

LA PROBLEMÁTICA CALIFICACIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. La tradicional exclusión de la actividad de transporte del ámbito laboral.— 3. La laboralización de la actividad de transporte.— 4. La reforma del Estatuto de los Trabajadores en 1994 y la nueva letra g) de su art. 1.3.— 5. Problemas derivados del art. 1.3. g) ET y su solución constitucional: a) Carácter discriminatorio de la solución incorporada al art. 1.3. g) ET. b) Discriminación entre transportistas de distintas Comunidades Autónomas. c) Eficacia retroactiva del art. 1.3 g) ET.

1. INTRODUCCIÓN

La confusión entre el contrato de trabajo y ciertas manifestaciones del contrato de transporte es problema ya clásico en Derecho del Trabajo¹. Y ello, a pesar de que, al menos desde un punto de vista teórico, nada parece abonarla. En efecto, mientras que el contrato de trabajo juridifica un intercambio de servicios por precio realizado conforme a ciertas notas típicas que legalmente (art. 1.1 ET) delimitan el área de la contratación laboral (trabajo personal, dependencia y ajenidad), el contrato de transporte es una modalidad cualificada del contrato de arrendamiento de obra en cuya virtud el arrendador (porteador, conductor o transportista) asume la obligación de trasladar de un lugar a otro una persona o cosa determinada por el medio o medios de locomoción pactados (arts. 1601 y ss Cc. y 349 y ss CCom.)

Por tanto, las diferencias entre ambos modelos contractuales son: a) *subjetivas*, porque mientras que el trabajador asalariado se obliga a prestar *sus* servicios *personalmente*, el transportista puede servirse de otras personas que por su cuenta realicen materialmente los portes; b) *objetivas*, porque mientras que el trabajador es deudor de actividad, el transportista lo es de un resultado en cuya obtención

¹ Por todos, F. VALDES DAL-RE, «Contrato de trabajo y contrato de transporte: el problema de la sustitución del trabajador», *Revista de Política Social*, núm. 108, 1975, pp. 142 y ss.

interviene, necesariamente, un medio de locomoción sobre el que tiene poder de disposición; y c) *modales*, porque mientras que el trabajador asalariado actúa siempre por cuenta y bajo dependencia ajenas, el transportista lo hace por cuenta propia y en régimen de autoorganización.

En la práctica, sin embargo, estas diferencias se difuminan. Sobre todo porque la distinción que se acaba de ensayar gira siempre en torno a la identificación del transportista como empresario mercantil que valiéndose de un medio de producción propio (vehículo) interviene en el mercado por cuenta propia. Por ello, desde el momento en que puede dudarse de la idoneidad del medio de transporte como objeto de explotación empresarial, será posible cuestionar la verdadera naturaleza jurídica de la prestación consistente en el traslado de cosas o personas. Y, siendo así, la *vis atractiva* del ordenamiento laboral forzarán a evaluar, en cada caso concreto, la posible concurrencia de las típicas notas de trabajo personal, dependiente y por cuenta ajena.

Lo que se dice explica los extraños avatares por los que ha atravesado en los últimos años la calificación jurídica de la actividad de transporte. En efecto, si bien hasta 1986 existía práctica unanimidad doctrinal y jurisprudencial a la hora de afirmar su extralaboralidad (§2), la STS 26 febrero 1986² varió de manera radical la forma tradicional de enfrentar el problema de su calificación y, al hacerlo, abrió un resquicio a la consideración como laboral de la actividad de transporte por el que, en los años siguientes pudo abrirse paso la laboralización de esta clase de relaciones (§3). La tendencia se rompe con la promulgación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, cuya Disp. Final 7ª adiciona una nueva letra (g) al art. 1.3 ET, justamente con el propósito de deslaborar la actividad de transporte (§4). Esta intervención normativa vino a añadir, sin embargo, más confusión a un panorama de suyo complejo, de modo que, finalmente ha sido el TC quien ha tenido que resolver las muy serias dudas planteadas por la solución legal (§5).

2. LA TRADICIONAL EXCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE DEL ÁMBITO LABORAL

Como se acaba de señalar, hasta la mitad de la década de los años ochenta la jurisprudencia social vino calificando cualquier relación de transporte como ajena al Derecho del Trabajo³. El argumento principal que sustentaba esta solución era la

2 RJ 1986, 834.

3 Excepcionales fueron STS 7 mayo 1985 (RJ 1985.2669) y SSTCT 5 julio 1984 (RTCT 1984, 6133) y 8 octubre 1981 (RTCT 1981, 5733), pues, pese a la aportación de un vehículo por el transportista (furgoneta, motocicleta y automóvil, respectivamente), apreciaron la existencia de un contrato de trabajo.

consideración del transportista como trabajador autónomo que a la prestación de su trabajo asocia, siempre y necesariamente, un vehículo que, en cuanto medio de producción, excluye respecto del mismo la condición de trabajador dependiente por cuenta ajena. Esto es, el transportista era, por decirlo en palabras de la vieja STS 24 abril 1941 (RJ 1941, 560), la persona que «con medios adecuados y por él organizados, dirigidos y atendidos, da existencia a un servicio que no es de el de cooperación personal en obra ajena, sino el de coordinación de industrias en grande o pequeña escala (concurriendo de este modo) en la compleja actividad de trabajo en general, (y) logrando con ello (...) lucro que no es la recompensa del trabajo (...) puesto directa y temporalmente a disposición de quien lo necesita».

