

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN REVISIÓN: PASADO Y PRESENTE

Daniel ULLOA MILLARES

“Las cosas cambian muy deprisa, pero los sentimientos y las mentalidades van más despacio que el dinero”.

Carlos do Carmo (cantante de fado)

“En la relación de trabajo, y a diferencia del empresario, el trabajador no arriesga su patrimonio, arriesga su piel”.

Alain Supiot, 1994

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una visita al museo: el sujeto protegido bajo el concepto clásico. 3. El mundo ha cambiado (lo han cambiado). 4. La importancia de definir al trabajador realmente autónomo. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo desea sugerir la estricta y necesaria recreación de algunos de los conceptos jurídicos clásicos del Derecho laboral, considerando lo que vemos todos los días en nuestras labores, en la calle, en los diarios, en los noticieros o mediante la internet: que los trabajadores “*formales*”

son la excepción, que mucha gente presta servicios sin estar regulada por el Derecho laboral y que los trabajadores, bien o mal, denominados autónomos, se unen, protestan, reclaman y obtienen muchas veces beneficios similares a los laborales para su colectivo. ¿Qué está pasando?, ¿nuevamente el Derecho llega tarde a su cita con la realidad?

En nuestro país el acceso al *reino* del Derecho del trabajo viene siendo, desde varios años atrás, un privilegio que tienen pocos y que se dificulta por la contradictoria política laboral del Estado, la inexistencia de incentivos legales y económicos para ser un empleador formal, la poca presencia de organizaciones sindicales representativas, los mayores costos que supone la contratación laboral de servicios frente a los costos de la contratación civil, la lentitud de los procesos judiciales para corregir los defectos del sistema y la hasta hace poco mínima reacción del servicio de inspección de la autoridad de trabajo. Si a todo esto se suma la poca seriedad de algunos empleadores (el “*criollismo*” mal practicado) y las bajas remuneraciones (que llevan a algunos a no querer ser formales para recibir un mayor ingreso) se puede entender la baja participación de los trabajadores formales en la PEA nacional.

Dentro de esta realidad, no es inusual encontrar bajo el concepto de trabajadores autónomos (en nuestro lenguaje: locadores, personal por recibos, por honorarios o SNP –servicios no personales–), básicamente, a dos grupos de prestadores de servicios: los que realmente son autónomos y los autónomos dependientes⁽¹⁾, comprendiendo en este último concepto a quienes no están vinculados por contratos laborales pero prestan servicios por cuenta ajena o bajo algún tipo de subordinación que no es necesariamente la jurídica, denominados en otras legislaciones para-subordinados (Italia) o cuasi trabajadores (Alemania). Estos casos pueden darse por razones de fraude de ley, por comodidad de las partes (razones subjetivas) o porque no se comparten todos los elementos esenciales del contrato de trabajo, siendo que son dependientes económicos, mas no jurídicos (razones objetivas).

Esta intención de recreación de conceptos se basa en una tendencia ya desarrollada por la doctrina y destacada recientemente por la

(1) En un reciente artículo incluido en el internet (*Aspectos críticos del proyecto del estatuto del trabajador autónomo*, mayo 2007), el profesor español Manuel Alarcón Caracuel menciona una categoría adicional, considerando la variante del personal a cargo del autónomo. Así, según él, tendríamos al autónomo que tiene trabajadores, al autónomo que no los tiene y al autónomo que trabaja por cuenta ajena (el falso autónomo).

Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha venido reseñando en recientes estudios que el objeto del derecho del trabajo, la base sobre la cual centra su ámbito de aplicación, tiene necesariamente que adecuarse a la realidad. Este tema ha sido revisado por diferentes puntos de vista: como parte de la flexibilidad contractual y legislativa, como reacción ante la irrupción de las nuevas tecnologías o simplemente como una presión provocada por la globalización de la economía. Lo cierto es que diferentes fenómenos económicos y sociales han cuestionado la definición *clásica* y la aplicación de las instituciones típicas del Derecho del trabajo, creando dificultades a los usuarios y a los estudiosos. Aunque esto no resulta novedoso, ya que ha sido algo que siempre ha acompañado al Derecho del trabajo, siendo actualizada esta última oleada en España, casi treinta años atrás, desde el puntual estudio del profesor Martín Valverde⁽²⁾.

La hipótesis que presentamos se basa en la necesidad esencial, implícita en todo Estado Social de Derecho como es el Perú, de otorgar y facilitar protección a aquellos colectivos que viven esencialmente de su trabajo personal y que cuentan con suficientes necesidades y argumentos para el disfrute y goce de los derechos laborales. Bajo este supuesto, consideramos que el factor determinante que resuelve definir quiénes deben tener tal protección debe ser, obviamente, la realidad. Hacia ella vamos, sin cuestionar lo valiosamente obtenido por la teoría sino, como decíamos al inicio, recreándolo, a fin de rendir homenaje al profesor Luis Aparicio Valdez, ejemplar abogado.

2. UNA VISITA AL MUSEO: EL SUJETO PROTEGIDO BAJO EL CONCEPTO CLÁSICO

2.1. Elementos esenciales y típicos del contrato de un trabajador

Como señala el profesor español Cruz Villalón, en un inicio: “las primeras leyes laborales van dirigidas a un segmento de la población perfectamente identificado sociológicamente [...]. [*E*]l trabajo por

(2) MARTÍN VALVERDE, Antonio, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en VV.AA., *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo, estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 213-236.

cuenta ajena y subordinado, efectuado por trabajadores manuales en unas actividades industriales bastante tipificadas, correspondientes comúnmente a empresas con un alto número de trabajadores e insertas, de ordinario, en el medio urbano⁽³⁾” (las cursivas son nuestras). Más que derecho es una legislación del trabajo, aplicable a un gran colectivo⁽⁴⁾.

Asimismo, en palabras de Rodríguez-Piñero, “la delimitación inicial del campo de aplicación de las primeras leyes laborales se basó, en buena parte, sobre factores de carácter económico y social, de ahí la denominación de Derecho obrero o industrial, en la existencia de un tipo social, el de trabajador asalariado, sujeto componente de un grupo social, que no podía ser tratado como parte contractual al modo civil, como otros sujetos contractuales por su falta de poder económico y que necesitaba un tratamiento jurídico diferenciado del previsto en los códigos”⁽⁵⁾.

En ese contexto son excepcionales las zonas grises, pues “concurren en términos acumulativos en todas y en cada una de las relaciones los rasgos de ajenidad en los frutos, en la utilidad patrimonial, en los riesgos, en la titularidad de la organización, en el mercado de bienes y servicios, así como una rígida subordinación del trabajador al poder directivo del empleador. Ello, por lo demás, se transfiere igualmente al campo de las relaciones colectivas de trabajo”⁽⁶⁾.

Consecuentemente, encontraremos en esta primera etapa los siguientes conceptos de la relación calificada como *laboral*:

1. Prestación personal, lo cual supone que quien realice el servicio sea siempre una persona natural, quien cumple de manera personal el

(3) CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 169.

(4) Para una concisa explicación del origen del derecho del trabajo se puede revisar el trabajo de RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 21-38.

(5) *Ibidem*, p. 23.

(6) CRUZ VILLALÓN, “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, *cit.*, p. 170.

servicio objeto de contratación, si bien se aceptan excepciones generadas por la práctica o por específicos acuerdos entre las partes⁽⁷⁾.

2. Remuneración. A cambio de la prestación se genera el derecho a una contraprestación por dicho servicio. Normalmente un monto en dinero o efectivo, aunque también es aceptado, con algunas limitaciones, el pago en otros bienes (pago en especie)⁽⁸⁾. El contrato de trabajo no deja de ser un contrato de prestaciones recíprocas, sinalagmático, por el cual se intercambian prestaciones.
3. Subordinación o dependencia, que alude a la forma o manera en que se prestan los servicios. En el contrato de trabajo, el prestador se somete jurídicamente, se ubica bajo las órdenes de su contratante, quien posee la facultad contractual de dirigir, fiscalizar y sancionar la actividad objeto del contrato. El prestador del servicio puede conocer o no la forma en que desarrollará su actividad, pero su contratante tiene la facultad de interferir de manera indiscutible sobre ella y de exigir el cumplimiento de sus indicaciones. Algunos indicios o rasgos sintomáticos que la realidad presentaba para facilitar la acreditación de la subordinación o dependencia son la obligación del trabajador de realizar reportes, los controles (en el lugar de trabajo, en la forma de trabajar), la propiedad de los bienes utilizados para la prestación del servicio, la fijación de un tiempo de trabajo (horario), entre otros⁽⁹⁾.
4. Ajenidad, la cual apunta a dos aspectos normalmente concurrentes en las relaciones laborales clásicas o industriales, que son: la posición de las partes frente a los frutos del servicio y frente a sus riesgos. En un contrato de trabajo, los frutos y los riesgos del servicio son del contratante, del pagador. Gran parte de la doctrina española prefiere este elemento como elemento delimitador antes que la subordinación⁽¹⁰⁾, a diferencia de la doctrina latinoamericana, en la cual

(7) En Perú, vider el artículo 5º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, del 27 de marzo de 1997.

(8) Vide los artículos 6º, 7º y 8º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, modificada por Ley N° 28051, del 2 de agosto de 2003.

(9) Vide el artículo 9º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(10) Un interesante análisis sobre el tema se puede ver en ALARCON CARACUEL, Manuel, "La ajenidad en el mercado: un criterio definidor del contrato de trabajo", en *Revista Española de Derecho del trabajo*, N° 28, Madrid, 1986, pp. 495-544.

la ajenidad forma parte de la definición del ámbito de aplicación del derecho del trabajo⁽¹¹⁾. Empero, muchas veces vamos a encontrar casos de trabajadores con participación en los frutos (la remuneración bajo la modalidad de comisión o el derecho legal a la participación en las utilidades peruano, por ejemplo) o que comparten parte de los riesgos del negocio (como, por ejemplo, justificar la contratación temporal del personal de las empresas de intermediación con la vigencia del contrato celebrado con la empresa cliente. Al finalizar este, los contratos de trabajo vinculados también podrían resolverse válidamente).

