacional", *Contrato de Trabajo y Formación Profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, Madrid, 1987, págs. 185 y siguientes; M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, "Pasado, presente y perspectivas de la formación...", *loc. cit.* págs. 35 a 42.

tivo condicione las prestaciones¹⁷⁹) sin conexión necesaria con las estructuras de la formación ocupacional (pero con independencia de que eventualmente ello pueda tener lugar¹⁸⁰).

La realización de trabajo formativo en el marco de una relación previa de protección social tiene lugar tanto en el caso de las prestaciones y subsidios de desempleo como en el de las llamadas rentas activas de inserción. Comenzando por las prestaciones y subsidios de desempleo, debe decirse, por lo pronto, que a la vista de la LGSS no sólo queda claro que la formación profesional constituye una de las vertientes de la acción protectora del desempleo, como dispone el art. 206.2, sino también que la misma opera como requisito indispensable para el disfrute de las prestaciones de desempleo. Así lo establecen explícitamente los arts. 215.1.1 (privación del derecho al subsidio de desempleo por negativa a participar en "acciones de promoción, formación o reconversión profesionales"), 231.1c (obligación, de nuevo, de participar en "acciones de promoción, formación o reconversión profesionales" que determinen los servicios de empleo competentes) y 231.1i (obligación de participar en "acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por el Servicio Público de Empleo, en su caso, dentro de un itinerario de inserción"). Implícitamente, las obligaciones de formación de los beneficiarios de las prestaciones de desempleo pueden derivarse también, sin duda,

¹⁷⁹ Nótese que uno de los rasgos con los que se han presentado las reformas que ha experimentado en los últimos tiempos nuestro sistema de protección por desempleo ha consistido, precisamente, en el establecimiento de una relación de interdependencia clara entre el lado pasivo y el lado activo de las políticas de empleo, buscando condicionar más que nunca el disfrute de las prestaciones a la observación de determinadas conductas de búsqueda activa de ocupación por parte de los beneficiarios de prestaciones de desempleo; esa idea [que por cierto, suscita importantes problemas en nuestro sistema considerando que la competencia en materia de políticas activas y pasivas de empleo no está atribuida al mismo sujeto, sino a sujetos distintos, que incluso aparecen enfrentados desde el punto de vista competencial: el Estado y las Comunidades Autónomas; recientemente sobre el tema, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas y la formación profesional ocupacional", *Relaciones Laborales*, 6, (2004)] aparece claramente reflejada tanto en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (*vgr.*, arts. 2b, 9.2, 13h *in fine*, 23.2, 27, 28, etc), como en la LGSS, que tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, ha potenciado mucho la dependencia de las prestaciones de desempleo de la observación de conductas activas de ocupación por los parados (*vgr.*, arts. 207c, 208.2.2, 209.1 231.1); similar modificación puede contemplarse, ahora en el plano de las sanciones administrativas, en el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tras las reformas que ha practicado en el mismo la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (concretamente su artículo 46).

¹⁸⁰ Adviértase en efecto que la realización de trabajo formativo en el marco de una previa relación con prestaciones de desempleo podría darse en el marco de las estructuras de la formación profesional ocupacional a las que se refiere el Plan FIP (cuyos destinatarios principales son -no se olvide- perceptores de prestaciones de desempleo: art. 1 del RD 631/1993, de 3 de mayo); sin embargo, siendo ello posible, no resulta necesario; puede haber trabajo formativo dado en un contexto de prestaciones de desempleo que aparezca situado fuera de las estructuras de la formación profesional ocupacional, de la misma manera que la formación profesional ocupacional, aun cuando concebida principalmente para amparar a los preceptores de esas prestaciones, puede dar cobertura también a otro tipo de desempleados; dicho resumidamente, el trabajo formativo realizado dentro de las estructuras de la formación profesional ocupacional no es reducible por el trabajo formativo realizado en el marco de la protección por desempleo, de la misma manera que, a la inversa, el trabajo formativo realizado en el marco de la protección por desempleo no es reducible por el trabajo formativo realizado dentro de las estructuras de la formación profesional ocupacional; precisamente por ello, hemos abordado el estudio de esas dos manifestaciones de trabajo formativo como distintas, dispensando a las mismas epígrafes separados.

de lo que se establece en otros pasajes de la LGSS, como los relativos a las exigencias de búsqueda activa de empleo y suscripción y cumplimiento del llamado compromiso de actividad (*vgr.*, arts. 207c, 208.2.2, 209.1, 231.1h y 231.2).

No se trata aquí, con todo, de poner de manifiesto si las actividades formativas constituyen una vertiente o requisito de las prestaciones por desempleo –algo que resulta innegable, según acaba de señalarse–, sino de revelar si un tipo particular de acciones formativas –las que implican el desempeño de trabajo formativo– son vertiente o requisito de tales prestaciones. Debe señalarse que sí. Por lo pronto, porque la LGSS se refiere a la necesidad de que los perceptores de prestaciones de desempleo suscriban un compromiso de actividad (arts. 207c, 208.2.2, 209.1 y 231.1h), siendo el caso que como este compromiso se traducirá en la asunción por el beneficiario del desempleo una obligación de "participar en acciones específicas de formación, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad" (art. 231.2) –es decir, un itinerario de reinserción profesional personalizado– la importancia que a tales efectos puede llegar a tener el desempeño de trabajo formativo no es despreciable. Por otra parte, debido a las obligaciones que la LGSS establece de participar en "programas de empleo o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales" que determinen los servicios de empleo competentes (art. 231.1c) o de hacerlo en "las acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por el Servicio público de Empleo, en su caso, dentro de un itinerario de inserción" (art. 231.1i), obligaciones de las que puede formar parte, desde luego, una práctica de trabajo formativo. Con todo, es posible que la razón más clara de la presencia de trabajo formativo en las prestaciones de desempleo pueda derivarse a partir de la obligación del desempleado de realizar los llamados "trabajos de colaboración social" (arts. 213.3 y 231.1c), pues, aunque nada diga la LGSS al respecto, las repercusiones formativas de la realización de esos trabajos no puede pasarse por alto.

La realización de trabajo formativo en el marco de una relación previa de protección social puede apreciarse también en el ámbito de las rentas activas de inserción. Así queda de manifiesto atendiendo al vigente programa estatal de renta activa de inserción, aprobado por RD 205/2005, de 25 de febrero. La citada norma establece en su art. 3.3b la obligación de los beneficiarios de las rentas de inserción de "participar en los programas de empleo o en las acciones de inserción, orientación, promoción, formación o renovación profesionales, o en aquellas otras de mejora de la ocupabilidad", siendo claro que nada impide considerar la realización de trabajo formativo como pieza de los programas de referencia. La mera posibilidad de que el trabajo formativo pueda servir de dispositivo para las exigencias formativas que plantea el vigente programa de rentas activas de inserción se convierte en auténtica oportunidad a la luz de la definición que el citado programa hace de las llamadas "acciones de inserción laboral" en su art. 8. Pues no puede pasarse por alto que éstas comprenden el asesoramiento individualizado y el establecimiento de un itinerario personalizado de inserción laboral (8a y 8b), cuyo soporte ha de ser necesariamente el compromiso de actividad o la participación en planes de empleo o formación, tales como el Plan FIP, los programas de talleres de empleo, escuelas taller y casas de oficios, o los planes de empleo para la contratación de desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social que proporcionen

al trabajador la adquisición de práctica profesional adecuada (8d). A la vista de las reglas señaladas, queda claro, en definitiva, que, tal y como hemos apuntado, el trabajo formativo en el campo de las rentas de inserción no es que resulte posible, sino más que posible: resulta pertinente, cuando no necesario.

CAPÍTULO IV

TRABAJO DE VOLUNTARIADO

Sumario: 1. El trabajo no lucrativo como punto de partida.- 2. Carácter del trabajo y naturaleza del vínculo en el trabajo benévolo.- 3. Supuestos y clases de trabajo benévolo: el voluntariado como telón de fondo.- 4. El voluntariado como supuesto especial de trabajo benévolo y no retribuido.- 5.- El voluntariado como prestación de servicios: rasgos característicos.- 6. El régimen jurídico del trabajo de voluntariado.- 7. El trabajo de voluntariado en la legislación asturiana.- 8. Supuestos singulares de voluntariado.-

1. El trabajo no lucrativo como punto de partida

El trabajo de voluntariado es, por definición, trabajo gratuito o no lucrativo, lo cual no es contradictorio, naturalmente, con la posibilidad de que el voluntario reciba compensación económica por los gastos realizados con ocasión de su prestación o servicio. Por ello, como todo trabajo gratuito, es un trabajo excluido del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Desde este punto de vista vale hacer una precisión preliminar que, pese a revestir alcance general, tienen una clara incidencia en el trabajo de voluntariado. Tal precisión tiene que ver con el juego de la autonomía de la voluntad en la exclusión de la contraprestación salarial que en principio conlleva el trabajo y, en consecuencia, en la exclusión de "laboralidad", esto es, del ámbito de aplicación de la legislación laboral.

Teóricamente, el salario se devenga cuando se realiza un trabajo en las condiciones previstas por la legislación laboral, esto es, cuando se trabaja por cuenta de otro y dentro de su círculo rector y organizativo; no depende, pues, de la voluntad de los sujetos, sino de la realización de un trabajo de esas características. Siendo así, ¿cabe realizar un trabajo renunciando a su retribución?; ¿puede quedar el trabajo tan condicionado por el ánimo de quien trabaja como para poder realizarse sin la compensación salarial que de otro modo parece inevitable?; ¿es el salario algo impuesto o es, por el contrario, tan sólo un objetivo habitual del trabajo, pudiendo ser descartado por quien se obliga a realizarlo cuando esté empujado a ello exclusivamente por móviles altruistas o benevolentes? Pues bien, en alguna ocasión reciente los tribunales han manifestado claramente que la única diferencia existente entre un trabajo protegido por las normas del Derecho del Trabajo y otro benévolo, excluido por tanto, se encuentra en la mera inexistencia de salario¹⁸¹. Ello implica que el trabajo realizado gratuitamente podría ser un trabajo por cuenta ajena y dependiente, con la única peculiaridad de que a cambio de su realización no se obtiene ningún tipo de remuneración.

¹⁸¹ Véase, a título de ejemplo, la STSJ de 6 de octubre de 2003 (Cataluña, Ar. 2004/12).

