

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



**HACIA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO
DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO
ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE**
**Explorando los contratos de trabajo en las zonas grises
del Derecho**

Trabajo de investigación para optar el grado académico de Maestro en Derecho
Empresarial

Karen Noemí Celestino Licera

Código 20040294

Hermes Alexis Escalante Gavidia

Código 20122422

Asesor: José Luis Germán Ramírez Gastón Ballón

Lima – Perú

Noviembre 2017



**HACIA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO
DE TRABAJO ECONÓMICAMENTE
DEPENDIENTE**

*Explorando los contratos de trabajo en las zonas
grises del Derecho*

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO	6
1.1. El contrato de trabajo frente a otras formas de contratos autónomos.....	6
1.1.1. El contrato de trabajo.....	6
1.1.1.1. Elementos esenciales que justifican la existencia de un contrato de trabajo	6
1.1.1.2. Características de la presunción de un contrato de trabajo.....	12
1.1.1.3. Principio de primacía de la realidad y la presunción de laboralidad	13
1.1.1.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al principio de primacía de la realidad:.....	18
1.1.1.5. Aplicación del principio de primacía de la realidad a raíz de la desnaturalización de los contratos autónomos.....	21
1.1.2. El contrato de locación de servicios	22
1.1.2.1. Ámbito de regulación	22
1.1.2.2. Naturaleza jurídica.....	23
1.1.2.3. Elementos	23
1.1.2.4. Objeto del Contrato	25
1.1.2.5. Diferencia entre un contrato laboral y uno de locación de servicios.....	25
1.1.3. El contrato de comisión mercantil	26
1.1.3.1. Actuación del comisionista en la comisión mercantil:	27
1.1.3.2. Obligaciones del comisionista.....	28
1.1.3.3. Obligaciones del comitente	29

1.1.3.4. Derechos de garantía	30
1.1.3.5. Extinción del contrato.....	30
1.1.3.6. Desnaturalización del contrato	30
1.2. Frontera entre el trabajador subordinado y el trabajador autónomo.....	33
1.2.1. Aparición de nuevas formas de contratación laboral.....	34
1.2.1.1. Teletrabajo.....	34
1.2.2. Modalidades atípicas de prestación de servicios:.....	35
1.2.2.1. La intermediación	36
1.2.2.1.1. Alcance Normativo.....	36
1.2.2.1.2. Concepto.....	37
1.2.2.1.3. Contratos de trabajo suscritos con los trabajadores destacados	38
1.2.2.1.4. Obligaciones de la Empresa Usuaría	39
1.2.2.1.5. Obligaciones de la Empresa Intermediadora.....	39
1.2.2.1.6. Limitaciones	40
1.2.2.1.7. Supuestos prohibidos.....	40
1.2.2.1.8. Desnaturalización	40
1.2.2.1.9. Solidaridad.....	41
1.2.2.2. La tercerización	42
1.2.2.2.1. Elementos esenciales	43
1.2.2.2.2. Elementos característicos	43
1.2.2.2.3. Tercerización con o sin desplazamiento.....	44
1.2.2.2.4. Derecho a la información de los trabajadores involucrados:.....	45
1.2.2.2.5. Desnaturalización	45
1.2.2.3. Ventas por catálogo	46

1.2.2.3.1. Objeto de la prestación del servicio.....	47
1.2.2.3.2. Naturaleza jurídica del contrato.....	47
1.2.2.3.3. Características de la prestación del servicio.....	48
1.2.2.3.4. Conclusión.....	48
1.3. Frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo.....	49
1.3.1. Zonas grises del derecho de trabajo.....	49
1.3.2. El trabajador autónomo económicamente dependiente.....	50
1.3.2.1. Antecedentes jurídicos del autónomo económicamente dependiente.....	50
1.3.2.1.1. Antecedentes en el Derecho Nacional.....	50
1.3.2.1.2. Vestigios del trabajador autónomo económicamente dependiente en el Proyecto de la Ley General de Trabajo:.....	62
1.3.2.2. Antecedentes en el Derecho Comparado.....	63
1.3.2.2.1. Unión Europea y el Dictamen del Comité Económico Social Europeo.....	63
1.3.2.2.2. España.....	64
1.3.2.2.3. Italia.....	73
1.3.2.2.4. Alemania.....	81
1.3.2.2.5. Países Bajos.....	87
1.3.2.2.6. Reino Unido.....	87
1.3.2.3. Delimitación del concepto del autónomo económicamente dependiente..	90
1.3.2.3.1. El autónomo dependiente: Una zona gris del Derecho de Trabajo por definir:.....	90
1.3.2.3.2. Un nuevo concepto el autónomo económicamente dependiente a la luz de la Ley 20/2007.....	94
1.3.2.3.3. Ámbito de aplicación subjetivo del contrato del autónomo económicamente dependiente.....	95

1.3.2.3.4. Condiciones para el desempeño de la actividad económica o profesional como autónomo económicamente dependiente	99
1.3.2.3.5. Supuestos excluyentes para no ser considerado un autónomo económicamente dependiente	103

CAPITULO II: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES PARA SU INCORPORACIÓN EN EL ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO..... 105

2.1. Análisis entre el trabajo subordinado y el autónomo	105
2.1.1. Clasificación binaria en el derecho común	105
2.1.2. Clasificación tripartita: Trabajador, autónomo económicamente dependiente y autónomo	106
2.2. Análisis de la subordinación económica y la jurídica	107
2.2.1. La subordinación económica como factor determinante del autónomo económicamente dependiente	107
2.2.2. Reemplazo de la subordinación jurídica por la económica	108
2.3. Análisis de la extensión del derecho laboral hacia la protección del trabajador autónomo	108
2.3.1. Mínimos de protección legal atendiendo a la dependencia económica	109
2.3.2. Conexión del ámbito civil y laboral en los trabajadores autónomos	113
2.4. Análisis de la normativa laboral para cubrir las zonas grises	114
2.4.1. En el Derecho Nacional	114
2.4.2. En el Derecho Comparado	116

CAPITULO III: INCIDENCIAS DEL AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO 117

3.1. Formación de la relación jurídica	117
3.1.1. Contenido del contrato del autónomo económicamente dependiente	117

3.2. Protección del autónomo económicamente dependiente.....	118
3.2.1. Protección en la OIT.....	119
3.2.2. Derechos Constitucionales:	119
3.2.3. Derechos reconocidos en la Ley.....	120
3.2.4. Derechos provenientes del contrato.....	121
3.3. Deberes del autónomo económicamente dependiente:.....	122
3.3.1. Deberes estipulados en el contrato de obra o servicio.....	122
3.3.2. Deberes de acuerdo a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.....	122
3.3.3. Deberes tributarios establecidos por Ley.....	123
3.3.4. Contingencias derivadas del contrato:	123
3.3.5. Causales de desnaturalización del contrato	124
CONCLUSIONES	126
RECOMENDACIONES	130
REFERENCIAS	132

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 0. 1 Operativización de variables	2
Tabla 1. 1 El contrato laboral y el contrato de locación de servicios	25



ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Propuesta de ley del trabajador autónomo económicamente dependiente.....135



INTRODUCCIÓN

Planteamiento del Problema:

Resulta claro que las tradicionales y antiguas formas de prestación de servicios personales codificadas en nuestro país ya no son suficientes; es por esto que se viene exigiendo una rápida y acelerada adecuación a la realidad. Pero este avance vertiginoso de la globalización que postula nuevas políticas en cuanto a la regulación del trabajo, nos lleva a preguntarnos si las normas que regulan el trabajo como fenómeno social deben: ¿proteger o no al trabajador?, ¿Extender o no los límites o fronteras del Derecho del Trabajo para comprender y proteger dentro de sus alcances a ese trabajador que actualmente se encuentran en dicha frontera, conocido como autónomo económicamente dependiente? ¿Seguiremos jurídicamente limitados al sistema dual tradicional o se promoverá la regulación de un tercer tipo de vinculación?

En definitiva, se trata de la posible creación de una categoría intermedia de trabajadores con beneficios sociales limitados, que surgen por la nueva exigencia del mundo globalizado. Esta nueva figura contractual guarda una semejanza en el otorgamiento de ciertos beneficios laborales de los trabajadores típicamente subordinados con la de los trabajadores autónomos o independientes regulados por el Código Civil o Comercial, pese a que la naturaleza de la prestación es distinta. Sin embargo, se puede deducir que todo este problema empieza con la discusión que se le hace a la crítica de la subordinación laboral; tema que ha sido y es materia de labor tanto en la Doctrina como en la Organización Internacional del Trabajo, tomando a la subordinación como núcleo central de toda regulación laboral, y al mismo tiempo alejándose del concepto de trabajo de hoy en día en el que no se incluyen las nuevas formas de prestación de servicios autónomos como es el tema de análisis de la presente investigación.

Por lo tanto, dada la exigencia que nos plantea el mundo globalizado, el ordenamiento jurídico laboral no puede despreocuparse ante semejante problemática; debiendo implementar y aprobar ciertas garantías mínimas de carácter socio laboral a esta

clase de trabajadores que se encuentran dentro de esta zona gris; y así, contrarrestar los aspectos negativos que se pueden generar creando más desigualdades entre miembros que pertenecen a una misma categoría socio laboral.

No puede dudarse que, el reconocimiento de esta nueva clase de trabajadores autónomos económicamente dependientes, marcará un evento histórico para nuestro Ordenamiento Jurídico, siendo hoy en día la tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador una asignatura pendiente en tiempos de reforma que debe y tiene que ser atendida.

Formulación del Problema:

¿De qué manera el Derecho del Trabajo ha respondido frente a las zonas grises entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo para garantizar la protección del autónomo económicamente dependiente?

Hipótesis:

El Derecho del Trabajo ha evolucionado históricamente en sentido expansivo, asimilando zonas grises entre el trabajo dependiente y el autónomo. Es por ello que se habla de la expansión de las fronteras del Derecho del Trabajo encaminada hacia la regulación del autónomo económicamente dependiente.

Variables:

- Evolución del Derecho del Trabajo.
- Zonas grises entre trabajador dependiente y autónomo.
- Protección de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Tabla 0. 1

Operativización de variables:

HIPÓTESIS

El Derecho del Trabajo ha evolucionado en sentido expansivo, asimilando zonas grises entre el trabajo dependiente y el autónomo. Es por ello que se habla de la expansión de las fronteras del Derecho del Trabajo encaminada hacia la regulación del autónomo económicamente dependiente.

Objetivo General:

Determinar de qué manera el Derecho de Trabajo ha evolucionado en relación a las zonas grises del derecho que busquen su regulación del Contrato del autónomo económicamente dependiente.

Objetivos Específicos:

- Analizar la evolución del Derecho de Trabajo frente a otras figuras de contratación autónoma.
- Analizar la frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Autónomo.
- Analizar el contrato del autónomo económicamente dependiente.
- Describir la legislación comparada con relación al autónomo económicamente dependiente.
- Analizar la problemática del autónomo económicamente dependiente para su incorporación en nuestro ordenamiento laboral.

INDICADORES

- Doctrina nacional y comparada en Derecho Laboral, sobre el tema.
- Antecedentes como vestigios en la regulación de las zonas grises del Derecho Laboral.
- Doctrina comparada sobre el contrato del autónomo económicamente dependiente.
 - El contrato de trabajo frente a otras formas de trabajadores autónomos.
 - Frontera entre Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo.

Justificación:

Actualmente, nos encontramos ante la existencia de una frontera entre el Derecho Laboral con su trabajador dependiente y otras ramas del Derecho que regulan la figura del trabajador independiente o autónomo. Inclusive, dentro de esta clase de autónomos nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena.

Es debido a la aparición de una zona gris entre los dos tipos de regulaciones y a las que se generan dentro de las propias figuras contractuales de trabajadores autónomos, que surge la justificación de la presente investigación, que se basa no sólo en la necesidad de poder extender los límites del Derecho Laboral hacia nuevas figuras surgentes de la globalización, dando como resultado una protección mínima de ciertos beneficios a aquellos trabajadores que se encuentran en este limbo jurídico o zona gris. Si no también llegar a la conclusión que la confrontación clásica entre trabajo subordinado e independiente parece que está destinada a desaparecer, debido que el crecimiento del trabajo independiente está dejando paso a una nueva estructura del empleo a nivel global.

En este contexto se reconoce que la línea divisoria que ha venido definiendo la frontera del Derecho del Trabajo frente a la del Derecho Civil o Mercantil, se ha debilitado y poco a poco se está dando paso a la aparición de nuevas modalidades de empleo que se rehúsan a seguir las formas tradicionales de contratación.

Durante el siglo XX, la protección del trabajo subordinado nació por el desequilibrio contractual de las partes contratantes; sin embargo, poco se pensó en la necesidad de proteger a los trabajadores que prestaban sus servicios por cuenta propia, por considerar que la prestación de sus actividades de modo independiente así lo requería.

La dicotomía tradicional tan marcada, fue generando algunos problemas de interpretación tratando de encuadrar todas las posibilidades de trabajo dentro del trabajo subordinado o independiente, generando en algunos casos la necesidad de ocultar al primero de ellos, detrás de las formas del trabajo independiente para evitar el pago de sobre costos laborales, resultando necesario aplicar el principio de interpretación de la primacía

de la realidad y el de la irrenunciabilidad de derechos para dilucidar el verdadero sentido de una relación de trabajo.

Sin embargo, pese a la marcada división tradicional, no podemos concluir que el sistema de relaciones de trabajo siempre fue binario. Por el contrario, la realidad es que siempre existieron otras formas de empleo ubicadas en las zonas grises, o fronterizas del Derecho del Trabajo.

En efecto, sólo desde el establecimiento de reglas de protección a favor del trabajador subordinado se consideró que el sistema, siempre debía ser dual, aunque la realidad comenzó a revelar la existencia de algunas zonas grises. La dicotomía tradicional entre trabajador subordinado protegido y trabajador autónomo desprotegido resultaba insuficiente para comprender una realidad laboral mucho más compleja y diversificada, las que fueron ahondándose con las exigencias de la flexibilización, la aparición de modalidades de contratación atípica y las derivadas de nuevas y complejas organizaciones productivas, o las derivadas de la aplicación de nuevas tecnologías, dando lugar a la aparición de nuevos conceptos como el de *parasubordinación* en la legislación italiana, los *cuasi contratos*, en la legislación alemana, y los *trabajadores autónomos dependientes económicamente* en la legislación española; existiendo en esta última la siguiente exposición de motivos:

La figura del autónomo económicamente dependiente obedecería a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social: la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrate.¹

En cualquier caso, lo cierto es que la aparición de esta nueva clase de trabajadores exige la delimitación de sus contornos jurídicos para su acomodo legal, que se irán perfilando con el tiempo a través de la doctrina y jurisprudencia.

¹ La presente exposición de motivos se encuentra dentro de la legislación Española - Ley 20/2007, Estatuto del Trabajador Autónomo, en el sexto párrafo del punto III, de su preámbulo.

CAPITULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. El contrato de trabajo frente a otras formas de contratos autónomos

1.1.1. El contrato de trabajo

En nuestro ordenamiento laboral peruano no se ha previsto un concepto o definición sobre el contrato de trabajo; sin embargo, remitiéndonos al Código Civil en su artículo 1351 establece: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Este artículo nos brinda una definición sobre el contrato en general, siendo este un acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial; por lo tanto, el contrato regula y establece derechos y obligaciones entre las partes, es decir, únicamente entre el empleador y el trabajador (sin extenderse a terceros) con la finalidad de crear un vínculo laboral en el que se pone a disposición la propia fuerza laboral del trabajador a cambio de una remuneración. Sobre esta definición, expresa Neves lo siguiente:

El contrato de trabajo no es una fuente de Derecho, porque sus efectos alcanzan únicamente a las partes que lo celebran. Por tanto, es un acto regulador que no produce normas, sino sólo obligaciones. Esta cualidad también la resalta nuestro Código Civil en su artículo 1402. (Neves, 2007, p. 91).

Dada esta definición, se procederá a desarrollar los elementos esenciales de un contrato de trabajo.

1.1.1.1. Elementos esenciales que justifican la existencia de un contrato de trabajo

Los elementos esenciales que constituyen un contrato de trabajo (en su conjunto), son la prestación personal, la remuneración y la subordinación. Dentro de nuestro ordenamiento

laboral, se señala dichos elementos como esenciales, asimismo, la doctrina y la jurisprudencia lo han tratada en innumerables ocasiones.

En efecto, en el régimen laboral de la actividad privada, aplicable a los empleadores privados y gran parte de las instituciones y las empresas del Estado, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral –LPCL-, aprobada por Decreto Supremo N.º 003 – 97-TR, indica que: “Toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”.

De esta definición, según palabras del autor Neves Mujica (1997, p. 18), se desprende que el contrato de trabajo importa la existencia de un acuerdo de voluntades por la cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios en forma remunerada (el trabajador) y la otra al pago de la remuneración correspondiente y que goza de la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados (el empleador)

A dicha definición legal, habría que considerar a la ajenidad como presupuesto esencial dado que todo contrato de trabajo supone una prestación en un régimen de ajenidad- un contrato por cuenta ajena (cf. Neves, 1997, p. 19). En todo caso, lo que interesa rescatar es la consideración de los tres elementos esenciales para que podamos encontrarnos ante un contrato de trabajo. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la propia definición del contrato de trabajo sobre la base de sus elementos esenciales con claros rasgos de laboralidad propios del principio de primacía de la realidad:

Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador; en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo. (Expediente N.º 1944-2002-AA/TC- Lambayeque).

El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades encaminadas a que el empleador se beneficie de una labor ajena que previamente ha establecido orgánicamente como consonante a sus intereses por el que remunera y, de parte del trabajador, ejecutar subordinada y lealmente el encargo convenido. (Casación N.º 1739 -2003 – Puno).

Son elementos que configuran el contrato de trabajo: la remuneración, la prestación personal y la subordinación. (Casación N.º 1507 – 2004- Lima).

A. Prestación personal

A fin de definir los tres elementos del contrato de trabajo seguiremos los conceptos que nos proporciona la doctrina. En este sentido Sanguineti (1987, p. 424-426) indica que la prestación de servicios es “la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*) la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (*opus*) que se independice de la misma”. Es decir, la prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personal –*intuitu personae*– y no puede ser delegada a un tercero.

En palabras del mencionado autor, el contrato de trabajo puede ser definido como “un negocio jurídico por el cual un trabajador presta servicios personales en una relación de subordinación a cambio de una remuneración. Los servicios que presta el trabajador son directos y concretos, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros –salvo el caso del trabajo familiar–. Este requisito como hemos anotado, no es exigible al contrato de locación de servicios” (cf. Sanguineti, 1987, p. 426).

B. Remuneración

Por otro lado, la prestación de servicios debe ser remunerada. La remuneración es la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que este pone a disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso y no cabe, salvo excepciones, la prestación de servicios en forma gratuita.

El artículo 1° de la Constitución Política del Estado de 1993 señala que la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo del Estado, motivo por el cual debe este tutelar y respetar derechos elementales como el trabajo, cuyo efecto inmediato es procurar al trabajador de la percepción de sus remuneraciones, las cuales tienen contenido y carácter alimentario por constituir la fuente esencial de su manutención como el de su familia de acuerdo a lo previsto en el artículo 24° de la misma carta magna. (Casación 068 – 2005 – Huánuco)

C. Subordinación

Este es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que él constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios. Sobre este elemento, nos parece oportuno citar a Luque (1999, p. 30) que indica que la subordinación confiere al empleador “un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva”.

En este orden de ideas, podemos deducir que un trabajador es subordinado cuando se encuentra bajo el poder de dirección de su empleador; a través de las facultades que posee el empleador hacia sus trabajadores, como ejemplos, podemos mencionar a los horarios fijos establecidos, al uso de algún uniforme distintivo en el centro de trabajo y todas las normas que se generen internamente en las instalaciones del empleador de obligatorio cumplimiento; caso contrario (incumplimiento), el empleador pueda aplicar su facultad disciplinaria y sancionadora hacia sus trabajadores.

C.1. Subordinación jurídica

Sobre el particular, señalamos que la subordinación como rasgo distintivo de la relación laboral presenta límites internos tales como la propia naturaleza de subordinación – sólo rige durante la vigencia del contrato, dentro de la jornada y respecto a la labor convenida; y por otro lado, los límites externos de la subordinación vendrían a ser la dignidad, igualdad, etc.

Ahora bien, la subordinación se encuentra tipificada en el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Es importante señalar que la subordinación se puede encontrar en casi todos los contratos que celebre el empleador, ya sean estos laborales, civiles o mercantiles; la diferencia radica en establecer que subordinación tiene relevancia para la configuración de un contrato de trabajo (elemento esencial del contrato). Dicho en otras palabras, el empleador, al celebrar un contrato de cualquier naturaleza, siempre se va a evidenciar cierto grado de poder de dirección, pudiendo ser alto (en caso de los contratos de trabajo) o en su defecto, bajo (en caso de los contratos civiles). Por tanto, es necesario, diferenciar y determinar el tipo de subordinación que reviste un contrato laboral (bajo el poder de dirección y fiscalización del empleador de manera constante), y esto únicamente se da cuando la prestación de servicios se realiza de manera personal.

C.2. Cuestionamiento a esta subordinación

Cuestionamientos tradicionales:

Como señala Caldera (1961, p. 271), se le criticó a la subordinación desde siempre su falta de selectividad social o económica pues no necesariamente el trabajador jurídicamente dependiente debería ser un sujeto de tutela social y económica, su imprecisión técnica –por cuanto el trabajador subordinado podría tener una alta calificación profesional e independencia técnica, llegándose a hablar, en ocasiones, de subordinación técnica

invertida–, su insuficiencias jurídica –por cuanto en otros contratos de prestación de servicios u obras podría presentarse, también, una dependencia jurídica análoga–, etc.