Los elementos antes indicados fueron utilizados, desde la creación del Derecho del trabajo, como los determinantes del ámbito de aplicación del mismo. Eran los que la mayoría repetía. Y como normalmente estos elementos se presentaban de manera conjunta con otros, no definidores pero reiterados, la doctrina calificó estos últimos como *típicos*, a saber:

- el lugar de trabajo, que normalmente era la fábrica, la planta o el domicilio del contratante, siendo la excepción el “trabajo a domicilio”, que también supone un contrato de trabajo pero bajo diferentes características o reconocimiento de derechos⁽¹²⁾;
- el tiempo de contratación, que normalmente era a plazo indefinido, dado el objetivo del contratante de contar con el servicio del prestador de manera permanente, siendo la excepción la contratación temporal, condicionada a necesidades objetivas y no a la voluntad del empleador⁽¹³⁾;
- la duración de la jornada, que normalmente era completa, es decir, ocho o nueve horas diarias, siendo la excepción las jornadas *atípicas*, es decir, aquellas que acumulan días de trabajo de más de ocho horas de servicio en cada uno con días de descanso (jornadas

(11) Por ejemplo NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al derecho laboral*, PUCP, Lima, 2003, pp. 15-35.

(12) Vide Título IV (artículos 87° al 96°) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(13) Vide Título II (artículos 53° al 83°) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

4 x 3, 12 x 8, 21 x 7, etc.)⁽¹⁴⁾, así como las jornadas a tiempo parcial o *part-time*; y

- una sola contraparte, es decir, el trabajador normalmente laboraba para un solo empleador.

El estereotipo de este trabajador lo podemos ver en el personaje interpretado por Charles Chaplin en el cortometraje *Pay day*, del año 1922 (en su versión en español con el título de día de paga), quien labora manualmente en una gran fábrica, recibe su jornal al final del día –que es gastado en alcohol y diversión– para despertar al día siguiente a seguir su rutina. Es lo que la doctrina denomina o califica como modelo *taylorista* de trabajo, en referencia a la forma de trabajo establecida por Frederick Winslow Taylor (1856-1915), a la cual le siguió el modelo *fordista*, impulsada por Henry Ford (1863-1947).

Pero como es lógico deducir, todos estos elementos no los define exclusivamente la realidad o la naturaleza de la labor a realizar, sino, de manera directa, el contratante del prestador del servicio. En tal sentido, estos eran los elementos al inicio que se repetían en la mayoría de las prestaciones de servicio a utilizar o contratar. Pero cuando las nuevas tecnologías, la apertura de los mercados y las variaciones en los métodos de producción obligaron u otorgaron mayor libertad al contratante a variar o evitar estos elementos típicos, ellos empezaron a ser inusuales. Consecuentemente, surgieron mayores problemas cuando los cambios dificultaron acreditar o descubrir la subordinación del trabajador (creado y pensado bajo el supuesto del párrafo anterior), y del mismo modo, cuando el trabajador empezó a capacitarse o a presentarse capacitado al trabajo, a realizar labores de supervisión, a no asistir a un centro de labores o, simplemente, cuando asumía labores con amplios ámbitos de autonomía y poca subordinación.

En palabras del profesor argentino Goldin, ello se produce debido a “una alteración notable en el ejercicio del poder y una tendencia a la

(14) En el año 2006 el Tribunal Constitucional de Perú (TCP) emitió una importante sentencia referida al tiempo de trabajo en el sector minero, la recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, la cual puede apreciarse en www.tc.gob.pe/2006jurisprudencia/04635-2004-AA.html. Esta sentencia fue rápidamente modificada mediante resolución de fecha 11 de mayo de 2006, la que puede verse en www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA Aclaracion2.html.

difuminación del tipo dominante”⁽¹⁵⁾. Y como todo esto afectaba un elemento esencial del contrato de trabajo, su *desaparición* suponía la inaplicación de la legislación laboral para cada caso en que ello ocurriese. En otras palabras, la consabida huida (la expulsión para nosotros, dado que consideramos que no fue voluntaria) del derecho del trabajo.

Queda claro que utilizar actualmente el concepto de subordinación propio del modelo de trabajo clásico antes esbozado resulta claramente inadecuado por: “1) la crisis del sistema taylorista de organización del trabajo y su sustitución por fórmulas más flexibles [...], 2) la descentralización productiva [...], con la aparición de múltiples modalidades de trabajar para otro [...], 3) el aumento sustancial del sector servicios propio de una sociedad posindustrial [...], y 4) los cambios sustantivos que se han producido en la estructura social del país (mujeres, jóvenes)”⁽¹⁶⁾.

Y es que, como sigue explicando Goldin, “el concepto de dependencia laboral fue hasta hoy eficaz porque la inmensa mayoría de los vínculos que se proponía abarcar se insertaba nítidamente dentro de sus fronteras o quedaba claramente fuera de ellas, sin que una u otra variante demanda esfuerzo calificador alguno. El concepto había sido concebido como réplica conceptual estilizada y abstracta de un tipo social dominante en cuya presencia el proceso de calificación del vínculo –simple, evidente y casi intuitivo– no imponía formular la compleja operación lógica y volitiva ínsita en la práctica de utilización del procedimiento indiciario”⁽¹⁷⁾.

Ejemplos de este cambio de labores los podemos encontrar en varios casos como el del taxista de empresas de movilidad particular, el agente de seguros, el comisionista mercantil, el repartidor de productos con vehículo propio (o alquilado), el abogado o el contador de un estudio profesional, el distribuidor exclusivo que labora con camiones alquilados o vendidos en cuotas por la compañía contratante, los médicos arrendatarios de clínicas, las anfitrionas de eventos, aquellos que se dedican al alterne, etc. Todos ellos normalmente prestadores de servicios contratados bajo modalidades no reguladas por el Derecho laboral a

(15) GOLDIN, Adrián, “Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)”, en *Revista de Derecho del trabajo*, N° 29, Buenos Aires, 2003.

(16) CRUZ VILLALÓN, “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, cit., pp. 175-176.

(17) Loc. cit.

pesar que realizan un servicio personal remunerado y *medianamente* subordinado.

En este punto debemos resaltar que algunos de estos grupos pueden confundirse con los denominados trabajadores *informales*, es decir, aquellos que, voluntaria o involuntariamente, se desvían de la regulación jurídica existente⁽¹⁸⁾ al actuar al margen de la ley y estar casi siempre excluidos de la legislación laboral, la seguridad social, la salud ocupacional o de cualquier otra forma de protección social⁽¹⁹⁾, encontrándose básicamente en tres los segmentos de trabajo: por cuenta propia, dependientes de microempresas y los microempresarios⁽²⁰⁾.

Al respecto, según lo señaló la OIT en la resolución relativa al trabajo decente y la economía informal adoptada en la conferencia internacional del trabajo, realizada en su nonagésima reunión, en el año 2002, “el término *economía informal* hace referencia al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. Las actividades de esas personas y empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, es decir que, si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, esta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o por imponer costos excesivos”⁽²¹⁾ (las cursivas son nuestras). Se menciona que en la economía informal hay trabajadores asalariados y trabajadores por cuenta propia⁽²²⁾.

(18) ARCE ORTIZ, Elmer, “Informalidad, Derecho y Derecho social”, en VV.AA., *Ponencias presentadas al primer congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004, p.73.

(19) BOZA PRO, Guillermo, “Informalidad y relaciones laborales”, en VV.AA., *Ponencias presentadas al primer congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 47.

(20) Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática de Perú, en el año 2005, el 77% de la población económicamente activa se encontraba en el sector informal, y el 23% restante estaba repartido en la pequeña empresa, la gran y mediana empresa, el sector público y los profesionales independientes.

(21) Numeral 3 de la resolución antes indicada, la cual se puede revisar en www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf.

(22) Numeral 4 de la citada resolución.

Por tanto, la categoría *informal* puede darse en cualquiera de los ámbitos regulados, sea el de los dependientes o en el de los autónomos, creando un nuevo reino, en el cual “los trabajadores de la economía informal no están reconocidos, registrados, reglamentados o protegidos en virtud de la legislación laboral y la protección social, por ejemplo, en los casos en que su situación de empleado es ambigua y, por consiguiente, no pueden disfrutar de sus derechos fundamentales, ejercerlos o defenderlos”(23). Empero, el problema que ahora analizamos supone revisar el motivo por el cual no se tutela social o laboralmente a un grupo de personas que, siendo formales y reconocidos por el Derecho, se les excluye –legal o realmente– del ámbito del Derecho del trabajo.

Así podemos percatarnos que la realidad nos muestra a un grupo de personas, los trabajadores formales, los subordinados *clásicos* expresamente reconocidos, quienes resultan ser la excepción por la presencia de distintos contratos civiles o mercantiles que sustentan o intentan comprender dentro de ellos prestaciones de servicios personales y remuneradas que no son autónomas pero que tampoco cumplen con todos los elementos conocidos o típicos de una subordinación. Conjunto hacia el cual la doctrina empezó a tomar mayor atención desde inicios de los noventa, con ánimo defensivo o con resignación(24).

Estos cambios no solamente suponen revisar el modelo de protección legal sino también una apertura en el campo de acción e influencia de las organizaciones sindicales. El profesor italiano Romagnoli lo señala claramente: “Por el contrario, tras los tiempos heroicos del titanismo reivindicativo de los hombres del mono azul y de las manos encallecidas, ha llegado el del pueblo de los hombres y mujeres con vestidos estampados de variados colores y que tienen en el bolsillo un diploma, quizá una licenciatura, ocupados más o menos precariamente en trabajos no estándar de difícil clasificación. Es el tiempo en el que la lealtad de los devotos a los que se confía un sindicato de militancia es una mercancía rara, mientras abundan los cálculos de conveniencia de los que un sindicato de servicios puede aprovecharse. Es como decir que llega el tiempo en el que un sindicato dispuesto a repensarse a sí mismo está obligado a integrar su rol de representación de ciudadanos en cuanto trabajadores de-

(23) Numera l 9 de la citada resolución.

(24) Un buen resumen de esta situación es realizado por el profesor SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, ARA, Lima, 1997.

pendientes en la dirección de articular, diferenciar, especializar sus funciones para promover la industriosisidad de la generalidad de los trabajadores en cuanto ciudadanos”(25).