Así las cosas, y dado que es compatible que dentro de una misma organización haya prestación remunerada y prestación no remunerada (concretamente, en el seno de los organismos receptores del trabajo benévolo), no existe más criterio para la diferenciación y consiguiente delimitación entre esos dos supuestos que el meramente subjetivo. Teniendo en consideración, como se sabe, que la autonomía de la voluntad general y, en particular, la referida a la calificación jurídica del propio contrato ha estado fuertemente condicionada en nuestra disciplina¹⁸², la admisión en este concreto supuesto puede suponer una importante excepción a ese principio general del Derecho del Trabajo, provocando en la práctica una renuncia indirecta de derechos¹⁸³. Es por ello, que habrá que acudir, junto a la mera declaración de voluntad del prestador del servicio o del receptor o de ambos conjuntamente, al análisis de los elementos que han de concurrir para que una prestación o un trabajo pueda ser legalmente no retribuido. O, por decirlo de otra forma: habrá que identificar los supuestos en los que la ley permite que el trabajo carezca de la retribución salarial típica del contrato de trabajo.

La ley admite, en efecto, diversas prestaciones de trabajo sin remuneración, por diversos motivos. A grandes rasgos, pueden ser prestaciones de trabajo voluntarias, prestaciones de trabajo obligatorias o, en fin, prestaciones formalmente voluntarias pero condicionadas por algún factor extraño al trabajo, como el modo de cumplimiento de una pena. Como es obvio, es la primera de esas categorías la que ahora interesa, pues es la que puede dar cobijo al trabajo de voluntariado, junto a otros posibles supuestos de trabajo benévolo o sin ánimo de lucro.

A las prestaciones de trabajo gratuitas y voluntarias se refiere con carácter general el art.1.3 d) del Estatuto de los Trabajadores (esto es, el eje de la legislación laboral), que contempla expresamente los trabajos prestados a título de benevolencia, amistad y buena vecindad, entre los que habría que incluir, sin duda alguna, los trabajos realizados en el marco del voluntariado¹⁸⁴. También se refiere a ellas, dentro de una legislación muy próxima a la anterior, el art.98 a) de la Ley General de seguridad social. Ni uno ni otro precepto, de todas formas, regulan ese tipo de trabajo, que, en consecuencia, o bien está ayuno de normativa específica, o bien, de tenerla, está adscrito a otros sectores del ordenamiento jurídico. Tal es el caso, concretamente, del trabajo de voluntariado, regulado desde hace algunos años por una legislación específica que habría que ubicar, en principio, en el Derecho Civil, como compartimento común y residual en el orbe del Derecho.

¹⁸² Véase, BAYÓN CHACIÓN, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 27 y ss.; ALONSO GARCÍA, M., *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1955, pp. 77 y ss.; MARTÍN BLANCO, J., *El contrato de trabajo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1957, pp. 209 y ss.

¹⁸³ "Los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes" (STS de 21 de junio de 1990, Ar. 5502).

¹⁸⁴ Sobre la asimilación o no de esta institución con los trabajos benévolos del art. 1.3.d), véase la STSJ de Aragón, de 27 de julio de 2001 (Ar. 3145). En esta Sentencia se mantiene, contrariamente a la línea jurisprudencial mayoritaria, que la exclusión del voluntariado se residencia en el art. 1.2.g) y no en el epígrafe anteriormente citado.

Respecto de estas modalidades de prestación de trabajo se ha de adelantar que la inexistencia de una causa salarial a la hora de la realización de la prestación no implica que dicha prestación, dicho trabajo, carezca de trascendencia económica alguna respecto del receptor de la prestación. Asimismo, tampoco es dable entender que la exclusión del ámbito protector del Derecho del Trabajo, al no poder ser considerada la prestación como laboral a los efectos del Estatuto, no implica que fuera imposible incardinarla en ninguna otra institución jurídica, como veremos. Es más, ni tan siquiera esa utilidad económica ha de ser obtenida a título gratuito por cuanto que los servicios pueden ser compensados con servicios¹⁸⁵. Como consecuencia de ello, a pesar de que no exista contrato de trabajo, por no concurrir la causa exigida, dirían unos o por no ser reconocibles las posiciones de empresario y trabajador señalan otros, no debe considerarse complementemente ajena al mundo del derecho dicha prestación¹⁸⁶. Incluso, se advierte por parte de la doctrina una cierta tendencia a admitir, en términos ciertamente generosos, algunos tipos de remuneración, sin que ello desvirtúe el sentido de la exclusión prevista en el Estatuto de los Trabajadores¹⁸⁷.

Cabe plantearse, por otra parte, si la exclusión de laboralidad operada por el art.1.3 d) ET es constitutiva o meramente declarativa. Parece que está unánimemente aceptado que se trata de una precisión legislativa declarativa. Por lo que se hace necesario revisar los parámetros tipificadores del contrato de trabajo y constatar que están ausentes, al menos alguno de ellos, de estas peculiares prestaciones de actividad a las que nos referimos. Por ello, aunque podamos estar de acuerdo en que la nota más relevante, y común, de las diferentes prestaciones de actividad que aparecen en el art. 1.3 d) ET¹⁸⁸, y las que se reconducen, a veces incorrectamente, al mismo, sea la ausencia de retribución, ésta no es más que la consecuencia necesaria y manifiesta de la ausencia de causa contractual en general o de la ausencia específica de causa laboral, esto es, de la ausencia de ajenidad, y no la razón de la exclusión¹⁸⁹.

Conviene preguntarse, en fin, por el fundamento de la exclusión de laboralidad de estos trabajos, respecto de lo que puede haber respuestas diversas, ante todo por la dificultad de reducirlos a unidad. Naturalmente, todos ellos son trabajos sin ánimo de retribución, pero en cada uno de ellos puede haber un móvil particular. Formalmente, la nota común más determinante de los tres tipos descritos en el art. 1.3 d) ET es que todos ellos se caracterizan por ser prestaciones de actividad, fórmulas de "prestación de trabajo", que permanecen al margen de las fronteras del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pero incluso la exclusión de una u otra de estas parcelas del ordenamiento jurídico puede tener razones diversas, y alcance no del todo coincidente.

¹⁸⁵ BAYÓN CHACÓN, "El contrato de intercambios de servicios", *Revista de Derecho del Trabajo*, nº 21, 1957, pp. 35 y ss.

¹⁸⁶ ALONSO OLEA, M., "Trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad. Trabajos familiares", *REDT*, nº 100, 2002, pp. 83 y ss. En sentido contrario, GÁRATE CASTRO, J., "Trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad (Notas jurisprudenciales para un estudio)", *R.P.S.*, nº 131, 1981, p. 188.

¹⁸⁷ Cfr. BLAT GIMENO, F., "Trabajos amistosos", en Borrado Dacruz, E. (dir.), *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, T. I., 1990, pp. 153 y ss.

¹⁸⁸ GÁRATE CASTRO, J., "Trabajos amistosos, benévulos...", cit., p. 189.

¹⁸⁹ A diferencia de lo que sostiene GÁRATE CASTRO, J., "Trabajos amistosos, benévulos...", cit., p. 189.

Desde la perspectiva del Estatuto la exclusión es total, con independencia de la forma duradera o esporádica en que se realicen este tipo de trabajos; por el contrario, el art. 98 a) LGSS determina la no inclusión en el Régimen General de los trabajos "que se ejecuten *ocasionalmente* mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad". Sólo, por tanto, algunos de ellos quedarían extramuros del ordenamiento de la Seguridad Social. En el mismo sentido, de diferenciación de los ámbitos de aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, abundaría el art. 7.6 LGSS que excluye el régimen de tutela de la Seguridad Social para los trabajos por cuenta ajena marginales, en atención a su jornada o retribución¹⁹⁰. En este caso, operaría la solución contraria, puesto que no cabría la expulsión de la disciplina laboral, no escaparíamos a la calificación de la relación como contrato de trabajo, pese a la desprotección de Seguridad Social.

Nada impide que relaciones que permanecerían al margen del Derecho del Trabajo común, el que se delimita en torno a la aplicación del ET, dieran origen a una relación de Seguridad Social, en la categoría de asimilados a trabajadores por cuenta ajena (art. 7.1 a) ET, que establece con claridad un ámbito del Régimen General más extenso que el que deriva del art. 1.1 ET para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Al igual que sucede con la prestaciones de trabajo en el seno de la comunidad familiar que, pese a no poder ser calificadas como trabajo por cuenta ajena, sí obligan a la afiliación en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social¹⁹¹, o con los religiosos y el trabajo que desarrollan para sus respectivas comunidades, o incluso con la extensión de la tutela por contingencias profesionales para las permutas de servicios.

2. Carácter del trabajo y naturaleza del vínculo en el trabajo benévolo

Atendiendo a su configuración real y formal, dos cuestiones básicas plantea el trabajo benévolo. La primera se refiere a su plasmación o duración en el tiempo y, en particular, a la nota de ocasionalidad o coyunturalidad que parece serle consustancial. La segunda se refiere más bien a la clase de vinculación que es capaz de generar, habida cuenta que las notas de gratuidad y benevolencia parecen conducir a la inexistencia de obligaciones o compromisos formalmente exigibles.

Probablemente haya sido el *carácter esporádico* que habitualmente revisten las prestaciones de tipo benévolo el factor excluyente de su naturaleza contractual laboral. En la actualidad, sin embargo, no puede afirmarse que tal precisión, que se dará o no, permita distinguir estas actividades de algunas modalidades de contrato de trabajo realmente episódicas en lo que a su duración se refiere; ni al contrario, puesto que existen prestaciones prolongadas en el tiempo cuya calificación de benevolencia es indiscutible, así sucede, por ejemplo, con el voluntariado, por citar el ejemplo más institucionalizado.

¹⁹⁰ De la que se ha hecho un uso legislativo testimonial pero que ha propiciado una jurisprudencia muy flexible que, prescindiendo del procedimiento formal para la exclusión, ha permitido una clara ampliación del campo de las exclusiones con amparo en los conceptos tan imprecisos que establece la norma. Véase VAZQUEZ MATEO, F., "Trabajo marginal y Seguridad Social", *AL.*, 1989, núm. 40, pp. 519 y ss.

¹⁹¹ Por todas: STS de 27 de mayo de 1996, JR 1996/4495.