Los nuevos cuestionamientos:

Ermida y Hernandez (s/f, p. 277), detalla algunas figuras que apuntan a ocultar la subordinación, sea dando la apariencia de independencia, sea tratando de relacionar la dependencia inocultable con otro empleador:

- La educación en general y la formación profesional en particular, han sido mencionadas, también como factores de dilución de la subordinación. En efecto un trabajador educado y calificado no solo mejora su empleabilidad y competitividad, sino que además está en mejores condiciones para ser un trabajador –ciudadano: para comprender y ejercer sus derechos, tomar iniciativas, participar, todo lo cual, de ser efectivamente ejercido, puede provocar –no en el plano jurídico, pero sí en el de la práctica de las relaciones laborales–, una aminoración de su dependencia fáctica.
- La reducción del tiempo de trabajo, de constatarse, puede ser otro (nuevo) factor de limitación cuantitativa de la subordinación. En la medida en que el avance tecnológico siga provocando la sustitución de mano de obra por tecnología, es dable suponer que disminuirá la masa horaria o el total de horas trabajadas. Esto provocará liberación de tiempo hasta entonces dedicado al trabajo o tiempo de dependencia o subordinación jurídica del empleador, disminuyendo, así, el alcance cuantitativo de la subordinación.
- Las nuevas formas de organización del trabajo son recurrentemente mencionadas como otra (para algunos fundamental) causa de cuestionamiento de la subordinación jurídica como criterio determinante de la existencia de un contrato o relación de trabajo y, consecuentemente, de la aplicación del derecho laboral. Es así como el incremento de las nuevas tecnologías está generando una nueva forma de organización del trabajo sobre la base de un reducido número de trabajadores estables, altamente calificados y bien remunerados que trabajan en el establecimiento de la empresa a tiempo completo, y con el recurso a un alto número de trabajadores inestables, que son requeridos para tareas y periodos cortos.

Todos los supuestos a los cuales nos hemos referido, aluden a un replanteamiento del elemento del contrato de trabajo: la subordinación jurídica se encuentra en crisis al emerger la globalización y con ella nuevas formas de contratación.

C.3 Subordinación económica

Sobre el particular, Caldera (1961) señala que siendo la subordinación jurídica un elemento característico, dentro del cuadro de las relaciones de derecho de trabajo, hay situaciones en que, siendo difícil demostrar su existencia, el caso se resuelve fácilmente hallando la dependencia económica, siempre que la remuneración que la determina se perciba como contraprestación de una típica y simple prestación personal de servicios.

Sin embargo, compartimos opinión de la doctrina que señala que la dependencia económica no puede ser, por sí sola y de manera absoluta, un criterio unívoco para determinar si nos encontramos dentro del ámbito del Derecho del Trabajo. Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos pasar desapercibido en este acápite, que pese a no ser la subordinación económica un elemento absoluto para determinar si nos encontramos en el mundo del Derecho Laboral, si lo es para aquellas personas que prestan servicios de manera verdaderamente autónoma y que dependen económicamente de una empresa conforme abordaremos.

1.1.1.2. Características de la presunción de un contrato de trabajo

Existen determinadas características en una relación contractual que permiten identificar que nos encontramos bajo un contrato de naturaleza laboral, diferenciándolo de otras figuras contractuales parecidas pero de distinta naturaleza que serán objeto de análisis en el punto 2 del presente trabajo. A continuación, indicaremos las características que suelen ir siempre de la mano de un contrato de trabajo:

- **El centro laboral:** Cuando el trabajador realiza una actividad subordinada que le fue encomendada por el empleador en un lugar determinado impuesto por este último.

- **Jornada y horario de trabajo:** Cuando la prestación de servicios realizada por el trabajador está supeditado un horario de entrada y de salida, realizándose de manera exclusiva a un sólo empleador.
- **Plazo de la prestación:** Por el que se vendría a determinar si el vínculo laboral fue de naturaleza determinada o indeterminada.
- **Herramientas de trabajo:** Cuando el empleador necesariamente brinda al trabajador los medios necesarios para que la prestación personal se lleve a cabo.

Anteriormente, ante la presencia de estas características (sin la necesidad que se presenten todas en forma conjunta) en una relación contractual, daba origen a la presunción de un vínculo laboral entre las partes en el que tanto el empleador como el trabajador automáticamente se someten a sus derechos y obligaciones del Derecho Laboral peruano.

En palabras del jurista Boza Pro sobre el tema:

Es un contrato de trabajo *típico* aquel que se establece por tiempo indefinido, se presta en el centro de trabajo, en una jornada completa y en forma exclusiva para un empleador. La ausencia de algunos de los elementos antes señalados, no invalida ni desnaturaliza el contrato de trabajo, únicamente convierte en *atípica* la relación de trabajo. (Boza, 2000, p. 26).

Sin embargo, actualmente con la nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 y su numeral 2 del artículo 23° este criterio ha quedado desfasado, bastando únicamente la prestación personal del trabajador para presumir la existencia de vínculo laboral y por ende, la protección de nuestro ordenamiento jurídico laboral peruano, tema que será objeto de análisis en el siguiente punto sobre el principio de primacía de realidad y la presunción de laboralidad.

1.1.1.3. Principio de primacía de la realidad y la presunción de laboralidad

Los principios del Derecho del Trabajo son lineamientos o preceptos que orientan e inspiran la normatividad en materia laboral. Para Plá (1976, p. 13) “son preceptos que sustentan y tipifican este derecho, ideas fundamentales y organizadoras de la institución jurídico– laboral; es el verdadero fundamento del ordenamiento jurídico de trabajo”.

Como señala Haro (2010, p. 12):

Los principios del Derecho, pues, cumplen una triple misión: informadora, ya que permiten que el legislador o las autoridades especializadas estén al tanto de las corrientes y movimientos relativos al derecho del trabajo; normativa, porque actúa de manera supletoria ante la ausencia o vacíos de la ley, e interpretadora, ya que faculta o permite a los jueces a realizar interpretaciones favorables al trabajador.

Ahora, dentro de los principios del Derecho de Trabajo se encuentra el principio de la primacía de la realidad, este principio consiste en que debe primar la realidad de los hechos sobre los consignado por escrito, es decir, debe primar aquello sobre la realidad formal. Entonces, lo válido no es lo que se conoce en un escrito o pacto cualquiera, sino en lo que se realiza en los hechos. Este principio es importante para la autoridad administrativa de trabajo, a efectos de resolver conflictos que se presentan en las inspecciones en los centros de trabajo.

Según Plá (1976, p. 13) este principio nace de la noción *contrato–realidad* usada en la práctica jurisprudencial, se podría señalar que es el hecho real que aparece de las relaciones verdaderamente existentes, el que hay que buscar debajo de la apariencia, muchas veces simulada, de contratos de derecho común, civil o comercial (Haro, 2010, p. 313).

Bajo la misma línea de lo señalado por este mismo autor, en materia laboral, más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, importa lo que ocurre en la práctica. Según Plá, ese desajuste entre los hechos y la forma puede tener distintas procedencias:

- **Resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta del real.**- Es lo que suele llamarse simulación. Es muy difícil concebir casos de simulación absoluta en que se pretenda presentar un contrato de trabajo cuando en la realidad no haya nada. En cambio, lo más frecuente es el caso de las simulaciones relativas, en las cuales se disimula el contrato real sustituyéndolo fictamente por un contrato distinto. Las diferencias entre el contrato simulado y el efectivo pueden versar sobre todos los aspectos: las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones, la naturaleza del contrato, etc. Dentro de esta categoría puede

hacerse otro gran distinguo entre las simulaciones concertadas bilateralmente y las impuestas o dispuestas unilateralmente por una parte, con toda la gama variadísima de matices intermedios.

- **Provenir de un error.-** Ese error generalmente recae en la calificación del trabajador y puede estar más o menos contaminado de elementos intencionales originados en la falta de consulta adecuada u oportuna. También esa situación equivocada puede atribuirse a error imputable a ambas partes o a una sola de ellas.
- **Derivar de una falta de actualización de los datos.-** El contrato de trabajo es un contrato dinámico en el cual van cambiándose continuamente las condiciones de la prestación de los servicios. Para que los documentos y las planillas reflejen fielmente todas las modificaciones producidas, deben ser permanentemente actualizadas. Cualquier omisión o retraso determina un desajuste entre lo que surge de los elementos y lo que resulta de la realidad.
- **Originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales.-** Algunas veces para ingresar o ascender en un establecimiento se requiere formalidad del nombramiento por parte de determinado órgano de la empresa o el cumplimiento de cualquier otro requisito que se ha omitido. En tales casos, también lo que ocurre en la práctica importa más que la formalidad.

Lo que ha querido expresar el autor, es que en estas cuatro hipótesis que hemos mencionado los hechos predominan sobre las formas. Lo que interesa es determinar que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades.

La aplicación de este principio se basa en la constatación en los hechos de los elementos esenciales que rigen en una relación laboral, es decir la prestación personal, la remuneración y principalmente la subordinación del trabajador frente a su empleador, así como de rasgos sintomáticos que permiten determinar la existencia de subordinación, rasgo tipificante de laboralidad.

Como afirma Neves (2000, p. 35) quien considera que “ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil dice que las cosas son lo que su naturaleza y no su determinación. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha formulado el llamado principio de primacía de la realidad”. De lo cual se desprende que en caso de confrontación entre los hechos formales y los hechos reales, se prefiera los hechos tal y como se dan la práctica, antes que los contratos u otro tipo de pruebas formales o documentales que pudiesen referir lo contrario.

Toyama (2005, p. 119) señala, que la crisis económica y necesidad de reducir costos laborales, la flexibilidad y desregulación legal, la falta de adecuación de los agentes laborales a los nuevos cambios sociales y económicos, el fenómeno de individualización de las relaciones laborales, la promoción del propio Estado de figuras no laborales – formación laboral juvenil, tercerización y “creación de contratos de cuarta-quinta” -, así como una deficiente fiscalización estatal, crearon el marco necesario para que las empresas privadas y el Estado utilicen contratos civiles que ocultaban una auténtica relación laboral.

Es por esa razón; es decir, por este proceso de deslaboralización que es conocido por la doctrina reconocida como “la huida del Derecho de Trabajo”, que emergió el principio de primacía de la realidad, de enorme arraigo en la doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello tampoco quiere decir, que toda contrato de Locación de Servicios que se celebre, implica necesariamente considerar que estamos ante un Contrato de Trabajo. Solo es útil como herramienta para poder discernir si realmente nos encontramos ante un contrato de trabajo o uno laboral, cuando contamos con otros elementos que coadyuvan a poder verificar si realmente nos encontramos ante un contrato de trabajo.

Estos elementos que nos permiten claramente distinguir que nos encontramos ante un Contrato de Trabajo son conocidos bajo la denominación de “rasgos sintomáticos”, que no son más que pistas o características propias de una relación de Trabajo. Dentro de algunas de ellas podemos encontrar a la exclusividad en la prestación de servicios, la estabilidad, la permanencia en los pagos mensuales, la continuidad, la ausencia de aportación de materiales, la asunción de gastos por el usuario del servicio, etc. Ahora bien,

conforme lo refiere la doctrina, los rasgos sintomáticos no bastan para demostrar la existencia de una relación laboral pero sí son considerados indicios que sumados a los elementos esenciales del contrato de trabajo pueden llegar a desnaturalizar una relación laboral encubierta.

Por otro lado, tal como lo señala Toyama,

“Algunas de las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo – remuneración, prestación personal y subordinación– son la entrega de boletas de pago, inscripción en planillas, cumplimiento de algunas obligaciones tributarias propias de una relación laboral –descuentos por AFP u ONP, ESSALUD, etc; pago de beneficios sociales, CTS, gratificaciones, vacaciones, etc.– dependencia, concesión de licencias, la entrega de circulares, el cumplimiento de determinados procesos disciplinarios propios para los trabajadores dependientes, descuentos por tardanzas, recepción de beneficios del CAFAE, entrega de aguinaldos o canastas de navidad, inclusión dentro de la jerarquía u organigrama de la institución, etc.”

Ahora bien, con la dación de la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N°29497, surge una nueva presunción de laboralidad que destituye al elemento esencial del contrato de trabajo que resulta ser diferenciador entre una relación de naturaleza civil y una de naturaleza laboral: la subordinación jurídica. Esta presunción se encuentra tipificada en el artículo 4° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo que precisa en líneas generales que acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario. Ello significa que para el trabajador basta acreditar la prestación personal de servicios para que el empleador tenga que desvirtuar la presunción que se genera como consecuencia del hecho probado.

Esta nueva presunción que trae consigo la nueva Ley Procesal del Trabajo es el nuevo panorama que les toca vivir a los empresarios, quienes tendrán la carga de la prueba para poder desvirtuar la existencia de una relación laboral. Esta presunción es de vital importancia, puesto que la misma viene a ser un razonamiento lógico por medio del cual el Juez a partir de un hecho conocido llega a tomar certeza sobre otro hecho que desconocía y que es materia de investigación en el proceso; es decir, con anterioridad quien alegaba estar sujeto a un contrato de trabajo tiene que probarlo, conforme al inciso 1 del artículo 27 de la Ley 26636 (anterior Ley Procesal del Trabajo).

Anteriormente para acreditar estar sujeto a un contrato de trabajo, se tenía que acreditar la existencia de tres elementos esenciales del contrato antes aludidos; sin embargo, la nueva Ley Procesal Laboral, exonera al demandante a través de una presunción, de la carga de la prueba respecto precisamente de la subordinación. El demandante no requerirá ahora acreditar la subordinación, sino que esta será objeto de presunción juris tantum.

Si el demandado ha presentado recibos por honorarios y un contrato de naturaleza civil a modo de desvirtuar la presunción, el demandante claro está, podrá desvirtuar el caso, a través del principio de primacía de la realidad.

1.1.1.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al principio de primacía de la realidad:

A través de las sentencias del Tribunal Constitucional se podrá advertir los criterios adoptados por este órgano colegiado con la finalidad de determinar si, en los hechos, una relación civil debe ser una relación laboral.

- **Criterios Generales de valoración del Tribunal Constitucional:**

A continuación se describen las principales consideraciones (Toyama, 2010, p. 132-134) que se deberían tener en cuenta para apreciar en cada caso, si nos encontramos o no ante una relación laboral:

1° Un primer criterio de valoración consiste en el tipo de ocupaciones típicamente laborales sobre los que verse el contrato de locación de servicios. Así, dichas labores deberán responder a una naturaleza tal que no implique un poder de dirección del comitente el que se refleje la dación de órdenes y directrices que supongan una adecuación de las actividades del locador.

Por ejemplo, el caso de secretarías, obreros, técnicos de mantenimiento y personal de limpieza, constituyen claros ejemplos de casos en los que sería difícil referirse a un contrato de locación de servicios, pues si bien el elemento personal puede no ser el elemento característico de estos cargos sí lo es el elemento subordinación, que, como hemos señalado, es el elemento preponderante del contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta este primer criterio, también debemos excluir del contrato de locación de servicios a aquellos cargos que son característicos de los llamados de dirección o de confianza, tales como los puestos de gerentes, jefes de personal, en el primer caso, o asesores legales, en el segundo. Dicha exclusión se debe a que en estos cargos el elemento preponderante es el carácter personalísimo de los servicios por lo que no podríamos hablar de un contrato de locación de servicios, como se puede fácilmente inferir.

2° Una segunda consideración típica de un contrato de locación de servicios es que la prestación debe ser ejecutada de forma eventual y no exclusiva. Es decir, los contratos de locación de servicios deben ser temporales en tanto permiten cubrir necesidades eventuales o accidentales, o dicho de otro modo, son de suma utilidad en tanto permiten atender requerimientos coyunturales de las entidades estatales, por ejemplo, sin que ello importe la configuración de un contrato de trabajo.

3° Un tercer criterio lo constituye la exclusividad. En los contratos de locación de servicios, los servicios suelen ser para diversas empresas; en cambio, en los contratos laborales, hay exclusividad.

4° Finalmente, se encuentra la ejecución de los servicios en forma autónoma e independiente. Esta característica la veremos con mayor detalle en el punto siguiente, por lo fundamental que representa para apreciar si un contrato de locación de servicios califica o no como un contrato de trabajo.

Así, como señala Toyama, la desnaturalización del contrato de locación de servicios, se apreciará cuando nos encontramos ante la presencia de rasgos que impliquen subordinación.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos relativos al principio de la primacía de la realidad, en aplicación del citado principio, ha dispuesto la reposición de los trabajadores demandantes por considerar que la extinción unilateral del vínculo civil fue en la práctica un despido arbitrario. Podemos citar a manera de ejemplo a las resoluciones recaídas en los expedientes N.º 0833-2004-AA/TC 2040-2004-AA/TC, 1869-2004-AA/TC, 3071-2004-AA/TC, 2491-2005-PA/TC, 991-2000-AA/TC. Esta última resolución señala:

El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra

Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (Artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (Artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.

Asimismo, el Exp. 2899-2003-IDA señala:

Que, el Principio de la Primacía de la realidad, es una de las herramienta más relevantes del Derecho del Trabajo que en el caso peruano no solamente tienen un arraigo en la jurisprudencia sino que incluso ya se encuentra positivizado en nuestro Ordenamiento Legal de tal manera que nuestra legislación laboral ya contiene la doctrina más recibida y actual del Derecho del Trabajo. Pla señala que, el Principio de la Primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos de acuerdo debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Así, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el principio de primacía de la realidad, “es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio (...) 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”. (Expediente N°1944-2002-AA/TC).

En líneas generales, el principio de primacía de la realidad (Plá, 1998, p. 243; Rodríguez, 1998, p. 48) significa que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Este es el principio que utilizan los magistrados para analizar la presente controversia; en tanto principio, se requiere de un análisis casuístico para determinar si estamos antes un contrato de trabajo o uno de locación de servicios.

1.1.1.5. Aplicación del principio de primacía de la realidad a raíz de la desnaturalización de los contratos autónomos

La desnaturalización consiste en la intención por parte del empleador de disfrazar u ocultar un vínculo laboral, así de esta manera, se simule (de manera ficticia) como si se tratara de un contrato civil o mercantil. El empleador realiza tal simulación con la finalidad de burlar los derechos laborales que tiene como obligación el trabajador; sin embargo, no se puede escapar de las ramas del Derecho tal situación por existir el principio de la Primacía de la Realidad (tema que fue analizado en el punto 3), el cual vendría a ser como un precedente para la desnaturalización de cualquier tipo de simulación de contrato civil o mercantil; ante este conflicto, el jurista Pla menciona: "...el principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (1998, p. 313). Por lo tanto, si damos preferencia a lo primero (lo que ocurre en la práctica), entonces tenemos como resultado la desnaturalización "de lo que surge en los documentos y acuerdos", plasmados en un contrato civil o mercantil, sin importar su naturaleza.

Existe jurisprudencia relevante sobre el presente tema, que ya ha sido mencionado por los autores en punto precedentes; sin embargo, es necesario mencionar un fragmento del Pleno Jurisdiccional Laboral sobre la existencia de una relación laboral:

Si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan" (Pleno Jurisdiccional Laboral, Tarapoto, 2000).

Con este pleno jurisdiccional, además queda zanjado toda discusión o intento acerca de revestir todo contrato de trabajo bajo otro tipo de contratación civil o mercantil con la finalidad de privar o renunciar al trabajador de sus derechos y beneficios laborales, sabiendo que la Constitución Política del Perú reviste al trabajador de sus derechos irrenunciables mediante el Principio de Irrenunciabilidad en su art. 26°, inc. 2).

1.1.2. El contrato de locación de servicios

1.1.2.1. Ámbito de regulación

En este tipo de contratos, que se regulan por lo dispuesto en el Código Civil –artículo 1764 y siguientes–, el acreedor de los servicios es denominado “comitente” y quien presta los mismos “locador”.

En este tipo de contrato civil, el locador se encarga de prestar un servicio determinado de acuerdo a lo acordado con el comitente, pero se resalta que en este contrato la forma en que se ejecuta el servicio pertenece netamente al locador, por tanto, lo que se persigue es únicamente el resultado del servicio (que se cumpla con las obligaciones del contrato). Es por ello que, en un contrato de locación de servicios, el locador tiene la facultad de realizar su servicio de acuerdo a su propia organización y horario, el cual lo decide de manera independiente, sin rendir cuentas al comitente constantemente, dicho en otras palabras, el comitente no cuenta con poder de dirección hacia el locador.

Como parte de jurisprudencia administrativa sobre el caso en concreto, tenemos la Resolución N° 638-2-97 del Tribunal Fiscal, el cual considera al contrato de locación de servicios como, “Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado el comitente a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”

La Jurisprudencia, a través de diversos pronunciamientos, como la Resolución de la Primera Sala Laboral de Lima que recayó sobre el Expediente N° 355-92-CD, se ha pronunciado en el sentido de la definición del Código Civil, es decir, considerando como principal elemento distintivo del contrato de locación de servicios frente al contrato de trabajo a la ausencia del elemento de subordinación.

Por lo expuesto, en una locación de servicios no debemos encontrar las manifestaciones propias de una relación laboral que mencionamos en párrafos precedentes.

1.1.2.2. Naturaleza jurídica

Como hemos explicado en el punto anterior, este contrato ha sido regulado por el Código Civil como un contrato de prestación de servicios dentro del libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones; esto quiere decir que su naturaleza jurídica es del Derecho Civil, siendo un contrato nominado por el que se va a realizar un determinado servicio sin que exista subordinación por parte del que lo contrata (comitente). Asimismo, la prestación de locador debe respetar lo regulado en el Código Civil, debido a la fácil confusión que se produce en nuestra realidad empresarial; el objetivo de este tipo de regulación es que se evite mediante el presente contrato la simulación u ocultación de contratos de trabajo con la única finalidad de reducir costos al empleador provenientes de los derechos laborales.