En este sentido, si se repasa con detenimiento la jurisprudencia anterior a 1986 que estudia la distinción entre contrato de trabajo y contrato de transporte se constata el valor decisivo que en la calificación otorgan los Tribunales a la aportación del medio de transporte. En realidad, basta con probar el poder de disposición del transportista sobre dicho medio para decantar el Fallo. Y es que, siendo el medio de transporte elemento indispensable para la realización del contrato, ni puede haber ajenidad (no la hay en los frutos porque el transportista pretende lucrarse de la explotación de su vehículo, y tampoco en los riesgos porque en la búsqueda del lucro el transportista empeña algo más que su mero esfuerzo personal)⁴, ni tampoco verdadera dependencia⁵. Además, como lo que con el contrato se pretende es un resultado, la concreta persona que realiza el transporte es irrelevante, siendo por tanto sustituible el transportista⁶. En cambio, cuando el vehículo no le pertenece, los argumentos obstativos a la laboralidad del contrato desaparecen y el mismo puede calificarse como de trabajo⁷.

3. LA LABORALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE

Esta manera tradicional de enfocar el problema cambia cuando la STS de 26 febrero 1986 se enfrenta a la calificación jurídica de una singularísima actividad de

4 STS 8 y 29 octubre 1985 (RJ 1985, 4682 y 5236), 20 septiembre y 16 julio 1984 (RJ 1984, 4437 y 4177), 17 marzo y 23 abril 1983 (RJ 1983, 1168 y 1864), dos de 26 febrero y 8 octubre 1974 (RJ 1974, 560, 561, 2122), 18 febrero 1969 (RJ 1969, 631), 25 mayo 1965 (RJ 1965, 3297).

5 Como tal no cabe considerar la existencia de frecuentes instrucciones emanadas de quien encarga el servicio, pues esto es algo también propio del contrato de transporte (STS 16 julio 1984 [RJ.1984. 4177]), aparte de que la ausencia de esta nota parece verse confirmada por ciertas pautas de actuación habituales en la actividad de transporte como son falta de horario y de exclusividad (STCT 10 mayo 1974, [RTCT 1974, 2257], 22 octubre 1975 [RTCT 1975, 4496], 8 enero 1976 [RTCT 1976,6]) la posibilidad de rechazar los encargos (STS 20 septiembre 1984 [RJ 1984, 4437]) o la libertad para establecer los itinerarios (STCT 28 enero 1986 [RTCT 1986, 429], 23 mayo 1981 [RTCT 1981, 3458]).

6 SSTS 20 septiembre 1984 (RJ 1984, 4437), 17 febrero y 23 abril 1983 (RJ 1983, 661 y 1864), 2 octubre 1971 (RJ 1971, 3893).

7 Así, en STS 2 octubre 1971 (RJ 1971, 3893) y SSTCT 7 febrero y 17 junio 1983 (RTCT 1983, 958 y 5754) y 6 diciembre 1984 (RTCT 1984, 9383).

transporte: la desarrollada por motociclistas que, en vehículos de su propiedad, realizan el transporte de pequeños paquetes y mensajes por encargo de una empresa de transportes urgentes.

En concreto, y de acuerdo con los antecedentes fácticos de la citada Resolución (FD1º), resulta que: *a)* la empresa presta a sus clientes el servicio de recepción, transporte y entrega a destinatarios de paquetes, *b)* para ello utiliza los servicios de los llamados *mensajeros*, que se sirven de motocicletas de su propiedad cuyos gastos de mantenimiento, combustible y amortización sufragan, y *c)* la relación entre empresa de transportes y mensajero se regula por un denominado *contrato de transporte*, de acuerdo con cuyo clausulado, si bien es cierto que el mensajero responde del deterioro o pérdida de los efectos transportados, puede ser sustituido por persona por él designada y retribuida, trabaja sin exclusividad y horario y es retribuido a tanto por viaje, también lo es que queda obligado a llamar por teléfono diariamente a la empresa para recibir la orden de los viajes a realizar y que, en caso de no poderse realizar el transporte mediante la motocicleta por inclemencia del tiempo, utiliza un taxi pagado por la empresa.

Pues bien, sobre tales circunstancias fácticas, y frente a la calificación extralaboral que la doctrina jurisprudencial imperante parecía exigir una vez acreditada la aportación del vehículo a la realización del trabajo, el Tribunal concluye, diversamente, que estamos ante un verdadero contrato de trabajo (FD 2º).

a) En primer lugar, porque el «carácter voluntario y retribuido del servicio no ofrece duda», toda vez que la retribución por unidad de servicio es «algo normal en el contrato de trabajo», mientras que la asunción por el mensajero de los gastos de mantenimiento y amortización del vehículo «no tiene otra consecuencia que no se considere tal parte de la compensación como salario, sino como gasto de la empresa suplido por el trabajador».

b) En segundo lugar, porque «la ajeneidad es también patente» habida cuenta que el mensajero no asume los riesgos ni se lucra de los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente. En especial, «el que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores».

c) En tercer lugar, porque la nota de dependencia, aparte otras circunstancias de menor trascendencia (portar el logotipo de la empresa en ropa y vehículo) se hace patente en la «necesidad de llamar diariamente a la (empresa), bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno». En cambio, dicha nota, fuertemente flexibilizada por la jurisprudencia desde los años sesenta, no desaparece por la falta de régimen de jornada y horario riguroso o por la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas.

d) Y en cuarto y último lugar, porque no habiendo tenido virtualidad en la ejecución del contrato la posibilidad reconocida al mensajero para hacerse sustituir,

tampoco hay, en opinión del Tribunal, razones para afirmar que la prestación no se haya efectuado personalmente.