Hemos de precisar que por diversas razones, como el retroceso de bienestar social experimentado en los últimos tiempos en los países del capitalismo maduro, se ha generado una creciente importancia del conocido como "tercer sector", fórmula con la que se pretende dar respuesta a los nuevos problemas y retos planteados en las sociedades occidentales actuales. La expansión cuantitativa y cualitativa del tercer sector de la economía genera una serie de formas de prestación de actividad, en muchas ocasiones asociativas, que tardan en cristalizar en formas jurídicas de prestación de trabajo, y que numerosas veces terminan por concretarse en fórmulas intermedias, en empresas de la llamada "nueva economía social", como la cooperativa y la sociedad laboral¹⁹². En un primer estadio, sin embargo, nos encontramos con formas de prestación de actividad gratuitas, ajenas a cualquier tipo de relación obligatoria o que, cuando esto no sucede, se revisten de la forma asociativa. En cualquier caso, permanecen extramuros del contrato de trabajo y desde luego en la mayoría de las ocasiones no se nos muestran como prestaciones de trabajo episódicas.

No puede pues afirmarse, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, que aunque la ocasionalidad no sea, por sí sola, el motivo de la exclusión, representa una de las notas que ordinariamente caracteriza las distintas formas de trabajo benévolo¹⁹³. A lo más que podríamos llegar es a admitir que la permanencia en el tiempo sólo sienta una presunción *iuris tantum* a favor de la laboralidad, si no fuera porque la redacción del Estatuto con respecto a sus precedentes legales ha suprimido la referencia, y que, por tanto, que la prestación de actividad sea o no esporádica parece ser un elemento absolutamente irrelevante para el legislador a la hora de proceder a la exclusión de la normativa laboral. Así parecen haberlo interpretado nuestros tribunales. Algún testimonio aislado perdura, cuando se afirma que el trabajo benévolo no permite otra manifestación que las de carácter ocasional, con exclusión de las prestaciones permanentes¹⁹⁴. Sin embargo, es predominante la doctrina que afirma la irrelevancia del elemento ocasional o lo prolongado en el tiempo de la prestación tanto para tipificar la relación como contrato de trabajo o como para aplicarles el calificativo de relaciones de trabajo benévolo¹⁹⁵.

¹⁹² PÉREZ FERNÁNDEZ, "Gestión, organización y funcionamiento de las empresas de economía social. Cooperación interempresarial", en ALVÁREZ VEGA (coord.), *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*. Ed. Universidad de Oviedo, 2002, pp. 46-47.

¹⁹³ GÁRATE CASTRO, J., "Trabajos amistosos, benévolos...", *cit.*, pp. 186-187.

¹⁹⁴ STSJ de Canarias, de 17 de septiembre de 2002, AS 2002\2961. F.D. Tercero.

¹⁹⁵ Para la STSJ de Asturias, de 29 de junio de 2001, AS 2001\1708, es indiferente si la colaboración altruista es "excepcional, ocasional, frecuente o continua". Para el caso debatido 5 años de colaboración. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía, de 31 de diciembre de 1993 (AS 1993\5172), prestación de trabajo altruista entre agosto de 1987 y noviembre de 1992; STSJ del País Vasco, de 23 de diciembre de 2003 (AS 2004\44411), prestación de actividad ininterrumpida durante trece años; STSJ del País Vasco, de 19 de noviembre de 1992 (AS 2002\2197), prestación benévola durante doce años.

Para el caso contrario, se entiende que no desvirtúa la naturaleza del contrato de trabajo la escasa duración del mismo, un mes, en la STSJ de Murcia, de 26 de julio de 1999, AS 1999\5994. A partir de la constatación por la Inspección de Trabajo en una sola visita.

Sin lugar a dudas, la regulación legal del voluntariado, junto con otras más tradicionales como las prestaciones de religiosos, son las que han venido a poner en cuestión no sólo el carácter esporádico de las prestaciones de trabajo gratuito, o el carácter imprevisto y no permanente de su objeto¹⁹⁶, como elementos caracterizadores de las mismas, sino toda la teoría común elaborada en torno al trabajo gratuito.

En cuanto a la naturaleza del vínculo, cabe cuestionarse si lo que debemos diferenciar a la hora de analizar el trabajo benévolo son prestaciones de actividad que se canalizan a través de fórmulas jurídicas distintas al contrato de trabajo o, por el contrario, si simplemente nos hallamos ante servicios que se prestan al margen de cualquier vehículo o vínculo jurídico, son meras relaciones de cortesía, donde no existe el *animus obligandi* por parte del que presta el trabajo ni del que lo recibe¹⁹⁷.

Así parece seguir manteniéndolo nuestra doctrina judicial¹⁹⁸, aunque en alguna sentencia esta exigencia se refiere sólo al que resulta beneficiado por los pretendidos servicios amistosos. Es evidente que para la posición del empresario sería una solución harto beneficiosa, si además de recibir el trabajo se requiere, como elemento constitutivo, el ánimo de obligarse, primero, y el ánimo de obligarse mediante un contrato de trabajo, después. Hay algún fallo elocuente al respecto¹⁹⁹: la voluntad expresada por la demandada (por el empresario) fue la de crear un colaboración desinteresada, privada de salario normal y regular²⁰⁰. El ánimo de obligarse, sin embargo, hemos de tener en cuenta que, a diferencia de lo que propone en algún erróneo fallo²⁰¹, no solventa la cuestión de la existencia de contrato de trabajo o no, sino la existencia de negocio jurídico, de vínculo contractual; una vez existente éste, el poder de calificación de las partes es bastante limitado a la hora de adjetivar la relación contractual como laboral²⁰². Aunque alguna otra sentencia confirma peligrosamente lo contrario: "que es difusa la línea divisoria entre la relación contractual laboral y la colaboración a título amistoso, benévolo o de buena vecindad". "Para dirimir tal disyuntiva debe atenderse al conjunto

¹⁹⁶ STCT de 13 de enero de 1989, citada por MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. Y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 2003, p. 176.

¹⁹⁷ Que parece la posición predominante en términos jurisprudenciales, aunque existan ejemplos de lo contrario: BLAT GIMENO, F., "Trabajos amistosos"..., *cit.*, pp. 157 y ss.

¹⁹⁸ STSJ de Extremadura, de 30 de marzo de 1994, AS 1994\1033. STSJ de Castilla y León, de 27 de julio de 2001, AS 2001\13585. STSJ de Murcia, de 26 de julio de 1999, AS 1999\5994

¹⁹⁹ En la STSJ de Galicia, de 4 de diciembre de 1992, AS 1992\6158.

²⁰⁰ Sobre la privación de salario, en relación con la exigencia del art. 8.1 ET, llama la atención la STSJ de Canarias, de 17 de septiembre de 2002 (AS 2002\2961), para afirmar su irrelevancia en la calificación del contrato, ya que "de otro modo podría concluirse que el incumplimiento de la obligación del pago del salario, podría implicar la inexistencia de relación laboral". F.D. Tercero.

²⁰¹ "Nunca concurrió en la demandada *animus obligandi*... que permitiese el nacimiento del contrato de trabajo" F.D. Tercero. STSJ de Galicia, de 4 de diciembre de 1992, AS 1992\6158.

²⁰² El TS se refiere a que "es doctrina tópica que la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar": STS de 25 de enero de 2000, JR 2000\1312.

de elementos de la misma para orientar la interpretación de la intención de las partes en el sentido de producir una situación jurídica ajena al ámbito laboral..."²⁰³.

Salvo algún supuesto específico (se cita como característico el intercambio o permuta de servicios), en los casos descritos en el art. 1.3 d) ET, se da una básica coincidencia en el panorama nacional a la hora de entender que no se entabla vínculo obligacional, no existe negocio jurídico. La excepción, de nuevo, la constituye, aquí en solitario, la institución del voluntariado, donde se hace difícil admitir que no exista relación contractual y, es más, una relación contractual en la que se ha producido cierto trasvase material de regulación propia del contrato de trabajo, en lo afectante a la posición jurídica del empresario. Probablemente, el voluntariado debería obligarnos a indagar sobre la posibilidad de existencia de un contrato de trabajo gratuito. Ello permitiría extender las garantías del ordenamiento laboral y de la seguridad social al voluntario, en todo lo no referido a cuestiones salariales, y solventar la situación de desamparo legal en el que actualmente se encuentra un sujeto que trabaja sometido a un empresario, en los mismos términos y condiciones que un trabajador formal, ocupándose de las mismas funciones o desempeñando los mismos puestos de trabajo, pero cuya relación no ampara la disciplina laboral y de seguridad social, y además no cobra.

Decíamos antes que el voluntariado se constituye en la excepción en solitario al panorama del trabajo gratuito descrito en el art. 1.3 d) ET porque sería el único supuesto de cierta entidad en el que sí parece entablarse relación obligatoria, porque el ejemplo más afín, el trabajo gratuito de los religiosos para sus congregaciones, mantiene con el voluntariado diferencias fundamentales. La relación obligatoria de prestación de actividad no tiene naturaleza jurídica, sino extrajurídica²⁰⁴ y además el religioso recibe los medios económicos para su sustento de la propia congregación, aunque no a título de salario ni vinculado a la actividad que realiza. Por último, una diferencia nada desdeñable es que el religioso está integrado en el sistema de la Seguridad Social, ya sea en el régimen de autónomos o, como asimilado, en el régimen general.

Siendo así, que para los supuestos descritos en el art. 1.3 d) ET no puede afirmarse la existencia de vínculo obligatorio alguno, salvo el inadecuado encaje que se propone para voluntarios (donde parece existir relación contractual) y religiosos (porque falta el elemento voluntario) en este apartado, nos alejamos bastante del panorama tradicional de las llamadas zonas grises del Derecho del Trabajo, donde el doble problema a resolver estriba en la distinción del contrato de trabajo de otras figuras contractuales afines y en el poder de los sujetos contratantes para utilizar lícitamente una u

²⁰³ STSJ de Andalucía, de 31 de diciembre de 1993, AS 1993\5172. F.D. Segundo.

²⁰⁴ Por muy en desacuerdo que nos mostremos con los efectos jurídicos que quieran atribuírsele a ese deber extralegal de los miembros con respecto a su comunidad religiosa, pero que ha consolidado la jurisprudencia constitucional. Véase, RUIZ CASTILLO, M.M., "Profesores de religión, negociación colectiva y nuevas relaciones laborales", *Temas Laborales*, 2004, núm. 74, pp. 195-196.

otra modalidad contractual; en especial del empresario para decidir la modalidad jurídica que ampare la prestación de trabajo, ya nos refiramos al ámbito público o al privado²⁰⁵.