1.1.2.3. Elementos

Dentro del artículo 1764° del Código Civil se presentan rasgos o elementos propios del contrato de locación de servicios que lo diferencia de los demás contratos; estos elementos son:

A. Inexistencia de subordinación

La falta de existencia del elemento de subordinación lo diferencia a este contrato de un contrato de trabajo; de acuerdo con esto, la prestación de servicios realizada por un locador debe ser con autonomía. Por lo tanto, el comitente no puede supeditar el servicio del trabajador bajo su supervisión y control; sino por el contrario, basta con la simple prestación de servicios de manera independiente esperando un resultado (no necesariamente debe ser lo esperado), para encontrarse satisfecha la necesidad del comitente. Señala la doctrina al respecto lo siguiente:

El contrato de locación de servicios regula las prestaciones de servicios que se caracterizan por la autonomía del prestador del trabajo frente a la voluntad del acreedor, las cuales debido a la inexistencia del elemento subordinación, no configuran un verdadero contrato de trabajo, razón por la que no son objeto de protección especial" (Barandarian, 1965, p. 463).

Actualmente, en la doctrina comparada la subordinación jurídica ya no es un elemento indispensable para la existencia o presunción de un contrato de trabajo; prueba de ello es la regulación de nuevas formas de contratación laboral y su extensión del derecho laboral a garantizar y proteger los derechos mediante su regulación.

B. Temporalidad y trabajo determinado

Este elemento de temporalidad necesariamente se da en este tipo de contrato, no cabe la posibilidad que se realice un contrato de locación de servicios por un tiempo indeterminado o de naturaleza permanente, ya que en ese caso nos presentaríamos ante una desnaturalización del contrato de locación, convirtiéndose en un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Es por ello que se ve en la necesidad de extinguirse el presente contrato, cuando se realice la prestación de un trabajo determinado. Este elemento está regulado en el artículo 1768 del Código Civil, que establece: “El plazo máximo de este contrato es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado sólo puede invocarse por el locador”; estableciendo topes de acuerdo al tipo de servicio prestado y otorgando la posibilidad de existir un plazo superior si es únicamente invocado por el locador.

Al mencionar el artículo 1764 en su definición “para un trabajo determinado”, se refiere a la realización de una labor específica brindada sin el compromiso de lograr un resultado concreto. De esta manera, Beltrán (2003) opina lo siguiente:

Dado el carácter conmutativo del contrato de prestación de servicios (dentro del que se encuentra la locación de servicios), siempre el deber de prestación comprometido debe estar determinado por lo que existiría una redundancia. No obstante, es posible que el legislador haya puesto énfasis en el interés del acreedor y se pueda entender la frase "trabajo determinado" como "aquellas especificaciones del comitente respecto al servicio contratado que son expresadas en el documento contractual (p. 154).

C. Pago de una retribución

Este elemento consiste en una obligación por parte del comitente, y es que a cambio del servicio prestado por el locador, tiene el deber de pagar una retribución, que en la práctica se le denomina honorarios. Este tipo de retribución debe pactarse entre las partes, pero en caso no se haya establecido, se deberá recurrir a los usos y costumbres que en la práctica se le paga al locador por un trabajo u oficio de similar naturaleza al prestado.

1.1.2.4. Objeto del contrato

Según el artículo 1765° puede ser materia del presente contrato, toda clase de servicios materiales e intelectuales. Con este tipo de artículo se intenta no excluir algún tipo de servicio que no se considere para ser objeto de un contrato de locación; por el contrario, intenta abarcar todo supuesto en el que un locador puede desempeñar sus funciones encontrándonos dentro de la esfera profesional como la técnica. En palabras del jurista León: “La actividad que debe realizar el locador puede referirse a cualquier trabajo: material, intelectual o mixto; y, puede consistir en un solo hecho o en una serie o conjunto de hechos sucesivamente realizables” (León, 1993, p. 367- 392).

1.1.2.5. Diferencia entre un contrato laboral y uno de locación de servicios

Habiendo analizado ambos tipos de contrato, podemos dar como resultado que la diferencia sustancial o más importante entre ambos contratos es el elemento de subordinación, que se haya presente solo en el contrato de trabajo; siendo la autonomía e independencia el elemento del locador en la prestación de servicios.

Asimismo, hoy en día existe consenso en la doctrina acerca de los elementos diferenciadores de ambos contratos, los cuales hemos analizado independientemente en puntos precedentes de la presente investigación, y que ahora mostraremos de manera concreta y resumida en un cuadro para mayor entendimiento.

Tabla 1. 1

El contrato laboral y el contrato de locación de servicios

Contrato de trabajo

Prestación Personal del Servicio es realizada por el Trabajador, contratado por el empleador.

La contraprestación se le denomina remuneración, la cual tiene mayor efecto jurídico que la otra; la ley establece mínimos y beneficios que se integran a dicho concepto.

Existe subordinación en la prestación, la cual es propia de este contrato. Subordinación implica que el empleador esencialmente tenga el poder para ejercer tres facultades principales: la de dirigir, la de supervisar el cumplimiento, y sancionar al trabajador, incluso con el despido, por sus ineficiencias e ineptitudes.

La jornada de Trabajo², se desarrolla en el Centro Laboral o en el lugar que designe el empleador; el trabajador debe cumplir con un horario diario o semanal de acuerdo a lo convenido, contando con hora de entrada y de salida.

Fuente: Elaboración propia

En conclusión, si se tiene en cuenta los 3 primeros elementos aceptados por la doctrina, propios de un contrato de trabajo, y se verifica la presencia de ellas en un contrato de locación, tendremos como resultado lo explicado en el punto precedente.

1.1.3. El contrato de comisión mercantil

Este contrato se encuentra regulado en el Perú por el Código de Comercio, en el art. 237° de la Sección Tercera del Libro Segundo; por el que se le considera una forma de mandato que realiza un comerciante denominado en este caso comisionista con otra parte la cual se

² Es necesario resaltar que este no es un elemento del contrato de trabajo; sin embargo, los autores han creído conveniente incorporarlo para así dar una mayor diferenciación a los contratos.

Contrato de Locación de Servicios

Prestación Personal del Servicio es realizada por el locador, a pedido del comitente.

La contraprestación se le denomina retribución, y su efecto jurídico no es similar al de la remuneración; la ley no establece mínimos y son de libre disponibilidad. Tampoco sirve de base de cálculo para otros pagos, ni se integran a este concepto beneficios por ley.

Existe autonomía en la prestación, la que implica que el trabajador tiene la libertad de realizar el trabajo a su manera, sin la necesidad de ser dirigido ni supervisado por el que lo contrata (comitente).

No existe una jornada de Trabajo, el locador tiene la liberalidad de trabajar de acuerdo a su propio horario, siempre y cuando cumpla con la prestación en el plazo pactado

le denomina comitente; el comisionista va a realizar actividades en nombre del comitente y por encargo e interés de este, determinados negocios comerciales, con la finalidad de promover el producto o servicio. A continuación, desarrollaremos con minuciosidad el presente contrato:

1.1.3.1. Actuación del comisionista en la comisión mercantil:

El comisionista puede realizar sus actividades actuando de la siguiente manera:

- A nombre propio:

Quiere decir que toda la responsabilidad o riesgo cae en él, ya que al actuar a nombre propio eres el obligado directo al momento de realizar cualquier negocio; esto se fundamenta a razón que se realiza la actividad como si el negocio fuese suyo. Esto quiere decir que en caso contrate, la otra parte puede accionar contra él, en ningún momento puede dirigirse en contra del comitente por no haber aparecido o ser parte de la relación mercantil o contractual.

- A nombre del comitente:

Este tipo de mandato se realiza mediante la representación. Esta relación contractual se puede realizar verbalmente o por escrito. En esta figura, vendría a ser todo lo contrario a la anterior, porque el obligado no sería el comisionista, sino más bien el comitente; ante cual problema contractual, la parte debe accionar en contra del comitente. Al respecto, Montoya (2006) manifiesta lo siguiente:

La sola afirmación del comisionista no puede ser bastante para obligar al comitente, el comisionista deberá probar la comisión si este la negase, quedando obligado únicamente el comisionista con las personas con quienes contrató, sin perjuicio de las obligaciones y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista (p. 13).

La Corte Suprema también ha intervenido al desarrollar el tema en cuestión para delimitar la forma que existe para cumplir un contrato por comisión mercantil:

El comisionista puede contratar en nombre propio, o en el de su comitente; cuando lo hace en nombre propio queda obligado en forma directa, como si el negocio fuera suyo, y las personas con quienes trató no tendrán acción contra el comitente ni este contra aquellas; y cuando contrata en nombre del comitente debe de manifestarlo de manera expresa y, en este caso las acciones derivadas del contrato surtirán efecto entre el comitente y la persona que contrató con el comisionista (Exp. N° 793-91-Lima, 8 de setiembre de 1992).

1.1.3.2. Obligaciones del comisionista

Podemos dividir las obligaciones en dos grandes etapas; la primera son las que derivan desde antes de aceptar la comisión y las siguientes, que derivan durante la ejecución de la obligación, las cuales detallamos de la siguiente manera:

A. Obligaciones desde antes de aceptar la comisión

En este momento, el comisionista no sólo está obligado a comunicar al comitente su aceptación del contrato, también está obligado a prestar la debida diligencia en la custodia y la conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que los consigne a disposición del juez o aquel designe nuevo comisionista, imponiéndole, en caso de incumplimiento, la responsabilidad de indemnizar por los daños y perjuicios que sobrevengan al comitente.

B. Obligaciones durante la ejecución de la obligación

- El cumplimiento de la obligación aceptada o encomendada.
- Rendir cuentas de las sumas que recibió para la comisión respectiva.
- Acatar las instrucciones recibidas, consultando lo no previsto y el no actuar en ningún caso contra disposición expresa del comitente; esto da como resultado la sanción de responder por los daños y perjuicios en caso de incumplimiento, de lo

que no podrá librarse alegando que procedió de buena fe, creyendo ser lo más provechoso para el comitente.

- Comunicar frecuentemente al comitente las noticias que interesan al buen resultado de la negociación, participándole sin tardanza los contratos o acuerdos que hubiese celebrado.
- Defender los intereses del comitente, como cobrar los créditos de su comitente en las épocas que fueren exigibles.
- Responder de la conservación de las mercaderías que tenga en su poder por cuenta ajena, salvo que la destrucción o menoscabo sea debido a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa, casos en los cuales debe dar el aviso respectivo al comitente.
- Prohibición de intervenir como contraparte o sea de comprar para sí o para otro lo que se le ha mandado a vender, ni vender lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente.

1.1.3.3. Obligaciones del comitente

La obligación principal es la de abonar el precio pactado o, en defecto del pacto, lo que corresponda con arreglo al uso y practica mercantil de la plaza en que se cumpliere la comisión.

Asimismo, tiene como obligación adicional lo siguiente:

- Proveer al comisionista de los fondos necesarios para el desempeño de la comisión.
- Obligación de retribuirle el importe de los gastos efectuados por el comisionista, implica además el interés legal desde el día en que los hubiese hecho hasta el total reintegro.

1.1.3.4. Derechos de garantía

Tanto el comisionista como el comitente están garantizados por la ley respecto a los derechos emergentes del contrato.

Las garantías en favor del comisionista consisten en el derecho de retener los efectos recibidos o que conserva en su poder o que se encuentren a su disposición como consecuencia del encargo, hasta que se le haga pago de sus anticipaciones, gastos y derechos de comisión, con el producto de los mismos efectos, con preferencia a los demás acreedores del comitente.

1.1.3.5. Extinción del contrato

El presente contrato se extingue si se ha realizado el objeto para el que fue celebrado o cuando se ha vencido el plazo de duración, o cuando ha sobrevenido imposibilidad de llevarlo a cabo. Pero, además, existen causas de extinción propias de este contrato, derivadas de su carácter personal, basado en la confianza, y que son: la revocación declarada por el comitente y la muerte o inhabilitación del comisionista, o sean las mismas causas de extinción del mandato en el derecho común.

1.1.3.6. Desnaturalización del contrato

Si partimos desde el hecho que todo trabajador se encuentra amparado por el ordenamiento laboral una vez se haya acreditado el vínculo laboral, esto es, que el trabajador preste sus servicios en forma subordinada a favor del empleador a cambio de una remuneración.

La doctrina señala como elementos esenciales del contrato (como lo hemos explicado líneas arriba) son: prestación personal, remuneración y subordinación jurídica; hoy en la actualidad, esto ha cambiado con la nueva ley procesal del trabajo, el cual basta solo con acreditar la prestación personal para que se determine si existe o no un contrato de trabajo.

De acuerdo a estas palabras, y al igual como sucede en el contrato de locación de servicios, algunos empleadores con la finalidad de reducir costos laborales para la empresa

y evitar pagos de beneficios adicionales a la remuneración del trabajador de manera obligatoria, evaden los preceptos laborales ocultando la contratación laboral bajo figuras de otras ramas del derecho y otros tipo de contratación para únicamente cumplir con el pago mensual de retribución.

Una de las figuras que el Empleador utiliza para disfrazar un contrato de trabajo, es la de comisión mercantil, aunque en el fondo las partes tengan la intención de celebrar un contrato de trabajo. Para ello, la legislación laboral aplica el principio de primacía de la realidad (la misma que se explica líneas arriba), para que se puede determinar cuál es el contrato que realmente le corresponde ante la duda entre lo presentado en documentos y lo que ocurre en los hechos, para ello se debe tomar lo segundo. Una vez aplicado este principio, se reconocerá una relación laboral así haya celebrado un contrato de comisión mercantil, tal como lo afirma el Acuerdo N° 1 del Pleno Laboral Jurisdiccional 2000:

Si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

Asimismo, es importante mencionar que para aplicar el Principio de Primacía de la Realidad ante un caso determinado, se deben tomar en cuenta ciertos medios probatorios para considerar que se está ante una relación laboral; estos medios probatorios van a depender del comportamiento del Empleador en la relación, los mismos que pueden varios de acuerdo a cada caso en concreto. A continuación, presentaremos algunos ejemplos de sentencias del Tribunal Constitucional en los que de acuerdo a los medios probatorios verificados se acreditan el vínculo laboral entre las partes:

- **Percepción de beneficios laborales.-**

(...) Que, sin embargo, de las boletas de remuneraciones anteriormente aludidas se advierte que los demandantes percibían derechos y beneficios, a los que sólo acceden los trabajadores estables o permanentes de la administración municipal, como en este caso, tales como la remuneración transitoria para homologación, remuneración reunificada, así como incrementos de remuneración, aguinaldos, refrigerios y movilidad, que se dispusieron mediante el Decreto Ley N.º 25697, y los decretos de urgencia N.º 37-94,

090-96 y 073-97, que para su aplicación se remiten a sus respectivas leyes de presupuestos (...) (Exp. N ° 0731-1999-AA/TC, 05 de mayo del 2000).

- **Entrega de certificado de trabajo.-**

(...) Dentro de este orden de ideas, y en virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que la relación de servicios acotada tuvo las características de subordinación, dependencia y permanencia, propias de una relación laboral, conforme se corrobora con el mérito del certificado de trabajo otorgado a la demandante, en el cual literalmente se señala que ésta “durante el tiempo que prestó servicio para esta institución, ha demostrado puntualidad, capacidad y un alto sentido de responsabilidad en el desarrollo de sus funciones(...) (Exp. N ° 1140-2000-AA/TC, 05 de agosto del 2002).

- **Obligación a contar con jornada laboral.-**

(...) se corrobora con el mérito de los Contratos de Servicios Personales, obrantes en autos de fojas 8 a 10, en los cuales se señala que "el horario de ingreso y salida será el mismo de los Trabajadores Municipales, debiendo registrar su asistencia en la respectiva tarjeta de control", "percibirá una remuneración total mensual [...]" y "el contratado se obliga a cumplir en forma directa la labores propias de su cargo y será supervisado y evaluado por el Concejo a través de la Dirección Municipal (Exp. N ° 1562-2002-AA/TC, 09 de enero del año 2003).

Una vez se establezca la acreditación del vínculo laboral, el Empleador está obligado a incluir en su planilla electrónica al trabajador y proceder al reintegro de los beneficios sociales no cancelados desde el primer día de trabajo hasta regularizar todo lo adeudado; asimismo, el Empleador no podrá regularizar su contratación por una de contrato de trabajo sujeto a modalidad a plazo fijo, sino automáticamente le corresponderá al trabajador un contrato indeterminado; dicho de otro modo, tendrá el derecho a la estabilidad laboral y solo podrá romper el vínculo en caso de causas justas de despido debidamente acreditadas y habiendo realizado el procedimiento establecido en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D.S. 003-97-TR, observando que se puede configurar un despido arbitrario al dar el término de la relación laboral, la misma que de acuerdo a nuestra jurisprudencia, no procede por haberse realizado la extinción sin expresión de causa, y ante esto, procedería la reincorporación del trabajador a su puesto de

trabajo siempre que este haya sido solicitado mediante una acción de amparo. A continuación mostramos fragmentos de dos sentencias del Tribunal Constitucional que avalan el criterio expuesto:

Los contratos sujetos a modalidad se consideran como de duración indeterminada si se demuestran que se simularon condiciones temporales de contratación cuando en los hechos el trabajador acredita que fue contratado para desarrollar actividades ordinarias y permanentes en la empresa. Adicionalmente no se ha cumplido con incluir en los contratos cuáles son las situaciones objetivas que justifican la contratación temporal del trabajador. Por tanto, siendo un trabajador contratado a tiempo indeterminado despedido en forma arbitraria –es decir sin expresión de causa– procede la reposición del empleo solicitada. (Exp. N° 1397-2001-AA/TC, 21 de agosto del 2003).

Si exceden el periodo máximo legal de duración de los contratos sujetos a modalidad se considera que estos contratos son a tiempo indeterminado. Por tanto, ante el cese por cumplimiento del plazo del contrato, estaríamos ante un supuesto de despido arbitrario sin expresión de causa, y por tanto procede la reposición solicitada. (Exp. N° 3519-2003-AA/TC, 22 de julio del 2004).

Es necesario resaltar que en caso de incumplimiento por parte del Empleador del tema en cuestión, si es que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) realiza una fiscalización y verifica la existencia de contratos laborales, procederá la aplicación de una multa por infracción a las normas socio laborales, aunque en la actualidad primero se realiza una recomendación con la finalidad que el Empleador pueda regularizar la infracción laboral, otorgando un tiempo para determinado para la subsanación respectiva; luego de ello, en caso de desobedecer dicha recomendación o de ser reincidente en el incumplimiento de normas laborales, se aplicará la multa dependiendo de la clase de régimen posea el Empleador.

1.2. Frontera entre el trabajador subordinado y el trabajador autónomo

1.2.1. Aparición de nuevas formas de contratación laboral

1.2.1.1. Teletrabajo

Otra de las nuevas tendencias de contratación se conoce como el Teletrabajo, cuyo ámbito de aplicación es el desarrollo de actividades fuera de las instalaciones de la empresa contratante, con la diferencia del uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones para el desempeño de sus labores (Rodríguez, 2001, p. 228).

En buena cuenta, se trata de una modalidad de trabajo que se realiza a distancia, en donde el trabajador es equipado con herramientas informáticas para realizar las tareas encomendadas tal como si estuviera en las oficinas de la empresa.

Una de las principales ventajas que ofrece el Teletrabajo se encuentra en evitar la pérdida de tiempo al desplazarse al Centro de Trabajo; por lo que, el trabajador puede desenvolverse en sus actividades sin la necesidad de salir de su casa. Lográndose con ello, que el trabajador pueda hacer uso de su tiempo y espacio sin estar esclavizado a una computadora y oficina.

Qué duda cabe, que el empleador también tiene sus ventajas con el uso de esta forma de contratación, puesto que reduce sus costos laborales, como por ejemplo en el otorgamiento de un concepto no remunerativo por movilidad y sólo factura al trabajador por el real tiempo que le demande el trabajo requerido.

En definitiva, señalar que no existe un único concepto en la doctrina de lo que podemos entender por Teletrabajo; sin embargo, todas las definiciones concuerdan que se trata de un trabajo a distancia prestado mediante el uso de las telecomunicaciones. Entendemos entonces que desde un punto de vista del ámbito del Derecho Laboral, el Teletrabajo vendría a ser el trabajo a distancia prestado mediante el uso de las telecomunicaciones, por una persona y bajo subordinación. Desde un punto de vista jurídico, debe admitirse que en el teletrabajo no existe una desaparición total de la subordinación sino más bien un debilitamiento de esta, por el simple hecho que el trabajador no está físicamente en el centro del Trabajo.

Como hemos señalado en un párrafo precedente, el hecho de no contar con una definición del Teletrabajo unánime en la doctrina, es muy difícil lograr una delimitación exacta entre una actividad remunerada/dependiente y una autónoma/independiente. Es decir, que no toda forma de prestar servicios a través del Teletrabajo es susceptible de definirse como relación laboral, sino que existe teletrabajo autónomo y por ello, se tiene que analizar cada caso en concreto.

1.2.2. Modalidades atípicas de prestación de servicios:

Haciendo una breve revisión de la normativa actual, advertiremos el surgimiento de modalidades atípicas de prestación de servicios, las cuales en su mayoría se encuentran relacionadas con las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo, que involucran fenómenos que rompen con la necesidad de centrar todas las funciones productivas de la empresa y sólo se encargan de concentrar las actividades consideradas nucleares, externalizando qué duda cabe, aquellas que se consideran periféricas.

Es así como surgen nuevas formas de prestar servicios, y como la doctrina lo señala, nuevas formas de subcontratación, tales como la intermediación y tercerización, y es debido a ellas que se está produciendo una redefinición del paradigma productivo y del trabajador, generándose con ello un impacto importante en la esfera del Derecho del Trabajo.

Al respecto, la doctrina identifica causas de diversa índole por las que se fundamenta la aparición de las nuevas modalidades de subcontratación. Dentro de las principales causas podemos considerar las siguientes:

- Las transformaciones en la organización de trabajo y de la producción, las cuales están conduciendo a una mayor especialización productiva, y a la externalización de actividades secundarias o periféricas. Lo que a su vez genera una mayor reducción de costos y una minimización de la mano de obra utilizada directamente.

