

El trabajo dependiente y el trabajo autónomo, la crisis de la subordinación

Ricardo Nugent Valverde

Resumen

Desde un tiempo relativamente corto se viene discutiendo si determinadas actividades, que son resultado de la globalización de la economía y de la competitividad, que obliga a reducir los costos sociales, como el teletrabajo, la tercerización de servicios, los cambios tecnológicos como la automatización, deben originar cambios importantes para proteger a un gran número de trabajadores en que la subordinación jurídica tradicional no puede ser determinante para calificar el trabajo dependiente y por eso se habla de la crisis de la subordinación jurídica. Es entonces necesario crear una nueva categoría para amparar a quienes laboran en actividades donde no aparecen nítidamente expresadas el concepto tradicional de la subordinación jurídica, comprendiendo dentro de ella incluso a los numerosos trabajadores que realizan el llamado trabajo negro o subterráneo. El remedio para tales situaciones es considerar que existe trabajo dependiente cuando exista dependencia económica, no como un simple indicio sino como un elemento esencial de la relación de empleo. Para que se cumpla tan pragmática finalidad es preciso que los jueces hagan una adecuada interpretación judicial de las normas vigentes mientras el legislador positivise esa jurisprudencia.

Palabras clave: Trabajo dependiente, trabajo autónomo, subordinación.

DEPENDENT WORK AND AUTONOMOUS WORK, THE CRISIS OF THE SUBORDINATION

Abstract.

From a relatively short time one comes discussing if certain activities that are been of the globalization of the economy and of the competitiveness that forces to reduce the social costs, as the telework, the outsourcing of services, the technological changes as the automation, should originate important changes to protect to a great number of workers in that the traditional juridical subordination cannot be decisive to qualify the dependent work and for that reason it is spoken of the crisis of the juridical subordination. It is then necessary to create a new category to aid those who work in activities where they don't appear sharply expressed the traditional concept of the juridical subordination, even understanding inside it to the numerous workers that carry out the called black work or underground work. The remedy for such situations is to consider that dependent work exists when economic dependence exists, not as a simple indication but as an essential element of the employment relationship. So that pragmatic purpose is completed it is necessary that the judges make an appropriate judicial interpretation of the effective norms while the legislator makes positive that jurisprudence.

Key words: *Dependent work, autonomous work, subordination.*

El trabajo humano es tan antiguo como la humanidad. En los albores de los tiempos el hombre se ve enfrentado a una naturaleza que le es hostil. Tiene que trabajar para poder subsistir. "El trabajo es inherente a la condición humana y constituye una dimensión de la existencia del hombre sobre la tierra", como declaró Juan Pablo II en la Encíclica *Laborem Exercens*".(1981:89).

La palabra trabajo proviene del latín *travis*, es decir una traba, tiene un significado etimológico que no corresponde estrictamente a la realidad pues el que trabaja en la actividad a la que ha sido llamada en la vida lo hace con satisfacción y es feliz con la profesión a que se dedica.

Lo que ha sucedido, es que la consideración del trabajo como una pena y una traba a la libertad del hombre, tiene su origen en el mito judeo- cristiano desarrollado en el poema del libro del Génesis. "Maldita sea la tierra. Con fatiga sacarás de ella sus alimentos por todos los días de la vida. Espinas y cardos te dará y comerá la hierva del campo. Con el sudor de tu frente comerás el pan hasta que vuelvas a la tierra, pues de ella fuiste sacado porque polvo eres y polvo volverás" (Gen, 3-18-19).

No obstante el mismo poema se lee que Dios bendijo a los primeros padres diciéndoles "Henchid la tierra y someterla" (Gen. 1-28), para lo cual era indispensable el trabajo humano. Sin embargo la realidad es distinta, porque mientras poderosos grupos económicos explotan a conglomerados sociales económicamente débiles, no será posible lograr

plenamente un orden social justo, en que pueda hablarse con propiedad de la vida digna del trabajador y su familia, en las condiciones deseadas de libertad moral y de bienestar y desarrollo de la persona humana. En consecuencia, no es la supuesta maldición bíblica sino las razones que se dejan señaladas, las causantes de la lamentable situación de millones de hombres que trabajan, en que efectivamente hacen que el trabajo se realice con fatiga y en condiciones infrahumanas.

En último análisis, sin el trabajo no se hubiera cumplido el desarrollo del mundo civilizado y se hubiera extinguido la humanidad. Por eso el trabajo del hombre aparece indisolublemente unidos a través de la historia.