3. Supuestos y clases de trabajo benévolo: el voluntariado como telón de fondo

Se ha venido señalando con insistencia que amistad, benevolencia y buena vecindad no son términos sinónimos²⁰⁶, "sino que todo lo más se refieren a realidades próximas entre sí o, todo lo menos, a realidades que tienen entre sí como única conexión la de estar excluidas del "ámbito regulado por la presente Ley", el Estatuto, con seguridad por no ser consideradas relaciones ni contratos de trabajo"²⁰⁷. La jurisprudencia en cambio se muestra claramente proclive a admitir la intercambiabilidad de los conceptos²⁰⁸. No existe jurisprudencia que proceda a su delimitación y diferenciación, salvo los últimos esfuerzos encaminados todos ellos a encuadrar el voluntariado entre las prestaciones de trabajo benévolo²⁰⁹ o el muy irregular y forzado encaje del trabajo de religiosos entre lo supuestos de trabajo benévolo, siempre o en todo caso, como ha pretendido alguna jurisprudencia a partir de la característica común de gratuidad del mismo²¹⁰. En cuanto a la definición de cada una de los supuestos en el ámbito doctrinal se produce por diferenciación de los restantes²¹¹. Son definiciones interrelacionadas.

Los trabajos amistosos son obras o servicios que se prestan para otros por razones de amistad y que tienen como única causa la gratuidad. El convencimiento generalizado de la comunidad de que esto es así explica la ausencia de cualquier forma jurídica sobre la obligación de prestarlo o retribuirlos en forma alguna y la ausencia, más bien existencia testimonial, de jurisprudencia.

²⁰⁵ Véase, sobre el amplio margen del legislador ordinario para la delimitación del ámbito de aplicación de las distintas modalidades de prestación de trabajo, pese a la relevancia constitucional de problema, y sobre la libertad de elección que se reconoce al empresario público y privado a la hora de elegir entre el contrato de trabajo y otras figuras contractuales: MARTÍN VALVERDE, A., "Fronteras y zonas grises...", *cit.*, pp. 36 y ss.

²⁰⁶ Probablemente la posición doctrinal más próxima a las tesis jurisprudenciales es la que identifica trabajo amistoso y de buena vecindad, cuyo beneficiario es una persona física y el trabajo benévolo que se presta por motivos altruistas o por simpatía con una determinada causa, siendo los beneficiarios las entidades no gubernamentales, empresas de tendencia como partidos o sindicatos, etc. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. Y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, *cit.*, pp. 176-177. Lo que parece ciertamente contradictorio con admitir que en el caso de inserción en una organización empresarial a efectos laborales, se admitan prestaciones benévolas continuadas y prolongadas en el tiempo y caracterizar a las de trabajo amistoso como ocasionales o imprevistas.

²⁰⁷ ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales", *cit.*, p. 16.

²⁰⁸ Por ejemplo, STSJ del País Vasco, de 19 de noviembre de 2002, AS 2003\2197. STSJ de Cataluña, de 10 de septiembre de 2002, JUR 2002\254817. TSJ de Castilla y León, de 27 de julio de 2001, AS 2001\3585. STSJ de Andalucía, de 31 de diciembre de 1993, AS 1993\5172. Con independencia de si el trabajo gratuito se presta para una organización o sujeto individual.

²⁰⁹ Ejemplar al respecto la STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 2004, AS 2004\10, en la que se procede a un profundo y minucioso análisis del voluntariado como la fórmula en que se plasma la "progresiva profesionalización legal de la benevolencia".

²¹⁰ Véase esta jurisprudencia en MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. Y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, *cit.*, p. 177.

²¹¹ Seguimos el dictado de ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales", *cit.*

El proceso de ampliación que ha experimentado este tipo de servicios se corresponde con la restricción que el texto del ET, respecto de sus precedentes normativos, ha operado sobre la esfera de los trabajos familiares a los que se aplica la presunción *iuris tantum* de no laboralidad y, en consecuencia, la calificación de laboralidad que impone la norma para prestaciones de trabajo entre parientes. Los escasos supuestos con tratamiento jurisprudencial, antes y después de la entrada en vigor del ET, dejan ver este cambio de calificación desde trabajos antes familiares y ahora amistosos²¹². Lo confirma la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales²¹³.

Las prestaciones de actividad entre los que podríamos denominar cuasi parientes, tras la restricción de la presunción *iuris tantum* de no laboralidad para el trabajo familiar que ha operado la regulación actual: parientes lejanos, convivencia *more uxorio* o extramatrimonial, noviazgo, etc., escapan al ámbito de dicha presunción y pueden dar lugar a vínculos laborales o quedar ajenas al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo por razones diversas y específicamente por ser calificadas como de trabajo amistoso o benévolo²¹⁴. Esta misma disyuntiva se reproducirá en relación con aquellos otros supuestos en que las prestaciones entre familiares o cuasi familiares sean recibidas no por persona física sino por persona jurídica, no podrán ampararse en el carácter familiar para propiciar la exclusión pero sí, entre otras circunstancias, en la naturaleza puramente amistosa o benévola de la prestación²¹⁵.

Ya nos hemos referido a ello, existen otras vías de ampliación, cada vez con más impacto, de estas modalidades de trabajo gratuito, las que vienen propiciadas por una jurisprudencia que admite indebidamente el carácter constitutivo de la retribución a la hora de calificar la relación, pese a que concurren los caracteres de ajenidad y subordinación. Los mecanismos, ya los hemos visto, son variados: o el indicio se eleva a premisa, así por ejemplo, la ausencia de retribución es el fundamento que permite concluir sobre la falta de ajenidad; o se invierte la titularidad en la carga de la prueba de la gratuidad, es el prestador del servicio el que ha de probar la ausencia de la regla de excepción, que hay retribución; o se interpreta literalmente la incorrecta forma legal de enunciar la presunción de la laboralidad del art. 8.1 ET²¹⁶.

La definición del trabajo calificado tradicionalmente como benévolo, se concreta a partir de su distinción del trabajo amistoso. Y el elemento distintivo es de carácter subjetivo, toma en consideración la actitud y motivación del sujeto que lo presta, lo que viene a determinar una esfera de sujetos beneficiarios potencialmente diferente en uno y otro caso. El trabajo amistoso nos muestra una actitud personal hacia otro sujeto perfectamente especificado, el amigo; por el contrario, el trabajo benévolo describe una actitud general del sujeto activo que se dirige indistintamente hacia otro sujeto o

²¹² Véase ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales", *cit.*, pp. 16-17.

²¹³ Expresamente así se pronuncia el TSJ de Murcia, en sentencia de 26 de julio de 1991, AS 1999\5994.

²¹⁴ Véase ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales", *cit.*, p. 17.

²¹⁵ Véase en MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. Y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, *cit.*, pp. 177-178.

²¹⁶ Véase STSJ de Madrid, de 24 de octubre de 1995, AS 1995\3924.

incluso una institución. Ambos se concretan sólo a partir de que la prestación de la actividad se hace efectiva, sin que sea relevante si es uno u otro el sujeto beneficiario directo. Al igual que en el supuesto anterior no se genera vínculo obligatorio y resulta intrascendente la naturaleza pública o privada de la entidad que se beneficia del trabajo²¹⁷.

Más imprecisa resulta la determinación del sujeto beneficiario desde el punto de vista de la conformación jurisprudencial en algunos aspectos como son el que la calificación de trabajo benévolo haya de recaer siempre sobre un sujeto no individual; es decir, que sea prestado a favor de entidad o institución que, a su vez, puede tener una finalidad igualmente benévola o sin ánimo de lucro, o perseguir la realización de intereses generales, que son todos ellos conceptos no idénticos y algunos indeterminados o intrascendentes para la calificación jurídica-laboral. E igualmente irrelevante resulta para la jurisprudencia, a la hora de contrastar los elementos concurrentes de la excepción, el que se reciba algún tipo de contraprestación por los servicios prestados.

Muy significativa, en cuanto a homogeneidad, resulta la jurisprudencia que aplica el calificativo de benévolo para el trabajo prestado cuando se realice como consecuencia de la afiliación o el cargo que se ostenta en una empresa de tendencia, sea sindicato²¹⁸ o partido político²¹⁹, careciendo de relieve la prolongación más o menos dilatada en el tiempo de la prestación de actividad, la existencia de contraprestaciones o compensaciones económicas²²⁰ y que el objeto de la misma bien pudiera ser cubierto por un trabajador común²²¹. Es excepcional la consideración de que la naturaleza de la entidad beneficiaria del trabajo benévolo descarta la existencia de contrato de trabajo, aunque haya compensación²²².

Cuando se dé una adecuada combinación de las notas señaladas habrá supuestos en los que difícilmente se puede excluir la concurrencia de una relación de trabajo, si no es a partir de la indagación sobre la finalidad que persigue el sujeto que presta el trabajo²²³ y siempre a partir de la calificación jurisprudencial caso por caso. En más de una ocasión será suficiente la declaración consensual de las partes sobre la inexistencia de relación laboral²²⁴. En definitiva, el trabajo benévolo puede

²¹⁷ Véase ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales", cit., p. 18.

²¹⁸ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 177.

²¹⁹ Vid., con abundante estudio de jurisprudencia, GÁRATE CASTRO, "Trabajos amistosos", cit., pp. 167 y ss.

²²⁰ STS de 16 de diciembre de 1986, RJ 1986\7491

²²¹ STSJ de Asturias, de 29 de junio de 2001, AS 2001\1708.

²²² STSJ de Andalucía, de 2 de febrero de 2004, AS 2004\10.

²²³ Recordemos que la jurisprudencia no transita por esta vía, reclamando en el mejor de los casos el ánimo acorde de las partes de actuar por mera liberalidad, pero que en el peor de los casos reclama la voluntad de obligarse del beneficiario de la prestación, del empresario.