- El incremento de las tasas de desempleo, que llevó a que los trabajadores aceptaran laborar a través de estas modalidades, ante la dificultad de acceder a puestos de trabajo.
- El debilitamiento de los sindicatos, hace que hoy por hoy ni ellos mismos puedan frenar tales medidas de contratación.
- Las políticas de flexibilización adoptadas por diferentes gobiernos, que han llevado a que cada vez los empleadores utilicen estas modalidades de contratación con el ánimo de encubrimiento de la relación laboral (Quiroz, 2014, p. 43-45)

Ahora bien, dentro de la complejidad y heterogeneidad de formas en que se expresa la subcontratación, nuestro interés se enfoca en desarrollar a la intermediación y a la tercerización.

1.2.2.1. La intermediación

La intermediación también es considerada como una nueva forma de contratación, a través de ella, el empleador (empresa usuaria) no contrata directamente a los trabajadores, sino contrata de manera civil a una empresa que se encargará de destacar el personal (empresa intermediadora) necesario para el empleador. A diferencia de la tercerización, el empleador que contrata a la empresa, sí tiene poder de dirección sobre los trabajadores que han sido destacados (así no se encuentren dentro de su planilla), sin embargo, el poder sancionador lo posee la empresa que destaca al personal.

Dentro del análisis de esta figura, podemos destacar que se trata en lo fáctico de dos empleadores uno formal y otro real, sin que exista una relación laboral entre el empleador real y el trabajador. Claro está, que se rompe con la tradicional relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a través de la aparición de un empleador formal de los trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo órdenes de esta última (Neves, 1996).

1.2.2.1.1. Alcance Normativo

Los dispositivos vigentes que regulan los supuestos de intermediación laboral son la Ley N.º 27626 (09.01.2002) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-2002-TR (28.04.2002), modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2007-TR (27.04.2007).

1.2.2.1.2. Concepto

La intermediación es una forma de contratación en la que una empresa (usuaria) contrata los servicios de destacamento de personal a otra empresa (intermediadora), este personal destacado se encuentra bajo la dirección compartida de la empresa usuaria e intermediadora. El destacamento de personal se puede realizar para lo siguiente:

- Actividades temporales.
- Actividades complementarias a la actividad principal de la empresa usuaria,
- Actividades de alta especialización que por su naturaleza lo realiza mejor un tercero.

A. Empresas de servicios temporales

Este tipo de intermediación laboral, como su nombre lo indica, se encargan de realizar el destacamento de personal a una empresa usuaria con la finalidad de suplir determinados puestos que se encuentran vacíos por cualquier motivo de suspensión perfecta o imperfecta de laborales (a través de un contrato de suplencia). Asimismo, también se puede utilizar este tipo de contratos en situaciones que la empresa usuaria requiera a personal para cumplir determinada ocasión, no siendo las actividades parte de su giro del negocio. Cabe resaltar que los puestos sujetos a destacamento tienen un plazo fijo, el cual se termina una vez vuelva el personal principal o se acabe la ocasión que dio a la temporalidad.

B. Empresas de actividad complementaria

Este tipo de intermediación, como su nombre lo indica, se realiza cuando la empresa usuaria contrata los servicios de destacamento de personal de una empresa intermediadora

debido a que cumpla con realizar servicios que no pertenecen a las actividades principales de la empresa; esto quiere decir que, sin ellos, no alteraría sus actividades; esto ayuda a las empresas usuarias debido a que pueden concentrar todos sus esfuerzos en el personal dedicado a su actividad principal.

C. Entidades de Intermediación

a. Empresas de servicios

La intermediación laboral podrá ser prestada por empresas de servicios que son constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley N.º 26887 (Ley General de Sociedades) o como cooperativas según la Ley General de Cooperativas y tendrán como objeto social la prestación de servicios de intermediación laboral (Castillo, 2015, p. 50-75).

A nuestras palabras, los servicios de intermediación pueden realizarlo empresas de servicios especializados o cooperativas a través de un contrato civil pudiendo ser de locación de servicios. Asimismo, un requisito indispensable es que la empresa intermediadora debe tener como objeto social en sus estatutos, la prestación de servicios de intermediación (destacamento de personal).

b. Cooperativas

De trabajo temporal: Contratos de naturaleza ocasional y de suplencia.

De trabajo y de fomento del empleo: Actividades de carácter complementario o especializado.

1.2.2.1.3. Contratos de trabajo suscritos con los trabajadores destacados

Los contratos de trabajo suscritos con los trabajadores que se van a destacar, son los mismos que cualquier empresa tiene con sus trabajadores (indeterminados o sujetos a modalidad); o existe ningún tipo de contrato especial para los trabajadores destacados; a

excepción que debe indicarse dentro del contrato que *se realizará destacamento de personal*.

1.2.2.1.4. Obligaciones de la empresa usuaria

La Empresa usuaria se encuentra obligada a solicitar una copia de la constancia de inscripción vigente de la empresa intermediadora que le presta servicios y retenerla en su poder durante el tiempo de duración del contrato que las vincule.

Además, están obligados a celebrar un contrato de locación de servicios con la entidad de intermediación, contrato que deberá contar con las siguientes cláusulas:

Descripción de las labores a realizarse, fundamentando la naturaleza temporal, complementaria o especializada del servicio, en relación con el giro del negocio de la empresa usuaria.

Términos del contrato del personal destacado, es decir, identificación del trabajador, cargo que ocupa, remuneración y plazo del destaque.

1.2.2.1.5. Obligaciones de la empresa intermediadora

Las empresas de servicios o las cooperativas cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, para garantizar los derechos de sus trabajadores destacados y el cumplimiento de las obligaciones laborales. La entidad de intermediación debe optar por una de las dos formas de fianza previstas:

- Fianza a nombre del Ministerio de Trabajo: es la otorgada por una institución bancaria o financiera a nombre del Ministerio y a favor de los trabajadores destacados.
- Fianza a favor de la empresa usuaria: Es otorgada para garantizar frente a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales correspondientes a los trabajadores en ella destacados; su tipo, requisitos, plazo, porcentaje de cobertura, mecanismos de ejecución, liberación de la garantía y demás elementos se rigen por lo que pacten las partes.

1.2.2.1.6. Limitaciones

En virtud del artículo 6 de la Ley N.º 27626, se establece que el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria.

Para el caso de las empresas de servicios complementarios, no hay porcentajes limitativos respecto de la cantidad de trabajadores que pueden ser destacados a una empresa usuaria; sin embargo se exige que la empresa de servicios o la cooperativa asuman plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

1.2.2.1.7. Supuestos prohibidos

En virtud del Artículo 8 de la Ley N.º 27626, no cabe la contratación de una entidad de intermediación en los siguientes casos:

- a) Para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga
- b) Para cubrir personal en otra entidad de intermediación
- c) Para prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria.

1.2.2.1.8. Desnaturalización

El Reglamento de la Ley N.º 27626, señala en el artículo 14 que se considera la existencia de una relación laboral directa entre el trabajador y una empresa usuaria desde el inicio de la prestación de los servicios de los primeros, cuando se verifique en un procedimiento de inspección a cargo de la Autoridad de Trabajo, los siguientes casos de infracción a los supuestos de intermediación laboral:

- a) El exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales.

- b) La intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia.
- c) La intermediación para labores distintas a las reguladas en la numeral descrita línea arriba.
- d) La reiterancia del incumplimiento de las obligaciones de la empresa usuaria. Se verifica la reiterancia cuando persiste el incumplimiento y se constata en la visita de reinspección o cuando se constata que en un procedimiento de inspección anterior la empresa usuaria realiza tal incumplimiento.

Asimismo, en los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza civil se provean trabajadores para desarrollar labores que correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de inicio de labores en dicha empresa.

1.2.2.1.9. Solidaridad

La empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad intermediadora (es decir, el trabajador afectado podrá reclamar el pago indistintamente a cualquiera de ambas empresas, estando ambas obligadas al pago) por los derechos laborales de origen legal o colectivo de los trabajadores destacados que no estén cubiertos por la fianza.

De igual modo, en caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales, las empresas usuarias serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios en la empresa usuaria.

Haciendo una breve revisión de las nuevas tendencias de subcontratación, podemos advertir que dentro de las relaciones de intermediación se pueden presentar diversos niveles de desprotección de los trabajadores, dado que los trabajadores ven totalmente defraudados sus derechos porque comúnmente la figura de intermediación sirve para liberar al empleador real de las obligaciones laborales a la persona que se benefició de tal mano de obra.

Asimismo, podemos concluir que los fenómenos triangulares generan consecuencias negativas en las relaciones laborales individuales y colectivas, tanto en la empresa usuaria como en la que destaca personal o presta el servicio complementario. Señalamos en el plano individual, puesto que esta forma de subcontratación trae consigo peores condiciones de trabajo, sobre todo económicas, para los trabajadores de las empresas de servicios y cooperativas, respecto de aquellos de la empresa usuaria que realizan las mismas o similares labores. En el plano de las relaciones colectivas señalar, que dado que la presencia de trabajadores “destacados” dentro de la empresa usuaria hasta el veinte por ciento de la planilla, conlleva una disminución del personal contratado directamente, con lo que las posibilidades en la empresa usuaria de una tutela colectiva son mínimas.

En el mismo sentido, otro aspecto negativo de esta forma de subcontratación se encuentra vinculado al fraude que se puede producir debido al uso de la interposición laboral. Es decir, cuando usamos este tipo de contratación simulando la creación de empresas intermediadoras o haciendo uso de cooperativas ficticias desprovistas de patrimonio, que se constituyen con la sola finalidad de ocultar al verdadero empleador que no desea ver incrementada su carga laboral.

1.2.2.2. La tercerización

La descentralización productiva o tercerización fue el primer paso para flexibilizar la tradicional línea divisoria, dando lugar a la proliferación del trabajo autónomo, así como a un cambio en la visión tradicional del Derecho del Trabajo, extendiendo su protección hacia estos nuevos conceptos como el contrato del autónomo económicamente dependiente.

Con fecha 24 de junio de 2008, fue publicada la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, a través de la cual se establecieron los elementos esenciales de dicha figura, así como sus notas características y las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N.º 1038 y el Reglamento de la Ley N.º 29245 (aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR), se incorporaron nuevas precisiones.

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

1.2.2.2.1. Elementos esenciales

Los elementos esenciales, que deben concurrir en una relación de tercerización son los siguientes:

- a) Realización del servicio por cuenta y riesgo de la empresa tercerizadora.
- b) La empresa tercerizadora debe contar con sus propios recursos técnicos, financieros y materiales.
- c) La empresa tercerizadora sea responsable por los resultados de sus actividades y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.

Estos aspectos son copulativos, señalándose expresamente que la ausencia de uno o más de ellos, desvirtúa la tercerización.

1.2.2.2.2. Elementos característicos

Por su parte, las notas características son: la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital, y que la retribución se efectúe por obra o servicio.

Conforme señalamos, estas notas fueron matizadas posteriormente por el Decreto Legislativo N.º 1038 y Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, estableciendo que respecto de la pluralidad de clientes, este no sería un indicio a valorar en caso: (i) el servicio sea únicamente requerido por un número reducido de empresas dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector; (ii) cuando en base a la naturaleza del servicio existan razones para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora y; (iii) cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

Asimismo, respecto del equipamiento propio, el Reglamento entiende que se cumplirá este requisito cuando las herramientas y equipamiento que utilicen los trabajadores sean de propiedad de la empresa tercerizadora o se encuentren bajo su administración y responsabilidad.

Por otro lado, con relación al local, se establece que cuando resulte razonable la empresa tercerizadora podrá usar el local de la empresa principal, siempre que el mismo se encuentre dentro de su ámbito de administración o forme parte de componente o vinculada a su actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral, tal y como sucede, por ejemplo, en las unidades de producción minera o metalúrgica.

1.2.2.2.3. Tercerización con o sin desplazamiento

Existen dos tipos de tercerización: sin desplazamiento y con desplazamiento. Dentro de este segundo grupo, existe el desplazamiento continuo o permanente y el desplazamiento eventual o esporádico.

Se entiende que hay desplazamiento continuo cuando el desplazamiento ocurra cuando menos en más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización, o cuando exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no dentro de un semestre.

En cambio, en los casos en los cuales no hay desplazamiento permanente sino esporádico o eventual, no se aplica ninguna de estas obligaciones formales ni consecuencias jurídicas referidas anteriormente.

Cabe precisar que las empresas de tercerización que realizan sus actividades con desplazamiento continuo o permanente a las instalaciones de la empresa principal se encuentran obligadas a cumplir una serie de exigencias, entre las cuales se encuentra el registro como empresa tercerizadora ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo -procedimiento sencillo que supone únicamente que la empresa de tercerización, deberá declarar en la Planilla Electrónica, el desplazamiento de personal a empresas principales-, el derecho a la información respecto de los trabajadores tercerizados y aquellos de la

empresa principal, y responsabilidad solidaria en el pago de derechos, beneficios laborales y de la seguridad social.

Es decir, la empresa principal deberá responder ante los trabajadores por el no pago de sus derechos, beneficios laborales (de origen legal y no los que provengan de decisión unilateral o convencional) y de la seguridad social, durante un periodo máximo de un año, posterior a la culminación del desplazamiento.

En caso de asumir obligaciones que hubiere correspondido asumir a la empresa de tercerización, la principal tendrá el derecho de repetición contra la misma, es decir, podrá exigir judicialmente a la empresa de tercerización, el reintegro de los pagos efectuados.

1.2.2.2.4. Derecho a la información de los trabajadores involucrados:

En virtud del artículo 8 del Reglamento de la Ley N.º 29245, la empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que estos realizarán, dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.

1.2.2.2.5. Desnaturalización

De acuerdo con la normativa vigente, se produce la desnaturalización cuando la tercerización no cumple con los elementos esenciales ni las notas características referidas en los puntos que anteceden.

La consecuencia de esta situación será que los trabajadores desplazados serán considerados como personal indeterminado de la empresa principal desde la fecha de inicio de la tercerización.

Una de las ventajas más importantes de la tercerización es que facilita al empleador la extinción de la relación laboral. En efecto, si la empresa usuaria o principal contratara directamente con los trabajadores sólo podría cesarlos por causa justa, mientras que con la

tercerización- debido a que el trabajador formal es de la empresa de tercerización- le bastaría con resolver el contrato de tercerización que tiene con la empresa tercerizadora.

Esta normativa de tercerización muchas veces es utilizada para dar formalidad a la ilegalidad, por cuanto sabemos que muchas empresas en nuestro país constituyen empresas tercerizadoras con el ánimo de evitar la participación en las utilidades, evitar la formación de sindicatos, pagar menores ingresos.

1.2.2.3. Ventas por catálogo

Desde hace un tiempo atrás, en el Perú se viene dando la venta por catálogo de conocidas marcas de cosméticos, artículos de belleza, salud y otros relacionados (Belcorp, Unique, Esika, Cyzone, Oriflame, Renaware, etc); poco a poco con el paso de los años, este tipo de negocio se ha incrementado y cada vez más personas se dedican a este tipo de actividad o trabajo, lo que en un principio empezó con la necesidad de ganar un dinero extra para cumplir ciertas necesidades, ahora hay gente que se dedica a este tipo de trabajo formándose una dependencia a la ganancia o ingreso que generen sus ventas, siendo un sustento para ellos(as). Un claro ejemplo del crecimiento del sector, entre la empresa Belcorp y Unique cuentan con un promedio de 300,000 vendedores por catálogo (al año 2015), y la cifra sigue aumentando en el presente año y los siguientes.

Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho, este tipo de relación jurídica entre empresas y vendedor, se realiza de una manera no tan formal o dicho sea, no se encuentra regulada adecuadamente por el ordenamiento peruano, aplicándose innumerables modalidades de contratación sin que exista una modalidad establecida por nuestro ordenamiento legal. De la misma manera que se presentan modalidades similares a la contratación laboral (civil o mercantil), en nuestra realidad, vemos que dichos vendedores con la finalidad de ganar una comisión por producto vendido, ofrecen a cambio de la comisión recibo por honorarios, factura de personal natural con negocio, factura de empresa, e inclusiva hasta boleta de venta mediante el Régimen Único Simplificado; todo este surge a que no existe un estándar específico para estos casos en concreto, por lo cual se afirma nuestra posición de casos sin regular por el Derecho Laboral. A continuación, daremos a conocer las características más comunes de este tipo de prestación de servicios:

1.2.2.3.1. Objeto de la prestación del servicio

Como todos conocemos, este tipo de trabajo consiste en promocionar y vender determinados productos a gente mediante un catálogo que el productor (Empresa) les brinda, luego se hace el pedido de los productos seleccionados y los mismos llegan en determinados días, haciendo efectivo la entrega junto con el pago. La retribución de la vendedora, no es un sueldo fijo, sino una comisión de los productos que vende por campaña, que puede oscilar entre el 25% y 40% de comisión; por tanto, mientras más venta (por ende, más tiempo le dedique a la venta), su comisión será mayor (mayores ingresos), sin embargo, al empresa reduce sus gastos al no pagar los beneficios laborales obligatorios se fuera el caso de trabajadores dependientes.

1.2.2.3.2. Naturaleza jurídica del contrato

Como ya es conocido el proceso de venta y comisión, y sin revisar los detalles de la relación entre Empresa- Vendedor, se puede llegar a la conclusión que no pertenece al ámbito del Derecho Laboral, sino más bien una relación civil o mercantil de acuerdo a su naturaleza. Sin embargo, haciendo una revisión más minuciosa, nos encontramos ante la aparición de una nueva forma de contratación laboral, debido a que existe una prestación personal y existe un porcentaje bastante elevado de trabajadores que dedican la mayor parte de su tiempo para la venta de productos con la finalidad de tener un sustento económico en sus vidas o familia, esto puede llamarse también una dependencia económica entre la empresa y el vendedor, por ejemplo, si una persona se dedica toda su vida a la venta por catálogo, y luego de 30 años se le imposibilita trabajar o la empresa decide no contar con sus servicios de venta, esta trabajadora pierde su sustento económico, el mismo que le causaría perjuicio, no pudiendo recurrir o exigir beneficios sociales debido a que no es un contrato de trabajo y el derecho laboral no lo reconoce como tal (lo cual vendría a ser incorrecto debido a que el derecho laboral no puede dejar de lado estas nuevas formas de contratación que se enmascaran en otras figuras).

1.2.2.3.3. Características de la prestación del servicio

- a) El vendedor no se encuentra sujeto a fiscalización laboral por parte de la empresa, con esto nos referimos a que no existe subordinación jurídica; sin embargo, sí existe una dependencia económica conforme lo explicamos en líneas arriba.
- b) La realización del trabajo (venta) se lleva a cabo mediante un catálogo de productos y visitando a los clientes. Adicionalmente a ello, todo vendedor se encuentra en la obligación de promocionar los productos que vende la empresa.
- c) El vendedor se encuentra en la obligación de llevar sus cuentas contables lo más diligentemente posible con la ayuda de un contador; caso contrario, la empresa descuenta por los servicios de contabilidad al momento de abonarle su comisión al vendedor.
- d) Existe línea de carrera en la venta de catálogo, pudiendo acceder a nuevos cargos de acuerdo al volumen de ventas; asimismo, el vendedor accede a nuevos beneficios como aumento de comisión, regalos, bonos, etc. Sin embargo, así asciendas a cualquier cargo de venta, la empresa unilateralmente puede dar por extinguido su relación sin estar obligado a resarcir económicamente al vendedor mediante una indemnización por despido arbitrario.
- e) El Vendedor organiza su tiempo de trabajo de acuerdo a sus necesidades personales.

1.2.2.3.4. Conclusión

A manera de conclusión y recomendación, es recomendable que el Derecho Laboral extienda sus fronteras y proteja a estos cuasi trabajadores, proveyéndoles con ciertos beneficios que salvaguarden esa dependencia económica y los proteja ante eventuales despidos o términos de relación laboral; es lógico pensar que no todos se encontrarían beneficiados con esto, debido a que parte del sector son jóvenes que trabajan y estudian al mismo tiempo y que su prioridad no es ganar dinero como sustento, sino como un ingreso extra; pero en el caso contrario, si es necesaria la protección con beneficios laborales a

aquellos que dependen económicamente de estas empresas, y si se les despoja de aquel ingreso, se vería afectado drásticamente. Siguiendo estas líneas, podemos llegar a la conclusión que nos encontramos ante las tantas figuras de Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente que no se encuentran descubiertas por nuestro ordenamiento jurídico.

1.3. Frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo

1.3.1. Zonas grises del derecho de trabajo

En relación con ella, es conveniente precisar que la doctrina plantea como claro ejemplo de un contrato que se encuentra en “zona gris” del derecho del trabajo al contrato de “cuarta-quinta”. Nos referimos a una zona gris cuando nos encontramos por un lado con la prestación de servicios subordinada (contrato laboral) y por otro lado, con la prestación autónoma de servicios (contrato civil) y entre ambos existe una gama de servicios que se prestan y que puedan estar incluidos en las llamadas “zonas grises”.

Ahora bien, si bien posee varios rasgos típicos y característicos del contrato de trabajo el contrato de “cuarta- quinta” es un típico contrato que se encuentra en la zona gris del derecho de trabajo. Según Toyama (2005, p. 31), el inciso e) del artículo 34° de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 774 señala que son rentas de quinta categoría

los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil, cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación de servicios demanda.

Sobre esta definición nos llama la atención que la norma aludida señala “cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien requiere los servicios” si es que se encuentra definiendo a los prestadores de servicios de naturaleza civil. El que sea prestado en lugar y con un horario advierte la presencia de elementos del contrato de trabajo.