2.2. Reacciones ante el cambio

Ante esta situación la doctrina tomó diferentes caminos: algunos optaron por defender el principal elemento esencial cuestionado, otros buscaron un nuevo elemento definidor del contrato de trabajo y otros simplemente señalaron el final de la historia del Derecho del trabajo.

El profesor García Murcia forma parte del primer grupo. En 1999 indicaba que debían observarse otras características en las prestaciones laborales de servicios a fin de adoptar “la concepción *moderna* de la dependencia en el trabajo, entendida ya no como subordinación rigurosa a ordenes ajenas, sino más bien como inserción en el círculo rector y organizativo de otra persona. Circunstancia esta que, más allá de la denominación otorgada por las partes al contrato, podía deducirse de diversos indicios, como la obligación del portador de acudir diariamente al lugar de recogida de las mercancías, la fijación por el cargador de zonas o clientela, la habitualidad o continuidad en la prestación de servicios, la retribución por tiempo de servicio o en función del recorrido, o la inserción en el vehículo del transporte de anagramas, anuncios o logotipos de la empresa (según sentencia del Tribunal Supremo –STS– de fecha 4 de noviembre de 1993, Aranzadi 8543)”(26).

Por su parte, Montoya Melgar(27) daba cuenta de las discusiones en torno a si la dependencia debe ser el criterio definidor de la materia regu-

(25) ROMAGNOLI, Umberto, “Renacimiento de una palabra”, en *Observatorio laboral de la fundación sindical de estudios*, N° 40, Madrid, 2006, p. 8.

(26) GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Los transportistas de mercancía”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 140.

(27) MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del trabajo”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 57-72. Este artículo también fue publicado en *Revista Española de Derecho del trabajo*, N° 91, Madrid, pp. 709-723; Empero, las citas serán del primer texto.

lada por el Derecho del trabajo. Cita dos congresos académicos realizados en 1998 que discutieron dicha problemática (la Conferencia de la Comisión Europea sobre “Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa”, realizado en Madrid el 19 y 20 de junio de 1998 y el Congreso sobre “Il futuro de la subordinazione nell’evoluzione del Diritto del Lavoro”, realizado por la Fondazione Giulio Pastore, Roma, los días 25 y 26 de junio de 1998”) e indica que “la subordinación es un hecho social, [...] absolutamente habitual en las prestaciones de trabajo asalariado a través de la historia”⁽²⁸⁾ y que la noción de dependencia evoluciona desde el sometimiento a las ordenes e instrucciones del empresario a la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno⁽²⁹⁾.

Por su parte, Sempere y Cavas afirman, basados en decisiones jurisprudenciales, que la dependencia debe entenderse “como una sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la actividad o quehacer convenido en el vínculo contractual’ (STS del 15 de junio de 1987), que ‘va más allá del deber de cumplimiento propio de toda obligación, siendo esta nota la que singulariza el contrato de trabajo distinguiéndolo de otro tipo de relaciones jurídicas’ (STS del 13 de noviembre de 1989)”⁽³⁰⁾.

Años atrás estos mismos autores indicaban la inutilidad del criterio de la ajenidad en los riesgos para diferenciar la relación laboral especial del representante de comercio con el contrato mercantil de agencia, aspecto que según indican, también lo denotaba la jurisprudencia. En esos casos, tal como lo indicó la STS del 2 de julio de 1996, el criterio delimitador es la dependencia: “cuando el agente organiza su propia actividad profesional y el tiempo que dedica a la misma conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido en el desenvolvimiento de su relación a instrucciones que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actúa”⁽³¹⁾.

Supiot resume este punto de manera pedagógica: “El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad

(28) *Ibíd.*, p. 60.

(29) *Ibíd.*, p. 62.

(30) SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Jurisprudencia social unificada 2000*, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 55-56.

(31) SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, en *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 69.

autónoma, en someterla a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato”⁽³²⁾.

A nivel latinoamericano, los profesores Ermida y Hernández señalaban en el año 2000 que “la subordinación y la ajenidad son dos de las características más esenciales del tipo de trabajo regulado por el Derecho laboral, pero las nuevas realidades laborales llevaban a reformular sus conceptos y entender que ‘un nuevo criterio para definir la subordinación debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física, siendo el elemento diferenciador ‘la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono’. No obstante, los autores ven con simpatía la extensión de la tutela laboral a ‘toda forma de trabajo humano’, es decir, comprender a los trabajadores auténticamente independientes o autónomos, aunque precisan que ello requiere ‘análisis más detenidos’ pues no puede significar ‘el trasplante mecánico y masivo de los institutos de Derecho individual del trabajo, sino en su reconstrucción o adaptación, la que debería apoyarse en el Derecho colectivo del trabajo y en la seguridad social’”⁽³³⁾.

Por su parte, el profesor argentino Goldin se preguntaba en 2003 si “la categorización universalizadora (sic) del concepto tradicional de la dependencia deja espacio suficiente para la diversificación regulatoria que demanda la creciente heterogeneidad productiva”⁽³⁴⁾.

Sanguinetti destaca que existen “relaciones de trabajo subordinado sobreprotegidas y prestaciones de trabajo autónomo que se desenvuelven en un marco de hiposuficiencia contractual”⁽³⁵⁾, por lo que esboza dos alternativas de solución para la que él denomina una “categoría tan singular de trabajadores”: una cláusula general que delimite de forma abstracta

(32) SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 145.

(33) ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar, “Crítica de la subordinación”, en *Ius et Veritas*, PUCP, N° 25, 2002, p. 294.

(34) GOLDIN, “Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)”, cit.

(35) SANGUINETI RAYMOND, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, cit., p. 76.

los contornos del colectivo de trabajadores autónomos para aplicarles de algunas de las garantías de los dependientes o un conjunto de regulaciones especiales⁽³⁶⁾.

2.3. Necesidad de una nueva definición del concepto “trabajador”

Resulta claro que el modelo de relación laboral y de contrato de trabajo *típico* ya no se presenta de manera generalizada en la realidad, si es que alguna vez tuvo prevalencia (la mayoría de los trabajos que tratan sobre el trabajo autónomo se inician con la explicación antes indicada). Esto ya había sido constatado décadas atrás, por lo menos desde los años sesenta (en la doctrina española se pueden revisar los trabajos de Rodríguez-Piñero y Cabrera Bazán).

Al respecto, resulta evidente la afirmación de Martín Valverde cuando señala que: “la determinación en concreto de si existe descentralización productiva formalizada en un arrendamiento de servicios o mera apariencia de tal que tiene por debajo un contrato de trabajo puede resultar difícil muchas veces”⁽³⁷⁾.

Ante los numerosos ataques que recibió el Derecho del trabajo, la doctrina laboral mayoritaria ha venido defendiendo la vigencia de sus normas y a su vez ha tratado de explicar, con diferente suerte, las razones del cuestionamiento del Derecho laboral, la vigencia de sus principios y, en todo caso, los caminos que debe transitar⁽³⁸⁾. Todo esto motivado por las preocupaciones y exigencias creadas por las prácticas económicas, por la globalización, por las nuevas formas de prestación de servicios. En resumen, por los nuevos esquemas presentados en la realidad y que vienen cuestionando las bases sobre las cuales se construyó la especialidad laboral.

No debemos olvidar que el Derecho del trabajo cumple una función de legitimación social del modelo, de compensación de desigualdades (el cuanto lo definen muchos factores, a saber políticos, sociales,

(36) *Ibidem*, p. 78.

(37) MARTÍN VALVERDE, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, *cit.*, p. 227.

(38) GOLDIN, “Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)”, *cit.*

económicos, etc.), de cohesión social (es su necesidad de subsistencia). En tal sentido, siempre debe revisarse el patrón normativo para actualizarlo, dado que el derecho del trabajo no puede comprender solamente el modelo industrial⁽³⁹⁾.

Por esto es que Supiot describe que “[...] la tendencia general en Europa se dirige, sin embargo, a lograr un acercamiento de la situación jurídica de estas categorías especiales de trabajadores (los anteriormente excluidos por la legislación) a la propia del resto de trabajadores asalariados [...]. A medida que retroceden, de este modo, antiguas divisiones que se fundaban en la naturaleza de las tareas y en la referencia al trabajo concreto, surgen *nuevas fuentes de fragmentación* jurídica del mundo del trabajo. Esta fragmentación se observa en los dos extremos de la jerarquía de los trabajadores: hacia abajo, por el desarrollo del trabajo atípico, y hacia arriba, por la aparición de una figura curiosa: el alto cargo. El aspecto más preocupante de la evolución es que se extienden las garantías del derecho del trabajo allí donde parecen menos necesarias y se retiran allí donde no ofrece duda su necesidad”⁽⁴⁰⁾.

Empero, también se señala que la necesaria adecuación no debe suponer un cambio de rumbo que implique modificar los principios del Derecho del trabajo. Un ejemplo de ello se presenta resumido en el prólogo de lo que se conoce como el Informe Supiot, trabajo elaborado a fines de la década pasada por varios profesores europeos mediante el cual se ofrecieron propuestas para afrontar los cambios que inciden en el Derecho laboral, en donde se señala que: “desde una perspectiva de análisis crítico de las categorías tradicionales, el Informe se sitúa en una línea de propulsión de esos cambios y de su valoración positiva, a partir del convencimiento de que el mantenimiento rígido de lo existente no puede llevarnos muy lejos y de que el sometimiento pleno de los derechos, ligados a la realización de un trabajo a las exigencias de la economía nos llevara a la desintegración de nuestras sociedades, sin, por lo demás, asegurar la necesaria eficiencia de la economía europea”⁽⁴¹⁾.

(39) Según afirmó el profesor Manuel-Carlos Palomeque López en la Quinta Jornada Universitaria de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales realizada en Elche, España, el 30 de marzo de 2006.

(40) SUPIOT, *Crítica del Derecho del trabajo*, cit., p. 52.

(41) SUPIOT, Alain, “Prólogo”, en Alain Supiot (coord.), VV.AA., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 17.

