



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Heros Pérez Albela, Alfonso de los

La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre, 2002, pp.

979-1000

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710508>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA FRONTERA ENTRE EL TRABAJO SUBORDINADO Y EL TRABAJO INDEPENDIENTE*

Alfonso de los HEROS PÉREZ ALBELA**

RESUMEN: En este artículo, el autor plantea que el derecho del trabajo debe expandirse para atraer a todas las categorías de trabajadores de una u otra manera dependientes, tanto los de la tradicional subordinación jurídica, técnica y económica, como aquéllos que realizan un trabajo individual, jurídicamente independiente pero económicamente dependiente. Propone, entonces, borrar la línea gris que divide ambos tipos de trabajo. Para llegar a este punto, en el artículo se examinan las características del contrato de trabajo dependiente, se identifican los indicadores tradicionales de la subordinación del trabajador, y se alude a los cambios que la subordinación ha venido sufriendo, en razón de los cambios que ha experimentado el sistema productivo. De esta manera, han surgido nuevas modalidades de relaciones personales de trabajo, distintas del tipo clásico dependiente, que exigen nuevas normas de protección y regulación.

Palabras clave: subordinación, trabajo dependiente, derecho social, derecho laboral, contrato de trabajo.

ABSTRACT: In this article, the author argues that labor law should expand beyond its current sphere in order to embrace all the workers that are dependent in different ways, including both those who fall within the traditional legal, technical and economic subordination to the employer, as well as those who perform their work individually, being legally independent but economically dependent on an employer. In this way, the author proposes to erase the grey line that divides both kinds of work. To reach this point, he examines the characteristics of the employment contract, trying to identify the traditional indicators of the workers subordination, and referring to the changes that subordination has experienced, as a consequence of changes that have occurred at the level of the productive system. Thus, new kinds of labor relations have emerged, which are different from the classic concept of labor subordination, which in turn require new protections and regulations.

Descriptors: *subordination, dependent work, social law, labor law, employment contract.*

* Ponencia presentada en el Decimosegundo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo efectuado en Mazatlán, Sinaloa, del 14 al 16 de noviembre de 2001.

** Presidente de la Asociación de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones de Perú.

SUMARIO: I. *Reflexiones iniciales*. II. *La realidad cambiante*. III. *Se nos plantea un dilema*. IV. *Problemas que plantea la realidad*. V. *¿Hay un responsable ideológico del cambio o se trata de algo más?* VI. *Re-pensar la subordinación*. VII. *Cómo acercarse a una solución*. VIII. *Algunas propuestas o alternativas*.

I. REFLEXIONES INICIALES

La aparición del derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma, tiene su origen en una doble realidad: la evidencia de una relación jurídica con características propias, llamada trabajo, y la insuficiencia del derecho civil para resolver los problemas que presentaba esa relación jurídica en la que, peculiarmente, el objeto del contrato era el trabajo humano, la propia persona del trabajador que se ponía a disposición del empleador, para que éste aproveche su trabajo, lo cual generaba una serie de problemas de tipo ético, social y jurídico, que han sido desarrollados en el tiempo por la doctrina y la legislación laboral bajo lo que se conoce como régimen protector.

Raso¹ señala que:

El derecho del trabajo nace como un conjunto de normas para proteger el trabajo subordinado. Por lo tanto en principio, el trabajo independiente queda fuera del alcance tutivo de la disciplina jurídica. Las nuevas formas de trabajo independiente atacan la esencia misma del derecho del trabajo, su dimensión, su esfera de actuación.

Me pregunto si no ha ocurrido en realidad que el derecho del trabajo al resolver la tuición jurídica del empleo subordinado, que además era la forma de trabajo predominante, no se ha quedado extasiado en la contemplación y profundización de este fenómeno,

¹ Raso Delgue, Juan, "Problemática actual del Contrato Individual del Trabajo. La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente", V Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, septiembre de 2001, ponencia.

olvidando que la noción de dependencia debía volver la mirada a la dependencia económica característica de los primeros tiempos del derecho del trabajo o debía extender expansivamente el concepto de dependencia a prestaciones parasubordinadas o cuasilaborales como las han calificado los juristas italianos y alemanes, respectivamente, para referirse a relaciones en que la subordinación no se presenta en su sentido tradicional.

Hace un siglo, el derecho del trabajo dejó la casa paterna del derecho civil y se llevó a algunos hermanos consigo, expresando un carácter expansivo. Hoy, al borde del tercer milenio, regresa a la casa paterna para introducirse en ella y proteger a otros hermanos que se quedaron allí.

Conceptualmente, las características del contrato de trabajo dependiente (*locatio operarum* o actividad laboral puesta a disposición del empleador) frente a la locación de servicios (*locatio operis* o ejecución de obra o servicio), separaban el derecho laboral y el civil, y por consiguiente las consecuencias jurídicas y económicas del trabajo individual en cada caso. No había mayor dificultad para jueces y académicos en discernir los casos límite, contando con las características propias de cada prestación, más aún por el carácter expansivo del derecho del trabajo y la claridad de la aplicación de sus principios.