La palabra trabajo tiene distintos significados tanto en el lenguaje vulgar como desde el punto de vista científico. Por un lado, trabajo significa obra, o sea la ejecución de algo tangible, la que puede concretarse en un contrato de naturaleza civil o mercantil o en un contrato de trabajo, según las condiciones pactadas.

El trabajo también se considera como una actividad en la que no se tiene en cuenta el resultado de la labor sino la cumplida en una determinada jornada de trabajo. Asimismo el trabajo se asimila al empleo de una persona para que cumpla una determinada realidad.

Desde el punto de vista de la economía Gide considera el trabajo como un simple valor de producción y así " se entiende por trabajo la actividad consciente del ser humano encaminada a producir un valor económico, es decir algo que sirve para cumplir una satisfacción económica del hombre", (1944:65).

Para los efectos jurídicos el Derecho sólo considera trabajo al ejecutado por el hombre. Únicamente la persona humana es sujeto de derecho y obligaciones y por consiguiente no se considera trabajo las actividades que realizan los animales y las máquinas, pues esas labores, son imposibles sin intervención humana.

El trabajo como hecho jurídico importa la actividad de una persona natural. Esta prestación de servicios admite dos modalidades. En la primera se trata de servicios personales en condiciones de dependencia jurídica o económica a cambio de una remuneración. En la segunda, existe la prestación de servicios a cambio de una remuneración, pero en forma autónoma.

En el primer supuesto se trata de un trabajador cuya relación laboral está regida por el Derecho de Trabajo y , en el segundo por las normas del derecho común. El trabajo autónomo se refiere a los que realizan los médicos, abogados, ingenieros y en general a todos los que ejercen una profesión u oficio en forma independiente. No obstante cuando esos trabajadores concurren al centro de trabajo y se someten a las mismas regulaciones del trabajo dependiente se encuentran protegidos por el derecho del trabajo.

En ambos casos debe existir un convenio que implique la voluntariedad para la prestación de aquellos servicios. Por eso el trabajo forzoso de los penados y el que en su momento realizaron los esclavos no está ni pudo estar bajo el manto protector del derecho del trabajo.

El contrato de trabajo puede ser expreso o tácito. Es decir que si el trabajador no puede acreditar la existencia de un contrato expreso, puede recurrir a la acreditación de una relación de trabajo que obviamente supone la existencia de un contrato de trabajo, como lo establece entre nosotros el artículo 4, del Decreto Supremo No. 003-97-TR que contiene el Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No. 728.

En cuanto a la subordinación jurídica introducida hace muchísimos años por el maestro Ludovico Barassi, para distinguir el trabajo dependiente del trabajo autónomo, ha sido aceptada pacíficamente como elemento distintivo de la relación trabajo dependiente y que supone que el trabajador preste sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas y, sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción por incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. Asimismo el empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos días u ordenes de trabajo, así como la forma y modalidades de la prestación de labores, dentro del criterio de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, tal como se lee en el artículo 9º, del Decreto Supremo No. 003-97-TR, antes mencionado.

Recíprocamente los trabajadores tienen como deberes básicos los siguientes:

- a) Cumplir con las obligaciones concretas de supuesto de trabajo;
- b) Observar las medidas de seguridad, higiene que se adopten;
- c) Cumplir con las ordenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas;
- d) No concurrir con la actividad de la empresa;
- e) Contribuir a la mejora de la productividad de la empresa y
- f) Cuantas se deriven en su caso, de los respectivos contratos de trabajo como lo señala el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores de España, contenido en el real Decreto Legislativo 1/ 1995 del 24 de Marzo, que transcribimos como referencia por cuanto no hay nada legislado sobre el particular en la legislación nacional.

Con razón expresa De La Cueva "que a la subordinación del trabajador al patrono constituye una obligación legal, esto es, es indispensable que el trabajador este obligado jurídicamente a obedecer al patrón, en uso del poder de dirección que corresponde al empleador". (1964:497).

Todo lo expresado nos lleva a la conclusión que la subordinación jurídica surge de un contrato de trabajo, es decir de un acto voluntario del trabajador por consiguiente como expresa de Ferrari " que en realidad cuando se habla de subordinación jurídica que crea un contrato de trabajo, no se hace referencia a una situación de hecho en la que el trabajador pierde su iniciativa y su libertad, y aparece desarrollando una actividad totalmente dirigida".(1968:318).