En todo caso, el núcleo del razonamiento se halla en el apartado 2 del FD 3º, cuando la Sala trata de colocar su decisión en sintonía la doctrina precedente que «tiene como fundamento la apreciación que en ella se hace, como elemento fundamental del contrato, de la aportación no personal de quien presta el servicio, que trata mediante el mismo de obtener un rendimiento a una importante inversión económica, generalmente un camión de transporte o reparto». En cambio, «en el supuesto debatido (...) el medio utilizado, por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso, no es más que un elemento auxiliar, secundario, de la actividad personal, sin que en modo alguno tenga por fin el contrato su explotación económica, actividad personal que no es algo que en la empresa demandada tenga naturaleza subsidiaria en relación a otra principal, sino que constituye su fundamental objeto social, de tal modo que esos factores, carácter secundario de la aportación no personal del trabajador, y constituir el trabajo de éste, la actividad principal, la razón de ser de la empresa, impiden aplicar aquella doctrina a la realidad social, de reciente aparición en un uso generalizado, que por primera vez se examina por esta Sala».

Sin perjuicio las objeciones que pueden hacerse a la argumentación sobre la concurrencia de las notas típicas de laboralidad⁸, lo que parece indudable es que el mérito de la Sentencia de referencia está en la novedosa forma de enfocar el problema de la distinción entre contrato de trabajo y contrato de transporte. En esencia, lo que dicha resolución vino a poner de relieve fue la necesidad de identificar, en cada caso concreto, el *elemento fundamental* de la relación de trabajo a calificar, para, de inmediato, ponerlo en relación con la clase de actividad productiva que desarrolla la empresa. Y es que, si dicho elemento fundamental resulta ser la prestación personal de servicios (y no la aportación de bienes materiales para realizar el trabajo, que puede ser, en su caso, *elemento accesorio*), y tales servicios personales son adecuados para la satisfacción de la *actividad principal y razón de ser* de la empresa, el vínculo debe reputarse laboral, pues su ejecución comporta la integración del trabajo en el ámbito organizativo empresarial.

Sin embargo, hay que advertir de inmediato que, ni siquiera bajo esta nueva perspectiva, el problema de la distinción entre contrato de trabajo y contrato de transporte halló pacífica solución. Sobre todo porque ni STS 26 febrero 1986, ni las muchas que pronto siguieron su doctrina fueron capaces de proponer criterios seguros que en la práctica permitieran identificar el elemento fundamental del contrato. Es cierto que de aquella sentencia se concluye sin excesiva dificultad que

8 Pueden verse en J. LUJÁN ALCARAZ, *Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 15 y 16 y, sobre todo, en J. RIVERO LAMAS y J. GARCÍA BLASCO «Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1987-II, págs. 514 y ss.

la Sala ha valorado datos tales como el coste de adquisición y mantenimiento del vehículo o la difusión de uso, pero también lo es que, fuera del caso evidente de las motocicletas, ninguna pista hay que permita decidir con seguridad en otros casos cuándo la aportación de un medio de transporte desplaza el elemento fundamental del contrato del objeto al sujeto.

En buena parte ello explica porqué lo que inicialmente pudo ser calificado con razón como mero «ajuste a la consolidada jurisprudencia de nuestros Tribunales sociales»⁹, se convirtiera en sólo unos meses en giro jurisprudencial que llevó al Tribunal Supremo a calificar como trabajadores asalariados no sólo a otros mensajeros, sino también a transportistas que se sirven de vehículos cuyo uso no puede afirmarse que esté difundido del modo en que está el de las motocicletas y cuya adquisición exige una importante inversión económica. Por ejemplo, repartidores de prensa que efectúan su trabajo en furgonetas o camiones de pequeño tonelaje¹⁰, repartidores de pan¹¹ o repartidores de productos perecederos¹². Incluso, y aunque en un primer momento algunas decisiones mantuvieron la exclusión del ámbito laboral para transportistas propietarios de vehículos de tonelaje industrial¹³ o camiones¹⁴, finalmente la jurisprudencia recaída en unificación de doctrina terminó por generalizar la solución afirmativa de la laboralidad¹⁵, salvo en casos muy excepciones como el que decide STS 28 abril 1992 (RJ 1992, 2681) al conocer de la relación de quien aporta un camión frigorífico de «considerable entidad».

4. LA REFORMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN 1994 Y LA NUEVA LETRA G) DE SU ART. 1.3

El claro decantamiento judicial por la laboralidad de la relación de transporte palió en cierto modo la inseguridad que en la calificación jurídica de esta clase de relaciones jurídicas introducía el criterio del valor del vehículo como parámetro para decidir su consideración o no como elemento fundamental del contrato¹⁶. Pero no resolvió de manera definitiva el problema de la distinción entre contrato de

9 F. VALDÉS DAL-RE y A. PEDRAJAS MORENO, «Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la jurisprudencia?», *Documentación Laboral*, núm. 19, 1986, págs. 140.