Los indicadores de la subordinación eran la relación jerárquica; la sujeción a la función organizadora y directiva del titular y a la actividad propia de la empresa; la dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección y control y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación y la ajenidad, entre otros; y *como criterios para excluir la subordinación*, la utilización de medios de producción propios; el uso de servicios de terceros; la percepción no salarial; el cumplimiento de prestaciones sociales por el locador; la organización autónoma y la no sujeción a órdenes o instrucciones, así como la ausencia de controles; la posibilidad de sustituir

al prestador del servicio; la real o relativa equiparidad jurídica; la asunción de riesgos y gastos por el prestador del servicio; la percepción de ingresos (honorarios) usualmente mayores a los salariales para el prestador; la prestación del servicio o la ejecución de la obra por cuenta e interés propio; la no exclusividad y la temporalidad, entre otros.²

Por ello, hasta hoy la línea divisoria entre el trabajo en relación de dependencia y el trabajo independiente era muy clara. Se delimitaba por el criterio de subordinación, el cual no representaba mayores dificultades para ser definido, tanto en su aspecto jurídico, como en sus aspectos técnico y económico.

II. LA REALIDAD CAMBIANTE

Sin embargo, la dependencia o subordinación han venido sufriendo cambios de enfoque que tienen que ver a su vez con cambios en la producción. El paradigma fordista que hacía fácil ver las diferencias entre subordinación y autonomía, ha sido superado por nuevas modalidades de relaciones personales de trabajo, no necesariamente del tipo clásico dependiente, aunque el tipo clásico no desaparezca.

En los últimos años se ha ido borrando la frontera entre el trabajo subordinado y el independiente, sus líneas se han ido desdibujando, ha crecido la duda en una zona intermedia en que el trabajo denominado “parasubordinado”, puede quedar no incluido en el ámbito del derecho del trabajo. Hay muchas actividades que siendo trabajo personal, no quedan necesariamente calificadas como trabajo subordinado y, por consiguiente, comprendidas en el ámbito protector del derecho del trabajo, por ser consideradas prestaciones independientes.

² Goldín, Adrián y Feldman, Silvio, “Protección de los Trabajadores”, Informe Argentino, OIT, p. 9; y Grzeticich, Antonio y Fernández, Hugo, “Situaciones de trabajo y protección de los trabajadores”, Estudio Nacional Uruguayo, OIT: citados por Murgas Torrazza, Roldano, “Problemática actual del contrato individual de trabajo: la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente”, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú, p. 13.

No es casual la “civilización” del contrato de trabajo, es decir, la mayor frecuencia de relaciones contractuales civiles en el trabajo individual, porque éstas no generan obligaciones sociales, no se pagan con salario sino con honorarios, no están protegidas sino son autónomas, por lo cual generan autoprotección o simplemente desprotección, dependiendo de cómo se miren, no generan poder negocial colectivo sino negociación individual, caso por caso, en una relación comitente-locador, modificándose así el equilibrio de fuerzas en juego.

Por otro lado, hay que reconocer que la flexibilización laboral, el trabajo a distancia, la necesidad de reducir los costos sociales provocada por la competitividad de la globalización, la empresa virtual a través del *outsourcing* o tercerización de servicios, los cambios tecnológicos en materia de comunicaciones, la automatización y la robótica, la decadencia del derecho colectivo por la crisis sindical, los cambios en la negociación colectiva y las nuevas características de los conflictos de trabajo, están produciendo modificaciones trascendentales a las que debemos enfrentarnos y que exigen de nosotros una definición para *afirmar la existencia, importancia y vigencia del derecho del trabajo*.

III. SE NOS PLANTEA UN DILEMA

Nos vemos pues ante un dilema: o bien entender que el derecho del trabajo tiene un marco específico que comprende la modalidad del trabajo subordinado (personal, ajeno, remunerado, dependiente, profesional y exclusivo) y que toda otra relación personal que no encaje dentro de las características de este, queda fuera; o bien, aceptar que esta realidad ha evolucionado y que hoy nos encontramos ante situaciones en que la dependencia está dada, no tanto por la subordinación jurídica, cuanto por la subordinación económica y que basta que esta se encuentre presente, para que resulte necesario extender a ella el grado de protección que requiere, por tratarse de un trabajo personal.

La realidad ha provocado que el derecho del trabajo reemprenda el camino de regreso hacia el derecho común de dónde salió

para tenerlo en consideración, dando nuevamente actualidad a la locación de servicios que fue en realidad un antecedente del contrato de trabajo y ahora se ha convertido en el refugio para su deslaborización, cediendo tutela y protección a cambio de una pretendida igualdad de partes que en realidad no existe, precisamente por darse la dependencia económica a la que nos hemos referido. Esta vuelta al derecho común debería ser abarcativa y no sustitutiva de la protección.

Wilfredo Sanguineti³ sugiere que el trabajo que carece de todas las características típicas del vínculo laboral:

No debe conducirnos a negarles naturaleza laboral o a sostener que se trata de contratos distintos al de trabajo, sino simplemente a entender que las mismas, dada su peculiaridad no llegan a alcanzar los requisitos de goce que establecen las normas de carácter general para determinados derechos y no está previsto legislativamente un régimen o estatuto especial que las ampare, o éste es insuficiente, o carecen de relevancia a criterio del legislador, lo cual no obsta además, para que más adelante dicha situación pueda variar, dada la expandibilidad del rol protector del derecho del trabajo.