El citado informe admite que es necesario enfrentar el problema con diversas alternativas y que los nuevos modelos económicos y de prestación de trabajo no son necesariamente prácticas evasivas de la legislación laboral: “la situación económica y social actual no puede, pues, reducirse a la emergencia de un modelo único de relación de trabajo, sino que se caracteriza por una pluralidad de mundos de producción. Así, por ejemplo, el recurso al trabajo independiente, a la subcontratación o la externalización de la mano de obra puede responder a simples estrategias de huida de Derecho del trabajo, y a la búsqueda de una reducción de costes, en sectores de actividad tradicional y de escaso valor añadido. Pero también puede corresponder a estrategias de innovación en sectores de elevado nivel de cualificación”⁽⁴²⁾.

Del mismo modo, “desde un punto de vista jurídico, estas transformaciones pueden identificarse principalmente en los tres niveles siguientes:

- a. el de la promoción o el desarrollo del trabajo por cuenta propia (autoempleo) con respecto al trabajo por cuenta ajena;
- b. el de la evolución del criterio de subordinación que caracteriza el contrato de trabajo;
- c. el de la externalización o la subcontratación del trabajo hacia empresas económicamente dependientes de un empresario principal⁽⁴³⁾”.

Lo anterior ha llevado a la OIT a diferenciar los supuestos de prestación de servicios pues “son cada vez más frecuentes las controversias acerca de la naturaleza jurídica de una relación en virtud de la cual se prevé la prestación de un servicio. Una relación de trabajo puede ser disfrazada o puede ser objetivamente ambigua’. Empero ‘los problemas a los que se ven confrontados los trabajadores implicados en relaciones de trabajo *triangulares* dan lugar a cuestiones jurídicas diferentes [...]. Para estos trabajadores no existen dudas respecto de su situación laboral, pero a menudo encuentran dificultades para saber quién es su empleador, cuáles son sus derechos y quién o quiénes deben responder por ellos’⁽⁴⁴⁾.

(42) *Ibíd.*, p. 37.

(43) *Loc. cit.*

(44) *Loc. cit.*

Como señala Rodríguez-Piñero sobre la base de una idea de Supiot, el problema no es si el concepto de subordinación debe ser modificado o no, cuanto que si el derecho del trabajo debe dejar desprotegidas otras formas de trabajo que deja hoy fuera. Sobre esto, el Informe Supiot establece que “el gran desafío del Derecho del trabajo está hoy en la reordenación de sus instrumentos de tutela y también en dar cumplida respuesta al problema de si puede continuar prescindiendo de la realidad social, dejando desprotegidos a prestadores de trabajo jurídicamente autónomos, en situación socioeconómica similar a los trabajadores, de modo que dentro del “multiverso” del trabajo autónomo se puedan concretar situaciones que no se pueden dejar por completo a la regulación civil o comercial y a las que deben aplicarse de algún grado alguna de las técnicas de tutela propias del Derecho del trabajo”⁽⁴⁵⁾.

2.4. Reino poco poblado y mayorías en extramuros: ¿se requiere nuevas fronteras?

El reino del Derecho del trabajo pierde súbditos no solo porque hace difícil el acceso a su territorio mediante la imposición de reglas o costos incómodos de seguir generalmente por el contratante del servicio (y que no son adecuadamente exigidos por la autoridad de trabajo) sino también porque no ha podido modernizar o adecuar sus instituciones hacia aquellas que la economía empezó a generar, fortaleciendo la idea de su inutilidad. Así, la legislación civil o mercantil acoge a estos nuevos ciudadanos, ofreciéndoles lo mínimo para su sustento y el máximo ingreso inmediato, y, paulatinamente, van reduciendo la población del reino laboral.

Ante este escenario, una opción supone recrear el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, para así comprender a los *nuevos* trabajadores. Al respecto, el profesor Montoya Melgar señala que “la idea tan grata a la razón y al sistema de un derecho del trabajo común y único para todo tipo de actividad laboral choca frontalmente con la pluralidad de modalidades sociales de trabajo y con la consiguiente diversidad de tratamientos que esas modalidades requieren”⁽⁴⁶⁾.

(45) SUPIOT, “Prólogo”, cit., p. 56.

(46) MONTOYA MELGAR, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del trabajo”, cit., p. 71.

Consecuentemente, propone que “la equitativa pretensión de dotar de un estatuto protector, inspirado en el que proporciona el derecho del trabajo, a ciertas categorías de trabajadores no dependientes, debería discurrir, no por la vía de desdibujar el concepto de dependencia para hacer entrar en el formas de trabajo cuasi o semidependiente, sino por la más clara y rigurosa de asimilar dichas categorías a los trabajadores dependientes. Por lo que respecta a los trabajadores netamente independientes o autónomos, su protección sería más bien cometido de la seguridad social, sin perjuicio de algunos complementos importados del régimen jurídico del trabajo dependiente, en tanto fueran compatibles con la naturaleza del trabajo autónomo”⁽⁴⁷⁾.

Vamos entonces a intentar conocer al nuevo ciudadano, para comprobar si es posible acoger la idea del profesor. O si la reciente creación legislativa española para proteger al trabajador autónomo⁽⁴⁸⁾ supone un avance en este objetivo.

3. EL MUNDO HA CAMBIADO (LO HAN CAMBIADO)

3.1. La globalización, la descentralización, la deslocalización, las nuevas formas de trabajo y el revuelco legal

La globalización no es un tema reciente⁽⁴⁹⁾. Ha asumido mayor actualidad desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial, básicamente como consecuencia de la importante actividad económica realizada en tres aspectos: las operaciones bancarias, la manufactura o procesamiento de bienes –necesaria porque los recursos no pueden moverse– y las ventas⁽⁵⁰⁾. Y es que “los movimientos que impulsan el proceso denominado

(47) *Ibídem*, p. 72.

(48) La Ley 20/2007, Estatuto del Trabajo Autónomo, cuya entrada en vigencia se produjo en octubre de 2007.

(49) Es importante analizar el impacto que producía el libre comercio en el movimiento internacional de capital y de trabajo se inició a finales del siglo XIX, dado que en el siglo XVIII y gran parte del XIX no se encuentra alusiones a tal posibilidad, tal como señala SASSEN, Saskia, *La movilidad del trabajo y del capital*, MTSS, Madrid, 1993, pp. 17-18.

(50) Para una interesante reseña sobre este tema vide GALBRAITH, John Kenneth, *Anales de un liberal impenitente*, Gedisa editorial, Madrid, 1982, pp. 73 y ss.

globalización, esto es, la revolución tecnológica, la hegemonía del pensamiento neoliberal, la liberación del comercio mundial y de los movimientos de capitales, el auge de las empresas multinacionales, o la pérdida de control por parte de los Estados, son a su vez, elementos que interactúan entre sí, aumentando la interdependencia –tanto de modo personal como orgánica– de la sociedad, la cultura, o la economía, y especialmente también de las empresas”⁽⁵¹⁾.

Bajo este esquema, siguiendo a Galbraith, la corporación multinacional es la adecuación casi ineludible al comercio internacional en materia de bienes de capital y de consumo modernos⁽⁵²⁾. Y ello, inevitablemente, afecta al Derecho del trabajo, el mismo que cuenta como principal fuente normativa general a la OIT pero que en general resulta ser básicamente un Derecho nacional, específico de cada país.

Esta realidad supone que deba existir, por parte de la empresa multinacional, una importante relación con cada gobierno de los países en los cuales pretende actuar. Nótese cómo cada gobierno es el que garantiza o establece las reglas de juego sobre las cuales la empresa va a trabajar, y ¿emisor de los problemas? se quieren cambiar⁽⁵³⁾. Y una de esas reglas de juego es definida por el Derecho del Trabajo de cada país, derecho que tuvo que adecuarse ante el nuevo modelo económico, al nuevo modelo de prestaciones de servicio, considerando que ahora compete no solamente con sus países o regiones limítrofes, sino con todo el mundo.

Estas reglas y sus cambios afectan también, obviamente, al prestador del servicio, al trabajador, quien reclama una protección adecuada a su

(51) MORENO MARCOS, Marta, “El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias carcinógenas o mutágenos”, en *Revista de Derecho Social*, N° 36, Albacete, 2006, p. 112.

(52) *Ibíd.*, p. 77.

(53) Recordemos, por ejemplo, los problemas de Repsol en Bolivia al inicio de la presidencia de Evo Morales o la resolución del contrato por parte del gobierno argentino con la empresa Aguas Argentinas –hasta el 21 de marzo de 2006 en propiedad del grupo francés “Suez”– dando paso a la empresa estatal “Agua y Saneamiento Argentinos - AySA”, opción que ya se había hecho en la década del noventa con el servicio del Correo –a cargo del grupo Macri–, el control del espacio radio eléctrico –que lo tenía la empresa francesa Thales– y del ferrocarril San Martín –en manos de la empresa Metropolitano–.

condición y que curiosamente tiene teórico derecho a esa tutela por ser casi generalizado el Derecho del trabajo⁽⁵⁴⁾.

Bajo este esquema, limitados al mundo *formal*⁽⁵⁵⁾, vamos a encontrar, protegidos por la legislación laboral, a aquellos que prestan personalmente un servicio, remunerado y subordinado, es decir, aquellos que cumplen los *elementos esenciales* del contrato de trabajo antes reseñados, postulado que también es recogido por nuestra legislación para presumir la existencia de un contrato de trabajo a plazo indefinido⁽⁵⁶⁾. Como trabajador tenemos entonces al prestador de servicios subordinado. Pero ¿quién es subordinado?, ¿el vendedor ambulante de mercancías, el conductor o el cobrador de medios de transporte público, el electricista, el vigilante, el médico, el ejecutivo, el mensajero, el futbolista, el campesino?

3.2. ¿Hay zonas grises o todo es blanco o negro?

Como ya se podrá deducir, la realidad nos lleva a la discusión sobre la crítica de la subordinación⁽⁵⁷⁾ y a preguntarnos nuevamente sobre el ámbito de la relación de trabajo⁽⁵⁸⁾, labor que la doctrina y la OIT vienen evaluando hace varios años.

Y es que, como recientemente señala Rodríguez-Piñero, “el ámbito de la relación de trabajo afecta al núcleo central de toda la compleja regu-

(54) Contribuye a este afán generalizador la vigencia de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, realizada en junio de 1998, la cual supone el respeto de todos los miembros de la OIT a los derechos de (i) libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento de la negociación colectiva, (ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, (iii) la abolición efectiva del trabajo infantil y (iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, por el hecho de su afiliación, sin ser necesaria la ratificación de dichos convenios para su debida exigencia y respeto. El respeto a esta Declaración es un elemento base en el acuerdo de la firma de Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos.