No es pues exacto, "que la subordinación implica la pérdida de la libertad y de iniciativa del trabajador como afirmó hace muchos años Castorena". (1971:66).

Es necesario señalar que la subordinación o dependencia jurídica, solo funciona dentro de la jornada de trabajo. Al término de ella, el trabajador recupera su total libertad, y por consiguiente el empleador está impedido de darle órdenes de ninguna clase. Cabrían sin embargo dos excepciones de ésta regla como señala entre nosotros Rendón" la primera deriva de la colocación del trabajador en un nivel jerárquico muy elevado, por ejemplo, en un puesto gerencial, donde su función y responsabilidad se encuentra obligado a atender las indicaciones del empleador sobre asuntos relativos a la empresa fuera de la jornada y del lugar de trabajo, siempre que para ello hay una causa justificada; la segunda se origina en la imposición al empleado de una conducta determinada fuera de las horas y del lugar de trabajo, por ejemplo, la prohibición de concurrir a establecimientos de apuestas o de dudosa reputación impuesta a trabajadores que manejan fondos, o por el carácter de la empresa no puedan exhibirse en tales sitios". (1995:164).

Es innegable el rol histórico de la subordinación o dependencia jurídica en el desarrollo del Derecho del Trabajo y en precisar cuando una relación jurídica se considera una relación de trabajo dependiente sujeta a la protección del Estado. La subordinación jurídica se origina en la necesidad humana de trabajar en posición de inferioridad.

Dentro de éste contexto tradicional se puede sostener que el trabajo dependiente está sometido a una subordinación específica, mientras que en el trabajo autónomo se presenta lo que podríamos llamar una subordinación genérica, desde que las partes contratantes están subordinadas al cumplimiento de las obligaciones que mutuamente han asumido. Es decir que la subordinación jurídica específica, constituía hasta hace muy pocos años uno de los elementos esenciales de la relación de trabajo y se encontraba nítidamente expresada en las órdenes de quienes se benefician con su trabajo, que ostenta el poder de dirección inclusive la sanciones disciplinarias correspondientes tal como se ha dejado señalado, situación que en la hora presente no se da necesariamente en las nuevas modalidades de trabajo.

De todos modos debemos precisar que, como sostiene Krause "la actual posición del sujeto subordinado del contrato de trabajo es también

variable y según el mayor o menor grado de dependencia en que se encuentra respecto a su superior. Mientras existen relaciones en la que la subordinación es bastante rígida y acentuada en general las labores manuales, hay otras en que la diferencia jerárquica apenas se dibuja aproximándose más bien a la forma de colaboración". (1959: 25)

Por ésta razón y por las que en seguida vamos a precisar se habla de la crisis de la subordinación como elemento esencial de la relación de trabajo. Desde hace muy poco tiempo la frontera divisoria entre el trabajo en relación de dependencia y el trabajo autónomo era muy nítida. Se concretaba al elemento esencial de la subordinación para hacer la distinción. Por eso la diferencia entre trabajo dependiente y la locación de servicios marcaban la diferencia entre el derecho de trabajo y el derecho común y, por lo tanto las consecuencias jurídicas que determinaban cada una de éstas situaciones.

Desde un tiempo relativamente corto se viene discutiendo si determinadas actividades que son resultado de la globalización de la economía, de la competitividad que obliga a la reducción de los costos sociales, el trabajo a distancia, la tercerización de servicios y sobre todo los cambios tecnológicos, como la automatización, deben originar cambios importantes para proteger a un gran sector de trabajadores en que la subordinación exclusivamente no puede ser determinante para calificar el trabajo dependiente, siendo por eso necesario crear una nueva categoría para amparar a quienes laboran en actividades donde aparentemente no aparece el tradicional elemento de subordinación jurídica.

La tradicional política del trabajador subordinado como condición para gozar de la protección legal viene deteniendo la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo, sucediendo lo que Ermida Uriarte denomina la huída del Derecho del Trabajo, ignorándose a los trabajadores a los que se ha colocado en la zona gris de nuestra disciplina a pesar que definitivamente trabajan por cuenta ajena sin correr el riesgo de empresa ni hacer suyas las utilidades. Con razón, De Buen considera "que ciertamente llegará un día- y no lo vemos muy lejano- en que será suficiente la prestación de un servicio personal remunerado para que deba hablarse de relación de trabajo" y deba calificarse de contrato al acuerdo de voluntades precedente".(1992:50).