Pero se podría ir más allá, ¿no habría que pensar acaso en un estatuto protector mínimo para todos aquellos casos en que exista una prestación de trabajo personal que implique dependencia económica, todo ello sin perjuicio de los derechos de protección reconocidos para aquellos que se encuentran en una relación jurídica laboral típica?

La preocupación del derecho del trabajo por la protección del trabajador subordinado o en relación de dependencia, posiblemente ha limitado su carácter expansivo y nos ha hecho olvidar la necesidad de pensar en la tutela del trabajo económicamente dependiente o del trabajo individual independiente, sea real o ficticia su independencia.

¿No será que ha llegado el momento de establecer una forma de expansión protectora a todas las formas de relación personal

³ Sanguineti Raymond, Wilfredo, *Contrato de Locación de Servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*, Lima, Perú, Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 145 y 146.

de trabajo en que se dé la existencia de una dependencia económica, sin que interese tanto la denominación o forma del contrato o su carácter formalmente o marcadamente civil o mercantil?

Estaríamos así fortaleciendo el principio de primacía de la realidad y podríamos encontrar una fórmula para vincular la tradicional locación de servicios personales con formas de protección del trabajo subordinado, o en todo caso, de establecer un repertorio mínimo de condiciones a todo trabajo humano individual, en que exista dependencia económica.

Vale la pena señalar que el derecho del trabajo prestó al derecho tributario este principio, que los tributaristas denominan realidad económica, que les permite una interpretación flexible y abarcativa de los hechos económicos como hechos imponibles y por lo tanto sujetos a la norma tributaria. Esto puede servirnos para reenfocar este principio en el derecho del trabajo que más ha servido para identificar o defender su ámbito de aplicación que para extender su protección.

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REALIDAD

El problema de la protección vista desde la subordinación o dependencia laboral se presenta en la realidad de nuestros países, al menos en el caso del Perú, de manera notable, dentro de un marco totalmente diferente al que nos pueden presentar los países desarrollados porque en éstos predomina el mundo formal, se controla el desempleo, y el fraude y la elusión son marginales, mientras que en aquéllos, en especial en el caso peruano, predomina el sector informal (que constituye más de la mitad de la población económicamente activa), hay una alta tasa de evasión de obligaciones legales en general y de obligaciones sociales y laborales en particular, con el agravante de una débil presencia del Estado desde el lado de la protección y la prevención.

La forma tradicional de trabajo subordinado no es pues la regla sino la excepción y, en consecuencia, sus posibilidades abarcativas del mundo laboral, en general, son escasas.

La tendencia creciente a considerar el trabajo como una mercancía, a reducir los niveles salariales y a considerar como sobrecosto las cargas sociales que en el fondo son un costo laboral, han llevado a precarizar fuertemente el nivel de protección y a difundir de manera amplia la utilización de formas civiles o mercantiles de contratación o aun de contratos modales, como una manera de eludir el compromiso protector. Hoy nos encontramos con pseudo contratos de servicios personales y con pseudo empresas terciadas.

Como hemos mencionado anteriormente, dentro de una regla general que obedecía a la concepción dominante de relación laboral tradicional, era fácil establecer quiénes estaban dentro de ella y quiénes fuera. Pero hoy, debido no solamente a los factores antes indicados, sino en especial a las transformaciones que está sufriendo el trabajo en el mundo, ya no es tan fácil aplicar estos criterios.

Lo curioso es que la globalización arrastra a los países en desarrollo rápidamente hacia formas de trabajo propias de los países desarrollados, pero dentro de una realidad absolutamente precaria como la que hemos descrito que no nos permite resolver fácilmente las contradicciones, reales o aparentes, de la protección.

Hemos señalado anteriormente cómo las modalidades del trabajo personal y de la organización de las empresas han significado cambios trascendentales en el derecho del trabajo.

Hoy, más bien el trabajo se torna más individual, más calificado, polivalente, profesional, informatizado, descentralizado, creativo y flexible en horarios y jornadas.

Se presentan nuevas formas del ejercicio del poder directivo a través de una mayor autonomía del prestador del servicio que implican una presencia diferente de la dirección técnica mediante, no tanto de órdenes directas, o del establecimiento del lugar de trabajo y la dirección técnica del mismo, sino más bien, a través de la coordinación de las decisiones, de responsabilidades compartidas horizontalmente, de impartir instrucciones precisas y obtener la ejecución autónoma de las mismas, de señalar parámetros de resultados y rendimiento y de una estructura remunerativa que trasciende muchas veces al salario y que pasa por incentivos, bo-

nos de resultados, formas de participación o regímenes tarifarios, que difieren obviamente del esquema salarial tradicional al que todos estábamos acostumbrados.

Como nos señala Goldín, citando a Ray:⁴

Las instituciones y categorías del derecho del trabajo de los brazos y de los cuerpos, el derecho del trabajo de la usina, deben dejar lugar a un derecho del trabajo de los cerebros que implica, sin lugar a dudas, un cambio notable en cuanto al grado de autonomía técnica y funcional del trabajador, pero, mas propiamente, un cambio en las formas de ejercicio del poder del empleador.