En estos casos nos encontramos a una zona gris, donde resulta complejo llegar a establecer la existencia de una relación laboral. No basta con acreditar dependencia con relación al lugar y horario de trabajo ni que exista una asunción de materiales y gastos por parte del usuario del servicio, es necesario apreciar otros elementos esenciales del contrato de Trabajo.

1.3.2. El trabajador autónomo económicamente dependiente

1.3.2.1. Antecedentes jurídicos del autónomo económicamente dependiente

1.3.2.1.1. Antecedentes en el Derecho Nacional

A) Ley N.º 15132 “Comprendiendo los beneficios de las leyes N.º 4916, 10624 y 11013 de los profesionales abogados, médicos, odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstetrices y veterinarios

En Latinoamérica no existe aún un convencimiento absoluto para introducir una nueva categoría de empleo dado el desconocimiento de la existencia de este tipo de contrato en otras legislaciones y del registro de vestigios en nuestra legislación laboral de esta tendencia de protección a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Sobre el particular nos referimos a la Ley N.º 15132 que estuvo vigente desde el 25 de agosto de 1964 hasta el 28 de julio 1995, fecha en la que fue derogada expresamente, a través de la cual se concedió a los abogados, médicos odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstetrices y veterinarios, ciertos beneficios laborales propios de los trabajadores subordinados, aunque no tuviesen la obligación de concurrir en forma diaria al centro de trabajo, bastando simplemente la prestación continuada de sus servicios profesionales a cambio de una retribución.

En sí, la norma en mención sólo consta de un artículo el mismo que regula lo que a continuación se detalla:

Compréndase en los beneficios de las leyes números 4916, 10624 y 11013, sus ampliatorias, modificatorias y conexas, a los profesionales abogados, médicos, odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstetras y veterinarios que presten servicios a personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea el objeto o fines de éstas o instituciones sostenidas o dependientes de aquellas, en el propio centro de trabajo o fuera de él, con o sin horario establecido y siempre que la remuneración que perciban por sus servicios sea periódica; quedando en esta forma ampliada y aclarada la Ley N° 13937.

Dicha protección especial a estos profesionales independientes comprendía el pago una compensación por tiempo de servicios a razón de una remuneración mensual por cada año de servicios y el pago de una póliza de seguro de vida para aquel profesional que hubiera brindado sus servicios para el mismo empleador por más de cuatro años.

B) Decreto Legislativo N.º 728 “Trabajo a Domicilio”

Para este tipo de contrato laboral, usaremos la definición elaborada en el TUO del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual en el artículo 87° del Título IV lo define de la siguiente manera:

Art. 87°.- El Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario. (Artículo 87° del TUO del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral)

Art. 88°.- El trabajo a domicilio genera relación laboral entre el trabajador a domicilio y el empleador, sea este último el productor de los bienes y servicios finales o intermedios, subcontratistas o agente, siempre que estos últimos se encuentren debidamente registrados. (Artículo 88° del TUO del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral)

a) Labor no considerada trabajo a domicilio

No se considera trabajo a domicilio el que realizan los trabajadores domésticos o del hogar, el trabajo autónomo, el realizado en taller de familia o trabajo familiar.

b) Derechos del trabajador a domicilio

b.1) Remuneración

La remuneración del trabajador a domicilio ha sido elaborada en el TUO del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual en el artículo 90° del Título IV lo define de la siguiente manera:

Art. 90°.- La remuneración es fijada por las partes en el contrato de trabajo o por convenio colectivo de trabajo a domicilio, en base a criterios de remuneración por producción, bajo la modalidad de valor hora o tarifa por bien o servicio producido.

El empleador sólo podrá deducir hasta un veinticinco (25) por ciento mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, en caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes a que se refiere el inciso g) del artículo 93 de esta Ley, hasta cumplir el pago del valor respectivo.

b.2) Otros derechos del trabajador a domicilio:

- Primero de mayo: Percibirá una suma equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior laborado, siempre que el trabajador tenga derecho acumulado a vacaciones y a CTS.
- Vacaciones: Por este concepto percibirá una suma equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador; este beneficio se paga conjuntamente con la remuneración del mes al que corresponde el año cronológico de servicios cumplidos.

- *Compensación por tiempo de servicios:* Por este concepto percibirá una suma equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador. Este beneficio lo paga directamente el empleador al trabajador dentro de los diez (10) días siguientes de cumplido el año cronológico de servicios y tiene efecto cancelatorio.
- *Seguridad Social:* El trabajador a domicilio está comprendido en el SNP (pero puede incorporarse al SPP si así lo prefiere); y en el RCSSS en cuanto se refiere a prestaciones asistenciales directas, subsidios por enfermedad en caso de hospitalización, subsidios por maternidad, subsidios por lactancia y prestaciones por sepelio. Para efectos del pago de las aportaciones a los sistemas antes mencionados correspondientes a este tipo de trabajadores, el consejo Directivo del IPSS (ahora ESSALUD) debió dictar el reglamento correspondiente en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de la vigencia de la LCPL, teniendo en cuenta las particularidades específicas de este régimen laboral especial, no obstante lo cual dicho reglamento aún no ha sido dictado.

Es importante mencionar que el trabajador podrá solicitar al empleador el pago adelantado de los beneficios correspondientes al 1° de mayo, vacaciones y CTS cuando la prestación de servicios se interrumpa o se suspenda por un periodo igual o mayor a un mes, teniendo dicho pago efecto cancelatorio. El cálculo del monto del beneficio a ser pagado en forma anticipada se efectuará tomando como base el total de remuneraciones percibidas durante el periodo realmente laborado por el trabajador.

b.3) Formalidad del contrato

- Escrito: El contrato de trabajo a domicilio se celebra por escrito y deberá ser presentado ante la Autoridad Administrativa para su registro, por triplicado y conjuntamente con la solicitud respectiva.
- Registro: El empleador está obligado a llevar un registro de trabajo a domicilio autorizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, cuya copia será entregada al trabajador. Dicho registro sustituye para todos los efectos al libro de planillas de remuneraciones del régimen laboral común.

En el registro de trabajo a domicilio deberá consignarse lo siguiente:

- a) Los datos de identificación del trabajador;
- b) La referencia a las fechas de suscripción del contrato de trabajo a domicilio y de su remisión a la Autoridad Administrativa de Trabajo;
- c) El número de carné de inscripción del trabajador en el Instituto Peruano de Seguridad Social;
- d) La calidad y naturaleza de la obra encomendada y la remuneración convenida, indicando los factores intervinientes en su fijación;
- e) El monto y fecha de pago de la remuneración, en cada oportunidad que este se realiza;
- f) El monto y fecha de pago de cualquier beneficio que se abone en aplicación de esta Ley o que resulte de acuerdo convencional;
- g) El suministro o no, tanto de los materiales como de las herramientas, maquinarias o útiles para la producción y la modalidad y título en los que otorga estos últimos; y,
- h) Cualquier otra indicación o precisión relativa a la relación laboral y que las partes estimen conveniente consignar.

C) Ley N° 30036 “Ley del Teletrabajo”

a) Comentarios a la legislación vigente

Es importante tomar como uno de los antecedentes más importantes para el contrato de trabajo autónomo económicamente dependiente, la presente ley que ha sido regulada en Perú el presente año. Tomando como un avance en la transformación de las nuevas figuras de contratación a nivel laboral. Sin embargo, este tema ya ha sido desarrollado en uno de los capítulos precedentes que hacen redundante desarrollarlo nuevamente³.

Recientemente a nuestro ordenamiento jurídico se ha incorporado la Ley N.º 30036 “Ley que regula el Teletrabajo” (publicada el 15 de mayo del 2013), por el cual los trabajadores bajo una modalidad especial de prestación de servicios mediante la utilización de Tecnología de la Información y Telecomunicaciones, se les confiere los mismos beneficios, derechos y obligaciones laborales que un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada regulado mediante el TUO del Decreto Legislativo N.º 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.

a.1) Definición

El teletrabajo según la ley en mención⁴ viene a ser el trabajo subordinado sin la presencia física del trabajador en su centro de trabajo haciendo uso de la Tecnología de la Información y Telecomunicaciones (en adelante TICs), las cuales son necesarias para realizar el trabajo y a la vez el empleador pueda controlar y fiscalizar al teletrabajador de una manera indirecta.

Asimismo, encontramos distintos tipos de definición del teletrabajo que en la doctrina peruana aparecía de la mano con las nuevas formas de contratación

³ Los autores de la presente investigación desarrollaron el teletrabajo en el punto 1, dentro de la Aparición de Nuevas Formas de contratación laboral, en el capítulo II sobre Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Autónomo.

⁴ Artículo 2º.- El teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado “teletrabajador”, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores.

Son elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de esta modalidad de trabajo la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros.

laboral en el nuevo mundo de la globalización y las tecnologías de la información, como una de ellas tenemos que:

Teletrabajo es la prestación de servicios por cuenta ajena fuera del centro de trabajo, fundamentalmente en el domicilio del propio trabajador y cuya realización se lleva a cabo mediante conexión telefónica e informática, excluyéndose de tal concepto, los trabajadores autónomos. (Flores, 1995, p. 413).

Sin embargo, la Unión Europea también ha tenido su propia definición:

El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular. (Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo, Bruselas, 16 de julio de 2002).

Existen varias definiciones sobre Teletrabajo, las cuales hemos considerado mencionar las que lo analizan al trabajo realizado por un trabajador dependiente y subordinado; más no por un trabajador autónomo que no tendría relevancia en la presente definición regulada por la ley peruana.

a.2) Características

De acuerdo a lo definido por la modalidad de Teletrabajo, podemos desglosar las siguientes características que presenta:

- No hay presencia física del teletrabajador en la empresa.
- La realización del trabajo se lleva a cabo mediante la Tecnología de la Información y Telecomunicaciones (TICs).
- Existe comunicación con la empresa, tanto para ejecutar el trabajo como para ser fiscalizada su labor por el empleador.
- Existencia de una subordinación del trabajador hacia el empleador.

a.3) Herramienta del teletrabajo

La herramienta esencial en esta modalidad de trabajo vendría a ser cualquiera que requiera la utilización de la Tecnología de la Información y las Telecomunicaciones para su funcionamiento; hoy en día, todo tipo de medio de comunicación o electrónico hace uso de las TICs; sin embargo, se requiere de cierta tecnología que permita la comunicación, producción, modificación y almacenamiento de todo tipo de información en sus distintas modalidades (imagen, documento, audios, videos, etc.). En la práctica, se observa que la herramienta más usada vendría a ser las computadoras (desktop o laptop) para la realización del trabajo mediante uso de internet y línea telefónica.

Se podría decir en palabras de especialistas en informática que:

Las TIC se conciben como un universo con dos conjuntos, representados por las tradicionales tecnologías de la comunicación, principalmente radio, televisión y telefonía convencional, y por las tecnologías de la información, caracterizadas por la digitalización de las tecnologías de registro de contenidos (informática, de las comunicaciones, telemática y de las interfaces). (PNUD, 2002).

a.4) Carácter voluntario y reversible del teletrabajo

La Ley que regula el Teletrabajo en su artículo 4° prescribe⁵ que esta modalidad de trabajo subordinado es de carácter voluntario por parte del teletrabajador; esto quiere decir, que el empleador de manera unilateral no puede disponer de su facultad de dirección para variar la modalidad de trabajo a una de teletrabajo, por el contrato, debe contar con el consentimiento del teletrabajador para que surta efecto dicha modificación.

⁵ Artículo 4.- Por razones debidamente sustentadas, el empleador puede variar la modalidad de prestación de servicios a la de teletrabajo, previo consentimiento del trabajador. El cambio de modalidad de prestación de servicios no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración y demás condiciones laborales, salvo aquellas vinculadas a la asistencia al centro de trabajo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, el teletrabajador puede solicitar al empleador la reversión de la prestación de sus servicios bajo esta modalidad. El empleador puede denegar dicha solicitud en uso de su facultad directriz. El empleador puede reponer al teletrabajador a la modalidad convencional de prestación de servicios que ejecutaba con anterioridad si se acredita que no se alcanzan los objetivos de la actividad bajo la modalidad de teletrabajo.

Asimismo, de acuerdo a la reversibilidad de esta figura, una vez que se encuentra laborando de una manera no presencial, el teletrabajador puede solicitar volver al trabajo presencial en la empresa, siendo potestad del empleador si acepta su solicitud o la deniega; asimismo, el empleador unilateralmente puede revertir esta figura si no alcanza los objetivos propuestos por parte del trabajador, debiendo acreditar que no se cumplió con lo señalado.

a.5) Igualdad de derechos

El teletrabajador goza de los mismos derechos y obligaciones que posee un trabajador ordinario bajo el Régimen Laboral de la Actividad Privada⁶; siendo la única diferencia entre ambos, la modalidad en que se labora (una presencial y la otra no, pero haciendo uso de Tecnologías de la Información); es por ello, que bajo la modalidad de Teletrabajo se pueden realizar todos los tipos de Contratos de Trabajo sujetos a modalidad que se encuentran regulados bajo el TUO del D.L. 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.

En consecuencia, no se permite ninguna modificación en la remuneración, cambio de categoría o modificación que altere el vínculo laboral del Teletrabajador por lo explicado en el párrafo anterior.

a.6) Perfil de un teletrabajador

Así el trabajo a desarrollar se pueda desarrollar bajo la modalidad de Teletrabajo, es necesario que la empresa tenga en cuenta que cualquier trabajador no puede desarrollar esta modalidad; por lo tanto, es recomendable que la empresa busca o elija un trabajador que cuenta con las competencias necesarias para realizar el teletrabajo de una manera eficiente.

⁶ Artículo 5.- El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada. Pueden utilizarse todas las modalidades de contratación establecidas para dicho régimen. En todos los casos, el contrato de trabajo debe constar por escrito.

No existe regulación alguna acerca del perfil que debe llevar un teletrabajador; sin embargo, la OIT ha emitido ciertas recomendaciones (OIT, 2011) para una empresa con la finalidad de encontrarse con un teletrabajador que incremente su eficiencia en la empresa; siendo la lista siguiente:

- Seguridad, autonomía, autocontrol, proactividad, iniciativa.
- Capacidad de proceder solo, sin supervisión; capacidad para tomar decisiones.
- Capacidad de adaptación rápida a situaciones de cambio.
- Flexibilidad para orientarse en la búsqueda y concreción de resultados.
- Competencia para plantear un plan de acción con objetivos, definiendo empleo de recursos y prioridades.
- Disciplina, sistematicidad y orden.
- Capacidad de gestionar la comunicación.
- Capacidad de autogestionar el tiempo.
- Alto grado de compromiso.
- Capacidad para armonizar vida familiar y laboral.

Con el transcurrir del tiempo, cada vez más las empresas hacen uso del Teletrabajo aunque cierto sector se resista a implantar esta modalidad, esto trae como resultado una serie de argumentos en favor y en contra; sin embargo, un reciente análisis del investigador Jon, no dice lo siguiente:

La idea de que es necesaria la presencia de los empleados en un lugar físico para poder colaborar eficazmente está arraigada en la “vieja escuela” de la gerencia, que en parte se basa en la convicción de que no se puede confiar en el trabajo realizado desde casa. Sin embargo, existe una gran cantidad de evidencia que demuestra que los teletrabajadores tienden a ser más productivos y a trabajar más horas que sus homólogos que trabajan en la oficina. Algunas grandes empresas, como Best Buy, British Telecom y Dow

Chemical, afirman que los teletrabajadores son entre 35 y 45 por ciento más productivos.

b) Comentarios al Reglamento de Ley del Teletrabajo

El pasado 3 de noviembre del 2015 se ha publicado el Reglamento de la Ley N.º 30036 Ley del Teletrabajo, en el cual se dictan sus normas reglamentarias con la finalidad de aplicar correctamente la figura del teletrabajo.

Primero, lo que se ha delimitado es el ámbito de aplicación de quienes están considerados como teletrabajadores, situación que no se reflejaba en la Ley; sin embargo, ahora se encuentra todos los trabajadores y servidores civiles que laboren dentro del territorio nacional; y, los contratos, resoluciones de incorporación o designación y adendas o acuerdos, por los que se establezca la modalidad del teletrabajo.

Lo que trae como novedad en el reglamento son los requisitos para cumplir su formalidad del teletrabajo, en el que es necesario que se realiza por escrito, de manera formal y consignando toda la información referente a los medios informáticos, de telecomunicación y análogos que se emplearán en el servicio, así como quien los proporcione y cuál es su jornada laboral.

En cuanto a la compensación del trabajador por proporcionar los medios para la prestación de sus servicios, el empleador debe realizar el pago siempre en dinero y con una periodicidad no mayor a la mensual; con este punto, deja claro la forma de pago que debe realizarse a manera de compensación, no admitiendo otras modalidades.

Otro punto importante que menciona el reglamento es en cuanto a las capacitaciones que deberá realizar el empleador hacia el trabajador, para que realice el trabajo de manera idónea sobre medios informáticos, telecomunicaciones y análogos. También agrega para su ejecución del contrato, el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, siempre y cuando fuera pertinente o en lo necesario para su normal desenvolvimiento.

De forma adicional, se explica las responsabilidades que derivan en cuanto a la ejecución del contrato de teletrabajo, debido a que el empleador tiene la obligación de proporcionar todos los materiales, medios, instrumentos y condiciones para que el trabajador realice sus actividades; caso contrario, si el trabajador aun así está a disposición de cumplir con sus actividades, el empleador está en obligación de reconocer su remuneración. Asimismo, las condiciones que brinda el empleador para que realice sus actividades, el Reglamento de la Ley le da un carácter no remunerativo.

Como último punto, el Reglamento detalla las condiciones mínimas que debe establecerse en el contrato de teletrabajo:

- La determinación del lugar donde el teletrabajador desempeña sus labores.
- Los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos a emplearse para la prestación del servicio, así como la parte del contrato responsable de proveerlos.
- En caso los medios sean proporcionados por el empleador, debe indicarse las condiciones de utilización y las responsabilidades del teletrabajador sobre los mismos.
- En caso los medios sean proporcionados por el teletrabajador, debe indicarse el monto de la compensación que deberá efectuar el empleador.
- Las medidas sobre la gestión y seguridad de la información derivadas del uso de los medios con que se presta el servicio bajo la modalidad de teletrabajo.
- La jornada y horario de trabajo que se asigne al teletrabajador, de acuerdo con los límites previstos en las normas vigentes.
- El sistema de supervisión o de reporte a implementarse para facilitar el control y supervisión de las labores.

En el reglamento también se diferencia dos formas de realizar la modalidad de teletrabajo, las cuales vendrían a ser:

- Forma completa: Se prestan los servicios fuera del centro de trabajo o del local de la entidad pública; pudiendo acudir ocasionalmente para las coordinaciones que sean necesarias.
- Forma mixta: Se prestan los servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo o local de la entidad pública.

c) A manera de comentario

Esto demuestra que cada vez más las empresas se van concientizando sobre esta modalidad de trabajo que hasta hace poco tiempo pertenecía a una zona gris del Derecho Laboral, y que erróneamente se le tomaba como un “Trabajo a Domicilio”, siendo una figura completamente diferente por su naturaleza y justificación, la cual dio como resultado su regulación necesario en nuestro ordenamiento.

Respecto al Reglamento de la Ley del Teletrabajo, su aplicación traerá beneficios a una nueva modalidad de prestación de servicios favorables para el trabajador, y reducción de costos laborales para el empleador con el ánimo de incentivar la formalidad en la contratación laboral.

1.3.2.1.2. Vestigios del trabajador autónomo económicamente dependiente en el Proyecto de la Ley General de Trabajo

Haciendo una breve revisión de las nuevas tendencias sobre la regulación del trabajo, pareciera que nos encontramos atrapados en ambos caminos al mismo tiempo: De un lado, se plantea extender los límites y fronteras del Derecho del Trabajo para comprender y proteger dentro de sus alcances al autónomo económicamente dependiente, otorgándole algunos beneficios propios de la relación laboral. Es así como esta tendencia trae a debate sobre la posibilidad de ser consagrada a nivel legislativo, situación que puede extraerse vagamente del Nuevo Proyecto de la Ley General de Trabajo, al regular en el numeral VI

de su Título Preliminar un reconocimiento expreso para incorporar a los trabajadores autónomos dentro de la protección del régimen laboral:

Las prestaciones de servicios, autónomas y retribuidas, cumplidas por personas naturales o jurídicas, se rigen por el ordenamiento civil o mercantil. No obstante, el ordenamiento laboral puede resultar aplicable, en todo o en parte, a quienes prestan un servicio personal autónomo y retribuido, si se les extiende por ley expresa.

Sobre el particular precisar, que la clasificación binaria tradicional viene perdiendo gran parte de su utilidad, debido a los cambios sociales y económicos que han alterado radicalmente los paradigmas en el mercado de trabajo.

Según Raso (2003, p. 55), mientras no se produzca un proceso de verdadera reforma laboral, seguiremos jurídicamente limitados al sistema dual. Pensar en soluciones intermedias es un útil ejercicio para promover el sistema regulatorio de tercer tipo, pero en tanto no se aprueben las normas, no será posible sustituir el actual sistema jurídico con creaciones intelectuales.

1.3.2.2. Antecedentes en el Derecho Comparado

1.3.2.2.1. Unión Europea y el Dictamen del Comité Económico Social Europeo

La mayoría de países miembros de la Unión Europea sí contemplan en su regulación la figura sujeta a investigación; esto se da por haber determinado la existencia de una zona gris entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo por el que su régimen jurídico laboral no llegaba a brindar la debida protección a determinados trabajadores que se encuentran dentro de este limbo jurídico o zona gris, entrando a tallar otro tipo de subordinación, “la económica” o bien llamada dependencia económica del trabajador autónomo con su comitente. Es por ello que el 26 de febrero de 2009, el Comité Económico y Social Europeo decidió elaborar un dictamen de iniciativa sobre el tema denominado «Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente». Realizando La Unión Europea el estudio y la recomendación que al trabajo parasubordinado se les dé un reconocimiento en el ámbito

jurídico y así contribuir a una mejor protección de determinadas categorías de trabajadores autónomos sin que tengan por ello que ser asimilados a la esfera de los trabajadores asalariados o contratados laboralmente.