(55) Vide notas 19-22 anteriores.

(56) El artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala en su primer párrafo que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

(57) ERMIDA/HERNÁNDEZ, “Crítica de la subordinación”, cit., pp. 281-295.

(58) Ver la reciente Recomendación N° 198 aprobada por la OIT en el año 2006, producto de numerosas discusiones previas al interior de dicha organización.

lación del trabajo e incluso de la protección social, frecuentemente vinculada en su aplicación a la condición de trabajador. El tipo contractual trabajo subordinado es el eje sobre el cual gira el estatuto del trabajador y su tutela a través de los principios, normas e instituciones propias del Derecho del trabajo, incluidas las normas internacionales del trabajo. También los principios y derechos fundamentales en el trabajo, como, por ejemplo, los definidos en la Declaración de la OIT de 1998, toman como presupuesto la existencia de una relación de trabajo”⁽⁵⁹⁾.

Dada esa importancia, debemos contar con elementos que puedan ser útiles para una mejor aproximación al concepto de trabajador y evaluar si es necesaria la inclusión en él de las diversas modalidades de prestadores de servicios que observamos en la realidad, entre ellas a los denominados autónomos. Con ello comprobaremos que el reino laboral y extramuros no están divididos en regiones blancas, negras y grises, sino que la mayor parte es mezcla, siendo lo excepcional los conceptos “puros”.

Posición preferente en esta labor lo ocupa la función jurisdiccional. En opinión de Lujan⁽⁶⁰⁾, “sin lugar a dudas, y por lo que se refiere a la definición del ámbito subjetivo del contrato de trabajo, la jurisprudencia del TS y la doctrina del TC cubren en este momento (1962-1980) una de las etapas de mayor esplendor y calidad científica. Al margen del aumento considerable de las relaciones de servicios que se laboralizan, hay que destacar la perfección alcanzada en relación al sistema de indicios, y sobre todo, en la construcción de las categorías jurídicas explicativas de la naturaleza del contrato de trabajo y de sus elementos definidores, especialmente la polémica nota de *dependencia*. Paralelamente, la doctrina de los autores conoce un momento cumbre, apareciendo la cuestión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo como tema recurrente en el estudio de los ‘nuevos’ especialistas en derecho del Trabajo”. A continuación, hacemos un breve resumen de dicha función.

(59) Opinión incluida en el editorial de *Revista Relaciones Laborales* N° 20, Madrid, 2006, p. 1.

(60) LUJAN ALCARÁZ, José, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pp. 36-37.

3.3. Labor de la jurisprudencia en la identificación de las características del reino laboral

3.3.1. *En Perú*

La aplicación del principio de primacía de la realidad es una facultad que legalmente tienen los inspectores de trabajo⁽⁶¹⁾ y los jueces laborales, siendo aplicado también por el Tribunal Constitucional Peruano (TCP), quien lo ha definido señalando que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”⁽⁶²⁾.

En este sentido, el TCP ha utilizado ciertos indicios o elementos para definir una relación como laboral en varias sentencias emitidas en procesos de amparo⁽⁶³⁾, algunas de las cuales pasamos a comentar.

Por ejemplo, la labor realizada y el carácter permanente de la misma definieron la naturaleza de la relación en la sentencia emitida en el Expediente N° 2132-2003-AA/TC, caso presentado por un chofer de municipalidad provincial contratado mediante servicios no personales. Asimismo, el carácter ininterrumpido o permanente de la labor definió la naturaleza laboral del servicio de otro chofer pero esta vez de una municipalidad distrital, según la sentencia correspondiente al Expediente N° 2282-2004-AA/TC.

La existencia de un horario de trabajo o de comunicaciones internas dirigidas al prestador de servicio fueron otros datos utilizados por el TCP para definir como laborales los casos presentados en los procesos de amparo recaídos en los Expediente N°s 2371-2004-AA/TC (representante comercial que laboró sin contrato vigente y con horario de

(61) Artículo 2° de la Ley N° 28806, del 22 de julio de 2006:

“El funcionamiento y la actuación del sistema de inspección del trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores: [...] 2. Primacía de la realidad, en caso de discordancia entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”.

(62) Fundamento N° 3 de la sentencia emitida en el Expediente N° 1944-2002-AA/TC. También lo define en el Fundamento N° 1 de la sentencia emitida en el Expediente N° 2132-2003-AA/TC de fecha 25 de setiembre de 2003.

(63) Todas las sentencias del TCP pueden verse en la sección “consulta de causas” en www.tc.gob.pe.

trabajo), 2565-2005-AA/TC (asistente de recepción) y 1210-2006-AA/TC (policía municipal).

En el Expediente N° 10139-2006-AA/TC (iniciado por una digitadora que prestó servicios para una zona franca) el TCP encontró memorandos con instrucciones, memorandos de felicitación y una comunicación de horario de trabajo. En este caso indicó que “es evidente, entonces, que el desempeño de las labores de la recurrente se efectuó mediante una prestación personal, sujeta a subordinación y observando un horario de trabajo, lo que configura la existencia de una relación laboral, lo que se corrobora, además, con el acta de inspección programada del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo”.

La ubicación del cargo “dentro de la jerarquía institucional” de la entidad contratante supuso, además de la existencia de un horario de trabajo, de un certificado de trabajo, de un carné de trabajo y de varios registros de asistencia, la calificación laboral de un jefe de informática en el proceso de amparo recaído en el Expediente N° 4194-2006-AA/TC.

En el Expediente N° 4611-2006-AA/TC, la demandante era una asistente de logística que presentó memorandos en las que su contratante le solicitaba la justificación de sus inasistencias, que debía cumplir un horario y un tipo de vestuario, que recibía viáticos que tenía rendir cuenta y que, inclusive, alguna vez le encargaron portar la banderola institucional en un evento oficial. Como si esto fuera poco, tenía carné de trabajo y constancias en que las que se la describía como trabajadora.

Finalmente, en el Expediente N° 457-2006-AA/TC diecisiete personas presentaron un acta de inspección del MTPE, constancias de horarios de trabajo, de rol de turnos, memorandos diversos requiriendo justificación de inasistencias, pérdidas de bienes, asistencia obligatoria a cursos, fotochecks de trabajo, certificados de capacitación.

Así expuesto, pareciera que en el Perú el proceso de amparo resulta una vía paralela –y hasta más beneficiosa– para llevar a discusión la naturaleza de la prestación de servicios realizada, dado que a diferencia de lo previsto en la legislación laboral, una sentencia declarada fundada supone la reposición en el puesto de trabajo perdido. Empero, para resolver un caso de primacía de realidad, el TCP asume competencia solamente cuando se alega la existencia de un despido arbitrario o incausado. Si bien esto puede hacerse siempre, cabe indicar que existió un pequeño lapso en el cual el TCP calificó las demandas de primacía de la realidad

como improcedentes (se pueden ver las sentencias emitidas en los Expedientes N°s 3940-2006 y 3042-2006) sin importar si el régimen laboral era público o privado, alegando la aplicación de los fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 206-2005-AA/TC (caso Baylón Flores).

Por otro lado, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha establecido los siguientes criterios:

En la Casación N° 765-97 (publicada en la página 4463 del cuaderillo "Casaciones" del diario oficial *El Peruano*) la Corte entiende laboral una relación civil en la cual observó que existía prestación desempeñada en forma personal y exclusiva, había horario de trabajo y un documento que dispuso unilateralmente una asignación de funciones diferente al objeto del contrato civil, lo cual calificó como propio de una relación de subordinación.

En la relación contractual resuelta en la Casación N° 2451-97 (página 4794) se observó que se habían fijado los días de trabajo y descanso, el pago de alojamiento, alimentación e implementos de seguridad, lo cual califica para la Corte como condiciones de prestación de trabajo. Además, las labores se realizaban en la sede de la contratante (una empresa minera).

Aquí cabe resaltar que existen sentencias que proclaman la inaplicación del principio de primacía cuando existe una ley especial que expresamente consagre la exclusión de la prestación de servicio del Derecho laboral. Así lo definió la Corte Suprema en las casaciones N°s 1198-97 (p. 6964) y 22016-98 (p. 6968). Si bien esta posición fue modificada mediante la casación N° 1344-2000 (p. 7662), caso en el cual el principio de primacía prevaleció frente al texto de la ley, rápidamente se asumió la primera posición con la casación N° 73-2005 (p. 16661).

En el mismo sentido, la Corte Suprema señaló en otras sentencias que no procede revisar vía casación la inaplicación del principio de primacía de la realidad pues ello supone una nueva revisión de hechos: casaciones N° 933-03 (p. 13367) y 753-2006 (p. 19434).

En tal sentido, podemos considerar que la práctica judicial de las últimas instancias utiliza los criterios doctrinales comunes y se muestra generalmente coherente al momento de resolver un conflicto de pertenencia al reino laboral, aunque en algunos casos ella se defina con la sola existencia de un memo o una carta de amonestación durante todo el tiempo discutido.

En resumen, nuestra jurisprudencia posibilita el ingreso al reino laboral con la verificación de la existencia o utilización de los elementos típicos del contrato de trabajo, generalmente memorandos o un horario de trabajo. Es decir, elementos cuya existencia depende del contratante.

3.3.2. *En España*

Lujan señala: “[E]n definitiva, decidir qué relaciones quedan integradas en su ámbito es una tarea que compete realizar a los jueces en cada caso concreto; porque la extensión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo brota de la realidad misma de la contratación y se impone como objeto de reconocimiento y tutela al Derecho, siendo precisamente a este propósito al que sirve la jurisprudencia. Se desplaza, así, el centro de gravedad de la actividad judicial desde la norma a la vida, desde el dato normativo a la realidad normada, realizando lo que se ha llamado ‘readaptación judicial del Derecho’”⁽⁶⁴⁾.