10 SSTS 26 junio 1986 (RJ 1986, 3741), 28 septiembre 1987 (RJ 1987, 6402) o 2 febrero 1988 (RJ 1988, 558).

11 STS 13 abril 1987 (RJ 1987, 2407).

12 STS 6 julio 1987 (RJ 1987, 5086).

13 STS 15 septiembre 1986 (RJ 1986, 4970).

14 STS 15 julio 1988 (RJ 1988, 6146).

15 Entre otras en SSTS 27 enero 1994 (RJ 1994, 383), 4 y 5 noviembre 1993 (RJ 1993, 8543 y 8547), 25 mayo 1993 (RJ 1993, 4121), 22 julio 1992 (RJ 1992, 5650), 16 marzo 1992 (RJ 1992, 1807), 17 mayo 1991 (RJ 1991, 3915).

16 Sobre la misma, puesta de manifiesto claramente por la jurisprudencia de finales de los ochenta, véase, F. VALDÉS DAL-RE, «Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y transporte», *Relaciones Laborales*, 1992-II, págs. 54 y ss.

trabajo y contrato de transporte¹⁷. Antes al contrario, lo exacerbó al determinar, casi sin posibilidad de excepción, la calificación laboral de toda relación de transporte.

Esto es, a principios de los años noventa se estaba aparentemente en una situación análoga a la anterior a 1986, sólo que ahora el criterio dominante era el de la laboralidad en lugar del de la extralaboralidad. Y sin embargo, algo sí había cambiado, porque la doctrina que arranca de la sentencia de los mensajeros identificaba con claridad el preciso lugar sobre el que, de acuerdo con su propia naturaleza causal, había de marcarse la distinción entre un contrato y otro. A saber: la consideración del elemento fundamental del contrato como aportación personal o no personal del trabajador.

Sin duda, ambos aspectos del problema (generalización de la *solución laboral* y posibilidades para su corrección) están en la base de la solución normativa que del mismo ensaya la Ley 11/1994, de 19 mayo, al ordenar su Disposición Final 7^a¹⁸ la inclusión de una nueva letra g) en el art. 1.3 ET.

Conforme a la misma, se excluyen del ámbito regulado por la Ley del Estatuto de los trabajadores:

«En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo.

A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializado».

El alcance exacto de la previsión (y con él, también el de sus problemas) se tiene si la misma se analiza desde una doble perspectiva. De una parte, la que ofrece su consideración como exclusión de laboralidad de una concreta categoría de trabajadores, lo que llevará a calificarla como declarativa o constitutiva, y, de otra, la que resulta de la interpretación del supuesto de hecho excluido.

a) Por lo que hace a la primera perspectiva, y pese a las dudas iniciales, la exclusión parece responder al patrón de las llamadas *constitutivas*, esto es, que por voluntad de la Ley afecta incluso a relaciones de transporte en las que pudiera advertirse la presencia de las notas típicas de laboralidad. Tal conclusión parece imponerse una vez que se ponen en relación los dos párrafos que integran la nueva letra g) del art. 1.3 ET. En efecto, mientras que el primero es una mera definición general y abstracta de lo que sea una exclusión declarativa (se limita a recordar algo tan obvio como que no es objeto del contrato de trabajo aquel trabajo en cuya

17 Por todos, G. BARREIRO GONZÁLEZ, «Un ejemplo de las denominadas <<zonas grises>>: el contrato de transporte», en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 1997, págs.135 y ss.

18 Resultado de una enmienda presentada por CiU en el Senado al texto remitido por el Congreso. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 42-10, 16 mayo 1994.

prestación no concurren las notas que definen este tipo contractual), el segundo arranca justamente de esta declaración para afirmar que «a *tales efectos se entenderá excluida* del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte». Dicho de otra manera, que como trabajo en cuya prestación no concurren las notas en cuestión se tiene por el ET el que desarrollan los transportistas cuando lo hacen en las condiciones que de inmediato se comentan¹⁹.

b) La segunda de las perspectivas anunciadas tiene que ver, justamente, con el examen de las condiciones que definen el supuesto de hecho de la exclusión. Esto es, no toda actividad de transporte está *constitutivamente* excluida del ámbito laboral, sino sólo aquella que se realiza por transportistas: 1) al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, 2) mediante el correspondiente precio, 3) con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, y 4) aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

Ahora bien, si se repara en que los tres últimos criterios de delimitación son inocuos desde el punto de vista de la distinción entre el contrato de trabajo y el de transporte²⁰, habrá que llegar a la conclusión de que el criterio decisivo para integrar el supuesto de hecho es el primero. Esto es, la consecuencia jurídica prevista en el art. 1.3 g) ET (exclusión del ámbito laboral) se predica de la actividad de transporte realizada con vehículo sobre el se tenga poder de disposición y se siempre que se efectúe al amparo de autorizaciones administrativas de las que el transportista sea titular²¹.