Lo que se podría calificar como la empresa virtual, es otro de los aspectos que caracterizan los cambios ocurridos. Cada día es más frecuente la tercerización de servicios, la sesión de derechos de fabricación o comercialización, el uso de grandes centrales de suministros y distribución, la intermediación laboral en empresas de uso intensivo de mano de obra y la organización de las empresas en cuerpos segmentados de servicios cuyo nivel de decisión o de dirección se encuentran más allá de sus componentes. En estos casos no es fácil identificar al empleador directo de los servicios, salvo por criterios de unidad económica o titularidad patrimonial pero, en la realidad, el beneficiario final o último de todas estas prestaciones no se responsabiliza en la práctica por las obligaciones laborales de sus trabajadores indirectos, sean o no dependientes.

Salvo los casos de excepción, que confirman la regla de la protección a través de los elementos que nos permiten establecer dónde hay una prestación laboral subordinada, en general, cada día encontramos más organizaciones empresariales que sirven a terceras organizaciones de manera no exclusiva y que guardan con sus propios trabajadores relaciones estables de dependencia, convirtiéndose así la actividad principal de la empresa empleadora en una

⁴ Ray, Jean Emmanuel, "De Germinal a Internet. Une nécessaire évolution du critere du contrat de travail", *Droit Social*, 7 y 8 de julio-agosto de 1995, p. 634; y también en nota al pie en "Nouvelles Technologies et nouvelles formes de subordination", *Droit Social*, junio de 1992, p. 52, citado por Goldín, Adrián, "Las fronteras de la dependencia", V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de las actividades que conforman el negocio principal de la empresa beneficiaria, mezclándose en el mismo ámbito prestaciones subordinadas y autónomas, reales o ficticias, que no tienen otro objeto que el abaratamiento de costos y la disminución de responsabilidad frente a los laborantes.

Correlativamente a estos acontecimientos, el Estado, y me refiero particularmente al caso del Perú, no ha tenido la convicción política o moral para cumplir su función preventiva y protectora, dando paso en la práctica a soluciones marginales al espíritu y sentido de la legislación y otorgando lo que podría llamarse una verdadera patente de corso a los empresarios que, aplicando prácticas deslaborizadoras sin ningún control práctico por parte del Estado, han conseguido en muchos casos precarizar el empleo de manera notoria.

Demás está comentar que las repercusiones de estos fenómenos más allá del ámbito de las relaciones individuales de trabajo es evidente, pues la deslaborización de esta relación individual afecta de modo directo ya no solamente a la protección mínima de que debe gozar el trabajo individual, sino que afecta a las relaciones colectivas de trabajo, pues provoca por un lado, una disminución ostensible de la afiliación sindical con la consiguiente disminución, tal como ha ocurrido en el Perú, del número de organizaciones sindicales registradas, ya que todos los nuevos centros de trabajo creados en los últimos años normalmente no cuentan con sindicato; sino también, afectan a la negociación colectiva pues a pesar de que no se requiere la presencia de un sindicato para negociar colectivamente, de acuerdo con la ley peruana, es evidente que el control por el empresario de las condiciones del mercado laboral a través de estos procesos de deslaborización de las relaciones, disminuye, impide y hasta desaparece la presencia de la negociación colectiva.

Podría decirse que un fenómeno como la deslaborización del trabajo, que de alguna manera siempre ocurrió en el mundo laboral pero que resultaba marginal, pues constituía la excepción, hoy se ha convertido en regla.

Si el derecho del trabajo no reacciona creativamente, no sería extraño ver muy pronto la reinstalación del contrato civil en el mundo del trabajo.

V. ¿HAY UN RESPONSABLE IDEOLÓGICO DEL CAMBIO O SE TRATA DE ALGO MÁS?

Es muy frecuente que algunos especialistas señalen que detrás de los acontecimientos que hemos descrito, hay una especie de designio ideológico o un ataque ideológico de corte neoliberal al derecho del trabajo.⁵

Considero dudoso achacar al neoliberalismo o a las “sagradas” leyes del mercado la aparición y el desarrollo de las tendencias que venimos comentando, en una especie de capitulación ante la economía liberal y el aseguramiento de los resultados macroeconómicos, que nos distancian del valor del hombre y sus necesidades.

Ello no es así, porque sostener lo contrario o mediante una varita mágica obtener lo contrario, es decir, volver al mundo del trabajo y del derecho tradicional, simplemente no es un ideal, ni es posible.

Creo que de un análisis ponderado de las realidades que estamos viviendo en el mundo del derecho del trabajo, se puede concluir que existe una mezcla de muchos factores. El primero de ellos, la reducción del planeta mediante aquello que denominamos globalización. Este es un hecho real que se refleja en los convenios comerciales multilaterales, que por los intereses de los centros mundiales de la economía, pretenden manejar a través de criterios de intercambio comercial, lo que nosotros denominamos ventajas comparativas, como una suerte de mecanismo para evitar el denominado *dumping social*, insoportable falacia que ni siquiera vale la pena rebatir en estas líneas por ser un tema tratado hasta la saciedad en los últimos años.