Es preciso entonces, hacer una reingeniería normativa, la legislación del trabajo no ha evolucionado paralelamente a la realidad, no teniendo a su alcance las normas para resolver los casos grises que se presentan en el trabajo a distancia, la tercerización el suministro de mercaderías, los servicios eventuales y otras formas que los empresarios muchas veces consideran trabajo autónomo en fraude de la ley y en perjuicio de los trabajadores. Si no se procede en la forma que se deja precisada colocaríamos a gran número de laborantes en evidente situación de indefensión.

Debe tenerse en cuenta por lo tanto, que las nuevas formas de trabajo por cuenta ajena exigen soluciones flexibles y no una legislación tan rígida como la que ha sido utilizada tradicionalmente.

Una de las nuevas formas de trabajo por cuenta ajena es la llamada tercerización o sub-contratación como la denomina la OIT y que en determinados casos disminuye considerablemente la función tutelar que siempre caracterizó a los dependientes de una relación de trabajo.

Una de las características de la tercerización es que el trabajador sujeto a éste contrato, no está vinculado por vínculo laboral directo con el usuario del servicio, sino con el intermediario con el que ha concertado un contrato de trabajo, lo que implica frecuentemente la indefensión del titular cuando se trata de reclamar sus beneficios sociales.

Dentro de esta nueva forma de trabajo se presenta también la sub-contratación individual, en virtud de la cual una persona aparentemente asume el riesgo de empresa disfrazándose de empresario, no obstante que tiene un solo cliente que le señale el precio de la mercadería y su presunto beneficio representa lo que percibiría un trabajador asalariado. En realidad se trata de una simulación que encubre un auténtico contrato de trabajo ya que si bien no aparece la dependencia jurídica tradicional, es evidente su dependencia económica.

La intermediación reviste otras modalidades. La primera cuando la empresa Intermediaria asume las actividades permanentes de la empresa usuaria, y la segunda, cuando el intermediario provee de personal a la empresa usuaria, para cumplir con determinadas actividades temporales.

La legislación peruana no ha sido ajena a éstas nuevas formas de contratación como aparece en el DS 003-97TR, que contiene el Texto Unico Concordado del DL 722 que legisla sobre las empresas de servicios temporales y las empresas de servicios complementarios.

Esa empresa de servicios temporales aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo por personas naturales contratados directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene respecto de estos el carácter de empleador, agregando que los servicios temporales son los contemplados en el Título II del DL 728.

Esto quiere decir que si una empresa no desea contratar a un trabajador bajo ninguna de las modalidades del trabajo temporal, puede recurrir a una empresa de servicios temporales para que les proporcione el personal necesario.

Asimismo se considera empresa de servicios complementarios, aquéllas cuya actividad principal es poner a disposición de otras empresas actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado; considerándose actividades

complementarias de carácter especializado aquéllas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución se requiere personal calificado.

La tercerización no es en principio inconveniente, la complejidad de las actividades de las empresas aconsejan que éstas se dediquen básicamente al giro principal del negocio, remitiendo a terceros la realización de determinadas actividades de carácter secundario. Asimismo resulta indiscutible el derecho de la empresa a solicitar temporalmente el servicio de trabajadores suplentes para reemplazar a los titulares en caso de vacaciones, en caso de enfermedad o de renuncia hasta que se nombre al titular.

Lo que resulta de inaplazable urgencia es una adecuada normatividad que impida la simulación o que la tercerización sea utilizada para eludir los derechos fundamentales del trabajador.

Asimismo otra de la forma que requiere adecuada solución es el llamado teletrabajo, considerado como una sub-especie de trabajo a domicilio, que mucho tiempo estuvo en la zona gris del Derecho del Trabajo. Es considerado como una forma flexible de organización del trabajo, se les contrata para que realicen una obra o presten un servicio sin la presencia física del trabajador de la empresa. Importa una serie de actividades que pueden realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial, usando métodos de procesamiento electrónica de información y el uso continuo de medios de comunicación que permitan el contacto entre el trabajador y la empresa.

Este esquema de trabajo, como es fácil advertir se aleja del esquema tradicional que exige la presencia del trabajador en la empresa, debilitándose la facultad de dirección y de control del empresario, pudiendo el trabajador señalar su propio horario de trabajo y recurrir a la ayuda de sus familiares.