De este modo, el problema, desplazado a la determinación de lo que sean éstas autorizaciones, encuentra pronta solución en la normativa reguladora del sector de transporte, sobre todo una vez que el TS ha declarado que la autorización administrativa exigida es la específica para determinados vehículos y no el permiso de

19 Sobre la cuestión, en la doctrina y entre otros, puede verse M.C. POLO SÁNCHEZ Y J. BAZ RODRÍGUEZ, «La exclusión de la laboralidad de los transportistas con vehículo propio: un primer estudio jurisprudencial». *Actualidad Laboral*, núm. 6, 1996, págs. 162 y ss.; A. PEDRAJAS MORENO, «Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex art. 1.3 g) del Estatuto de los trabajadores», en *Actualidad Laboral*, núm. 21-22, 1995, págs. 318 y ss. En el sentido de exclusión constitutiva se ha decantado claramente el Tribunal Supremo, entre otras en SSTS 12 abril, 5 junio, 18 julio, 23 diciembre 1996 (RJ 1996, 3075, 4994, 6159 y 9843), 6 febrero, 3 marzo, 22 diciembre 1997 (RJ 1997, 1261, 2193, 9533), Auto 11 marzo y STS 15 junio 1998 (RJ 1998, 2563 y 5262) y, finalmente lo ha hecho también el Tribunal Constitucional en STC 227/1998, de 26 noviembre (RTC 1998, 227).

20 El segundo porque que el *precio* no sea *salario* depende de la previa calificación jurídica del vínculo: el tercero, al menos parcialmente, porque con la referencia al poder directo de disposición se da cobijo a cualquier hipótesis imaginable de uso del vehículo (aparte la propiedad, expresamente aludida, usufructo, arrendamiento, leasing, ...); y el cuarto porque simplemente advierte que el trabajo en exclusiva no es incompatible con la extralaboralidad del vínculo.

21 Cfr., no obstante, la insistencia con que STC 227/1998, de 26 noviembre (RTC 1998, 227), sobre todo en sus FF.JJ. 6º y 8º, expresa la opinión de que los cuatro requisitos que señala el art. 1.3 g) ET deben considerarse en conjunto.

circulación²². En efecto, como de acuerdo con los arts. 47 y ss. y concordantes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, es preciso disponer de una autorización administrativa para efectuar profesionalmente la actividad de transporte, salvo que la misma se efectúe en vehículo cuyo peso máximo autorizado sea inferior a dos toneladas métricas²³, resulta que la exclusión definida en el segundo apartado del art. 1.3 g) ET afecta a todos los supuestos de transporte realizado con vehículos de más de dos toneladas métricas de peso máximo autorizado. Y siendo así, resulta indiferente entonces tanto el título jurídico en cuya virtud el transportista disponga de aquéllos, el precio de su servicio y el hecho de que realice la actividad de transporte para una o varias empresas de manera continuada. En cambio, si el transporte se realiza mediante vehículo de tonelaje inferior al señalado, la imposibilidad de integrar el supuesto de hecho de la exclusión coloca el problema de calificación entre los márgenes del art. 1.1 ET, por lo que la relación en cuestión será laboral siempre que (como normalmente ocurrirá)²⁴ concurren las notas típicas de trabajo personal, dependiente y por cuenta ajena, sin que obste para tal calificación la falta de exclusividad o la propiedad del vehículo; aparte de que, en tal caso, el precio será *salario*.

5. PROBLEMAS DERIVADOS DEL ART. 1.3 G) ET Y SU SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

Puesto en relación con la doctrina jurisprudencial sobre mensajeros y transportistas, lo que el cambio legal viene a indicar es que, cuando la actividad de transporte se efectúa en uno de estos vehículos para los que se exige disponer de la correspondiente autorización administrativa (lo que en cierto modo presupone que poseen una *entidad considerable*), el *elemento fundamental del contrato* deja de ser *ope legis* la aportación personal del trabajador y pasa a serlo la utilidad que la explotación del vehículo proporciona a ambas partes del contrato de transporte²⁵. Esto es, la ajenidad laboral queda identificada en estos casos con lo que, en rigor, es sólo una de sus manifestaciones, la ajenidad en la titularidad de los medios de producción. Quizá por ello el nuevo criterio legal se configura directamente como determinante de una exclusión constitutiva, en lugar de proponerse como criterio orientador de una exclusión declarativa que permitiría la prueba en contrario en favor de la condición de asalariado de quien realiza la actividad de transporte mediante uno de estos vehículos.

22 STS 22 diciembre 1997 (RJ 1997, 9528).

23 Art. 41 RD. 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres.

24 M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 16ª ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 103.

25 Vid., en este sentido, STS 22 diciembre 1997 (1997, 9533).

En todo caso, y sin perjuicio de otras objeciones que pueden oponerse a la solución propuesta por la Ley 11/1994, la incorporación al Estatuto de los trabajadores de la letra g) del art. 1.3 obedece a un criterio de oportunidad legislativa que, aparte de constituir un hito más en ese extraño «diálogo en divergencia» que mantienen hace tiempo el legislador y los jueces²⁶, presenta notables e inmediatos problemas prácticos, vistos en su momento por la doctrina²⁷, y planteados muy pronto ante los Tribunales ordinarios y en último término ante el Tribunal Constitucional, primero como cuestiones de inconstitucionalidad y más tarde a través del recurso de amparo.