Sempere y Cavas⁽⁶⁵⁾ relatan algunos casos dejando claro que la unificación doctrinal por parte del Tribunal Supremo Español de si existe o no contrato de trabajo en un supuesto determinado depende, en gran parte, de la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, se menciona el caso del administrador de finca urbana (STS de fecha 14 de febrero de 2000), del corresponsal de Radiotelevisión Española (STS de fecha 10 de febrero de 2000), de las promotoras de afiliaciones (STS de fecha 17 de enero de 2000), del monitor de equitación al servicio de ayuntamiento (STS de fecha 3 de octubre de 2000) y del cónyuge de socio titular de la mitad del capital social (STS de fecha 5 de octubre de 2000).

Destacamos el segundo y el cuarto caso. En aquél se comparan dos supuestos de corresponsalía, si bien en uno la actividad era ocasional, sin desplazamiento al lugar de trabajo ni utilización de teléfonos. Por su parte, la demandante, además de realizar la labor diariamente e ir al local de la Radio Nacional de España (la Radiotelevisión de España –TVE– no tenía local propio), siempre se identificaba, sin objeción alguna del contratante, como corresponsal de TVE.

⁽⁶⁴⁾ LUJAN ALCARÁZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., p. 41.

⁽⁶⁵⁾ SEMPERE NAVARRO / CAVAS MARTÍNEZ, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, cit., pp. 47-51.

En el cuarto caso el monitor eligió el horario, pero le pagaba el ayuntamiento y no los alumnos. Asimismo el ayuntamiento suministraba los locales y medios, e indicaba las personas a las cuales debía dar las clases. En el caso que se comparaba el monitor decidía cuándo dirigir las escuelas de equitación. No se acreditó existencia de orden o instrucción alguna por parte del club contratante ni tampoco supervisión. Consecuentemente, este caso no fue calificado como laboral.

Los autores también mencionan como un caso laboral⁽⁶⁶⁾ el de la limpiadora en comunidad de propietarios, a pesar que en algunas ocasiones ella pueda ser sustituida por un familiar y fuera remunerada con el disfrute de vivienda (STS de fecha 25 de enero de 2000). El criterio de la sala en este caso se resume en 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,
- la ajenidad es indiscutida, como también es clara la retribución en especie del mismo, autorizada por el artículo 26º del Estatuto de los Trabajadores aunque no se haya respetado la proporción en el mismo establecida,
- dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario, la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo”.

Otro caso mencionado es el del perito tasador de seguros⁽⁶⁷⁾, que será laboral si se dan las notas de ajenidad y dependencia (STS de fecha 10 de julio de 2000), es decir, si los servicios de prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Los criterios a considerar:

(66) *Ibíd*em, pp. 54-57.

(67) *Ibíd*em, pp. 59-61.

quién programa el trabajo, la permanencia, la habitualidad, la exclusividad, el respeto de directrices, comunicaciones o circulares, la posibilidad de aceptación o rechazo de encargos, el control de labores prestadas, el apoyo de terceros, etc.

3.4. Pero ¿y el trabajador autónomo?⁽⁶⁸⁾

Normalmente, al trabajador autónomo se le ha definido de manera negativa, en contraposición al trabajador dependiente. Así, Montoya Melgar⁽⁶⁹⁾ señala que “es posible deducir un concepto legal de trabajo autónomo a partir del de trabajador dependiente [...] sería aquel que reúne la doble condición legal de trabajar por cuenta propia y dentro de un ámbito de organización que el mismo controla”. De la misma opinión es Valdés Dal-Ré⁽⁷⁰⁾.

Martín Valverde afirma que “la principal clasificación de los tipos de prestaciones de trabajo es seguramente la que distingue entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. La distinción entre estas dos formas o modos de aplicación de la fuerza de trabajo resulta desde luego imprescindible para comprender el modo de producción y las relaciones de producción en las sociedades actuales. Es más, no parece exagerado afirmar que, junto a la del trabajo libre y el trabajo forzoso con la que está estrechamente relacionada, esta clasificación es también la que tiene mayor virtualidad para entender cómo se han organizado y regulado las formaciones sociales históricas. No puede extrañar por tanto que se recurra habitualmente a ella desde diferentes campos del conocimiento”⁽⁷¹⁾.

(68) Para repasar las diferencias entre subordinados y autónomos se pueden revisar las revistas *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, N° 21, UTET, 1998, y *Lavoro e diritto*, N°s 2 y 3, Societa Editrice il Mulino, Bologna, 1997.

(69) SEMPERE NAVARRO/CAVAS MARTÍNEZ, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, cit., p. 70.

(70) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Presentación”, en *Revista Documentación Laboral*, N° 73, Madrid, 2005, Vol. I, pp. 3-6.

(71) MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, cit., p. 73.

Recientemente, el informe de la comisión de expertos que fue designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, para la elaboración del que ahora es el estatuto del trabajo autónomo, constató que “el ordenamiento vigente no ofrece un concepto unívoco y general ni del trabajo autónomo ni del trabajador autónomo; tan solo suministra definiciones parciales, vinculadas a determinados sectores productivos o parcelas concretas del ordenamiento jurídico”(72).

Normativamente, el Estatuto de los Trabajadores español se limita a excluir al trabajo por cuenta propia del ámbito de aplicación de la normativa laboral en su primera disposición final, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente. La norma laboral española básica no formula un concepto de trabajador autónomo.

La situación jurisprudencial en Europa también posee esta ambigüedad. Martín Valverde explica que “hasta fechas recientes, la litigiosidad sobre la frontera en el Derecho comunitario entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo se había presentado siempre o casi siempre desde la perspectiva de los trabajadores asalariados. Las pretensiones enjuiciadas por el TJCE tenían por objeto la consideración como trabajadores asalariados de quienes, con razón o sin ella, habían sido excluidos de tal calificación a efectos de unas u otras normas de la CE: libre circulación de trabajadores, seguridad social de trabajadores migrantes, condiciones mínimas ‘comunitarias’ de empleo y de trabajo, etc.”(73). Esta situación cambió con la resolución del caso *Ergasias* (de fecha 5 de junio de 1997), en el cual se discutió la procedencia de la obligación legal griega de que los guías de turismo necesariamente debían ser trabajadores sometidos a la legislación laboral. El TJCE dijo que eso impedía la libre circulación de trabajadores, pues los guías también podían prestar servicios de manera independiente.

Sobre la base de esta sentencia Martín Valverde afirma que “para el derecho comunitario el rasgo característico del trabajador autónomo no

(72) VV.AA., *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del trabajador Autónomo*, Madrid, 2005, pp. 91-92. El Estatuto fue aprobado mediante Ley 20/2007.

(73) MARTÍN VALVERDE, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo”, cit., p. 87.

es la realización del trabajo por cuenta propia, sino la independencia o no subordinación en el modo de prestar los servicios⁽⁷⁴⁾.

Y continúa: “servicios son las actividades prestadas por los trabajadores asalariados en régimen de subordinación; y servicios son también las prestaciones de actividad realizadas en régimen de autonomía o independencia por trabajadores autónomos, en favor de quien las ha encargado. La libre prestación de servicios del Derecho comunitario se refiere únicamente a esta última modalidad de servicio o servicios prestados en régimen de autonomía. Titulares de esta libertad comunitaria son solo, por tanto, los trabajadores autónomos, en el sentido más amplio de la expresión que incluye a los profesionales liberales. La frontera con la libre circulación de trabajadores parece, por consiguiente, conceptualmente bien clara. Esta última afecta a los trabajadores asalariados, mientras que la libre prestación de servicios afecta a quienes no lo son⁽⁷⁵⁾.”

El mismo autor critica que si bien por un lado los conceptos de trabajador asalariado y no asalariado son similares a los utilizados por la doctrina, no ocurre lo mismo con los conceptos de trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, pues “como se ha visto (en el caso griego), existen trabajadores por cuenta ajena que pueden desempeñar su trabajo en régimen de autonomía”. Ejemplos adicionales son el artículo 1º de la Directiva Europea 73/148 y el artículo 2ºa de la Directiva 86/613. Por eso pide mayor cuidado, pues “desde el punto de vista dogmático, la clasificación que distingue entre trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena no es exactamente coincidente con la que distingue entre trabajo asalariado y trabajo autónomo; la primera atiende al criterio de la asignación o atribución del resultado del trabajo; la segunda atiende al criterio del modo de realización o ejecución del trabajo. En la práctica contractual, los campos de una y otra clasificación se superponen en gran medida; pero tampoco son enteramente coincidentes en los sistemas productivos contemporáneos, caracterizados precisamente por la proliferación de servicios de la más variada naturaleza, y que son prestados de las más variadas formas⁽⁷⁶⁾.”

(74) *Ibíd*em, p. 89.

(75) *Ibíd*em, p. 91.

(76) *Ibíd*em, pp. 92-93.

En el Perú tampoco existe una norma que defina al trabajador autónomo o que regule su actividad⁽⁷⁷⁾. Ni siquiera existe una terminología similar, dado que se utilizan indistintamente los conceptos de trabajador autónomo y de trabajador independiente. Por ejemplo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala en su artículo 89° que “[n]o está comprendido en el trabajo a domicilio el que realizan los trabajadores domésticos o del hogar, el trabajo autónomo, el realizado en taller de familia o trabajo familiar”.

La Ley del Porteador⁽⁷⁸⁾ curiosamente califica como tal al trabajador independiente que presta servicios personales de transporte de carga, bajo contrato de trabajo en la modalidad de servicio específico. En realidad, es un contrato de trabajo especial de un “independiente”.

El Sistema Nacional de Pensiones califica a las personas que realizan actividad económica independiente como asegurados facultativos, es decir, voluntarios.

La regulación del sistema privado de pensiones no diferencia entre trabajadores dependientes e independientes, permitiendo la afiliación de cualquiera de ellos al sistema. En el caso de los independientes, el pago del aporte es de su exclusivo cargo, a diferencia de los aportes del personal dependiente, que deben ser retenidos por el empleador.

En lo que se refiere al régimen contributivo de la seguridad social en salud, mediante Ley N° 27177 se incorporó como afiliados regulares –entiéndase obligatorios– (grupo en el cual solamente se encontraban los trabajadores dependientes y los pensionistas) a los pescadores artesanales independientes del mar y de los recursos hídricos continentales y a los procesadores pesqueros artesanales independientes. La modificación obliga a que sea una ley especial la que tenga que autorizar la incorporación de cualquier otro trabajador *independiente* a la seguridad social. Caso contrario, la afiliación de este trabajador calificará como facultativa.