²²⁴ En este sentido, la STS de 30 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9720, tras declarar la inadecuada actuación de la Administración laboral en tareas de Inspección. La STSJ de Murcia, de 26 de julio de 1999 (AS 1999\5994), llega la solución contraria, desestimar la declaración común de las partes, ante la presunción de certeza del acta de la Inspección de Trabajo, no desvirtuada por la mera declaración o testimonio de parte, aunque coincidan ambas en declarar su intención de actuar por vínculos exclusivamente amistosos.

remitirnos en más de una ocasión a esa llamada zona gris²²⁵, donde predomina la incertidumbre jurídica y donde la valoración indiciaria es el único instrumento para la calificación de las relaciones de trabajo²²⁶. Y esta circunstancia, entendemos, se podrá dar tanto desde el momento de inicio de la prestación de trabajo, como en un momento sucesivo de la relación fáctica que entablan las partes. No parece que haya razón alguna para vetar la posibilidad de que una prestación de trabajo que empezó siendo de trabajo benévolo derive hacia la constitución de una relación laboral²²⁷.

El tercer supuesto, referido a los trabajos prestados por razones de buena vecindad, excluido igualmente de la calificación de laboralidad, se situaría en una posición intermedia de los descritos con anterioridad, es una fórmula de solidaridad entre círculos reducidos de personas, a caballo entre la muy restringida fórmula del trabajo amistoso y entre la muy amplia del trabajo benévolo.

En cualquier caso, es el único supuesto en el que la gratuidad puede no estar ausente, de manera que puede aparecer vínculo jurídico con causa onerosa, de tipo civil, que genere contraprestaciones mutuas entre los contratantes, exigibles jurídicamente. Una de las fórmulas tradicionales es la permuta de servicios²²⁸, que no dificultaría en nada la distinción del trabajo prestado a título de benevolencia con causa onerosa y el contrato de trabajo, porque está ausente el elemento de ajenidad, ya que se prestan en régimen de trabajo por cuenta propia; es decir, no existen las posiciones de empresario y trabajador²²⁹. Podríamos discutir, incluso, si lo que en realidad falta es la subordinación, dándose la ajenidad. En este último caso, no habría inconveniente en admitir la vía de regulación especial pero en el seno del Derecho del Trabajo²³⁰.

4. El voluntariado como supuesto especial de trabajo benévolo y no retribuido

El supuesto más tipificado y privilegiado en los últimos tiempos en el marco del cual se lleva a cabo la prestación de trabajo gratuito es el denominado como Voluntariado, regulado por la Ley 8/96, de 15 de enero, del Voluntariado²³¹. A partir de la aprobación de esta norma, se han suce-

²²⁵ Expresamente en este sentido, ya nos hemos referido a la STSJ de Andalucía, de 31 de diciembre de 1993, AS 1993\5172.

²²⁶ A la relación de indicios, con valoraciones dispares, se recurre en numerosas sentencias: STSJ de Extremadura, de 30 de marzo de 1994, AS 1994\1033; STSJ de Galicia, de 4 de diciembre de 1992, AS 1992\6158; STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 2002, JUR 2002\254817; STSJ del País Vasco, de 23 de diciembre de 2003, JUR 2004\44411.

²²⁷ Contempla este supuesto, la STSJ del País Vasco, de 19 de noviembre de 2002, AS 2003\2197, aunque con el argumento equivocado a nuestro juicio de la aparición de percepción salarial.

²²⁸ ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales", *cit.*, pp. 19-20.

²²⁹ BAYÓN CHACÓN, G., "El contrato de intercambio de servicios", *cit.*, p. 36.

²³⁰ Sobre la propuesta de extensión del Derecho del Trabajo a todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena, con diversificación de regulación para las que no presenten la nota de la subordinación: RUIZ CASTILLO, M.M., "Delimitación subjetiva", *cit.*

²³¹ Ampliamente, puede verse, RUIZ CASTILLO, M.M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Nuevas modalidades de prestación de trabajo", *cit.*, pp. 30 y ss.

dido en las distintas Comunidades Autónomas diversas disposiciones sobre la materia, que si bien introducen algunas novedades respecto a la estatal, se mantienen apegadas al espíritu que dio origen a la misma²³².

El papel que las entidades sin ánimo de lucro vienen asumiendo en los últimos tiempos como empleadoras de importantes contingentes de personas, encaminado a prestar unos servicios que el llamado Estado del Bienestar venía desarrollando hasta hace algunos años, así como las especialidades de las prestaciones de servicios realizadas en su favor, han sido prácticamente obviados por parte de nuestra doctrina. La organización estatal se retrae en cuanto sujeto que organiza la prestación de servicios a los distintos colectivos de ciudadanos, dejando dicha función, en buena medida, en manos de organismos de derecho privado²³³. En este sentido, la importancia alcanzada por este sector desde la perspectiva del empleo ha conducido a considerarlo como uno de los tres grandes sectores de la estructura social del Estado de Derecho: el sector público, el sector privado mercantil y el sector privado no lucrativo²³⁴. Desde esta división tripartita de la estructura social, han sido numerosas las voces que han tratado de interpretar este tercer sector como el eslabón perdido entre el ciudadano y el Estado. Desde esta perspectiva, vendría a convertirse en el mecanismo ideal para estructurar la sociedad civil, –canalizando, pues, la necesaria participación de los ciudadanos–, así como en un necesario yacimiento de empleo –en caso de que se retribuya– en el que insertar a aquellos trabajadores excedentes tras la implantación en el sector productivo de las nuevas tecnologías²³⁵.

Descendiendo al plano de la realidad práctica, se aprecia, no obstante, cómo los objetivos teóricos, así como las necesidades a cubrir por las entidades sin ánimo de lucro sufren una doble perversión de gran trascendencia desde la perspectiva de nuestra disciplina. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado se produce una utilización torcida de la institución, ya que a través de la misma se pretende cubrir el vacío ocasionado por los progresivos recortes presupuestarios en las partidas de carácter social. Especialmente significativo fue el importante déficit ocasionado por la supresión del servicio militar obligatorio y la consiguiente desaparición de la prestación social sustitutoria. El espacio dejado por ésta no pasó a cubrirse por el Estado directamente, sino que éste procuró incen-

²³² Hasta el momento se han aprobado las siguientes normas autonómicas de voluntariado: Aragón (9/92, de 7 de octubre); País Vasco (17/98, de 25 de junio); Valencia (4/01, de 19 de junio); Navarra (2/98, de 27 marzo); Castilla-La Mancha (4/95, de 16 de marzo); Canarias (4/98, de 15 de mayo); Asturias (10/01, de 12 de noviembre); Castilla y León (Decreto 12/95, de 29 de enero); Andalucía (7/01, de 12 de julio); Galicia (3/00, de 22 de diciembre); Madrid (3/94, de 19 de mayo); La Rioja (7/98, de 6 de mayo); Extremadura (1/98, de 5 de febrero); Islas Baleares (3/98, de 19 de mayo); Murcia (5/04, de 22 de octubre); Cantabria (Decreto 59/00, de 26 de julio).

²³³ Este riesgo es advertido en la propia Exposición de Motivos de la Ley 17/1998, de 25 junio, del Voluntariado en el País Vasco.

²³⁴ Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., "La progresiva extensión del "trabajo cívico" y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés", *Justicia Laboral*, nº 9, 2002, pp. 5 y ss.

²³⁵ RIFKIN, J., *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Piados, 1997, pp. 180 y ss.

tiar de múltiples maneras la prestación voluntaria y gratuita de dichos servicios²³⁶. Es decir, que tras la apariencia de instituciones encaminadas a canalizar los deseos de solidaridad de parte de los ciudadanos de las democracias avanzadas, en muchas ocasiones se esconden auténticos programas, enmarcados en las nuevas tendencias neo-liberales, de privatización de aquellos servicios sociales tradicionalmente prestados por los Estados sociales y democráticos de derecho.

Desde el punto de vista de los voluntarios, sin negar que la realización de dichas actividades obedecerá en su mayoría a una vocación altruista y de colaboración solidaria con los más necesitados²³⁷, no es menos cierto que también es usual su utilización como plataforma de inserción en el mundo laboral. La incorporación como voluntario en una entidad pública o privada de carácter no lucrativo puede fácilmente estar presidida por un deseo de formación o promoción, como consecuencia, precisamente, de que dichas entidades se contemplan como yacimientos de empleo.

En concreto, el carácter no retribuido del voluntariado no implica, necesariamente, que el mismo no merezca ser cubierto por ningún tipo de protección. Es más, en la práctica esta necesidad ha sido expresamente admitida por los propios receptores de este tipo de actividad. Es de destacar especialmente los denominados códigos de conducta elaborados y ratificados por las más importantes ONG españolas²³⁸. Del análisis de los mismos habremos de extraer los vacíos que las leyes de voluntariado no han sabido prever, y que han debido ser los perceptores de la actividad los que, al menos teóricamente, han tratado de cubrir. Una alternativa podría ser, como apuntábamos antes, la regulación laboral como relación laboral de carácter especial tras admitir la posible existencia de un contrato de trabajo gratuito aunque se limite su licitud a los supuestos legales tasados; o bien, otra posibilidad, la simple remisión al Estatuto por parte de la norma específica respecto de todas las cuestiones no vinculadas al salario; y, por último, la ampliación de tutela en materia de Seguridad Social, a través de la fórmula de la asimilación a trabajador por cuenta ajena.

5. El voluntariado como prestación de servicios: rasgos característicos

A través del voluntariado se podrá realizar cualquier tipo de actividad, con la única condición de que se cumplan los requisitos establecidos legalmente para poder considerarla como tal. Es decir, no es

²³⁶ Por citar un ejemplo reciente, la Junta de Andalucía ha condicionado la concesión de becas de estudio al hecho de que los universitarios andaluces solicitantes de las mismas se encuentren desempeñando labores de voluntario en algún tipo de ONG (Véase diario El Mundo, 12 de junio de 2002, p. A11). En algunas ocasiones, las propias normas autonómicas incluyen estos incentivos en su articulado. Especialmente significativo es la Ley de Voluntariado de Navarra (Ley Foral 2/98, de 27 de marzo), arts. 12 y ss.

²³⁷ El panorama no es uniforme. Por un lado, la prestación de servicios se presume gratuita cuando se realiza en beneficio de una entidad con "fines benéficos"; por otro lado, la ausencia de fin benéfico en quien se beneficia de la prestación obliga a indagar en la voluntad altruista, da igual si solidaria, ideológica o festiva, de quien los presta. Así lo describe ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales", cit., p. 18.