Básicamente, los relativos a: a) posible *discriminación* derivada del tratamiento desigual que del art. 1.3 g) ET, entendido como determinante de una exclusión constitutiva, resulta para unos trabajadores (transportistas) frente a otros en función de elementos que pueden no ser objetivos ni proporcionados, b) *discriminación* entre transportistas de unas y otras Comunidades Autónomas derivada de la posibilidad que éstas tienen, de acuerdo en su caso con lo previsto en los distintos Estatutos de Autonomía, para legislar en materia de transportes terrestres que transcurran sólo por su territorio (arts. 149.1.21ª y 148.1.5ª CE) y c) posible *eficacia retroactiva* del criterio de exclusión constitutiva.

A) CARÁCTER DISCRIMINATORIO DE LA SOLUCIÓN INCORPORADA AL ART. 1.3. G) ET

El primero de los problemas apuntados, resuelto por el Tribunal Supremo en el sentido de que en la deslaboralización de la actividad de transporte resultante del cambio normativo operado en 1994 no cabe apreciar inconstitucionalidad o discriminación²⁸, ha sido ya encarado por el Tribunal Constitucional. Por vez primera en su STC 227/1998, de 26 de noviembre (RTC 1998, 227) y, recientemente, en SSTC 5/1999 y 9/1999, ambas de 8 febrero (RTC 1999, 5 y 9), que se limitan en este punto a hacer suya la doctrina y solución de la primera.

Sirviéndose en buena medida de argumentos ya utilizados por el TS²⁹ y tras un breve repaso sobre la evolución de la jurisprudencia que distingue entre contrato de trabajo y contrato de transporte, la STC 227/1998³⁰ realiza un minucioso análisis de las implicaciones constitucionales del cambio normativo discutido que, final-

26 F. VALDÉS DAL-RE, «Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia», *Relaciones Laborales*, 1994-II, págs. 31 y ss.

27 Así, M.C. POLO SÁNCHEZ y J. BAZ RODRÍGUEZ, «La exclusión de la laboralidad de los transportistas con vehículo propio: un primer estudio jurisprudencial», *cit* págs. 161 y ss.

28 SSTC 12 abril, 5 junio, 18 julio, 23 diciembre 1996 (RJ 1996, 3075, 4994, 6159 y 9843), 6 febrero, 3 marzo, 22 diciembre 1997 (RJ 1997, 1261, 2193, 9533), Auto 11 marzo y STS 15 junio 1998 (RJ 1998, 2563 y 5262).

29 Vid., por ejemplo, FFJJ 8º y 9º STS 5 junio 1996 (RJ 1996, 4994).

30 Recaída en las Cuestiones de Inconstitucionalidad acumuladas núms. 3.595/1995 y 67/1996, planteadas, respectivamente, por el Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona y por la Sala de la Social del TSJ de Castilla-León (Burgos).

mente, le lleva a afirmar su constitucionalidad. Los ejes principales del razonamiento son:

a) Atribución al legislador ordinario de la competencia para definir el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los trabajadores al que se refiere el art. 35.2 CE. Esto es, que el concepto de trabajador por cuenta ajena no se halla «constitucionalizado», de modo que corresponde al legislador *estatal* (ex arts. 35.2 y 149.1.7ª CE) «su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario» (FJ 5º).

b) Límites que condicionan esta actividad del legislador. La definición de la categoría de trabajador no se encomienda al legislador por el art. 35.2 CE «en términos de absoluta libertad de configuración», antes al contrario las normas que la realicen deben evitar toda «restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social».

En este sentido, afirma el Tribunal que el control de constitucionalidad que resulta del mandato del art. 35.2 CE «ha de reputarse más intenso que el que cabe obtener a partir del principio general de igualdad», por lo que «respetadas las exigencias derivadas del art. 35.2 CE, también habrá de entenderse respetado dicho principio general de igualdad» (FJ 4º). No obstante, la adecuada inteligencia de esta última afirmación no es fácil. No en vano, como de inmediato se verá, el razonamiento de la Sala continúa pensando más en el art. 14 CE que en el art. 35 CE, y así lo subraya el voto particular que, precisamente centrado en esta cuestión, acompaña a la sentencia. En todo caso, lo que no parece ofrecer dudas al Tribunal es que aquella posibilidad de definir el área de lo laboral que se reconoce al legislador ordinario «no encuentra otros límites que los derivados de la CE, bien por afectar a significados derechos del ordenamiento laboral cuyo reconocimiento se sitúa en aquélla, bien por derivar de otros derechos o principios garantizados por el texto constitucional, tal como el principio de igualdad». Y, por ello mismo, la diversificación de regímenes jurídicos es posible, «siempre que el criterio adoptado para introducir la diferenciación supere el canon de constitucionalidad constituido por el art. 35.2 CE». Esto es, que «la diferenciación (no) esté desprovista de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida» (FJ 5º).

c) Cambio normativo y juicio de constitucionalidad. Supuesto lo anterior, también puede concluirse que «de los art. 14 y 35.2 CE se deriva para el legislador la prohibición de que, una vez que ha incorporado determinados criterios para definir la prestación de trabajo que cae en el ámbito regulado por el Derecho laboral, (excluya del mismo) a grupos de trabajadores o a determinados tipos de prestaciones en función de un criterio que, por injustificado o irrazonable, resulte constitucionalmente inaceptable por contrario al principio de igualdad» (F.J. 5º).