Finalmente, el seguro complementario de trabajo de riesgo no contempla a este colectivo como asegurado obligatorio, dado que fija su atención solamente en los “trabajadores”, sean empleados u obreros.

(77) Todas las normas peruanas que regulan los beneficios laborales más conocidos señalan expresamente que resultan de aplicación a “los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada”.

(78) Ley N° 27607 del 24 de diciembre de 2001.

Desde una perspectiva laboral, si el trabajador autónomo tiene personal a su cargo normalmente es calificado como empresario, quedando sujeto a la normativa general y alejado de la posibilidad de alegar alguna protección como trabajador. Pero desde la vertiente de la protección social, ese mismo trabajador autónomo, puede asumir la doble condición de “empresario”, a la hora de cumplir determinadas obligaciones de seguridad social (afiliación, alta o cotización, por citar ejemplos ilustrativos) respecto a los trabajadores a su servicio, y de “trabajador autónomo”, incluido en el ámbito de aplicación de la normativa de seguridad social⁽⁷⁹⁾.

Y es que no solamente la definición de este colectivo no existía (dependía de la del trabajador subordinado), sino que además la heterogeneidad de sus miembros impedía la posibilidad de alguna regulación en común⁽⁸⁰⁾.

Y las consecuencias de elegir uno u otro camino son evidentes. Tal como señala Rodríguez-Piñero: “Finalmente, solo nos gustaría señalar que en este, como en otros casos, se ponen de manifiesto las limitaciones del rígido carácter bipolar que caracteriza nuestro ordenamiento, en el que una relación es laboral o no lo es, determinándose en consecuencia una aplicación en bloque del Derecho laboral, o una exclusión igualmente en bloque de este mismo ordenamiento. Creemos que algunas de las relaciones abordadas (medios de comunicación) en este estudio demuestran como seguramente sería deseable romper con esta dicotomía para permitir –como ya sucede con algunas relaciones laborales especiales– colocarlas en una situación intermedia –y quizás la institución del trabajo parasubordinado podría ser una buena vía para ello– que otorgue una protección justa –ni inexistente, ni excesiva– a estos peculiares colectivos. Y ello porque la progresiva complejidad del sistema social quizás obligue a romper el carácter monolítico del ámbito laboral, diferenciando funcionalmente realidades socialmente diversas”⁽⁸¹⁾.

(79) En la página 9 del informe antes indicado se resumen las normas que regulan los determinados grupos de autónomos. También puede verse la obra de APILLUELO MARTÍN, Margarita, *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

(80) VALDÉS DAL-RÉ, “Presentación”, cit., p. 33.

(81) RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, cit., p. 272.

4. LA IMPORTANCIA DE DEFINIR AL TRABAJADOR REALMENTE AUTÓNOMO

4.1. La importancia del autónomo y su regulación

Siguiendo a Cruz Villalón⁽⁸²⁾, la importancia del trabajador autónomo se debe a su número (en España, el número de autónomos afiliados a la seguridad social al 30 de junio de 2006 fue de 3'315,707, de los cuales 1'755,703 no tenían trabajadores a su cargo), a su presencia y difusión en la realidad económica y a las actividades en las cuales se da (no es solamente el profesional liberal sino que la tercerización lo absorbe cada vez más). Ello seguramente explica el énfasis en su estudio y desarrollo, como una forma de política de empleo.

Empero, en este punto el profesor español menciona dos errores comunes⁽⁸³⁾: (i) plantearlo como solución alternativa para quienes no logran incorporarse al mercado de trabajo como asalariados y (ii) dirigirlos hacia la población más joven, normalmente a quienes recién se incorporan, pues este tipo de trabajo supone dos habilidades: las propias de la profesión a ejercer y tener carácter gerencial.

Al respecto, sin entrar al tema de los falsos autónomos y por política legislativa, Cruz pensaba en 2005 que no debería integrarse dentro de la ley laboral de los trabajadores subordinados a aquellos que prestaran su labor de manera autónoma, a pesar que su situación sea de debilidad contractual⁽⁸⁴⁾ sino que debían contar con un marco normativo propio, sin caer en supuestos abstractos o falsos, es decir, tener un estatuto, aspecto que posteriormente se logró a mediados del año 2007 con la Ley 20/2007. Esta posición ya la tenía el profesor Cruz en 1999, cuando afirmaba que: “una cosa es la presencia de una situación sociológica de desequilibrio contractual [...] y otra bien diversa que sean supuestos a integrar plenamente dentro del ámbito subjetivo de aplicación del derecho del trabajo”. Si bien “puede resultar inadecuado calificar (estos

(82) CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos: presentación”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 81, Granada, 2005, pp. 11-22.

(83) *Ibidem*, p. 15.

(84) *Ibidem*, p. 16.

supuestos) de trabajo subordinado como de autónomo [...] se trata de articular un sistema de protección del trabajador desde el punto de vista autónomo que es dependiente desde el punto de vista económico, permitiéndole utilizar medios de defensa semejantes a los del trabajador subordinado”(85).

Por tanto, en su opinión no es cuestión de buscar un nuevo criterio delimitador del derecho del trabajo sino de “destacar la necesidad de establecer una regulación diversificada que de forma gradual pueda atender a las peculiaridades de las plurales fórmulas que se encuentran a medio camino entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente”(86).

Pero debemos tener cuidado, dado que con reglas de diferente alcance podemos incentivar conductas inadecuadas. La idea de los derechos laborales progresivos, mencionada en el último año por la ministra de Trabajo, supone en nuestra opinión la aceptación gubernamental del fracaso de la aplicación de las normas laborales vigentes en Perú. Y es que, como señaló el profesor Aparicio Valdez en su discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho(87), en Perú siempre se ha querido ser pionero en la emisión de normas laborales, resultando la mayoría de ellas intentos inútiles.

De repente, ante la “sobreabundancia de formas de empleo marginal o en condiciones atípicas, trabajadores semiautónomos y un largo etcétera de “archipiélagos” de subordinaciones resulta imprescindible así establecer un “espacio habitable” para este último (el trabajo autónomo), un suelo de derechos mínimos que proteja a los trabajadores autónomos cuya situación social y económica sea homologable a la de los trabajadores por cuenta ajena, extendiendo la aplicación de ciertas normas laborales compatibles con las peculiaridades del tipo de trabajo que desempeñan(88)”.

(85) CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 185-196.

(86) *Ibidem*, p. 187.

(87) Expuesto el 28 de agosto de 2007.

(88) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El derecho del trabajo tras las últimas reformas “flexibilizadoras” de la relación laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 49-51.

4.2. Pero ¿no estamos legalizando el fraude?

Como hemos indicado, el desarrollo del trabajo autónomo puede corresponder a una forma de desvalorización (simulación de relaciones subordinadas, normalmente gente poco calificada) o de valorización (reales trabajadores autónomos, muy cualificados). A veces la legislación o la jurisprudencia ayudan a avanzar hacia lo autónomo: por ejemplo, la sentencia emitida por el Tribunal Federal Alemán de Trabajo el 9 de mayo de 1996 en el caso *Weight Watchers* señaló que la empresa que deseaba transformar su red de establecimientos en una red de agencias franquiciadas tenía el derecho de despedir a su personal con ese fin y proponer a los trabajadores despedidos el estatuto de colaboradores libres (*Bundesarbeitsgericht*, 9 de mayo de 1996, *Der Betrieb* 1996, 2033)⁽⁸⁹⁾.

Ante el riesgo de esta apertura hacia lo autónomo y para evitar abusos “deben darse dos condiciones: en primer lugar, hay que mantener firmemente el principio de la recalificación del falso trabajo autónomo como trabajo por cuenta ajena; en segundo lugar, hay que dotar al trabajo autónomo de un verdadero estatuto profesional que garantice en particular su protección social”⁽⁹⁰⁾.

Y es que “ninguna de estas dos estrategias resulta verdaderamente satisfactoria. Las dos acarrearán una fuerte dualización de la sociedad. Especialmente, la primera (Derecho del trabajo y organizaciones sindicales deben *resistir*, defender a cualquier precio la relación de trabajo, el concepto clásico) puede tener efectos perversos: de hecho, podría convertir el Derecho social nada más que en una protección elitista y corporativa de los ‘*happy few*’ que disponen de un estatuto de trabajador (la segunda supone diseñar dos tipos de regímenes, el clásico y un mínimo de protección social al estatuto no laboral).

Cabe también una tercera estrategia, la de la adaptación activa que podría permitir evitar esos riesgos y que consistiría en *reinstitutionalizar* la relación laboral. En este contexto, *reinstitutionalizar* significa establecer *reglas*, determinar *espacios* para la *negociación* de esas reglas y permitir que los *actores colectivos* intervengan de manera eficaz. El análisis comparado que hemos realizado demuestra que ya existen rasgos de esta *reinstitutionalización* en los Derechos nacionales. Al estatuto del trabajador,

⁽⁸⁹⁾ SUPLOT, “Prólogo”, cit., p. 41.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 42.

que vincula subordinación y seguridad, debe sucederle un nuevo estado profesional de las personas, fundado en un planteamiento global del trabajo y capaz de vincular los imperativos de libertad y seguridad”(91).

De lo expuesto podemos entender que la existencia de trabajadores autónomos o de la descentralización productiva no necesariamente tiene fines fraudulentos, sino que supone una solución (a veces correcta, a veces abusiva) frente a las nuevas formas de trabajo. Empero ello no impide que en la realidad, especialmente en aquellas en que la autoridad inspectiva es débil o el control judicial lento, se propicien conductas vedadas o sancionables.

Con esto podemos afirmar que tanto el trabajo autónomo como el trabajo subordinado se manifiestan en diferentes situaciones, no describen ni engloban un modelo único. Esto puede resultar obvio pero hay que destacarlo. Algunos criterios para diferenciar los conceptos tendrán que considerar si el trabajador autónomo cuenta con personal a su cargo o si depende económicamente de uno o más empresarios principales. Aunque utilizar números siempre puede resultar discutible y arbitrario(92).