²³⁸ Véase, a título de ejemplo, texto aprobado por la asamblea general extraordinaria de la plataforma para la promoción del voluntariado en España celebrada en Madrid, el 18 de noviembre de 2000. Asimismo, AA.VV., "Voluntariado social y código ético", *Quaderns del voluntariat*, 1999, 11, pp. 39-41.

trascendente, a la hora de calificar como laboral o benévolo el trabajo, la actividad a la que esté dedicada la empresa en cuestión²³⁹. En sentido contrario, son perfectamente posibles relaciones laborales materialmente asimilables al trabajo por cuenta ajena en sociedades no lucrativas con fines religiosos, políticos, sociales, culturales, etc., pues el altruismo o beneficencia de una asociación no alcanza a quienes trabajan en ella con la aportación de su actividad personal y en ejercicio de un título profesional si no consta de un modo claro y terminante la misma generosidad y altruismo en ellos mismos²⁴⁰.

En cuanto al segundo de los elementos, la subordinación, es difícil encontrar la diferencia entre el sometimiento del voluntario a las órdenes de los dirigentes de la organización y la típica subordinación del trabajador a las órdenes de su empresario o los delegados de éste²⁴¹. Al margen del trabajo realizado por el voluntario, es posible encontrar ejemplos de prestaciones de servicios en las que, aun dándose una característica similar a la de la subordinación, no es calificado por el ordenamiento jurídico como trabajo asalariado. En concreto, sería de destacar el supuesto de los religiosos que prestan sus servicios insertos en una comunidad y acatando sus reglas²⁴².

No obstante, en alguna ocasión nuestros tribunales han pretendido excluir del ámbito laboral el trabajo gratuito aplicándole los parámetros tradicionales (o recurriendo a la tradicional y discutible relación indiciaria, como tendremos oportunidad de exponer más adelante), esto es, intentando diferenciarlo considerando que no se encuentran presentes en el trabajo a título gratuito las notas características de la dependencia y la ajenidad²⁴³. Esos pronunciamientos jurisprudenciales parten de un error básico, ya que el hecho de que el trabajo a título gratuito sea ejercido sin el objetivo, por parte del trabajador, de obtener una contraprestación económica en forma de salario, no significa que dicho trabajo carezca de trascendencia económica²⁴⁴.

²³⁹ STS de 21 de octubre de 1986 (Ar. 9925).

²⁴⁰ STSJ de Galicia de 4 diciembre de 1992 (Art. 6158). Con anterioridad, la STCT 22-2-1983 (Ar. 1482).

²⁴¹ Véase SAVATIER, J., "La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association", *D.S.*, nº 5, 2002, p. 497.

²⁴² STS de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001/4253).

²⁴³ Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 31 diciembre 1993 (AS 1993/5172) cuando afirma que "aunque es difusa la línea divisoria entre la relación contractual laboral y la colaboración a título amistoso, benévolo o de buena vecindad, para dirimir tal disyuntiva debe atenderse al conjunto de elementos de la misma para orientar la interpretación de la intención de las partes en el sentido de producirse una situación jurídica ajena al ámbito laboral y así no puede aplicarse la presunción del art. 8.1 del ET dada la desvinculación de aquélla de la obligación de acudir al trabajo, y, más aún, de hacerlo con carácter cotidiano y la inexistencia de horario o jornada y por ello ha de mantenerse la calificación de relación vecinal amistosa". En la misma dirección, la STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 1997 (Ar. 1823).

²⁴⁴ Cfr. BECK, U., *Un Nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Piadós, 2000, pp. 138 y ss.

En alguna decisión jurisprudencial más reciente se aprecia un cambio significativo a la hora de establecer los criterios diferenciadores del trabajo benévolo del prestado a título oneroso²⁴⁵. Entiende dicha jurisprudencia que para despejar dudas o confusiones ha de señalarse que el trabajo benévolo se opone al trabajo a título oneroso o retribuido, no al trabajo por cuenta ajena o al trabajo dependiente. Es posible, en algunos supuestos enjuiciados, encontrar ejemplos de ello, esto es, de un trabajo por cuenta ajena dependiente y sin embargo a título de benevolencia. El factor diferencial con el trabajo a título oneroso reside en que su causa no es la obtención de una ganancia o contrapartida económica, sino la ayuda mutua o la colaboración altruista, por lo que carece de la remuneración típica del trabajo asalariado. Ya nos hemos referido a ello.

La definición tradicional de voluntario aportada por la doctrina ("aquella persona que realiza un trabajo social en beneficio de la comunidad en general con carácter altruista, sin que sea su ocupación laboral profesional, con carácter temporal o duradero y sin ánimo de lucro alguno"²⁴⁶) resulta insuficiente ante la actual concepción del voluntariado. En concreto, se aprecia desde la sociología del trabajo una clara presencia de un ánimo en el voluntario a consolidar su posición dentro de la entidad sin ánimo de lucro para, con el paso del tiempo, pasar a adquirir la condición de asalariado de la misma²⁴⁷. Es más, desde los poderes públicos, en cierto sentido, se facilita esta profesionalización del voluntariado al calificar estos sectores como nuevos yacimientos de empleo²⁴⁸.

Como ya se dejó adelantado, el carácter voluntario de la prestación, unido a la inexistencia de retribución, no implica *per se* una independencia absoluta de algunos de los caracteres tradicionales del trabajo por cuenta ajena. En primer lugar, la organización (que a estos efectos actúa como una empresa) receptora de la prestación del voluntario obtiene el fruto del trabajo del trabajador. Es decir, la prestación del voluntario es gratuita desde la perspectiva del voluntario, pero no así desde la perspectiva del receptor de dicha actividad, que, independientemente de la noble actividad a la que esté dedicada, tiene una finalidad empresarial a estos efectos. De lo contrario, no se comprendería que dichas organizaciones, junto a los voluntarios, empleen a trabajadores remunerados, a los que se les aplica el Estatuto de los Trabajadores, quedando en el limbo jurídico, como veremos, la diferenciación de funciones o puestos de trabajo a cubrir por unos y otros.

Por otro lado, esta organización posee la titularidad del poder de dirección empresarial, y en la misma medida el correspondiente poder disciplinario, debemos entender, lo que implica que el

²⁴⁵ Véase la STSJ de Asturias de 29 de junio de 2001 (Ar. 1708).

²⁴⁶ GARCÍA NINET, I., "Régimen jurídico del personal voluntario", *Revista de Seguridad Social*, nº 19, 1983, p. 138.

²⁴⁷ Especialmente significativa es la Exposición de Motivos de la Ley del Voluntariado de Galicia (Ley 3/00, de 22 de diciembre). En concreto, se advierte que la experiencia del voluntariado es que éste genera empleos, en tanto que descubre necesidades en las que puede existir.

²⁴⁸ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍN, M.I. y GONZÁLEZ GAGO, E., "Coexistencia de voluntariado y trabajo asalariado en las ONG de Acción Social", *Documentación Social*, nº 122, 2001, p. 95. Más ampliamente, véase CACHÓN, L., COLLADO, J.C. y MARTÍNEZ, M.I., *Nuevos yacimientos de empleo en España*, MTAS, Madrid, 1998; AA.VV. (Ariel Jérez, coord.), *¿Trabajo voluntario o participación?: elementos para una sociología del tercer sector*, Madrid, Tecnos, 1998.

voluntariado se someterá voluntariamente a la hora de realizar su prestación laboral en el seno de la empresa. En otras palabras, el voluntario realiza un trabajo subordinado y por cuenta ajena.

En este punto se hace imprescindible esbozar las causas por las cuales el voluntariado no se encuentra incluido dentro del Derecho del Trabajo. Esta exclusión se produce a pesar de estar el voluntario sometido a los poderes de dirección y disciplinario de la entidad sin ánimo de lucro; de que más que probablemente el voluntario no escape al conjunto de responsabilidades civiles y de cualquier otro tipo que atañen al trabajador; de que, en muchas ocasiones, el voluntario realice las mismas funciones que los trabajadores asalariados de la entidad; de que, incluso, pueda recibir puntualmente retribución por su trabajo; y, por último, a pesar de que la incorporación como voluntario es habitualmente utilizada para promocionar en el seno de la propia entidad sin ánimo de lucro, con el horizonte de poder pasar a la condición de asalariado.

Apelar a que se trata de un trabajo benévolo por no estar remunerado no puede ser una causa justificativa idónea para su exclusión. El carácter no remunerado no debe implicar obligatoriamente su inclusión en el elemento definitorio de benévolo; por el contrario, es el carácter de benévolo el que provoca la inexistencia de remuneración. ¿Qué determina, pues, el carácter benévolo del trabajo? La respuesta a esta cuestión se relaciona, a su vez, de manera inmediata con la siguiente cuestión: en virtud de qué título se produce la apropiación del trabajo del voluntario por parte de la entidad sin ánimo de lucro.

Con respecto a la primera de estas interrogantes la solución ha de pasar necesariamente por el otorgamiento a favor del voluntario, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de un poder para que pueda llevar a cabo la calificación de su prestación como no laboral y, por tanto, no remunerada. Es decir, nos encontramos, quizás, ante uno de los supuestos más significativos de admisión de la autonomía de la voluntad individual a la hora de la calificación de la naturaleza jurídica de la correspondiente relación.

Como se sabe, en nuestro Derecho del Trabajo ha sido tradicional la limitación de la autonomía de la voluntad para la calificación del contrato de trabajo. Un aspecto relevante directamente relacionado con la libertad que ha de presidir las relaciones laborales es el de la posibilidad de que los contratantes estén o no arrojados de facultades más o menos amplias encaminadas a definir como laboral o no el fruto del acuerdo entre ellos²⁴⁹.

²⁴⁹ Tradicionalmente se han mantenido bastantes reticencias a la hora de admitir esta posibilidad, debido a la clara superioridad de que dispone, como regla general en el contexto de la prestación de trabajo por cuenta ajena, una de las partes respecto de la otra. Sin embargo, en la última década se detecta una cierta tendencia a atribuir a la calificación del contrato como laboral o no una mayor trascendencia. Con posterioridad a la gran reforma de nuestro ordenamiento jurídico-laboral de 1994, RODRÍGUEZ-PIÑERO entendió -encabezando así el sector doctrinal que aboga por un incremento del papel regulador del contrato de trabajo- que "el nuevo papel regulador reconocido al contrato en el Derecho del Trabajo actual, en cuanto supone superar el escepticismo o la desconfianza precedente en dicho contrato no puede dejar de tener efectos en el plano de la incidencia del acuerdo de las partes en la calificación del contrato" "La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo", *R.L.*, nº 18, 1996, p. 2.