Cabe resaltar que en la Unión Europea, no todos los países han regulado este fenómeno, son una minoría los países que han legislado el autónomo económicamente dependiente, entre ellos tenemos Italia, Alemania, Austria, Reino Unido, Portugal y España; los demás países miembros aún no adoptan una posición frente a esta nueva figura; sin embargo, a continuación se explica la legislación comparada en base a los países que han tomado una posición en su ordenamiento:

1.3.2.2.2. España

A) El concepto del Trabajador Autónomo dependiente en la Ley 20/2007 11/07 reguladora del Estatuto del Trabajador Autónomo de dependencia económica

En España, el Estatuto del Trabajador Autónomo promulgado el 11 de julio del 2007, mediante Ley 20/2007, y vigente a partir del 12 de octubre del mismo año, y su Reglamento el Real Decreto 197/2009 del 23 de febrero, nacen después de un largo y prolongado debate sobre la situación de los trabajadores autónomos y como consecuencia de un vertiginoso crecimiento de este grupo de trabajadores; poniendo en evidencia que es tiempo de reconocer socialmente su esfuerzo, su trabajo y su contribución a la creación de empleo, a la creación de riqueza y bienestar social para el conjunto de la sociedad española.

a) Ámbito de aplicación:

Se encuentran comprendidos como Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, dentro del alcance del Estatuto en mención, todo aquel trabajador que cumpla con los siguientes requisitos:

Art. 11º.- (...) aquél que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona

física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos el 75% de sus ingresos, por rendimientos de trabajo y actividades económicas o profesionales.

b) Factores excluyentes del régimen protector:

Tras esta delimitación, se recoge un listado de supuestos expresamente incluidos y excluidos para la aplicación de esta clase de trabajadores autónomos. Dentro de los supuestos excluidos se exige que el trabajador no sea empleador, no contrate o subcontrate total o parcialmente su actividad a terceros, que lleve cabo su actividad de forma diferenciada a la de los trabajadores del cliente, que tenga una infraestructura y organización propias y, finalmente, que la relación entre autónomo económicamente dependiente y el cliente se regule a través de un contrato escrito.

c) Derechos y deberes de los trabajadores autónomos económicamente dependientes

La norma de la referencia regula un capítulo dedicado a los derechos y deberes de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Dentro de los cuales se encuentra la igualdad ante la Ley, el derecho a la formación y readaptación profesional, la asistencia y prestaciones sociales suficientes, la adecuada protección de su seguridad y salud en el trabajo.

Por su parte, la norma en mención regula una serie de deberes que deben ser cumplidos por los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Ellos tienen la obligación de cumplir en materia de seguridad y salud, en aspectos fiscales y tributarios, entre otros.

La legislación española bajo análisis dedica uno de sus artículos a la prevención de riesgos laborales de este grupo de autónomos. Este cuidado se lo atribuyen a las Administradoras Públicas que son competentes en materia laboral, y son quienes desarrollan su labor a través de campañas de promoción de la prevención, cumplimiento de deberes y obligaciones en materia preventiva, asesoría técnica, entre

otros. Por otro lado, se tipifican las reglas de prevención cuando el autónomo labora en los establecimientos de otros empresarios.

d) Mínimos de protección

Los beneficios laborales que se otorgan a esta nueva categoría de trabajadores comprenden una interrupción de su actividad anual de 18 días hábiles (vacaciones). Respecto de la extinción de la relación laboral se regula el desistimiento del autónomo económicamente dependiente, debiendo mediar el preaviso estipulado en contrato o conforme a usos y costumbres. También se regula sobre la voluntad del autónomo fundada en un incumplimiento contractual grave de la contraparte, y sobre la voluntad del cliente por causa justificada.

Del mismo modo, el Estatuto establece que se tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de resolución por incumplimiento contractual de la otra parte o en caso de extinción por voluntad del cliente sin causa justificada, entendiendo como justificadas, la interrupción de actividad por parte del autónomo en caso de incapacidad temporal, maternidad, paternidad o fuerza mayor, si dicha interrupción ocasiona un perjuicio tal al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad.

e) Derechos de negociación colectiva, a raíz de los Acuerdos de Interés Profesional

Así como gozan de una cobertura en seguridad social, a través del Estatuto también se les otorga el derecho a participar en la negociación colectiva, otorgándoles la posibilidad de celebrar acuerdos de “interés profesional” entre asociaciones de autónomos o sindicatos, si y sólo si, no se contravengan postulados de la Ley de defensa de la competencia. Es así como se les da la oportunidad de establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad profesional, entre otras contrataciones generales de contratación.

A través del Título III del Estatuto, se recoge un catálogo de derechos colectivos como el derecho de asociación o el derecho de ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales. Regulándose que los trabajadores autónomos se constituirán y regirán de acuerdo a lo regulado en la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación.

f) Creación del Consejo Estatal

Otra de las novedades que se desprende de la legislación española es la creación de un Consejo Estatal del Trabajador Autónomo, donde se residenciará la participación institucional de las asociaciones de estos trabajadores y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y en el que estarán presentes también la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales.

En cuanto al apartado de protección social trabajador autónomo, destaca lo siguiente: Los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

g) Relación individual de la prestación de servicios

g.1) Constitución de la relación jurídica

Ahora bien, en la regulación de la figura del autónomo económicamente dependiente se postula el modo de la constitución de la relación jurídica entablada entre esta clase de trabajador autónomo y sus clientes. Esta nueva clase de trabajador autónomo pese a ostentar una debilidad contractual semejante a la que presentan los trabajadores por cuenta ajena, trae consigo que la formalización de su contrato se ciña a normas estrictamente civiles o mercantiles, así como al principio de autonomía de la voluntad, escapándose de la normativa protectora laboral.

La ley bajo comentario, da a conocer que para la válida celebración de este tipo de contrato es necesaria la previa comunicación al cliente de que respecto de él se ostenta la condición de autónomo económicamente dependiente. La Ley franquea que la ausencia de este requisito impedirá acogerse al régimen jurídico establecido en el Artículo 2.2 RD 1997/2009.

Más concreta es la regulación de la facultad del cliente para requerir al autónomo económicamente dependiente que acredite el cumplimiento de los requisitos específicos que le cualifican como tal frente a él, siendo admisible para ello cualquier documento al que las partes hayan atribuido el carácter de documentación acreditativa de este extremo.

La LETA a través de su Disposición Transitoria 2ª y el reglamento en su Disposición transitoria 1ª especifican el momento en el que, vigente el contrato, el TRADE debe llevar a cabo la comunicación a su cliente: el trabajador dispone de un plazo de tres meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto para comunicar su condición de dependiente económicamente.

g.2) Forma y contenido del contrato del autónomo económicamente dependiente:

La forma debe considerarse como un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que las declaraciones de voluntad deben exteriorizarse, darse a conocer a los demás (Díez-Picazo, 1988, p. 48). Para la celebración de los contratos de esta clase de trabajadores, la Ley precisa que la formalización de la manifestación de la voluntad debe realizarse de manera escrita. La razón de esta exigencia hemos de hallarla en la necesidad de dotar de seguridad jurídica a la relación entablada entre el autónomo económicamente dependiente y su cliente a través de la constancia documental de su contenido.

Si bien los artículos 12.1 Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo y 4.1 del RD 197/2009 exigen como formalidad en la celebración del contrato para la realización de la actividad económica por parte del trabajador autónomo que se realice por escrito.

Ninguno de los dos dispositivos legales mencionados regula qué consecuencia jurídica tendría el incumplimiento de esta exigencia.

Bajo ese escenario, ante la negativa del cliente de querer reconocer por escrito la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, sólo tendría como única opción la de interponer una demanda con la finalidad de que se le reconozca su condición como tal y se le aplique el régimen que le corresponde.

Detallar que los primeros pronunciamientos judiciales tienden a atribuir carácter declarativo o ad probationem a la formalidad escrita. Por lo que, el TAED puede reclamar el disfrute de los derechos que le corresponden. Suponer lo contrario significaría desconocer la protección garantista que le otorga la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo.

Junto a la determinación de la comunicación previa y acreditación de la condición de trabajador autónomo dependiente, el reglamento fija en sus artículos 4 y 5 el contenido que necesariamente ha de integrar el contrato, estos elementos pueden ser contenido mínimo de necesaria observancia y otro contenido pactado entre las partes.

Dentro del contenido mínimo necesario para la existencia del contrato según el artículo 4.2 y 5 de la norma reglamentaria son los siguientes:

- **Sujetos contratantes:** Se identifican las partes y se precisa los elementos que configuran la condición de económicamente dependiente del trabajador autónomo respecto del cliente con el que contrata. Para tal efecto las partes asentarán la concurrencia simultánea de las condiciones exigidas legalmente.
- **Declaración del trabajador autónomo:** A través de la cual se determinará los ingresos derivados de las condiciones económicas pactadas en el contrato (al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales; que no tiene trabajadores por cuenta ajena a su cargo; que no va a contratar ni subcontratar con terceros parte o toda la actividad concertada con el cliente ni las actividades que pudiera contratar con otros clientes; que dispone de la infraestructura productiva necesaria para el ejercicio de la actividad siendo esta independiente de la de su cliente; que no es

titular de establecimientos o locales comerciales o industriales y de oficinas o despachos abiertos al público ni lleva a cabo el ejercicio de su actividad conjuntamente con otros profesionales en régimen societario o bajo cualquier otra forma societaria admitida en Derecho, que asume la obligación de comunicar a su cliente por escrito de cualquier variación en su condición de dependiente económicamente que se produzca durante la vigencia del contrato.

- **Objeto y causa del contrato.-** El objeto del contrato es la realización de una actividad económica o profesional por parte del autónomo económicamente dependiente pudiendo consistir en la ejecución de una obra o serie de ellas bien en la prestación de un servicio. Además, deberá quedar indicado el contenido de la prestación, así como la contraprestación económica asumida.
- **Condiciones del ejercicio de la prestación.-** De acuerdo con el Artículo 4.2 d) en el contrato se expresarán el régimen de la interrupción anual de la actividad, del descanso semanal y de días festivos, así como la duración máxima de la jornada de la actividad, incluyendo su distribución semanal si esta se computa por mes o año.
- **El acuerdo de interés profesional.-** Este será de aplicación, siempre y cuando el trabajador autónomo dependiente otorgue su conformidad. Al respecto cabe señalar que en todas estas nuevas tendencias, se mantiene aún la técnica de la delimitación tradicional, aunque se puede percibir que la clasificación tradicional cada día sigue perdiendo gran parte de su utilidad, debido a los cambios sociales y económicos que han alterado radicalmente los paradigmas tradicionales en el mercado de trabajo.

B) La subordinación económica en España

En España ya se regula la situación de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

La presente Ley será de aplicación a aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos que, de forma coordinada, continuada, personal, directa y en régimen de no

exclusividad, realizan una actividad para un empresario del cual dependen económicamente.

Existe dependencia económica cuando el trabajador autónomo recibe mensualmente, de un mismo empresario, ingresos iguales o superiores al doble del salario mínimo interprofesional.

C) La sustitución del modelo dual trabajador – autónomo, por el modelo tripartito trabajador – autónomo económicamente dependiente – autónomo

La distinción binaria tradicional entre el trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo. Es por ello que en la actualidad se encuentra regulada una nueva figura que participa de caracteres de ambas figuras, autónomo económicamente dependiente, en el nuevo Estatuto del trabajo autónomo.

Es así que, trabajador, autónomo económicamente dependiente y autónomo expresan así tres status jurídicas diferentes, lo que se ha de identificar necesariamente con el tipo de contrato en virtud del cual presten sus servicios. La condición de trabajador se identifica necesariamente con un tipo de contrato: el contrato de trabajo de los artículos 1 y 8 del Estatuto del trabajador autónomo. Sin embargo la condición de autónomo económicamente dependiente y la de autónomo pueden recaer sobre sujetos que tengan diferentes contratos privados de naturaleza civil o mercantil en virtud de los cuales presten sus servicios profesionales.

Diferenciar estos tres status, en virtud de los cuales se ha defendido la superación del modelo dual tradicional, no quiere decir sin embargo que si adoptamos determinados primas, que a continuación explicaremos, no se puedan hacer clasificaciones bipartitas de las formas en las que se puede prestar los servicios profesionales en nuestro sistema jurídico. Si se pone el acento en la importancia de la autonomía en la determinación de las condiciones de prestación de servicios, se podría distinguir entre trabajadores y autónomos. Los primeros estarían subordinados al poder directivo empresarial, mientras que los segundos, en el que se integrarían los autónomos económicamente dependientes y los

autónomos, tendrían libertad para decidir sobre cómo han de organizar su trabajo. Si el acento se sitúa en el condicionamiento de un sujeto a la demanda de trabajo que otro le ofrece podríamos distinguir entre los sujetos dependientes, jurídicamente los trabajadores y económicamente los autónomos económicamente dependientes, por un lado y lo autónomos por otro.

Los autónomos se definen por su falta de dependencia de otros sujetos, y en esa medida, al presuponerse el equilibrio de poder contractual entre los contratantes, el régimen profesional puede reducirse a cuestiones básicas, ligadas directa o indirectamente con valores protegidos por la Constitución.

Los autónomos económicamente dependientes, al estar sujetos desde una perspectiva económica a la voluntad de aquel contratante respecto del que dependen, se presupone que se sitúan en una posición de desventaja contractual ante un desequilibrio de fuerzas negociales.

Como hemos señalado en párrafos precedentes, el derecho vigente, como decíamos anteriormente, ya no contempla un sistema dual de trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena. Nuestro sistema es tripartito: trabajador, autónomo económicamente dependiente y autónomo. La noción de autónomo deber ser correctamente delimitada no solo ya respecto de la que se entendía hasta ahora como su “opuesta”, el trabajador, sino también respecto del status del autónomo económicamente dependiente. La noción de trabajador ya no solo se ha de “rescatar de ese terreno oscuro” en que se situaba la desdibujada figura del autónomo como consecuencia de esa definición negativa, sino que se ha de perfilar adecuadamente para distinguirla de la colindante d autónomo económicamente dependiente.

D) Aspectos conflictivos en la delimitación de las figuras del trabajador, el autónomo económicamente dependiente y el autónomo

Varios aspectos contribuyen a que la tarea de delimitar los contornos del contrato de trabajo frente a otras modalidades de contratos de servicios, y con ello, la fijación de las fronteras del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho de Trabajo. Esta es una situación

reconocida con resignación de manera generalizada, hasta el punto de haber encontrado una denominación propia, las “zonas grises del contrato de trabajo” o las “zonas grises del Derecho del Trabajo”.

La tarea de delimitación del trabajador autónomo, como figura colindante con la del trabajo por cuenta ajena, encuentra por tanto sino los mismos, al menos sí similares problemas. La exposición de estos aspectos conflictivos es útil entonces para el objeto de este trabajo. Se trata en general de reacciones de doctrina, jurisprudencia y legislador ante las incertidumbres existentes en las fronteras del contrato de trabajo y como respuesta al riesgo de producción de situaciones de injusticia material, porque la negación de la naturaleza laboral de un vínculo suponía, hasta la entrada en vigor del Estatuto del Trabajador Autónomo, la práctica inexistencia de un régimen legal protector de aquél que presta sus servicios para otro por cuenta propia.

1.3.2.2.3. Italia

En la legislación italiana la relación de prestación de servicios sí distingue esta figura atípica de contrato, teniendo la opción de escoger o pertenecer a cualquiera de los tres tipos de contratación:

- El trabajo subordinado.
- El trabajo Autónomo.
- El trabajo parasubordinado (*paralavoro o lavoro parasubordinato*).

Y es que el Código Civil Italiano en el libro V (del *lavoro*) distingue claramente las dos primeras figuras⁷: En el art. 2082° al 2221° se regula la prestación de servicios de manera subordinada⁸; y, en el art. 2222° al 2231° regula la prestación de servicios mediante trabajo

⁷ Es necesario resaltar que la relación de Trabajo se encuentran reguladas en el Libro V del Código Civil italiano, encontrándose dos figuras típicas necesarias en nuestra investigación: La forma regulada en el Título II que vendría a ser El Trabajo de la Empresa (*Del lavoro nell'impresa*) y en su Título III regula El Trabajo Autónomo (*del lavoro autónomo*).

⁸ Art. 2094°.- **Prestatore di lavoro subordinato:** È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

autónomo (contrato de obra⁹). El primero de ellos (*lavoro subordinato*), similar a lo que conocemos como contrato de trabajo en nuestra legislación, es una relación de prestación de servicios bajo dependencia y dirección del empresario; mientras que el segundo (*contratto d'opera*), indica como trabajador por cuenta propia el que se obliga a realizar, prevalentemente con medios propios, una obra o servicio, para un cliente (*committente*) que le compensa con una contraprestación económica, es necesario resaltar que en esta relación no existe ningún vínculo de subordinación.

A) El autónomo dependiente como figura atípica

Independientemente de las dos figuras típicas que hemos mencionado en el punto precedente, en Italia también se ha regulado la figura del Trabajador Autónomo Dependiente¹⁰, la cual trata de una relación de prestación de servicios casi exclusiva con un solo cliente (*committente*). Los precedentes que encontramos en Europa son la figura del “*paralavoro*” o “*lavoro parasubordinato*” italiano, los denominados Contratos por Proyecto (Co. Co. Pro.)¹¹; asimismo, el llamado Contrato de Colaboración Contributiva por Programa (Co. Co. Co.)¹², entre los cuales se encuentran colectivos disímiles, como abogados de empresas, médicos del servicio nacional de salud, etc. Su antecedente fue la denominada Ley Vigorelli de 1959, que establecía ciertas medidas de garantía para relaciones de colaboración que se concretaran en prestaciones de servicios continuados y coordinados¹³ (artículo 21° N.º 741 de 1959), referido a los contratos de agencia y de representación comercial. Luego esta ley se vio modificada por Ley N.º 30 el 14 de febrero 2003 (Delegación del Gobierno en materia de empleo y mercado de trabajo), emitiéndose el Decreto Legislativo N.º 276/2003, conocida como Ley Biagi, regulando nuevas figuras en el tema laboral y entrando en vigencia el 24 de octubre de 2003. Esta ley reformó gran parte del mercado laboral en Italia, incorporando nuevas figuras de trabajo.

⁹ Art. 2222°.- **Contratto d'opera:** Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV

¹⁰ Conocido en italiano como “*lavoro parasubordinato*” o “*paralavoro*”.

¹¹ **Contratto a progetto** o *contratto di collaborazione a progetto*.

¹² *Contratto di collaborazione contributivo per programma*.

¹³ “*Rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata*”.

B) Formas de trabajo subordinado:

Este tipo de contratos nacidos en la legislación italiana, se han creado por la necesidad de proteger a determinados trabajadores que reúnen ciertas características especiales que le dan la cualidad de autónomo económicamente dependiente.

Esta figura nace cuando hablamos de aquellas personas que si bien no se encuentran sujetas a una relación de trabajo subordinado, prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con esta en condiciones de inferioridad.

A continuación explicaremos la regulación en esta figura:

a) Característica principal

La forma contractual de este tipo de contratos es que se realice de manera personal, esto quiere decir con plena autonomía por parte del prestador del servicio sin que existe un vínculo laboral con el comitente o cliente; sin embargo, debe existir una relación permanente con el cliente así como debe encontrarse incorporado en la organización empresarial, gozando de una retribución periódica y preestablecida por las partes.

Esto quiere decir, que la coordinación que se llega en el acuerdo que realicen las partes, vendría a ser el único límite a la autonomía del prestador del servicio estando prohibido el despojo de su independencia en la ejecución del servicio.

En el caso que dichas actividades sean realizadas de una manera similar a la de los trabajadores de la empresa o cliente, el contrato de colaboración continúa, incluso después de culminar el proyecto, debiendo considerarse un contrato de trabajo desde la fecha de su creación. Siempre y cuando:

- No existe prueba en contrario a cargo del cliente o comitente.
- No se trate de una prestación de elevada profesionalidad, esto quiere decir que en caso se encuentre identificada dicha labor dentro de los convenios colectivos de la organización sindical más representativa en el rubro dentro del ámbito nacional.

Asimismo, para trabajar bajo esta modalidad de trabajo autónomo, es necesario lo siguiente:

- Apertura de Partida IVA (Apertura di Partita IVA) ante la agencia tributaria ("Agenzia delle Entrate") que equivale a la inscripción al Impuesto de Actividades Económicas (IAE).
- Inscripción en el Registro de Empresas (Registro delle Imprese) en los casos en que sea obligatorio.
- Inscripción como autónomo ante el Instituto de Previsión Social- INPS (si no existe un fondo profesional específico) en el régimen correspondiente, en Italia denominados "gestioni". En el INPS existen las siguientes regímenes específicos para autónomos:
 - *Artigianato*: Se considera "artigiano" el trabajador autónomo que realiza una actividad de producción de bienes o de prestación de servicios, excluidos de las actividades agrícolas o comerciales. Se encuentran dentro de esta categoría las profesiones como peluquero, relojero, zapatero, etc.
 - *Comerciantes*: quienes desempeñan actividad de intercambio de bienes, turismo y servicios.
 - *Lavoratori Agricoli Autonomo*: Son los que participan en actividades agrícolas dentro de los ámbitos regulados por su sector.
 - *Pescatori Autonomo*: Los que realizan actividades pesqueras.
 - *Gestione separata*, que incluye, entre otros, a las profesiones liberales que no tienen un fondo propio y los denominados "parasubordinati".

Para ejercer como profesional liberal hay que distinguir entre profesiones no reguladas y profesiones reguladas. Para las primeras (por ejemplo, decorador, actor, bailarín, cantante, compositor, director de orquesta, músico, diseñador, estilista de moda, pintor, director de cine, escenógrafo, escultor, intérprete y traductor, etc.) no es necesario poseer un título de estudio específico ni convalidar el eventual título español.