⁵ Ermida Uriarte, Óscar y Hernández Álvarez, Óscar, “Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación”, IX Encuentro del Grupo Bologna, Barquisimeto, octubre de 2000.

En todo caso, la figura del consumidor, como debido beneficiario del mercado, aunque no se puede utilizar como un argumento absoluto o único y a veces resulta hasta un pretexto, podría ser más real y más justa pues, en la práctica, todos los costos y las ineficiencias de la producción se trasladan al consumidor.

Los cambios en la organización de las empresas y en las formas de trabajo son también realidades que han provocado la situación planteada.

Pero hay al mismo tiempo un factor propio del derecho del trabajo que ha contribuido a ello: su carácter tradicionalmente unidireccional, progresivo y garantista se ha enfrentado a las corrientes flexibilizadoras que en el caso del Perú, al menos, considero que fueron procesos de adaptación a una nueva realidad más que una verdadera desregulación inspirada por un satánico neoliberalismo ya que, ideológicamente, estoy seguro que salvo muy contadas excepciones, no hemos tenido en la última década algún político que se haya sustraído al tradicional marco ideológico estatista-socializante que ha caracterizado a nuestros fracasados gobiernos de los últimos treinta años.

Más allá del acertado comentario del maestro Plá Rodríguez,⁶ que señala que la flexibilización se ha apoyado en la simpatía de la palabra flexible frente a la antipatía de las palabras de signo opuesto, también es cierto que, al menos en el caso peruano, nuestro país fue el único de la región que adoptó un sistema rígido de estabilidad absoluta, paradójicamente impuesto sin debate ni consulta, por la dictadura militar que asoló al Perú en la década del setenta, por lo cual, regresar a un régimen flexible existente antes de la dictadura militar, del que por lo demás ya disfrutaban otros países de la región, difícilmente podría calificarse como una flexibilización excesiva o salvaje.

Fue más bien una indebida aplicación del marco legal, una perforación del sistema legal al introducirse modificaciones restrictivas a las normas originales, ocurridas en una etapa en que no había

⁶ Plá Rodríguez, Américo, “Impacto de las políticas de ajuste en el derecho laboral”, en varios autores, *Ajuste económico y política laboral*, Cuzco, Centro Bartolomé de las Casas, 1993, pp. 23-24.

gobierno democrático constituido y al mismo tiempo, una falta de presencia del Estado en los aspectos de prevención y protección, los que conspiraron para convertir en insuficiente y en algunos casos negativo, el marco legal laboral. Tal es el caso de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que resultó mediatizada y ha provocado dieciséis observaciones de la OIT.

Lo que ha ocurrido en la práctica es que la flexibilización ha traído como consecuencia, más que una disminución de beneficios individuales, un fortalecimiento del poder de dirección como reacción a la rigidez, que se ha reflejado, por falta de presencia del Estado, en una deslaborización de los contratos de trabajo, en una precarización del empleo a través de la intermediación y en una limitación práctica al desarrollo del derecho colectivo de trabajo.

VI. REPENSAR LA SUBORDINACIÓN

Como señala Goldín⁷ “en el contexto de transformaciones tan profundas se advierte que el concepto tradicional de dependencia laboral se alinea en una tendencia —que parece creciente e irreversible— de pérdida de abarcatividad”.

Esta crisis de la dependencia va en la dirección no sólo de la flexibilidad o la desregulación sino, especialmente, hacia el criterio de contratación civil, propio de la autonomía de la voluntad, que tiende a privilegiar lo convenido en el contrato sobre la protección, disminuyéndola o acaso, terminándola.

Por ello, la situación merece repensar el tema de la subordinación o dependencia de una manera creativa para buscar una solución a lo que, a pesar de ser un avance incontenible, antiprotector, no impide buscar alternativas que permitan la continuidad de la misión principal del derecho del trabajo: restringir o limitar el poder jerárquico del empleador para evitar que el poder de dirección se convierta en abusivo, para poner un cauce al *jus variandi* y para no modificar arbitrariamente las condiciones de empleo.

⁷ Goldín, Adrián *et al.*, “Protección...”, *cit.*, nota 2.

Como manifestamos al inicio, el derecho del trabajo vino a dar soluciones a una realidad jurídica que no se podía desenvolver satisfactoriamente dentro de los cauces del derecho civil. En este sentido, la figura laboral de la dependencia ha definido históricamente el campo de acción del derecho del trabajo, sobre todo en tiempos en que la organización del trabajo dependiente predominaba, estaba claramente definida y no se vislumbraban los cambios que hoy se han producido en la realidad de las relaciones laborales, contando además con una legislación expansiva y una jurisprudencia eficaz que iba calificando, clasificando e incluyendo una serie de casos dentro del esquema básico así definido.

La parte más débil de la relación laboral, el trabajador, veía como se iba configurando cada vez más claramente la naturaleza de la relación jurídica de la que era parte, así como su repertorio protector a través de la aplicación a los casos concretos de los principios de este derecho que inspiraban a la norma, suplían sus vacíos y servían al juez para su recta aplicación.