Sin embargo, al socorrido supuesto de la cualificación, habría que sumar ahora una nueva justificación: el suficiente patrimonio del voluntario o su fuerte convicción ideológica. En el sector concreto del voluntariado se aboga por una presencia significativa de la autonomía de la voluntad, dado que, como consecuencia de la elección, el voluntario no sólo no se insertará en el marco del Derecho del Trabajo, sino que, incluso realizará su trabajo con carácter gratuito.

Las tradicionales reticencias del Derecho del Trabajo sobre la posición del contratante débil desaparecen aquí y se da rienda suelta a la autonomía de la voluntad ya que el voluntario, a diferencia del trabajador, no está compelido por la necesidad de obtención de recursos económicos, mediante la retribución del trabajo. Esta subordinación económica, que es y será el fundamento material del Derecho del Trabajo, no es atribuible, *iuris et de iure*, al voluntario, por lo que debemos concluir que la condición social del voluntario, si el trabajo que presta no es esporádico o marginal, viene siempre caracterizada por la holganza económica o es que su planteamiento solidario se impone y prevalece sobre su situación económica como una especie de razón de fe. Difícil saberlo, porque no debe olvidarse que la renuncia a la retribución, aunque las condiciones de la prestación coincidan materialmente con las del trabajo asalariado, se produce con carácter previo lo que impide valorar si el voluntario no quiere cobrar el salario o más bien que para trabajar, en presente o en futuro, hay que renunciar a la retribución.

En cualquier caso, desde el punto de vista jurídico, la renuncia previa hace difícil salvar la interpretación que en términos puramente civiles se hace de la institución que conocemos como renuncia de derechos, en el sentido de que los derechos se hayan adquirido primero para después renunciar o transaccionar con ellos o que la renuncia sin contraprestación alguna, la mera liberalidad, haya de salvar el abuso de derecho²⁵⁰. Una vez más sería la decisión legislativa la que modifica la teoría general en detrimento de la igualdad si quiera formal de los contratantes.

Si como consecuencia del acto de renuncia de la remuneración por parte del voluntario –único elemento que diferencia la actividad del voluntario de la realizada en la misma empresa por los trabajadores asalariados– no nos encontramos ante un contrato de trabajo, la cuestión que se plantea resulta obvia: ¿cuál es el título que legitima la apropiación del fruto del trabajo del voluntario por parte de la entidad sin ánimo de lucro?

A la hora de establecer el origen de dicha situación se suele apelar a distintas instituciones, canalizadoras del acto de renuncia del trabajador. En concreto, cierto sector doctrinal²⁵¹ trata de derivar la prestación de trabajo sin salario al ámbito de figuras jurídicas próximas a la donación²⁵². Del mismo

²⁵⁰ Véase RUIZ CASTILLO, M.M., "A propósito de la indisponibilidad individual de derechos del trabajador", *T.L.*, nº 52, 1999, pp. 158 y ss.

²⁵¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 44.

²⁵² Esta posición doctrinal chocaría con una grave dificultad. La donación se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de disposición de cosas y no de actos. Esta es la posición mantenida por ALMANSA PASTOR, "Caracterización jurídica de la actividad y de la organización del voluntariado de acción social", *R.S.S.*, nº 18, 1983, pp. 96 y ss.).

modo, el TS entendió que los voluntarios "desarrollan trabajos por impulsos de donación, sin *animus obligandi* y sin que de ellos se derive acción alguna"²⁵³. Se podría pensar, asimismo, en un contrato de mandato gratuito. Pero surgen los mismos problemas, entendemos, que se oponen a la identificación entre contrato de trabajo y contrato de mandato. La apelación a todas estas figuras plantea un problema de raíz, ya que todas ellas presuponen un vínculo contractual típico. Este vínculo contractual, por lo demás, no es fácil considerarlo existente en el contexto que nos ocupa; además, los fines de solidaridad del voluntariado no deben asociarse necesariamente con la presencia de un *animus donandi*²⁵⁴. En realidad, nos encontramos ante una institución de características muy tasadas y preestablecidas por el legislador con el objetivo de facilitar los fines que social y políticamente tiene atribuido el voluntariado.

Desde nuestro punto de vista, no debiera ser requisito suficiente la autonomía de la voluntad calificadora del contrato para diferenciar esta institución del resto, sino que habría de ser imprescindible que concurriera algún tipo de elemento objetivo que lo diferenciara del trabajo asalariado. No obstante, como a continuación tendremos ocasión de desarrollar, son escasas las posibilidades diferenciadoras que nos aporta la normativa específica.

6. El régimen jurídico del trabajo de voluntariado

El trabajo de voluntariado es hoy en día un trabajo notablemente juridificado, con un régimen jurídico relativamente extenso y detallado. En general, los caracteres que presiden el trabajo realizado en el marco del voluntariado, según la legislación a la que anteriormente se hizo referencia, son los siguientes:

a) Se entiende por voluntariado el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas. ¿Significa esto que la Ley está condicionando la atribución del calificativo de voluntariado a la naturaleza de la prestación? Si así fuera entraría en contradicción con la realidad práctica, que como ya vimos atribuye al voluntario la realización de trabajos plenamente equiparables a los de un asalariado. Esta exigencia se viene a reiterar en el último inciso del art. 3 de la Ley del Voluntariado, al afirmar que la actividad de voluntariado no podrá en ningún caso sustituir al trabajo retribuido. Por otra parte, tanto la Ley estatal como las autonómicas son muy generosas a la hora de definir las funciones del voluntario, de manera que no es fácil delimitar alguna función que sea consustancial a las funciones de un voluntario o a las del trabajo retribuido. Así pues, el carácter de la actividad, el interés general de que habla la Ley, no es un criterio válido de definición del voluntariado.

²⁵³ STS de 2 de diciembre de 1986 (Ar. 7252).

²⁵⁴ GRANDI, M., "Osservazioni critiche sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato", *cit.*, pp. 460 y ss.

b) Que sus actividades tengan carácter altruista y solidario. Desde la perspectiva del voluntario éste habrá de realizar dicho servicio como vocación altruista. Se trata de un requisito meramente subjetivo, de difícil comprobación. Si consideramos que las entidades sin ánimo de lucro constituyen un importante yacimiento de empleo, en numerosas ocasiones el voluntario realiza sus funciones con la reserva mental de dejar de serlo en el futuro. Es obvio que dicha reserva mental no puede ser un elemento que contribuya a negar el carácter del voluntariado²⁵⁵.

c) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico. De esta manera el legislador diferencia claramente la labor del voluntario de aquellas prestaciones exigidas al ciudadano, tales como la ya extinta prestación social sustitutoria²⁵⁶ y otras.

d) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que el desempeño de la actividad voluntaria ocasione²⁵⁷. La falta de contraprestación económica no es incompatible con el hecho, previsto legalmente, de que el voluntario reciba a cambio una contraprestación y una ayuda en especie, lo que acarreará los problemas que más abajo se desarrollan.

e) Que se lleven a cabo a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos. Es un requisito imprescindible para poder considerar aplicable la Ley de voluntariado que concurran unas determinadas características en el receptor de la prestación del voluntario. En concreto, se ha de tratar de organizaciones legalmente constituidas, dotadas de personalidad jurídica propia, que carezcan de ánimo de lucro y que desarrollen programas en el marco de las actividades de interés general definidas en la propia Ley (art. 4).

En conclusión, el análisis de la normativa reguladora del voluntariado, así como de los escasos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, por el momento, al respecto, nos llevan a afirmar que el objetivo perseguido por una y otros es el de diferenciar claramente entre la prestación de trabajo por cuenta ajena y la actividad realizada por el voluntario, lo que resulta de todo punto imposible. Embarcados en dicho proyecto, se acude a argumentaciones en muchas ocasiones contradictorias para eludir cualquier punto de conexión entre ambas instituciones.

Sin embargo, tal y como se ha venido sosteniendo, las conexiones entre las mismas son evidentes. La propia normativa reguladora del voluntariado, al menos en lo referente a la delimitación de las características básicas de la prestación del voluntario, obedece a la constatación de importantes

²⁵⁵ La Ley del Voluntariado en Asturias establece en su art. 3.1.c) un refuerzo de dicho elemento subjetivo al exigir que el voluntario no busque beneficio material alguno.

²⁵⁶ Expresamente excluida en la Ley 17/1998, de 25 junio, del Voluntariado del País Vasco (art. 3); y la Ley 4/95, de 16 de marzo, del Voluntariado de Castilla-La Mancha (art. 3).

²⁵⁷ Este reembolso se subordina en ocasiones a la expresa previsión de dicha compensación en el compromiso de incorporación (art. 7.f) Ley 5/04, de 22 de octubre, del Voluntariado en la Región de Murcia).

nexos de unión. Obviamente, en ambos casos nos encontramos en presencia de una prestación de servicios, en la que el trabajador o el voluntario ceden el fruto de su trabajo a otro, insertándose en una organización extraña. Por otra parte, como en ocasiones se advierte por el propio legislador, la institución del voluntariado puede utilizarse de manera torcida para eludir la aplicación de la normativa jurídico-laboral.

Estas circunstancias iniciales hubieran debido de bastar para que el legislador hubiese introducido criterios de delimitación más precisos entre los mismos. No consideramos que la intención del voluntario o el carácter no remunerado de la actividad sean argumentos suficientes. El primero es un criterio meramente subjetivo de difícil constatación, en tanto que el segundo es un mero indicio de la inexistencia de una relación laboral, pero no al contrario.

Por último, del mismo modo que en algunas normas autonómicas se ha hecho²⁵⁸, el legislador nacional, así como el resto de las normas autonómicas, deberían haber introducido en su articulado algún tipo de mención acerca de la necesaria extensión de la normativa jurídico-laboral²⁵⁹ a la prestación de servicios del voluntario, así como acerca de la intensidad y límites de la misma.

7. El trabajo de voluntariado en la legislación autonómica: el caso de Asturias

Como se menciona en la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/96, la promoción y el fomento del voluntariado no son competencias exclusivas del Estado, razón por la que la Ley limita su ámbito de aplicación a los voluntarios y organizaciones que participen o desarrollen programas de ámbito estatal o supraautonómico, así como a los que participen en programas que desarrollen actividades de competencia exclusiva estatal. Casi la totalidad de las distintas Comunidades Autónomas, haciendo uso de sus competencias, ha elaborado disposiciones normativas que regulan la figura en su marco territorial correspondiente. En esencia, todas ellas mantienen unas características bastante próximas, siendo sus diferencias generalmente poco significativas, aunque no por ello dejan de existir, como hemos venido destacando hasta ahora.