Para las profesiones reguladas la ley establece tanto el título de estudio indispensable como los demás requisitos de formación para la práctica de la profesión (por ejemplo, prácticas, examen estatal para la habilitación profesional) y las normas de deontología profesional. Y, en casi todos los casos, la inscripción en el Colegio u Orden Profesional.

C) El Contrato de Colaboración por Proyecto

La reforma Biagi (Decreto Legislativo 276/03) había proporcionado un sistema normativo protector para los tipos de contrato colaboración coordinada y continua (co.co.co.). Sin embargo, La reforma Fornero (Ley 92/2012) intervino a manera de modificación para cambiar la disciplina del Contrato de Colaboración por Proyecto, con el fin de evitar el mal uso por parte de las empresas, ocultando trabajadores subordinados bajo esta máscara. Para ello se han introducido:

- Elementos que desalientan su uso.
- Una definición más estricta del proyecto o proyectos que son objeto del contrato de Colaboración Coordinada y Continua.

La legislación actual establece que la relación de colaboración deberá ser por uno o más proyectos específicos y determinados por el cliente, mientras que será administrado o gestionado de manera independiente por el trabajador.

a) El proyecto

- El vínculo debe realizarse en función a un resultado en particular o establecido.
- Debe ser independiente del tiempo necesario para ejecutar la actividad laboral.
- Se debe tener en cuenta la coordinación y el desenvolvimiento del cliente o comitente.
- No debe consistir en una prestación meramente ejecutiva y repetitiva de acuerdo al objeto social de la empresa.

b) El Contrato

El contrato de Colaboración por proyecto debe realizarse por escrito y debe contener los siguientes elementos:

- La prestación de trabajo debe ser de duración determinada o determinable.
- Una descripción del proyecto, especificando en su contenido las características y el resultado que desea alcanzar;
- La retribución económica y los criterios para su determinación, el momento y la modalidad de pago.
- La forma de coordinación entre el comitente y el trabajador que realizará el proyecto, sin que se afecte su autonomía en el trabajo;
- Posibles medidas de protección sobre la seguridad y salud del trabajador del proyecto.

Asimismo, la contraprestación por el contrato del proyecto, debe ser en proporción a la calidad y cantidad de trabajo realizado; la legislación al respecto, da una prohibición a que la contraprestación no puede ser inferior a los requisitos mínimos contractuales en trabajos similares al proyecto en mención y también debe ser calculado sobre la media de los convenios colectivos de referencia.

El contrato de colaboración coordinada y continua realizado sin un proyecto concreto, debe considerarse como un contrato de trabajo por tiempo indefinido a partir de la fecha de su creación.

c) Sistema de Protección

El contrato del proyecto cuenta con más medidas de protección y seguridad para el trabajador que las brindadas al contrato de colaboración coordinada y continua. El trabajador que realiza el proyecto tiene derecho a un sistema de garantías mínimas en caso de embarazo, enfermedad o lesión y la aplicación de las normas relativas a la

protección de la salud, seguridad y la prevención de accidentes y enfermedades profesionales¹⁴.

En el caso de las patentes, el trabajador que realiza el proyecto debe ser reconocido como el autor de las invenciones realizadas en el transcurso del tiempo de realización del contrato.

Al término del proyecto y de acuerdo a las condiciones previstas en la ley, el trabajador tendrá derecho a una indemnización por cese. Este derecho se vio limitado con la reforma Fornero, a partir del presente año (2013), por lo que solo les corresponde una indemnización por cese los trabajadores que durante el año anterior han operado bajo la monocomisión y su ingreso bruto anual no exceda de € 20.000 (veinte mil euros).

d) Resolución y extinción del Contrato:

El contrato se extinguirá en el momento que se cumpla con la ejecución del proyecto. Cualquiera de las partes podrá dar por resuelto el contrato antes de que venza el plazo siempre que sea con justa causa. El cliente o comitente también puede resolver el contrato antes de la fecha límite si es que surgieron causas objetivas imputables al trabajador de acuerdo a su perfil profesional. El trabajador puede ser despedido antes de que venza el plazo mediante una notificación, siempre y cuando conste dicha modalidad en el contrato de trabajo.

e) El Contrato de Colaboración Continuada y Continua (Co.Co.Co)

En la doctrina italiana esta forma de contratación ha desarrollado el concepto de *parasubordinazione* para representar esta particular situación, la cual ha sido objeto de

¹⁴ Sobre el particular, en caso de enfermedad o accidente, el contrato de colaboración por proyecto nunca se extingue, solo se suspende temporalmente la obra mientras dure el motivo de suspensión. La suspensión no implica una extensión del contrato, salvo pacto en contrario entre las partes. El cliente puede resolver el contrato si la suspensión es por un periodo superior a un sexto de la duración del contrato (en caso sea determinada) y superior a 30 días (en caso sea determinable). Asimismo, también el embarazo puede dar lugar a la suspensión del contrato y una extensión de su duración de 180 días, a menos que se acuerde otra cosa más favorable para el trabajador.

una protección a través del Código de Procedimiento Civil de 1973. En su artículo 409 n.3 se regula la solución extrajudicial y judicial ante conflictos de los trabajadores autónomos que desarrollen una actividad prevalentemente personal de “colaboración continua y coordinada con la empresa.

Esta norma protege de manera parcial a esta clase de trabajadores; toda vez, que su objetivo no es otorgarle a los trabajadores parasubordinados todo el abanico de derechos que otorga el encontrarse dentro del ámbito laboral, sino solo algunos beneficios otorgados a aquellos trabajadores subordinados.

También pertenecientes a los contratos parasubordinados por pertenecer a la categoría intermedia entre el trabajo autónomo y el subordinado. Este tipo de trabajo se realiza con plena autonomía por parte del prestador, no existiendo ningún tipo de subordinación entre los contratantes; pero dentro del marco de un contrato único y continuo con el cliente o comitente.

El contrato de colaboración coordinada y continua (Co.co.co) tiene las siguientes características:

- Autonomía en el tiempo y modo de ejecución del contrato.
- Coordinación con el cliente.
- La continuidad temporal de la relación laboral con el cliente (si existe este requisito se denomina "Trabajo autónomo ocasional").
- Remuneraciones pagadas en forma regular y preestablecida.

Este tipo de modalidad de trabajo autónomo dependiente se inserta dentro de la organización de la empresa cliente, y realizan su operación dentro y de acuerdo al ciclo productivo de este; el que cuenta con un poder de coordinación de las actividades del trabajador de acuerdo con las necesidades de la empresa.

e.1. Requisitos para ser considerado un Co.Co.Co:

De acuerdo a lo explicado anteriormente, se pueden desprender los siguientes requisitos esenciales para que se conforme el presente contrato:

- La autonomía, el trabajador decide con autonomía el tiempo y la modalidad de ejecución del contrato, pero no utiliza sus propios métodos organizativos, sino más bien los de su cliente o empresa.
- El poder de coordinación debe ser de acuerdo las necesidades de la organización de la empresa o cliente, siendo este el único límite a la autonomía del empleado; en ningún caso se puede disminuir la autonomía y cambiar la elección en la ejecución del servicio del empleado.
- El carácter personal del servicio.
- La continuidad, la que no solo se basa en que el servicio se preste de manera reiterativa, sino también de acuerdo a la actividad específica que se realiza.

La doctrina y la jurisprudencia italiana predominante no plantean este criterio como sucedáneo de la subordinación, muy por el contrario, lo toman como un factor propio de categorías de trabajo autónomo que requieren ser tuteladas por ser coordinadas, continuadas y personales.

Es necesario resaltar que en la práctica se confunde ambos tipos de contrato de trabajo autónomo dependiente, sin embargo, existe claras diferencias al respecto, las cuales se pueden apreciar de acuerdo a lo explicado líneas arriba.

1.3.2.2.4. Alemania

A) Introducción al casi trabajador

De otro lado, en el Derecho alemán es muy conocida la figura de las “personas que se asemejan a un trabajador” (*arbeitnehmerähnlichen Personen*), que constituyen igualmente una categoría de trabajadores cuasi laborales.

Como su nombre lo indica, los cuasi asalariados son aquellas personas que siendo jurídicamente autónomas, se encuentran en una situación de dependencia económica. Su origen está en los años 1950 del siglo XX, en la regulación sobre trabajo a domicilio.

En general, para la doctrina alemana los sujetos que prestan un servicio y que por falta de subordinación no son considerados trabajadores son considerados dentro de esta categoría por la doctrina alemana. En términos generales, el S 12 letra a) de la Ley sobre Contrato Colectivo (*Tarifvertragsgesetz*) indica que sus disposiciones son aplicables también en lo pertinente a los cuasi asalariados¹⁵.

De acuerdo con el Derecho alemán y a la norma bajo comentario, estos trabajadores se definen como:

- Las personas que, aun siendo jurídicamente autónomos, se encuentran en una situación de dependencia económica;
- Se les exige que presten sus servicios por sí solos, sin tener ningún empleado;
- Que la mayoría de sus ingresos provenga de un único empresario comitente.

La consecuencia es que a tales trabajadores se les podrá incluir dentro del ámbito de aplicación de los convenios colectivos de las empresas para las que trabajan, y algunas otras normas sobre vacaciones y jornada. También la legislación alemana maneja el concepto de dependencia económica para aplicar a algunos trabajadores la protección de la seguridad social en condiciones similares a los trabajadores asalariados, siempre que la prestación del trabajo sea personal y sin empleador, no cuenten con empleados a su cargo – salvo familiares-, que la mayoría de sus ingresos provenga de un único empresario comitente, y por último, que no tenga la apariencia de un empresario en el mercado.

B) Ámbito de aplicación

Para determinar el ámbito de aplicación que protege a este tipo de trabajadores, primero es necesario resaltar que el Derecho Alemán sólo cuenta con dos tipos o categorías de trabajadores en su legislación, los que comúnmente denominamos Subordinados (por cuenta ajena) y los Autónomos. No existe una nueva categoría que regule a los autónomos económicamente dependiente, por el contrario, se reconocen a estos trabajadores como un subtipo de los trabajadores autónomos, los mismos que se encuentran regulados por su

¹⁵ En el derecho alemán, se los define como: aquellas personas que son económicamente dependientes y que son comparables con los trabajadores en cuanto a su necesidad de protección social”.

Código Civil, es por ello que se les extiende cierta protección laboral hasta los autónomos, configurándose como una figura atípica.

C) Elementos identificables de un casi trabajador

La jurisprudencia alemana aplica criterios para determinar si se configura la protección de un trabajador autónomo dependiente o cuasi trabajador; para ello, en diversas sentencias ha establecido distintos elementos que lo identifican como tal, siendo los siguientes:

- a) Las partes tienen que celebrar un contrato de obra o de servicio (trabajo autónomo).- Con esto se puede determinar si realmente es un cuasi trabajador o por el contrario si nos encontramos ante un falso autónomo encubriendo un trabajador por cuenta ajena. Asimismo, también puede encajar perfectamente como un trabajador por cuenta propia.
- b) Existencia de una dependencia económica.- No una dependencia jurídica; la retribución que recibe de un cliente pertenece a más de la mitad de sus ingresos netos, la misma que el sustento de ese trabajador corre la suerte de la contraprestación que le otorgue su cliente principal.
- c) No contar con trabajadores subordinados o colaboradores.- El trabajo debe realizarse de manera personal y no contar con gente a su cargo, esto es debido a que sería ilógico que una empresa tenga este tipo de protección o beneficios, asimismo, si lo realizan otras personas, se rompe el vínculo de dependencia económica.
- d) Existencia de la necesidad de protección social.- En este elemento, al cuasi trabajador se ubica en el mismo contexto de un trabajador subordinado del cliente; la existencia de dependencia económica hace que surja la necesidad de protección laboral; este elemento no se configura en el caso de que el cuasi trabajador tenga otros ingresos sustanciales que aseguren su subsistencia y que se encuentre en un escalón más a la de un trabajador dependiente que solo goza de un ingreso.

D) Formas de protección de los casi trabajadores

Como hemos mencionado anteriormente, este tipo especial de trabajadores tienen ciertos derechos laborales que se han extendido al ámbito civil en el que se encuentran los cuasi trabajadores.

Cabe destacar que a estos trabajadores no se aplica el derecho laboral alemán en general, encontrándose excluidos del ámbito de aplicación de la Ley que protege a los trabajadores en relación de dependencia contra el despido. Sin embargo, a esta clase de trabajadores se les fue otorgada cierta protección, concediéndoseles ciertas formas de protección o beneficios laborales que se explican a continuación:

a) El contrato

El contrato no tiene una formalidad especial, tanto el cliente como el trabajador pueden celebrarlo de la manera que más les convenga respetando criterios razonables y adecuados al momento de redactar las cláusulas; caso contrario, se procederá a declarar la cláusula que se abusiva o impuesta de manera unilateral. Con excepción de esa limitación, la forma de celebrar el contrato de los cuasi trabajadores es libre y se pueden suscribir en base a modelos que en el uso y costumbre se mantienen vigentes.

De acuerdo a lo estipulado en el contrato, se pueden desprender las causales para su extinción de la relación laboral; este punto es considerado importante, debido a que a comparación de la legislación comparada de la Unión Europea, las causales de extinción están expresadas de acuerdo a Ley, caso contrario se protegerá al trabajador con una indemnización.

b) Los Derechos Colectivos

Así como Alemania fue el primer país en el que se implementó la regulación del casi trabajador, también fueron los primeros en brindarles como protección derechos colectivos:

- Afiliación a sindicatos, trae como consecuencia que al momento de regularse condiciones de trabajo para los trabajadores dependientes, también se busca la extensión la mejora de condiciones de trabajo para los casi trabajadores.
- Derecho de huelga, el mismo que surge ante la vulneración u omisión de mejoras en las condiciones de trabajo, también tienen el derecho de frenar sus labores.

Estos derechos se encuentran establecidos dentro de la Ley de Convenios Colectivos, que extiende su ámbito de aplicación a los casi trabajadores.

c) La jurisdicción

De acuerdo a la tendencia de la Unión Europea, los competentes para conocer los conflictos derivados entre un empleador y un casi trabajador, es la jurisdicción social (juzgados laborales en Perú), y así se respeta el precepto legal de la Ley sobre jurisdicción laboral).

d) Vacaciones

Según la Ley Federal sobre Vacaciones, los casi trabajadores han sido protegidos con ese beneficio de descanso laboral; una vez más, la ley extiende su protección a los casi trabajadores gozando de vacaciones en las mismas condiciones que goza un trabajador subordinado del empleador.

En otras legislaciones comparadas como la española o italiana, este tipo de trabajador también cuenta con el goce efectivo de vacaciones pero no en igualdad de condiciones de un trabajador subordinado, sino más bien en menor cuantía y el Empleador no está en la necesidad de pagarle una contraprestación encontrándose en pleno descanso vacacional.

e) Permisos

Otro de los beneficios extendidos a los casi trabajadores, y de la misma manera como se goza el derecho a vacaciones, también se aplica con los permisos para su formación profesional; esto quiere decir, que estos se brindarán bajo los mismos criterios y condiciones aplicables a un trabajador subordinado, no habiendo discriminación en este beneficio.

f) Prevención de riesgos laborales

En Alemania también se extendió el ámbito de aplicación de la Ley de Seguridad en el Trabajo, abarcando esta modalidad a los llamados casi trabajadores, la ley establece que todas las medidas de prevención de riesgos laborales o medidas de corrección de accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales también deben ser de aplicación a los casi trabajadores, ya sean equipos de protección o condiciones del proceso, área o lugar en donde se desarrollan sus actividades, de la misma manera que se aplica con los trabajadores subordinados de la Empresa.

g) Seguridad Social

En cuanto a este acápite, el Derecho Social Alemán en su Código Social VI, prescribe que los casi trabajadores tienen derecho a realizar aportes al seguro de pensiones, para ello contempla dos requisitos esenciales para su aportación: a) que sea proporcional a sus ingresos en la empresa y sea de igual manera que los trabajadores subordinados; y b) que operen de forma permanente para un solo empresario.

De la misma manera que en el Derecho comparado y en nuestra legislación, los aportes los efectúa el casi trabajador, mereciendo dicha protección social.

Por otro lado, el Código Social no protege a estos trabajadores con el derecho a la Seguridad Social en Salud, incluyendo obligatoriamente a los trabajadores subordinados, mas no a los casi trabajadores, no estando obligado el empleador a efectuar los aportes a la seguridad social en social; sin embargo, el casi trabajador tiene la libertad de optar por algún tipo de seguro social pero será por cuenta propia.

1.3.2.2.5. Países Bajos

La figura del autónomo económicamente dependiente también ha sido definida en los Países Bajos, marcando su delimitación como una figura similar a la parasubordinación que da cierta protección a los trabajadores autónomos; siendo necesario acreditar la prestación del servicio en forma personal, como máximo para dos empleadores, con la ayuda de máximo dos personas, y siempre que el trabajo no sea de carácter accesorio.

Asimismo, cuando el trabajador opta por trabajar como autónomo, tiene la libertad de establecer sus propias condiciones de empleo. Además, debe plantearse el tema de seguridad social, por ejemplo, contra la enfermedad, el desempleo o la incapacidad laboral. Así, como encargarse del pago de sus impuestos.

Así como en muchas otras legislaciones, el calificativo de trabajadores autónomos es otorgado en los Países Bajos con la aplicación de unos requisitos muy rigurosos para determinar si una persona puede acceder al estatus de autónomo. Es así como el trabajador autónomo necesita de una declaración para poder trabajar, gozando de dos vías para su obtención:

- Cuando el trabajador es autónomo en su propio país puede solicitar una declaración de su propia autoridad local en la que se señale que está trabajando como persona independiente. Con esta declaración puede comenzar a trabajar en los Países Bajos en calidad de trabajador autónomo. Cabe precisar que esta declaración surte efectos si trabaja en los Países Bajos para varias empresas.
- Si trabaja solamente para una empresa, la legislación holandesa lejos de considerarlo trabajador autónomo, lo considerará como empleado asalariado.

1.3.2.2.6. Reino Unido

En Reino Unido el trabajador autónomo se distingue por desempeñar su trabajo sin encontrarse bajo la autoridad del empleador. Estos autónomos tienen una indemnización

legal en caso de enfermedad., también disfruta generalmente de parte de la protección que se otorga los asalariados, como salario mínimo, duración del trabajo, y de permisos¹⁶.

Cabe resaltar que en Inglaterra existen tres formas principales para crear empresa: *Sole trader (Self employed/autónomo)*, *Limited Company (Sociedad Limitda)* y *Business partnership*. Ahora bien, para la legislación inglesa tiene la calificación de *self- employed* (trabajador autónomo) el que trabaja por cuenta propia, aunque también puede contratar trabajadores.

Cabe advertir, que al igual que la legislación Española es importante que esta clase de trabajadores realicen su registro, en el caso del Reino Unido es importante comunicar a HM Revenue & Customs (Agencia Tributaria Británica) que ha iniciado su negocio. Debe hacerlo dentro de los seis meses siguientes a la finalización del año fiscal en el que se inicia como autónomo, en caso contrario podrá ser penalizado. El trabajador autónomo en el Reino Unido no puede comenzar su negocio antes de realizar el registro.

A) Cotización a la seguridad social del trabajador autónomo

El trabajador autónomo es responsable de pagar sus cotizaciones a la Seguridad Social y los Impuestos a HMRC. Estos pagos cabe señalar, se realizan según la cantidad de ingresos que hayan percibido en el año fiscal.

Si trabaja por cuenta propia y obtiene ingresos inferiores a £ 5.965 (año fiscal 2015/2016) no existe obligación de cotizar. Si sus ingresos son superiores a £ 5.965 hay dos tipos de cotización que tiene que pagar, según los beneficios obtenidos en el año:

- a) Cotizaciones a la Clase 2: Cuando sus beneficios son iguales o superiores a £ 5.965 e inferiores a £ 8.060, pagará £ 2,80 a la semana.
- b) Cotizaciones a la Clase 4: Cuando sus beneficios están entre £ 8.060 y £ 42.385 pagará 9% y un 2% adicional por los beneficios superiores a £ 42.385

¹⁶ Secretaría de Servicios y Autónomos de CCOO Canarias. “Los trabajadores autónomos dependiente en otros países de la Unión Europea”, Palma 18 de mayo de 2010.

Para aquellos trabajadores que no estén obligados a cotizar porque no superen el importe mínimo, aquellos que quieran evitar lagunas en sus cotizaciones o aquellos que quieran tener derecho a otras prestaciones, podrán realizar aportaciones voluntarias.

La cotización a la Clase 2 tiene derecho a:

- Pensión básica del Estado y la Nueva Pensión estatal (Basic State Pension y New State Pension).
- Subsidio por Maternidad (Maternity Allowances).
- Prestación por Incapacidad (Employment and Support Allowance).
- Prestaciones por muerte y supervivencia (Bereavement Benefits).

La cotización a la Clase 2 no tiene derecho a:

- Pensión adicional del Estado (Additional State Pension)
- Desempleo (Job Seekers Allowance)

Si en algún momento deja de ser autónomo se le debe dar de baja en el sistema, caso contrario, se mantendría la obligación de declarar anualmente y de no cumplirse se aplicarían las sanciones económicas pertinentes¹⁷

B) Seguro de responsabilidad civil

Para el trabajador autónomo no es obligatorio contar con un seguro de responsabilidad civil; sin embargo, en la práctica es de gran utilidad. El Seguro de RC sirve contra cualquier reclamación por daños accidentales causados a la propiedad o a un individuo.

Las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de la actividad del trabajador autónomo se encuentran garantizadas a través de las pólizas de responsabilidad civil.