Sin embargo, los cambios observados en la realidad, si bien disminuyen la dependencia, no disminuyen el poder del empleador y, por lo tanto, hacen necesaria la tutela. Disminuyen los controles jerárquicos, predomina la capacidad técnica y el uso del conocimiento, aparece el trabajo a distancia, se flexibilizan los horarios y el poder disciplinario pero se mantiene el control dominante directo o indirecto del poder del empleador, no siendo entonces tan importante la protección en razón de la subordinación jurídica cuanto en razón de la desigualdad contractual. Podría decirse, vista las tendencias actuales, que a más desigualdad contractual, se da una menor dependencia jurídica.

Entonces, una de las formas de resolver la ecuación pasa por extender la protección más allá del dependiente evidente, para abarcar al parasubordinado o cuasiempleado y por determinar la dependencia económica, estableciendo los supuestos o indicadores que permitan aplicar la tutela.

La prestación personal, la exclusividad o cuasiexclusividad de la misma, la continuidad de la labor, la principalidad de la prestación económica y la existencia o no de riesgo empresarial en el

prestador, entre otras características, podrían definir los casos de protección más allá del enfoque tradicional de dependencia.

Así, un individuo que trabaja en una locación de servicios pero no tiene una organización propia, no corre el riesgo del negocio, no utiliza servicios de terceros, no puede determinar con autonomía la organización de su negocio o de su capital, o no puede prestar servicios a varios comitentes, o resulta dependiente a través de las funciones de coordinación con dicho comitente y continúa prestando tales servicios en el tiempo sin agotar su resultado y sin el carácter temporal típico de la locación de servicios, evidentemente que estaría en una relación de subordinación económica suficiente como para requerir de una protección mínima a través de las normas de trabajo.

Habría que llegar a un enunciado genérico que sentara las bases de una protección extendida del derecho del trabajo a prestaciones de servicios personales en que existiera dependencia económica aunque no jurídica o técnica, con el fin de ir delineando las ideas orientadoras que permitan calificar una prestación como protegida.

Goldín⁸ señala que otro camino sería el de asignar protección a grupos profesionales específicos, pese a no exhibir con nitidez el rasgo de subordinación, por evidenciar desde una perspectiva económica una clara situación de sujeción y consiguiente necesidad de tutela. Es decir, se trata de definir una protección más que de definir el tipo de subordinación. Continúa diciendo que:

En tal hipótesis, la definición de estos nuevos centros de imputación normativa, beneficiarios de algunos contenidos tutelares comunes pero de contenidos diversos en el resto de sus respectivos estatutos, sería el producto de un proceso de recalificación determinado, insistió, menos por la naturaleza en sí de cada desempeño, mucho más por los contenidos de la protección.

⁸ *Idem.*

Un problema que nos plantea Supiot⁹ es el enfoque diacrónico, que apunta:

A desmenuzar los resortes del cambio para intentar comprender mejor su rumbo. Pero, para hacer esta labor, también hay que navegar entre dos escollos. El primero consiste en desorbitar las transformaciones sobre las que se nos invitó a reflexionar. En un mundo cambiante es muy fuerte la tentación de tomar la parte en movimiento por el todo, y de pasar por alto las fuerzas de conservación del sistema social. Por lo mismo que la persistencia de un desempleo de larga duración no significa el final del trabajo para toda la sociedad, el auge de nuevas formas de ocupación (por ejemplo, el teletrabajo) no implica necesariamente la desaparición de las formas antiguas. Es, en cambio, cierto que el desempleo o las nuevas formas de empleo no son epifenómenos marginales, sino que ponen en tela de juicio, los mecanismos centrales de funcionamiento de nuestras sociedades. Por consiguiente, el segundo escollo consiste en menospreciar la importancia de esos cambios y en atenerse meramente a unos principios heredados del modelo industrial, por estimar que siguen dominando el derecho del trabajo y correspondiendo a la situación de un número muy grande de trabajadores en el mundo. En realidad, las prácticas laborales han sido siempre muy variadas, y el modelo industrial no ha sido nunca universal. Ahora bien, este modelo ha servido de referencia para el derecho laboral de los países occidentales y también, en gran medida, para el derecho internacional del trabajo, y tal y como ha sido fijado, sobre todo, mediante la labor normativa de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata, por lo tanto, de dilucidar si, y hasta qué punto, han cambiado los puntos referencia en el modo de concebir la relación de trabajo.

Parecería ser que más allá del trabajo realmente subordinado hay una tercera categoría de trabajadores jurídicamente independientes o autónomos pero económicamente dependientes y que tiende a generalizarse y ello repercute en el nivel de protección de que gozan o deberían gozar.

⁹ Supiot, Alain, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, V Congreso Regional Americano de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú, septiembre de 2001, p. 4.

En efecto, tenemos no solamente un sector menos protegido, sino una zona gris más amplia entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo independiente. En ella se encuentran personas jurídicamente independientes pero económicamente dependientes y trabajadores jurídicamente dependientes que más parecen autónomos, tal es el caso de ciertos gerentes y representantes de empresas. Cabría pensar en un marco o un derecho común del trabajo que pueda comprender a diversas situaciones como al trabajo subordinado tradicional, al quasi subordinado que es el económicamente dependiente, propiciando así una mayor igualdad entre los ciudadanos que trabajan de manera personal y subordinada o con relativa autonomía.