d) Examen particular de la letra g) del art. 1.3 ET. Examinado a la luz de esta doctrina el concreto problema planteado por la nueva letra g) del art. 1.3 ET, el Tribunal Constitucional concluye, de una parte, que la exclusión por la misma

definida se apoya (como hacen también las definidas en las letras a), c) o f) del mismo artículo y apartado) en «una serie de conceptos jurídicos que recogen nociones previamente definidas en otros preceptos legales» (en este caso, los «correspondientes a la legislación estatal sobre transporte»); y, por otra, que «la consideración conjunta de los requisitos exigidos por el art. 1.3 g) ET para considerar no laboral la prestación del transportista con vehículo propio evidencia que la realidad jurídica configurada por aquél es una prestación de resultado, no de actividad, realizada por el transportista al que las normas administrativas califican como empresario del transporte de mercancías por carretera» (F.J. 6º).

Esto es, dicho precepto se limita entender «excluido del ordenamiento laboral el trabajo o actividad efectuada en desarrollo de una relación distinta a la descrita en el art. 1.1 ET», toda vez que «el legislador ha considerado (...) que debía diferenciar explícitamente esta relación del transportista de la propiamente laboral, dado que la misma prestación de servicios no puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de dos regímenes jurídicos distintos, y ello con la plausible finalidad de incrementar la seguridad jurídica en la calificación de la relación laboral controvertida» (FJ 6º).

Por ello, «puede afirmarse, desde la perspectiva constitucional, que la delimitación negativa efectuada por el legislador en el art. 1.3 g) ET responde a un criterio objetivo» y satisface un exigencia constitucionalmente lícita como es la de clarificar los ámbitos laboral y mercantil. Sin que «las consecuencias jurídicas que se derivan de (tal delimitación adolezcan) de una desproporción que pudiera resultar constitucionalmente reprochable» pues «no es un resultado constitucionalmente desmedido que el transportista habilitado administrativamente para el trabajo autónomo se someta a un régimen jurídico distinto del aplicable a las relaciones dependientes por cuenta ajena» (FJ 7º).

B) DISCRIMINACIÓN ENTRE TRANSPORTISTAS DE DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Respecto del problema planteado por la posible *discriminación* entre transportistas de unas y otras Comunidades Autónomas, hay que partir de la posibilidad, derivada de los arts. 149.1.21ª y 148.1.5ª CE, de que una Comunidad Autónoma asuma competencias en materia de transportes por carretera «cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma»³¹. Ahora bien, tras la inclusión en el ET de la nueva letra g) de su art. 1.3, tal posibilidad puede presentar inconvenientes o dificultades de difícil solución. Y es que, si a resultados del ejercicio de esta competencia autonómica, los requisitos de autorización administrativa son regulados en una concreta Comunidad Autónoma de manera diversa a la estatal, muy posiblemente se incurría no sólo en un caso flagrante de discriminación entre transportistas incluidos y excluidos del ámbito laboral en función de la

31 Cfr. en este sentido, art. 2 Ley 16/1987, de 30 julio, de Ordenación del Transporte.

Comunidad Autónoma en que realizan su actividad profesional, e incluso, dentro de la misma Comunidad, en función del tipo de transporte que realicen (regional o nacional e internacional), sino también en una clara vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral (art. 149.1. 7ª CE).

La cuestión no es menor y parece obvio que está destinada a ser resuelta por el Tribunal Constitucional. Entre tanto, ya el Tribunal Supremo se ha hecho eco de ella, aunque dada la naturaleza del caso, pueda suscitar dudas la pertinencia de su indagación³².

Sea como fuere, STS 5 junio 1996 (RJ 1996, 4994) toma nota de las «dudas (que) suscita la cuestión de la compatibilidad del criterio específico de delimitación entre transporte laboral y transporte mercantil con el orden de distribución de competencias normativas establecido en la Constitución» y ante la tesitura de «resolver estas dudas “por vía interpretativa”» o plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la Sala opta por la primera posibilidad. Y es que, considera el Tribunal Supremo que existe una interpretación que «hace posible compatibilizar el criterio específico introducido en el art. 1.3, g) ET con el marco de la Constitución». A saber, la que considera que «el tonelaje determinante de las autorizaciones administrativas que excluyen del ámbito laboral es el existente en la legislación del Estado en el momento de la aprobación de la Ley 11/1994, y que sólo puede ser modificado por el propio legislador, dentro del cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad y coherencia con el criterio general de laboralidad». Dicho de otra manera, «el criterio determinante de la exclusión de laboralidad ha quedado (...) congelado en el precepto legal citado, sin que pueda ser modificado por la potestad reglamentaria o por los organismos legislativos de las Comunidades Autónomas».

C) EFICACIA RETROACTIVA DEL ART. 1.3 G) ET

En fin, por lo que se refiere al problema de la posible eficacia retroactiva del cambio legislativo operado en 1994, de lo que se trata es de decidir si el criterio de exclusión constitutiva incorporado al art. 1.3. g) ET únicamente es aplicable a las relaciones de transporte concertadas tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, o cabe también la calificación actual como extralaboral de una relación de transporte anterior a 1994, pero que hasta entonces y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial dominante podía calificarse pacíficamente como laboral.