Claro está, hay doctrina que, como el profesor Calvo(93), no considera malo el auge de los autónomos pues no descarta a aquel que quiere ser libre, con falta de control externo y posibilidades de crecimiento personal y económico. La duda nos surge cuando observamos a aquel prestador de servicio a quien le *imponen* el esquema de la autonomía. En un mercado con elevada oferta de prestadores de servicios, parece clara la desigualdad contractual que puede existir entre quien requiere un servicio y quien se ofrece a prestarlo. Al respecto, Montoya piensa que la dependencia económica no es sino la misma que sirvió para construir la dependencia jurídica en el inicio de la regulación del contrato de trabajo(94).

(91) *Ibíd*em, p. 93.

(92) En el reciente Estatuto del trabajo autónomo español se define la dependencia económica si el prestador del servicio percibe, al menos, el 75% de sus ingresos de un solo cliente (artículo 11º).

(93) CALVO GALLEGOS, Francisco, “Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 81, Granada, 2005, p. 48.

(94) MONTOYA MELGAR, Antonio, “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del trabajo”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 81, Granada, 2005, p. 36.

Cruz afirma que el *trade* (trabajador autónomo dependiente) no puede confundirse con el falso autónomo, pues en aquel caso no hay uso fraudulento de la contratación por cuenta propia. Los autónomos “tienen la condición de ‘dependientes’ en el sentido de que prestan sus servicios de manera prevalente para un mismo cliente, del cual obtienen sus principales ingresos económicos, en términos tales que ese cliente de facto condiciona la forma y el modo de organización de la propia empresa del autónomo”. Por eso es que “no puede atenderse esta realidad social y económica bajo las claves tradicionales del ejercicio de las profesiones liberales”⁽⁹⁵⁾.

Otro autor señala que “de igual modo, la tendencia a la reducción de plantillas es una de las consecuencias más evidentes de la externalización de procesos productivos, que ha derivado en la aparición de un denso entramado de pequeñas empresas subcontratistas, en las que el trabajo autónomo dependiente resulta una importante parte del nuevo empleo por causa de sus costes menores en relación con el trabajador por cuenta ajena, por lo que es de suma importancia la clarificación y regulación de los *trade* para evitar situaciones de *dumping* social en el mercado laboral.

Estos factores, entre otros, han sido causa importante en el fuerte incremento del autoempleo en España, que se sitúa como cuarto país de la Unión Europea, con casi tres millones de trabajadores, que representan un 16% de la fuerza laboral, cantidad para nada desdeñable”⁽⁹⁶⁾.

La realidad supera al Derecho. En el Informe Supiot se mencionaba que “las técnicas de negociación y los convenios colectivos se extienden más allá del trabajo asalariado, sirviendo para definir el estatuto colectivo de trabajadores judicialmente independientes, pero económicamente dependientes de un agente económico. Las legislaciones que conocen un estatuto de los parasubordinados (Italia) o de los cuasiasalariados (Alemania) aplican a este tipo de trabajadores el derecho de negociación colectiva. Este derecho convencional ha constituido, a su vez, una poderosa herramienta para el desarrollo del estatuto colectivo de estos trabajadores. Incluso fuera de tales estatutos particulares, se observa en algunos países

(95) CRUZ VILLALÓN, “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, cit., p. 18.

(96) ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, José Luis, *El Estatuto del trabajador autónomo y el trabajador autónomo dependiente*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2006, p. 5.

un recurso a la negociación colectiva para regular determinados aspectos del trabajo de los trabajadores jurídicamente autónomos.

Por ejemplo, en Francia se firmó en abril de 1996 un acuerdo colectivo entre la Federación de Compañías de Seguros y los sindicatos de agentes generales de seguros. Estos agentes ejercen una actividad comercial y de asesoramiento, y están vinculados a las compañías de seguro mediante contratos de mandato. Tienen sus propios asalariados, pero dependen económicamente de sus mandantes. El acuerdo define las condiciones de celebración, modificación y rescisión de los contratos de mandato, y contiene disposiciones relativas a la remuneración, formación y protección social de dichos agentes generales⁽⁹⁷⁾.

5. CONCLUSIONES

Nuestra realidad laboral nos obliga a resolver muchos problemas, pero algunos resultan más importantes que otros. Debemos ser sinceros en fijar las prioridades y creemos que uno de los primeros temas a tratar supone incentivar la formalización de las relaciones laborales y hacer más atractivo (económica y jurídicamente) al contrato laboral frente al contrato civil. Debemos entender por qué se prefiere incumplir la norma laboral para corregir sus defectos. Con ello, podremos otorgar protección a los grupos que realmente la necesitan, es decir, aquellos que necesitan prestar un servicio de manera subordinada a cambio de un ingreso y, de paso, reducir el número de procesos judiciales.

En esta línea de solución (aunque bajo otro camino) se encuentra la propuesta de la ministra de Trabajo de los derechos laborales progresivos, es decir, de no otorgar todo el paquete laboral a los nuevos trabajadores, sino algunos de ellos, los esenciales (seguridad social, tiempo de trabajo, entre otros). Un intento fallido de este objetivo lo constituye el capítulo laboral de la ley de la micro y pequeña empresa⁽⁹⁸⁾, establecido de manera temporal hasta el año 2013. Empero, su incidencia ha sido mínima, lo cual ha llevado a revisar dicha política para intentar una mayor aplicación en la realidad.

(97) SUPLOT, "Prólogo", cit., p. 158.

(98) Ley N° 28015 del 3 de julio de 2003, modificada por Ley N° 28851.

Regular los beneficios sociales de los trabajadores realmente autónomos haría más difícil la aplicación del Derecho del trabajo, dado que estaría ocupando gran parte de su territorio. Recordemos que tenemos un escenario de formalidad muy lejano del que existe en Europa: la mayoría de nuestros locadores de servicios, los contratados por servicios no personales, o los “cuarta-quinta” en Perú son falsos autónomos, son trabajadores que por imposición legal o empresarial viven fuera del Derecho del trabajo, a pesar que les corresponde su ciudadanía laboral y que solamente pueden obtenerla recurriendo a la autoridad estatal. Y esto ocurre, paradójicamente, en muchas instituciones del Estado, principal responsable de esta mala práctica⁽⁹⁹⁾, sin que todos los inspectores de trabajo⁽¹⁰⁰⁾ puedan colaborar en la pronta resolución de estos casos. Inclusive, la reposición en el puesto de trabajo resulta ser un tema cuestionado por un sector de la doctrina dado que ello supone incumplir las normas específicas de contratación y las garantías de la carrera administrativa, a pesar que normalmente el trabajador no es quien creó dicho incumplimiento sino la entidad que luego alega esta situación para no reponer a quien contrató previamente de manera irregular.

En este escenario, pensamos que corresponde reformular y fortalecer los conceptos clásicos del Derecho del trabajo, tanto público como privado, y avanzar hacia relaciones de trabajo honestas. Consideramos que una vez formalizadas las relaciones de trabajo existentes (o la mayoría de ellas) podremos revisar si la legislación actual (principalmente la establecida por el Estado y esencialmente referida a beneficios económicos) resulta adecuada. Lamentablemente, ha sido esta discusión la que ha centralizado el debate sobre el proyecto de ley general de trabajo: régimen de estabilidad laboral, CTS o seguro de desempleo, monto de las utilidades legales, gratificaciones, etc. sin que el principal problema haya sido enfrentado. Caso contrario, reformulemos el Derecho del trabajo nacional para hacerlo comprensivo de la mayoría de (por no decir todas) las formas de trabajo existentes en nuestro país, sin necesidad de adoptar conceptos que no surgen mayoritariamente de nuestra realidad económica.

(99) Quisiéramos conocer cuántos procesos laborales contra el Estado existen en trámite en el Poder Judicial que alegan aplicación de primacía de la realidad. Y los costos sociales de dichos procesos.

(100) Si bien en Lima todos los inspectores son trabajadores formales, en provincias muchos inspectores de trabajo están contratados por “servicios no personales” o emiten recibos por honorarios profesionales.

Ojala que el flamante pacto social y el consejo nacional del trabajo logren priorizar la solución del problema de la informalidad laboral y que los actores sociales asuman un rol adecuado para lograr el bienestar general.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel, “La ajenidad en el mercado: un criterio definidor del contrato de trabajo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 28, Madrid, 1986.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, José Luis, *El Estatuto del trabajador autónomo y el trabajador autónomo dependiente*, estudio coordinado y dirigido por la Fundación Sindical de Estudios, España, 2006.
- APILLUELO MARTÍN, Margarita, *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- ARCE ORTIZ, Elmer, *Informalidad, Derecho y Derecho social*, en VV.AA., *Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004.
- BOZA PRO, Guillermo, *Informalidad y relaciones laborales*, en AA.VV., *Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004.
- CALVO GALLEGO, Francisco, “Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 81, Granada, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, *El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos*, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 81, Granada, 2005.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación”, en *Ius et Veritas*, N° 25, Lima, 2002.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El Derecho del trabajo tras las últimas reformas “flexibilizadoras” de la relación laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

- GALBRAITH, John Kenneth, *Anales de un liberal impenitente*, Gedisa, España, 1982.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Los transportistas de mercancía”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, 1999.
- GOLDIN, Adrián, “Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)”, en *Revista Derecho del Trabajo*, N° 29, Buenos Aires, 2003.
- LUJÁN ALCARÁZ, José, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en VV.AA., *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- MONTOYA MELGAR, Antonio, “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del trabajo”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 81, Granada, 2005.
- MORENO MARCOS, Marta, “El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el Derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias carcinógenas o mutágenos”, en *Revista de Derecho Social*, N° 36, Albacete, 2006.
- NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2003.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La relación de trabajo - informe V(1)”, en 95ª Conferencia internacional del trabajo, OIT, 2006.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, realizada en junio de 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y*

- trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- ROMAGNOLI, Umberto, “Renacimiento de una palabra”, en *Observatorio laboral de la fundación sindical de estudios*, N° 40, Madrid, 2006.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, ARA, Lima, 1997.
- SASSEN, Saskia, *La movilidad del trabajo y del capital*, MTSS, Madrid, 1993.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, Aranzadi, Navarra, 1997.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Jurisprudencia social unificada 2000*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- SUPIOT, Alain (coord.), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Tirant lo blanch, España, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Presentación”, en *Documentación Laboral*, N° 73, Madrid, 2005, Vol. I.
- VV.AA., *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo, Informe de la Comisión de Expertos designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del trabajador Autónomo*, Madrid, 2005.