La Comunidad Autónoma de Asturias ha regulado específicamente el trabajo del voluntariado a través de la Ley 10/2001, de 12 de noviembre, aprobada, según su preámbulo, para dar cumplimiento a la obligación que el art.9.2 CE impone a los poderes públicos de "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social", entendiéndose que el voluntariado, como conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, agrupadas en entidades de voluntariado, de modo libre, solidario y altruista, sin buscar beneficio material alguno,

²⁵⁸ Ley 4/95, de 16 de marzo, del Voluntariado en Castilla-La Mancha; Ley 7/98, de 6 de mayo, del Voluntariado en La Rioja; Ley 3/94, de 19 de marzo, del Voluntariado en Madrid.

²⁵⁹ En el Derecho francés ha sido esta la opción del legislador conforme lo establecido en el Ley 97/940. Véase RIVERO LAMAS, J., "El trabajo en la sociedad de la información", A.S., nº 16, 2001.

es un instrumento especialmente apropiado para ello, sobre todo en el ámbito de los servicios sociales, salud, protección civil, educación y cultura, cooperación internacional, defensa de los derechos humanos y, en definitiva, en todas aquéllas actividades "que contribuyen de manera decisiva a la construcción de una sociedad más igual, libre y solidaria".

La Ley 10/2001 trata ante todo de promover la actividad de voluntariado, ya sea directamente organizada por las Administraciones públicas, ya sea a través de entidades privadas especializadas en dicho ámbito. Su ámbito territorial de aplicación se proyecta sobre el territorio de Asturias, con independencia del domicilio social de la entidad de voluntariado, y desde el punto de vista material se dirige a las actividades de interés general (identificadas por la propia Ley en una relación ejemplificativa, no cerrada) que tengan carácter solidario y altruista, que se realicen libre y voluntariamente, y que se lleven a cabo sin contraprestación económica, y que se enmarquen en programas o proyectos concretos de organizaciones públicas o privadas. Cuida especialmente la Ley de que la actividades de voluntariado no se utilicen para sustituir prestaciones laborales o profesionales remuneradas. Entre los principios básicos de esa actividad también se consagra "la autonomía respecto de los poderes públicos".

Entre los derechos de los voluntarios se recogen los de información acerca de su actividad y las características de la misma, participación activa en la entidad, formación adecuada para los correspondientes trabajos, medios adecuados para desarrollarlos, seguridad y salud en el trabajo, aseguramiento frente a posibles daños y perjuicios, participación en el diseño y programación de actividades, y acreditación identificativa de la condición de voluntario y del tiempo de servicios. Entre sus deberes más destacados se encuentra el de rechazar cualquier contraprestación económica por su trabajo.

La incorporación de los voluntarios a la correspondiente organización se realizará mediante la firma de un "compromiso entre ambas partes" en el que figuren los términos de la prestación, siempre conforme a las previsiones de la Ley. La condición de voluntario es compatible, por otra parte, con la de socio o miembro de la entidad de voluntariado, aunque no con posibles actividades retribuidas en el seno o por cuenta de la misma. Las entidades de voluntariado responden por los daños o perjuicios causados por los voluntarios en el desempeño de las tareas que se les hubiera encomendado.

8. Supuestos singulares de voluntariado

La específica regulación del voluntariado a través de las normas nacional y autonómicas analizadas hasta aquí no significa que no sea posible encontrar específicas manifestaciones de trabajo voluntariado regulado por normas específicas. Se trata de supuestos en los que la prestación de actividad se desarrolla en unos contextos muy peculiares que obligan a una regulación especializada. En este sentido, se pueden destacar especialmente dos supuestos: los servicios voluntarios desarrollados en países extranjeros y aquellos que se realizan a favor de las Fuerzas Armadas.

El primero de los supuestos está constituido básicamente por los denominados "voluntarios de cooperación para el desarrollo" regulados por la Ley 23/98, de 7 de julio, de Cooperación al Desarrollo. El régimen jurídico de esta específica manifestación de voluntariado lo constituye el art. 37 de dicho cuerpo legal. En general, se reproducen las previsiones contenidas en la Ley del Voluntariado, desarrollándose con algo más de detalle los aspectos relacionados con la especialidad que constituye que dicha prestación se desarrolle en el extranjero. Por último, en el art. 37.5 se contiene una remisión, en lo no regulado por dicho precepto, a la correspondiente ley nacional o autonómica de voluntariado.

Al hilo del análisis de la Ley 23/98, de 7 de julio, surge la necesidad de llevar a cabo una reflexión sobre las posibles diferencias entre el Voluntario de cooperación al desarrollo y la otra figura regulada en dicho cuerpo legal, esto es, el Cooperante (art. 38). La duda fundamental que se nos plantearía sería la relativa al carácter remunerado o no de dicha actividad. El parco régimen jurídico existente al respecto no nos resuelve dicha cuestión, pues tanto la Ley estatal como las ya aprobadas leyes autonómicas²⁶⁰, se limitan a definir al cooperante al margen de su carácter retribuido o no, remitiéndose a un futuro Estatuto del Cooperante su regulación²⁶¹. Esa remisión está presente, asimismo, en las distintas leyes autonómicas, sin que, hasta el momento, se haya llevado a cabo su aprobación. En definitiva, el carácter remunerado o no de dicha prestación quedará subordinado a la regulación contenida en dicho Estatuto, aunque todo indica a pensar que lo será, pues de lo contrario, hubiera carecido de significado el trato diferenciado en la Ley 23/98 de ambas instituciones²⁶².

El segundo de los supuestos específicos de prestación voluntaria de servicios está constituido por la puesta a disposición, en tanto no estén activados, de los denominados reservistas voluntarios. La Ley 17/99, de 18 de mayo, del régimen del personal de las Fuerzas Armadas, intentaba compensar la reducción del personal militar que ha supuesto la profesionalización del ejército con tres figuras: reservistas obligatorios (que tiene la naturaleza de una prestación personal obligatoria), temporales (auténticos contratados temporales al servicio del Ministerio de Defensa) y voluntarios (art. 162 la Ley 17/99). Conforme el RD 1691/03, de 12 de diciembre, son reservistas voluntarios aquellos que manifiesten su disponibilidad a ser llamados para incorporarse en el ejército cuando las circunstancias de la Defensa Nacional así lo aconsejen. La prestación consiste (art. 1, R.D. 1691/03, de 12 de diciembre) en estar disponibles (art. 15 RD 1691/03) mientras no se encuentran activados (art. 27 RD 1691/03).

²⁶⁰ Ley Foral Navarra de 5/2001, de 9 de marzo; Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 13/99, de 29 de abril; Ley de La Rioja 3/2003, de 1 de julio; Ley Gallega 4/2002, de 19 de junio; Ley Extremeña 1/03, de 27 de febrero; Ley de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha 3/03, de 13 de febrero; y Ley andaluza 14/03, de 22 de diciembre.

²⁶¹ Artículo 38.1. "Son cooperantes quienes a una adecuada formación o titulación académica oficial, unen una probada experiencia profesional y tienen encomendada la ejecución de un determinado proyecto o programa en el marco de la cooperación para el desarrollo.

2. Se regulará el Estatuto del Cooperante, en el que se fijarán, entre otros aspectos, sus derechos y obligaciones, régimen de incompatibilidades, formación, homologación de los servicios que prestan y modalidades de previsión social".

²⁶² Recientemente, el RD-Ley 8 /04, de 5 de noviembre, ha extendido su régimen de indemnizaciones a "los españoles que, integrados en un programa o acción desarrollada por organizaciones no gubernamentales, sean autorizados individual y específicamente por los Ministerios de Defensa y Asuntos Exteriores y de Cooperación para desplazarse y participar en el ámbito de las operaciones a que se refiere el art. 1" (Disposición Adicional primera).

Por otra parte, al margen del voluntariado en sentido estricto, esto es, la prestación de trabajo gratuito al servicio de una organización sin ánimo de lucro incardinado en el marco de las leyes de voluntariado, es posible encontrar otros servicios a favor de dichas organizaciones sin ánimo de lucro. En principio, nada obsta a esta posibilidad, en el supuesto en que no se dieran alguno de los supuestos previstos en la Ley del Voluntariado para su aplicación (permanencia, fundamentalmente, aunque teniendo en cuenta que en términos legales, a efectos de la normativa laboral, y para nuestra jurisprudencia, la característica de la ocasionalidad de la prestación ha dejado de tener relevancia alguna para determinar la existencia de trabajo benévolo, lo que añadirá un factor nuevo de confusión entre una y otra figura). Es más, en determinados supuestos, es posible que así suceda.

En concreto nos referimos a la dificultad que para muchas organizaciones sin ánimo de lucro, aquellas que quedan fuera de las grandes multinacionales de la solidaridad, puede suponer el llevar a cabo el aseguramiento establecido como obligatorio por dicha Ley²⁶³. Es decir, la imposibilidad de hacer frente al pago de la prima del seguro hará que en muchas ocasiones no se pueda asumir la incorporación del voluntario a la propia Ley del Voluntariado²⁶⁴. En estos supuestos, no cabrá sino aplicar, sin más, las reglas generales del trabajo benévolo²⁶⁵, careciendo, por tanto, de las escasas garantías existentes en la norma correspondiente del voluntariado²⁶⁶. Ésta sería la misma solución que resultaría del supuesto en que las partes simplemente no suscribieran el compromiso o acuerdo de incorporación previsto en el art. 9 de la Ley del Voluntariado.

²⁶³ Arts. 6.d) y 8.1. b), de la Ley 6/96, de 15 de junio, del Voluntariado.

²⁶⁴ Véase BARREIRO GONZÁLEZ, G., "La Ley Gallega del Voluntariado Social. El aseguramiento de la actividad del personal voluntario", *La Ley*, 2003, Tomo 5, Doctrina, pp. 275 y ss.

²⁶⁵ Véase al respecto: art. 3.2 a) de la Ley Andaluza, art. 3.2 c) de la Ley canaria, art. 3.2 de la Ley Gallega y art. 2.2 de la Ley del País Vasco.

²⁶⁶ Art. 3.2, de la Ley 6/96, de 15 de junio, del Voluntariado.