Cuando el iuslaboralista se dispone a examinar los aspectos jurídicos del teletrabajo, corre el riesgo de sufrir una profunda crisis de desaliento. Frente a las exigencias de una innovación tecnológica velocísima, advierte que las respuestas de que dispone están ligadas a principios e instituciones obsoletas, explicables en la época de la primera revolución industrial pero que resultan incompatibles en una sociedad donde se han implantado nuevas formas de trabajo.

La OIT, define el teletrabajo, "como cualquier trabajo efectuado en un lugar donde lejos de las oficinas o talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de nuevas tecnologías". En forma más generalizada y comprensiva lo define la doctrina como una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador de la empresa, durante una parte importante

de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso permanente de métodos de procesamiento electrónico, de información y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa.

Es evidente que el teletrabajo tiene ventajas, tales como la posibilidad de flexibilizar el horario de trabajo, con mayor autonomía profesional, realizar el trabajo en un medio familiar, la reducción de los problemas de transporte, contribuir a solucionar el problema del desempleo, la ayuda a mujeres discapacitadas o de estado civil viudas y con hijos entre otras; para el empleador implica la reducción de las áreas administrativas tradicionales de la empresa de las que resulta la reducción de importantes gastos, energía eléctrica, limpieza, etc.

En cuanto, a las clases de teletrabajo pueden distinguirse tres casos distintos:

1. El Off line o desconectado en virtud del cual el teletrabajador recibe determinadas instrucciones iniciales y cumple una actividad informática con cuenta propia, sin ninguna conexión electrónica con el ordenador central instalado en la empresa, al que después hace llegar los datos. Esta última etapa puede cumplirse por correo a través de discos flexibles que pueden ser reelaborados por otros teletrabajadores ya sea en las oficinas del empleador o también a través de transmisión telefónica vía MODEM.
2. El One way line, en que el trabajador cumple su actividad sobre un video terminal conectado en forma simple con el ordenador central, al cual afluyen los datos directamente sin que sea posible un control directo sobre el terminal externo y es que se trata de una conexión en sentido único como la hipótesis de un teletipo altamente seleccionado.
3. El In line, que es la forma típica. El teletrabajador labora con un video terminal inserto en una red informática, que permite un diálogo interactivo entre el ordenador central y los terminales externos, en ésta hipótesis son posibles la recepción de directivas en tiempo real, mucho más sofisticados ocultos y profundos que aquellos típicos del trabajo tradicional.

De otro lado el trabajo puede ser dependiente o independiente. En el primer caso el trabajador está integrado en la organización y dirección de la empresa, es decir cuando el teletrabajador solo labora en lo que el empleador le ordena, observando el programa incluido en los equipos que el empleador suministra, estando ausente la iniciativa personal. En éste caso el trabajo no se ejecuta necesariamente en el domicilio del laborante sino en el centro de trabajo señalado por el empresario y que se encuentran en locales distintos del centro de trabajo.

El teletrabajo autónomo existe cuando el teletrabajador se le contrata para que realice una obra completa, que preste un servicio por un tiempo determinado y que no tiene con el empleador ninguna relación de dependencia en cuyo caso, el teletrabajador está sometido al derecho común.

Es difícil, determinar cuando un teletrabajo se cumple en situación de dependencia y cuando lo hacen en forma autónoma, por lo que es indispensable encontrar la forma de proteger al teletrabajador cualquiera que sea el lugar en que se encuentre ubicado, ya que efectivamente si el llamado teletrabajador autónomo presta servicios en forma continuada en la empresa, que es su único cliente y en condiciones de inferioridad económica que le impide negociar libremente. Evidentemente sería un teletrabajador amparado por las leyes del trabajo.

Otro tema acuciante para los jurislaboralistas es el trabajo informal o trabajo subterráneo o trabajo negro, como se le denomina en otras legislaciones que requiere de la urgente protección del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Este sistema no sólo es el resultado de las trabas burocráticas, de los excesos de reglamentación que exige el trabajo formal y la corrupción. Sin desconocer que las situaciones anotadas contribuyen a la informalidad, considero que ella se debe básicamente a la incapacidad del sistema para generar empleos permanentes en el sector formal de la economía, lo que ocasiona una masiva desocupación, resultado de lo cual es la marginalidad económica y social. Esto hay que agregar la simulación y el fraude de muchos empresarios que disfrazan de trabajadores autónomos a simples asalariados. En esta circunstancia y para no morir de hambre o convertirse en mendigos, el trabajador acepta esta lamentable situación a consecuencia de la cual carecen de beneficios sociales y de la protección de la seguridad social. En la misma situación se encuentran los autoempleados que por las razones que antes hemos señalados sólo obtienen con su trabajo no lo suficiente para vivir sino para subsistir precariamente.