Lo anterior es una tarea del derecho laboral pues como bien señala Supiot,¹⁰ su función histórica ha consistido “en apuntalar las bases de la cohesión social, lo cual dejará de ser posible si no se amolda a la evolución de los modos de organización del trabajo de la sociedad actual y se limita a regir los que lo engendraron (que están actualmente en declive)”.

VII. CÓMO ACERCARSE A UNA SOLUCIÓN

Considero que el tema laboral no debe manejarse como un problema económico o de costos, sino de manera integral como veremos más adelante.

Al final, se trata de medir la eficacia del derecho del trabajo como elemento protector que debe funcionar en todos los casos en que se presenta ante nosotros la existencia de un trabajo humano, personal y, de alguna manera, dependiente, sea en lo jurídico, lo técnico o lo económico.

La insuficiencia de los medios que permite la expansión de la protección nos debe llevar a buscar de manera creativa un repertorio de medidas que permita una clara definición de los alcances de la protección más allá del ámbito tradicional de lo que hemos conocido como trabajo subordinado.

¹⁰ *Idem.*

Me parece que la clave va en la línea de encontrar puntos de contacto entre el derecho y la realidad laboral que permitan establecer el campo de protección. Características como la ajenidad que configura una dependencia económica, pueden ser un nuevo modo de definir los casos límite pues, de acuerdo a lo que hasta ahora hemos venido señalando, parecería que elementos como la subordinación jurídica o la técnica se han venido tornando borrosos debido a las nuevas formas de organización empresarial y a las nuevas formas de prestación del trabajo.

Habría que ensayar un nuevo concepto de subordinación o, en todo caso, del ámbito de la protección que debe brindar el derecho del trabajo.

Ahora bien, la solución podría consistir en fragmentar el mercado de trabajo y buscar niveles de tutición diferentes para cada grupo de trabajadores, o bien, propiciar una protección mínima uniforme indiscriminada para todo tipo de trabajador, sea dependiente o independiente en el sentido tradicional del término.

Aquí la respuesta no es fácil y me inclino por el criterio de equidad que significa un sistema indiferenciado. Pero al mismo tiempo, la pluralidad de situaciones que se puede presentar nos debe hacer reflexionar sobre la posibilidad de establecer alguna diferencia no en razón de las personas, sino en razón a las distintas circunstancias normadas.

Posiblemente podría establecerse como requisito para gozar de la protección, de una prestación personal, continuada, y coordinada y económicamente dependiente, poniendo de lado el tema de la dependencia jurídica.

Entretanto, debemos buscar la eficacia tanto de la legislación protectora como de los mecanismos de fiscalización, ya que existe una situación de hecho que pasa por encima de las normas y que se constituye en una práctica común, que cuando quiere ser encausada por la autoridad laboral, termina siendo cuestionada por los propios abanderados de dicha práctica.

Una anécdota ilustrativa de esta situación es el caso en el Perú, de la omisión de muchos empleadores de llevar las respectivas planillas de sueldos y salarios, obligación que proviene de normas

que han regido por más de medio siglo. Al expedir el Ministerio de Trabajo recientemente una disposición recordando tal obligación, algunos gremios empresariales sostuvieron que no había inconveniente en obedecer la norma si se permitía un reordenamiento salarial *in peius* por omisión de costos laborales no asumidos en virtud de la irregular práctica. Puede apreciarse en este hecho, el verdadero desenfoque existente entre realidad y derecho y la necesidad de reafirmar prácticas protectoras que impidan la situación descrita.

Uno de los aspectos importantes de las prácticas deslaboradoras se encuentra en la intermediación de servicios a través de contratistas y sub-contratistas.

En el Perú, existían disposiciones legales que protegían a los trabajadores de construcción civil por las que se establecía la solidaridad entre el contratista o sub-contratista y el beneficiario o dueño de la obra. Esta norma, propia de un sector específico, fue sin embargo recogida por la jurisprudencia para la generalidad de los casos en que se daban las relaciones laborales a través de la intermediación. Esta solución, que se aplica en algunos países de la región, podría extenderse con el fin de evitar la desprotección de los trabajadores de las empresas intermediarias.

Siguiendo a Supiot, el derecho del trabajo debe amoldarse a la evolución de los modos de organización del trabajo en la sociedad actual, y como ahora el modelo fordista ya no se encuentra vigente y las empresas no garantizan una relación estable y segura a lo largo del tiempo, ha quedado trastocada la relación subordinación a cambio de seguridad, faltando por definirse las bases de la nueva relación.

Además, la movilidad profesional trae como consecuencia definir un estado profesional de la persona que contemple la diversidad y continuidad de la vida laboral protegiendo al trabajador cuando pasa de un empleo a otro o cuando cambia de asalariado a independiente, incluyendo la formación en el trabajo y la seguridad en el desempleo. Es necesario trascender del concepto del empleo al concepto del trabajo.