En este sentido, también el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar como criterio unificado que, si bien «el reconocimiento judicial del carácter laboral o mercantil de una determinada relación contractual de servicios de transporte crea ciertamente un derecho adquirido a estar y pasar por tal declaración», el manteni-

32 A.V. SEMPERE NAVARRO, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina*, Editorial Aranzadi, marzo, 1998, pág. 19.

miento de este derecho está condicionado, dentro de ciertos límites lógicos, a que se mantenga en vigor la legislación con arreglo a la cual tal reconocimiento judicial se haya producido», de modo que si, sobrevenidamente, «el legislador establece, para determinadas relaciones de servicios localizadas en la zona fronteriza entre una y otra, criterios específicos de inclusión o exclusión del régimen laboral, el respeto a la cosa juzgada no puede ir más allá de la vigencia de la legislación con base en la cual la calificación se haya producido» (STS 5 junio 1996 [RJ 1996, 4994]).

En consecuencia, supuesta la previa afirmación de que el art. 1.3, g) ET no es una simple «disposición de mera aclaración o interpretación del significado de una norma anterior, sino una disposición que introduce una innovación en la legislación precedente, consistente en la especificación de un criterio de diferenciación entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte que no figuraba en la misma», la única conclusión posible es que estamos en presencia de un cambio legislativo que, de conformidad con las reglas de Código Civil sobre derecho intertemporal, determina la aplicación de la ley vigente a los efectos futuros de las relaciones de servicios creadas bajo el amparo de la legislación precedente. Ello supone, «proyectado sobre el art. 1.3, g) ET, que *la exclusión del ámbito laboral que éste pudiera determinar alcanza a los contratos de transporte con vehículo propio celebrados después de su entrada en vigor, y también a los efectos producidos a partir del 12 de junio de 1994 por los contratos de servicios de transportistas autorizados con vehículo propio anteriores a dicha fecha*».

Ahora bien, si se piensa que la condición de trabajador no asalariado es más perjudicial para los trabajadores, la aplicación de la solución vigente a la calificación de relaciones iniciadas antes de 1994 puede constituir una aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos individuales vedada por el art. 9.3 CE. Por ello, y pese a que esta duda había sido ya resuelta en sentido negativo por el Tribunal Supremo, no puede sorprender que, finalmente, el Tribunal Constitucional haya entendido de la misma.

Directamente lo hace, en efecto, STC 5/1999, de 8 febrero, para declarar que 1) «la interpretación de dicha cuestión ante el silencio legal constituye, en principio y salvo vulneración de otros derechos fundamentales, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, que únicamente corresponde resolver a los Tribunales ordinarios», 2) que la interpretación efectuada por éstos en las resoluciones recurridas en amparo no puede calificarse, desde la perspectiva constitucional, como «adoptada de forma arbitraria e inmotivada, en cuanto constituye la consecuencia lógica de la previa aplicación del párrafo segundo del art. 1.3 g) ET», y 3) que el criterio temporal seguido por la Sentencia recurrida, esto es, el de la aplicación de la regla de derecho contenida en el art. 1.3 g) ET, tanto a las relaciones preexistentes, como a las posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1994, no afecta al art. 14 CE, «puesto que difícilmente puede producir un resultado discriminatorio la aplicación en tales términos de una norma legal que (...) no lesiona a su vez dicho precepto constitucional».

En definitiva, afirmado ya por STC 227/1998 que la prevista en el art. 1.3 g) ET es una exclusión constitutiva y que de ello ninguna discriminación resulta, parece muy difícil, como la misma STC 5/1999 confiesa, justificar cómo puede producir dicho efecto lo que sólo es derivación o consecuencia de aquélla. Y ello, aunque en ocasiones la solución jurídica raye en el esperpento, como parece que ocurre en el caso estudiado por STC 9/1999. En efecto, conoce en ella el Tribunal Constitucional del recurso de amparo interpuesto por veintiún transportistas al servicio de la empresa SEUR frente al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto frente a STSJ Navarra de 26 septiembre de 1995 que, en pleito sobre fijación del periodo de vacaciones para 1994 planteado por demanda presentada el 7 de junio del mismo año, había declarado la incompetencia de jurisdicción para conocer de las pretensiones de la demanda con fundamento en la repetida letra g) del art. 1.3 ET. Para el TSJ «el nuevo precepto introducido en el ET producía una novación extintiva de carácter legal con efectos *ex tunc*». Sin embargo, el caso cobra los matices antes apuntados en cuanto se advierte que los mismos demandantes habían litigado igualmente sobre fijación del periodo de vacaciones para 1993 un año antes, recayendo entonces sentencia estimatoria de la demanda en la instancia e, interpuesto recurso de suplicación por la empresa, el mismo fue desestimado por el TSJ de Navarra, que, como se acaba de señalar, un año más tarde y por mor del cambio normativo tiene que declararse incompetente. La solución constitucional del caso coincide, lógicamente, con la de la resolución anterior, esto es, que la interpretación del TSJ no puede calificarse como irrazonable o arbitraria.