Y es que las nuevas estructuras empresariales han determinado la reducción de los puestos de trabajo dificultando al sistema atender adecuadamente las actividades permanentes que se requieren en proporción a la población económicamente activa.

Este problema es realmente preocupante porque en el caso del Perú, sólo un reducido número de trabajadores son formales y figuran en la nómina de la empresa, en tanto que la gran mayoría de trabajadores se encuentran ubicados en la informalidad, de tal manera que no sólo hay que propiciar la actualización de la legislación de trabajo en beneficio únicamente de los trabajadores formales, sino también a favor de gran número de trabajadores informales, ya sea que se trate de autoempleados o de trabajadores subordinados, vestidos de trabajadores autónomos

sin que el empresario asuma las responsabilidades que les competen respecto a ésta clase de trabajadores.

En la misma situación se encuentran muchos agentes viajeros o viajantes de comercio, como se les denominan en otras legislaciones a quienes se les autoriza teóricamente a vender para terceros productos que no son de la competencia, pero que en realidad son trabajadores exclusivos de la empresa.

Tampoco podemos desconocer algunas formas de tercerización en las que existen una auténtica subordinación económica no obstante se les consideran como trabajadores independientes. Asimismo el Estado debe dar el ejemplo y suprimir los mal llamados trabajos no personales y que en realidad son personalísimos y no cumplen una labor transitoria en la empresa sino una actividad permanente, como son los asesores, secretarías y choferes entre otros trabajadores.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión que el Derecho del Trabajo, cuya una de sus características es ser un Derecho Nuevo, no por la novedad de sus instituciones sino por su fuerza expansiva, como se ha destacado anteriormente, se ha vuelto un anciano incapaz de dar adecuada solución a la situación de muchos trabajadores en los que no se da precisamente la subordinación jurídica. Es decir el Derecho del Trabajo ha sido superado por la realidad, por lo que es indispensable ir a una reingeniería normativa que concilie el trabajo tradicional con el que resulta de las formas de trabajo creadas por las nuevas tecnologías y que protejan al trabajador aparentemente autónomo, pero subordinado económicamente al empleador de quien depende exclusivamente para poder subsistir. Es indispensable entre tanto aplicar el principio de la primacía de la realidad a fin de que determinados contratos no sean de la naturaleza que los define su texto, sino lo que corresponde a la realidad y en consecuencia que determinados contratos que aparentemente se les denomina de locación de servicios cuando en realidad son contratos de trabajo.

En el derecho comparado se ha dado un paso adelante en cuanto a la protección de los trabajadores teóricamente autónomos pero que en el fondo trabajan en forma continuada, coordinada y exclusiva con un empleador son los llamados parasubordinados de la legislación italiana y los cuasi-empleados de la legislación alemana, que obviamente dependen económicamente del receptor de sus labores, quien resulta ser su cliente mayoritario o exclusivo, siendo las cantidades que percibe su único medio de subsistencia. A éstos trabajadores se les reconoce determinados beneficios sociales, compatibles con su actividad y la amplia protección de la seguridad social.

Vuelve así a tener presencia en el mundo del trabajo la subordinación económica, que como es sabido determinó la dación de las primeras leyes tutelares a favor de los trabajadores obreros de la gran industria,

que eran víctimas del capitalismo salvaje que produjo la primera revolución industrial.

Actualmente la subordinación económica no es un simple indicio de que quien presta un servicio pertenece a la clase trabajadora se encuentra en relación de trabajo, como quería De La Cueva siguiendo los autores alemanes que no consideraban la dependencia económica como elemento necesario para determinar si el trabajador se encontraba dentro de las leyes protectoras de trabajo. (1964:484).

La subordinación económica adquirirá nuevos caracteres y manifestaciones, o fundamentalmente se basará en la obligación social de trabajar, ya que el trabajador tendrá conciencia de que el trabajo, como manifestación más alta de la persona humana, servirá a la solidaridad social, beneficiará a todos y será el medio que permitirá vivir dignamente. Para considerar a la subordinación económica como elemento esencial de la relación de empleo, el Derecho de Trabajo debe adoptar las medidas indispensables para evitar el abuso y la explotación al cumplirse una prestación de servicios.