Nos dice Supiot¹¹ que:

El trabajo se diferencia de la actividad en el sentido de que corresponde a una obligación voluntariamente contraída o legalmente impuesta, de carácter oneroso o gratuito y adscrita a una normativa, estatuto o contrato. El trabajo entraña siempre una vinculación jurídica. Los derechos propios del trabajador asalariado (del empleo), los derechos comunes de toda ocupación (seguridad e higiene, etcétera y los derechos derivados de una actividad no laboral (cuidado de otras personas, trabajo voluntario, formación personal, etcétera constituyen tres círculos de derechos inherentes al estado profesional de la persona. Un cuarto círculo es el de los derechos sociales universales, garantizados independientemente de todo trabajo (sanidad, protección social mínima, etcétera, y que no dependen específicamente del derecho del trabajo.

Estos conceptos se complementan con los de flexibilización de horarios, formación del trabajador, trabajo a domicilio, disponibilidad laboral, obligaciones familiares y duración del tiempo de trabajo. Todo ello implica también replantear la necesidad de una adecuada deliberación y negociación en la sociedad sobre estas materias.

Sería conveniente y necesario, dentro de este esquema, privilegiar la negociación colectiva no sólo hacia el interior de las empresas sino en nuevas unidades de negociación a niveles más altos, nacionales o internacionales, sobre todo si pensamos en las redes o grupos de empresas transnacionales que globalizan su acción. Puede ser también que estos cambios modifiquen el criterio de la representación laboral, fortaleciendo las relaciones al interior de las empresas o redes de empresas y de grupos profesionales en amplios territorios. Para esto, los sindicatos y los movimientos gremiales en general tendrán que adaptarse a las nuevas formas de trabajo. En caso contrario continuarán su debilitamiento, profundizándose así la tendencia a la individualización de las relaciones.

Vale la pena hacer una reflexión sobre este último aspecto. Parte importante de la situación que se está viviendo y de la deslabo-

¹¹ *Idem.*

rización de las relaciones del trabajo se ha debido y se debe al debilitamiento de los sindicatos y de la negociación colectiva, y a una tendencia muy marcada a la individualización de la relación laboral, situación que otorga más poder aún al empleador frente al trabajador. Por lo anterior, vemos cómo se ha deteriorado la calidad del salario, la efectividad de los beneficios, así como ha aumentado la temporalidad de los empleos.

Por otro lado, el Estado mismo se enfrenta a una afirmación de la individualidad creciente de los ciudadanos que rechazan el paternalismo y prefieren los estados democráticos y participativos, es decir, Estados que garantice derechos y no que los dispensen o manejen. No sirve para ello ni un Estado excesivamente liberal que resulte mínimo, ni un Estado social benefactor e intervencionista que limite las expectativas de los ciudadanos. Estos Estados modernos deben garantizar a través de sus órganos representativos, unos derechos preestablecidos y garantizados en cuya fijación debe participar la sociedad civil. En este sentido, el convenio colectivo debe pasar de ser un mero repertorio de beneficios temporales a ser un contrato de asociación de los intereses de las partes para alcanzar determinados objetivos colectivos y empresariales.

VIII. ALGUNAS PROPUESTAS O ALTERNATIVAS

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, parecería ser que es conveniente superar conceptualmente la diferencia entre trabajo subordinado e independiente y buscar un derecho del trabajo que regule y proteja ambos tipos de trabajo.

Habría que regular la protección e incluir en ella categorías de trabajos y actividades sin limitarlos al concepto de subordinación jurídica, bastando la dependencia económica. En otras palabras, bastaría que el trabajo fuese personal, continuado, coordinado y económicamente dependiente, para que estuviese protegido.

Se trataría, en lo posible, de dar una protección uniforme e indiscriminada para que se cumpla el objetivo del derecho del trabajo de proteger por igual a todos los trabajadores, ya que propugnar franjas de protección laboral, llevaría nuevamente a

precarizar a muchos trabajadores que terminarían en las franjas de menos protección por razones de costos.

El derecho del trabajo debe expandirse para atraer a todas las categorías de trabajadores de una u otra manera dependientes, tanto los de la tradicional subordinación jurídica, técnica y económica como aquéllos que realizan un trabajo individual, jurídicamente independiente, pero económicamente dependiente. Se trata pues de borrar la línea gris que divide a ambos tipos de trabajo.

Al final, lo que se pretende es asegurar la efectividad de la protección a las personas que dependen económicamente de quienes se benefician con sus servicios.

Deben crecer pues, las fronteras territoriales del derecho del trabajo para abarcar, como se ha dicho, al trabajo dependiente y al autónomo y a todas sus variantes, en todos aquellos casos en que exista dependencia económica.

Hay que llegar al concepto de “estado profesional del trabajador” que sugiere Supiot, garantizando su recorrido laboral, y no su estabilidad en tal o cual empleo. No se trata de empleo tradicional, sino de trabajo personal con proyección en la vida del trabajador, y sujeto a un repertorio de derechos vinculados a la ocupación y a la actividad en relación con el beneficiario de los servicios.

Esta es una enorme labor, y como señala Goldín, el derecho del trabajo tiene por delante una tarea refundacional en su permanente lucha por el derecho y la equidad.