Las nuevas modalidades de trabajo, originadas por las recientes estructuras empresariales nos llevan a la conclusión que para considerar que un trabajador es dependiente, no es estrictamente necesario establecer previamente si existe subordinación jurídica, sino acreditar únicamente que está subordinado económicamente al empleador.

Sin embargo, para que haya dependencia económica, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos; que las cantidades que perciba el trabajador por la prestación de un servicio o la ejecución de una obra constituya su principal fuente de ingreso; que sus ingresos provengan básicamente de un solo empleador y, que el prestador del servicio no goce de autonomía para fijar el precio de compra y de reventa, todo lo cual determinará la subordinación económica del trabajador.

Mientras el legislador no de solución a estos problemas, es indispensable que la jurisprudencia se anticipe a la actualización de la legislación laboral que exige las circunstancias. El juez no puede limitarse a aplicar automáticamente la Ley sin previamente a interpretarla porque entonces sería reemplazado por la cibernética. El juez no puede agotar su misión investigando que quiso decir el legislador. La Ley una vez promulgada, adquiere otra dimensión y se independiza de sus autores, para que los jueces la adapten a la realidad socio política en el momento en que se aplica. Oliver Wendell Holmes que fuera Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, sostenía que el derecho en uno de sus cabos va adoptando siempre nuevos principios que obtiene de la vida social cambiante, aunque en otro de sus cabos opuestos sigue adoptando viejos moldes todavía no desaparecidos. El Derecho afirmaba, podría ser pura lógica si dejara de crecer, más para ello fuera menester que la sociedad sobre la cual se aplica dejara de cambiar y esto es imposible.

Para que estas reflexiones sean una realidad es oportuno recordar las expresiones del insigne jurista uruguayo Eduardo J. Couture, citado por Silva Alonso "de la dignidad del juez depende la dignidad del derecho. El derecho valdrá en un país en un momento histórico lo que valgan los jueces como hombres. La sentencia no es un pedazo de lógica, ni tampoco una norma pura. Es una obra humana. Criatura del espíritu del hombre, ella valdrá lo que valga el hombre que la produce." (1970:18).

Esta inquietud no ha sido ajena a las bellas expresiones literarias. Don Alfonso el personaje de Azorín en el ensayo "El buen Juez", dice que "el espíritu de la justicia es tan ondulante, que al cabo de cierto tiempo los moldes que los hombres han fabricado para encerrarla es decir las leyes, resultan estrechos y anticuados y entonces, mientras otros moldes no son fabricados por los legisladores un buen Juez debe fabricar para su uso particular, provisionalmente unos moldes chiquitos y modestos en la fábrica de su conciencia ".(1948:47).

El Derecho del Trabajo por su carácter expansivo y de acuerdo a las necesidades sociales debe extenderse a nuevos campos, involucrando dentro de su protección a trabajadores que se encuentran al margen o en sus zonas grises, por eso se dice que la subordinación económica que le está dando una elasticidad exagerada. Pero más que ceñirse a una construcción impecable importa que se cumpla la aspiración de crear un estatuto humano que proteja a los hombres que vivan de su trabajo. Entre tanto los legisladores y los jueces tienen la solución en sus manos.

Referencias Bibliográficas

- Castorena, J. (1971) Manual del Derecho Obrero, México DF: Fuentes Impresores.
- De Buen, N. (1992) Derecho del Trabajo, Tomo II, México DF: Ed. Porrúa.
- De La Cueva, M. (1964) Derecho del Trabajo, Tomo I. Madrid: Ed. Porrúa.
- Gide, Ch. (1944) Curso de Economía Política. Buenos Aires: Ed. Anaconda.
- Juan Pablo II (1981) Encíclica Laborem Excercens. Lima: Ed. Proyección Cristiana.
- Krause, L. (1959) Fenómenos Sociológicos en el Trabajo. Buenos Aires:s/p/i.
- Martínez Ruiz, J. (Azorín) (1948) El Buen Juez en "Los Pueblos".Buenos Aires: Ed. Lozada.
- Silva Alonso, R. (1970) La Función del Juez en la Vida del Derecho. Asunción: Talleres Gráficos de la Escuela Técnica Selesiana.