¹⁷ Consejería de Empleo y Seguridad Social. “Trabajar en Reino Unido”. Junio 2015

1.3.2.3. Delimitación del concepto del autónomo económicamente dependiente

1.3.2.3.1. El autónomo dependiente: Una zona gris del Derecho de Trabajo por definir:

El contrato del autónomo económicamente dependiente conlleva un importante desafío para el Derecho Laboral, porque la dependencia o subordinación económica que presenta este tipo de trabajador autónomo hacia la empresa o cliente donde se presta el servicio de manera coordinada y continua, lo coloca en una situación gris que se encuentra en la frontera del derecho que protege el trabajo subordinado jurídicamente con el derecho protector del trabajo autónomo; asemejándose al primero por la dependencia económica y continuidad y al segundo, por la libertad que tiene el trabajador para realizar la prestación del servicio de una manera independiente.

Entonces, nos damos cuenta que este tipo de contratación es una especial forma de dependencia económica de un nuevo grupo de trabajadores autónomos que a causa del devenir del tiempo ha desnaturalizado el contrato clásico del trabajador autónomo debido a que gran parte de sus ingresos provienen de una sola dirección, siendo necesario que se defina, como se viene haciendo en el Derecho Comparado, para que no sean ajenas del ámbito de prestación de servicios reguladas por el Derecho Laboral.

Sin embargo, es necesario preguntarnos ¿qué entendemos únicamente por trabajador autónomo? Podremos aproximarnos a una respuesta, al dar una definición casi consensual a cerca de la definición, entendiéndose como tal “a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”. Podemos identificar de acuerdo a la definición presentada, los elementos objetivos que tiene un trabajador autónomo:

A) La prestación de servicios debe ser realizada por personas físicas:

Básicamente con este requisito, podemos deducir que se trata de personas físicas o también llamadas en nuestra legislación como *personas naturales* que realizan las actividades, quedando excluidas las personas jurídicas dentro del ámbito de aplicación de esta definición. Asimismo, es importante mencionar que no es lo mismo referirnos a la existencia de una persona jurídica, coincidente con un empresario, debido a que el empresario puede considerarse trabajador autónomo, al prestar actividades como tal por tu destreza o profesionalismo.

B) La prestación de servicios debe ser realizada por cuenta propia

Este requisito nos quiere decir que la ejecución del servicio debe ser realizado en nombre de quien la realiza y a su cargo; esto quiere decir que el trabajador autónomo utiliza sus propios medios necesarios para la realización de la actividad, así como los frutos que se generen de su trabajo son suyos desde el momento en que se producen. Para su ejecución de sus actividades, el trabajador autónomo goza de un poder de iniciativa y gestión en el que asume la responsabilidad total de sus servicios, esto quiere decir que al momento de realizar el servicio, adquiere derechos y también obligaciones derivados de su producción. Por último, es importante señalar que la relación jurídica existente en donde participa un trabajador autónomo, siempre tiene un carácter comercial o profesional, pero de ningún modo puede surgir un carácter laboral, debido a que no cuenta con el elemento de realización de trabajo por cuenta ajena”, la misma que va de la mano con la dependencia y que siempre son visibles en una relación laboral.

C) El carácter económico o profesional de la actividad

Este requisito debe entenderse como la subsistencia de quien trabaja por sus servicios realizados, asimismo, podemos tomarlo como “aquella actuación positiva del hombre, cualquiera que sea su contenido, transformadora de bienes o servicios, a través de la cual se obtienen los bienes económicos o materiales necesarios para la subsistencia” (Alonso y Casas, 2010, p. 39).

D) La actividad debe ser desarrollada de forma habitual, personal y directa

Desde un punto de vista semántico, habitualidad se refiere a lo que se hace, padece o posee con continuación o por hábito; esto quiere decir, en aplicación a este tema, a la manera de realizar el trabajo con periódica dedicación. Contrario censu, si el trabajo se realiza de manera esporádica u ocasional, no estaríamos ante la figura de un trabajador autónomo.

En este carácter al momento de referirse de forma personal y directa, no se refiere a que el trabajador debe realizar la actividad él mismo de manera física y a la vez inmediata dentro de un lugar correspondiente; sino, abarca un sentido más amplio, debido a que el trabajador puede desarrollar de forma manual, intelectual o a través de los diferentes tipos de gestión empresarial (pudiendo ayudarse por colaboradores).

E) La actividad debe ser desarrollada fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona

A diferencia de un contrato de trabajo que se realiza bajo subordinación del empleador, esta forma de contrato carece de subordinación, siendo el trabajador autónomo, jefe de sí mismo y de sus colaboradores en caso los hubiera, sin que exista dependencia o subordinación en relación con su cliente o parte del contrato. Para que se de este requisito, es necesario que el trabajador autónomo cuenta con las herramientas y equipos necesarios para poder llegar a la ejecución de la actividad económica o profesional.

F) La actividad puede desarrollarse con colaboradores del trabajador

El trabajador económico cuenta con libre elección a realizar sus actividades con colaboradores que contrate bajo cualquier modalidad; esto dependerá de muchos factores, como la complejidad del servicio o el tiempo de disponibilidad para su realización.

Dicho hasta estas líneas, podemos determinar que la esfera del régimen de los trabajadores autónomos termina en donde empieza el régimen de los trabajadores subordinados; pudiendo claramente diferenciar cada modalidad de contratación; sin embargo, el problema surge debido al paso del tiempo con sus cambios en las economías y el desarrollo de nuevas tecnologías, han traído nuevas formas de organización de

actividades productivas, las que han traído como efecto que se haya un aumento en la contratación de trabajadores autónomos, los cuales con el tiempo aparecen nuevos subtipos dentro de ellos, en los que a falta de regulación se encuentran en un limbo jurídico. Es por ello, que aparece la forma del autónomo económicamente dependiente, el mismo que se entiende de acuerdo a la doctrina comparada como:

un colectivo que careciendo de dependencia en sentido técnico, prestaría en régimen de dependencia económica que no personal, tareas que en muchas ocasiones caen fuera del concepto tradicional de servicios profesionales y que en no pocos casos vienen a coincidir con otras desarrolladas... de forma jurídicamente subordinada (Calvo, 2012, p. 51).

Pues de esta manera, se trata de trabajadores que prestan sus servicios de manera autónoma, cumpliendo todos los requisitos o caracteres mencionados anteriormente, pero que al momento de ejecutar sus servicios, se puede ver claramente que están en el borde de la diferenciación con los trabajadores subordinados, como si se tratará de una clase híbrida que forma parte de ambos regímenes pero que sin embargo pertenecen a autónomos y se encuentran excluidos de los subordinados.

Ante esta nueva figura contractual, el ordenamiento jurídico se puede encontrar ante tres caminos distintos para clasificar y asimilar en su regulación:

- a) Que el autónomo económicamente dependiente sea insertado en una zona fronteriza pero dentro del trabajo del trabajo.
- b) Que sea insertado dentro de una zona fronteriza pero dentro del derecho autónomo.
- c) En la intersección de ambas, es decir, en una zona fronteriza correspondiente en parte al territorio del trabajo asalariado y en parte al territorio del trabajo autónomo.

Es por ello, que ante semejante aparición de una nueva forma y falta de regulación, la doctrina empieza a elaborar formas de regulación de los contratos de trabajo autónomo económicamente dependiente, asumiendo cada autor diferentes posturas de acuerdo a los tres puntos señaladas en el párrafo antecedente. Por nuestra parte, la más idónea y que es materia de esta investigación, es la posición asumida por Cavas adoptando que “es una

aplicación selectiva a los TRADE de ciertos beneficios laborales mediante la aprobación de una regulación propia y específica para este colectivo inspirada hasta donde sea posible en las normas del Derecho del Trabajo” (Cavas, 2009, p. 9), debido a que esta clase de trabajadores presentan mucha debilidad con respecto a sus clientes por lo que se les debe brindar ciertos beneficios laborales como garantía por tener una subordinación o dependencia económica con su cliente. Esta se manifiesta por el hecho que estos trabajadores parasubordinados están vinculados con su cliente de manera permanente y continua, recibiendo de manera periódica coordinación para realizar los servicios y percibiendo una retribución mayor en comparación con la que perciben de otros clientes; no olvidando que siguen manteniendo cierta libertad para determinar su tiempo, lugar y forma de realizar la prestación del servicio.

Explicado esto y a manera de conclusión, esta nueva figura o subtipo tiene la necesidad de una regulación concreta debido a que es un fenómeno que no solo ocurre en ciertos países, sino que se evidencia en la gran mayoría de nuestro entorno en América Latina, siendo un hecho que ya se aplica y se regula en la mayoría de los países del continente Europeo, y que cada vez abarca más rango en las distintas ramas de servicios como son educación, periodismo, informática, marketing, administración, transporte, construcción, etc. Poniendo a los trabajadores autónomos dependientes en una situación específica que el ordenamiento jurídico no puede omitir por mantener su carácter dualista; por el contrario, este proceso de cambio y aparición de nuevas figuras tiene como fin que el ordenamiento jurídico proteja ciertos sectores donde se pensó que estaba definido y así regulando una figura intermedia o híbrida, constituyéndose como una tercera categoría frente a los dos únicos tipos clásicos de contratación (subordinada y autónoma) y considerando el Derecho como una forma adecuada de ampliar las barreras del Derecho Laboral a nuevas realidades jurídicas”.

1.3.2.3.2. Un nuevo concepto el autónomo económicamente dependiente a la luz de la Ley 20/2007

La regulación de este colectivo nace por un tema de Justicia y ante el requerimiento de un orden laboral, dado que este colectivo debido a su dependencia económica se encuentra en

una posición de inferioridad contractual, y es por ello, que merecen del reconocimiento de derechos mínimos para reducir las situaciones de fraude y simulación de trabajo autónomo, así como eliminar las zonas grises que existen entre el trabajador autónomo, autónomo económicamente dependiente y subordinado.

Se debe tener presente, que el presupuesto previo y necesario para la aplicación del citado régimen lo constituiría la delimitación de la propia figura del autónomo económicamente dependiente. De ahí la importancia que, a todos los efectos, adquiera la delimitación conceptual de la nueva figura.

Se encuentran comprendidos dentro de este ámbito, los que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos un porcentaje considerativo de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Como adicional a este carácter subjetivo, también existen ciertas condiciones que el trabajador debe reunir; sin embargo, este tipo de condiciones son implementadas dependiendo de la realidad laboral de cada país y de la delimitación jurisprudencial y doctrinal que posteriormente le otorguen.

Por cuanto aquí interesa, tomaremos como modelo a seguir, el concepto legal del Trabajador económicamente dependiente que se encuentra regulado en la Ley 20/2007 (Estatuto del Trabajo Autónomo).

1.3.2.3.3. Ámbito de aplicación subjetivo del contrato del autónomo económicamente dependiente

A) Delimitación conceptual

De acuerdo a lo regulado en la Ley 20/2007 (Estatuto del Trabajo Autónomo), los trabajadores autónomos económicamente dependientes ostentan de dicha calificación quienes realizan una actividad profesional o económica a título lucrativo y de forma directa, personal, habitual y predominante para una persona jurídica o física, denominada

cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

De la definición legal del autónomo económicamente dependiente se aprecia la existencia de dos tipos de elementos conceptuales:

B) Requisitos comunes para calificar como autónomo económicamente dependiente (extensibles a todo tipo de trabajador autónomo)

La realización de una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa. Todo ello además, de tener que prestarse por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona (natural o jurídica).

Cabe precisar, que la exigencia que la actividad desarrollada por el trabajador autónomo sea de carácter económico o profesional ha de ser entendida en el sentido de la ejecución de cualquier actividad empresarial, productiva o de mercado, que se lleve a cabo a través de la prestación de servicios o la transformación de productos con el objeto de obtener un beneficio económico. Por su parte, también se requiere que dicha actividad económica se realice de manera lucrativa, y ello, porque se perfila la idea de tener que obtener un beneficio económico. En ese sentido, si aconteciera una pérdida económica en el curso de la actividad, esta no será obstáculo para no encontrarse dentro del marco de la figura de trabajador autónomo.

La prestación de servicios del trabajador autónomo es una actividad que se ha de desarrollar de forma personal, directa y habitual; por lo que las actividades realizadas con carácter esporádico u ocasional determinarían la no inclusión como trabajador autónomo. Sin embargo, por lo vago del concepto de “habitualidad” parece necesaria la fijación de un criterio que nos permita medir a ciencia cierta la habitualidad en el desempeño de sus actividades económicas.

Cuando hacemos alusión al trabajo por cuenta propia, nos referimos al hecho de que el autónomo efectúe su actividad y haga suyos los frutos que se derivan de su trabajo, así como los medios por las cuales obtuvo los mismos. En ese sentido, el trabajador autónomo adquiere derechos y contrae obligaciones derivadas de su total responsabilidad.

Qué duda cabe, que la labor del trabajador autónomo ha de ser independiente, esta independencia se traduce en que el trabajador autónomo es el jefe de sí mismo, sin que exista una subordinación técnica, ni jurídica.

C) Requisitos específicos del autónomo económicamente dependiente

- a) **Condición de dependencia económica:** La realización de una actividad económica o profesional de manera predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente del que se depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Dependencia económica que, por lo demás, no habrá de ser exclusiva (y, por lo tanto, ni excluyente) respecto de dicho cliente sino tan sólo predominante. De ahí que quede abierta la posibilidad de que el autónomo económicamente dependiente pueda prestar servicios para más de un cliente; sin embargo, es con uno de ellos (el cliente predominante o principal) con quien deberá tener una importante vinculación económica; es decir, dicho cliente habrá de constituir para el autónomo económicamente dependiente su principal fuente de ingresos profesionales. En ese sentido, no existirá exclusividad prestacional respecto del cliente principal (pudiendo el autónomo económicamente dependiente contratar con más clientes no predominantes), aunque sí dependencia económica de un único cliente predominante.

- b) **Continuidad en el tiempo de la prestación del servicio:** Es requisito indispensable que el trabajador autónomo, antes de su formalización para tener la calidad de económicamente dependiente, debe existir la habitualidad en el servicio que presta al cliente; es decir, que dicho trabajador se encuentre prestando sus servicios con el cliente por un tiempo razonable, de acuerdo a esto, debido al tiempo en los servicios que viene prestando, es legal que el trabajador

autónomo solicite al cliente que se le atribuya los derechos para ser económicamente dependiente. No es necesario que exista un tiempo mínimo o máximo, basta con que se determine la habitualidad y continuidad para que opere la formalización del contrato.

- c) **Parámetro cuantitativo para establecer la dependencia económica:** Ahora bien, la dependencia económica con el cliente predominante se llega a delimitar a través de un parámetro cuantitativo objetivo. En la norma bajo comentario, se habla de que existe dependencia económica cuando se percibe de un cliente predominante al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Por lo que se entiende, que por debajo de esa magnitud económica no surgiría tal dependencia.

Del análisis de la norma, advertimos que si bien la misma coloca una valla objetiva materializada en un parámetro cuantitativo con el ánimo de distinguir a esta clase de trabajadores frente a los autónomos comunes, nada dice acerca de la forma en la que se obtuvo dicho porcentaje, ni si se calcularán sólo ingresos netos o brutos, ni cómo se logrará cuantificar los ingresos percibidos de los diversos clientes para llegar a determinar que uno de ellos es el predominante, ni la forma en la que se llegará a fiscalizar. Tampoco se establece en la norma previsión alguna respecto del momento temporal (diario, semanal, mensual, anual) en que dichos ingresos han de computarse para que dicha dependencia económica se entienda producida.

Cuestiones todas ellas de suma importancia, puesto que atendiendo a las muy diversas y cambiantes circunstancias, con el tiempo puede llegar a variar la calificación respecto de unos u otros clientes, ya sea por la aparición o desaparición en el tiempo de nuevos clientes, finalización de trabajos encomendados, etc.).

Si bien con la aprobación y la entrada en vigor del Estatuto del Trabajador Autónomo, que es materia de análisis en el presente apartado, se da cumplimiento a una exigencia legal y social y se establece el punto de partida

para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, este mismo cuerpo normativo llama al desarrollo reglamentario por requerirse como hemos advertido, de una clarificación técnica.

Es así que surge la promulgación del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. Es a través de este desarrollo reglamentario que se establece “que se entenderán como ingresos percibidos por el trabajador autónomo del cliente con quien tiene dicha relación, los rendimientos íntegros, de naturaleza dineraria o en especie que procedan de la actividad económica o profesional realizada por aquel a título lucrativo como trabajador por cuenta propia. Los rendimientos íntegros percibidos en especie se valorarán por su valor nominal de mercado (...)”. Por su parte, el Real Decreto establece la forma del cálculo del porcentaje del 75%, llegándose a cubrir poco a poco los vacíos provenientes de la Ley bajo análisis.

De lo hasta aquí expuesto podemos advertir, que la regulación que necesita el autónomo económicamente dependiente es una de modalidad restrictiva a raíz de la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura. Por tal motivo y gracias al gran aporte de la legislación comparada, su regulación en el Ordenamiento peruano no debe amparar las interpretaciones excesivas del concepto legal para no desnaturalizar la figura.

1.3.2.3.4. Condiciones para el desempeño de la actividad económica o profesional como autónomo económicamente dependiente

A) Enumeración

En los párrafos precedentes hemos hecho mención de los elementos comunes que debe ostentar el trabajador autónomo tales como que la actividad sea prestada de forma habitual, persona directa, sin ajenidad y con independencia, para considerarlo como tal; sin embargo, para que sean considerados trabajadores autónomos económicamente dependientes se

requiere la concurrencia de elementos específicos, sin los cuales no será acreedor de dicha condición.

- **Relación con los cliente predominante:** Si bien la norma sólo señala que los clientes pueden tratarse de personas naturales o jurídicas, no precisa que tipo de clientes quedarían excluidos; por lo que somos de la opinión, que para efectos de no desnaturalizar la figura del autónomo económicamente dependiente, ha de tratarse de un cliente con el cual se obtenga fruto de los ingresos de una dependencia exclusivamente económica, más no jurídica, organizativa ni directiva. En caso contrario, la relación profesional que une a esta nueva figura de trabajador con su cliente principal se hallaría más próxima a la que derivaría del contrato de trabajo, que a la que ahora se analiza.
- **Impedimento de contratación:** El trabajador en su actividad no puede contar con trabajadores o personal a su cargo o bajo su supervisión; asimismo, tampoco puede contratar o subcontratar con terceros para delegar parte o toda la actividad que se le encomienda. La forma de prestación del servicio a favor del cliente debe ser personal sin admitirse colaboraciones externas, dicha limitación deberá mantenerse en el tiempo desde que inicia la relación contractual con su cliente predominante hasta que finaliza. Además, dicha exclusión alcanzaría, incluso, a los propios familiares del autónomo económicamente dependiente que quisieran trabajar para él bajo el marco de una relación laboral. La razón fundamental de dicha limitación radica en la característica que posee esta nueva clase de trabajador, toda vez, que a diferencia con lo que sucede con el trabajador autónomo común, no puede concurrir en él la doble condición de trabajador autónomo y empresario. No es posible por tanto en este orden de ideas, que el trabajador autónomo sustituya su actividad por medio de otra persona, debiendo por ello llevarla a cabo directamente sin que pueda recibir la ayuda de personal a su cargo.
- **Ejecución de la actividad:** La actividad que realiza el trabajador debe realizarse de una manera distinta de los demás trabajadores subordinados bajo un contrato de trabajo con el cliente o empresa; es decir, con independencia organizativa. En

consecuencia, la actividad que el autónomo económicamente dependiente debe desarrollar ha de ser autónoma, independiente y propia en su ejecución. Podríamos hablar de una coordinación, más no de una dependencia evidenciada en el sometimiento del trabajador autónomo.

- **Infraestructura productiva y material propia cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente:** La actividad que realiza este tipo de trabajador debe ser utilizando infraestructura productiva o materiales propios. En este caso, la infraestructura donde preste el servicio debe estar diferenciada de la infraestructura del cliente. No existiría diferencia alguna con otros trabajadores subordinados, si el autónomo económicamente dependiente utiliza la misma infraestructura y utiliza los materiales del cliente, esto generaría una clara subordinación que puede desnaturalizarse en caso de fiscalización. Sin embargo, como excepción se puede prescindir de dicho requisito si es que la actividad que se realiza no es necesaria la utilización de dichos instrumentos. Cabe precisar, que pese a que la ley no señale qué debemos entender por infraestructura productiva y material, debemos entender que por infraestructura productiva se entiende la posesión de los elementos muebles e inmuebles necesarios, y que por infraestructura material se entiende, la tenencia de las herramientas o los instrumentos necesarios para la ejecución de la prestación de servicios. Ahora bien, cuando la norma señala disponer de infraestructura productiva y material...cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente, se plantea la necesidad de determinar cuando los elementos materiales son necesarios para el desempeño de una actividad económica o profesional. Por lo que se entiende, que cuando el material necesario no ha de ser ni amplio ni relevante en su cuantía económica no nos encontramos fuera del ámbito de protección de la norma.
- **Desarrollo de la actividad:** La cual se debe realizar con la organización propia del trabajador, este tipo de requisito no excluye la posibilidad de realizar la actividad de acuerdo a las indicaciones que le proporciona el cliente o la empresa; esto quiere decir, que la empresa cliente debe brindarle las indicaciones

técnicas de acuerdo a su requerimiento, luego, el autónomo económicamente dependiente se encargará de acuerdo a su criterio y experiencia, de la realización del servicio, pudiendo coordinar con el cliente en cualquier momento, debido a que en algunas situaciones este supervisa el avance del trabajo que se encuentra en implementación. Por lo tanto, existe una independencia jurídica en la realización del servicio, y una dependencia técnica, por la que el servicio debe llevarse a cabo de acuerdo a los parámetros o indicaciones establecidas por el cliente.

- **Contraprestación:** Debe percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella. Con este elemento específico que debe de cumplir el trabajador autónomo para ser considerado económicamente dependiente, lo que se pretende es alejar toda nota de ajenidad, y ello, desde su doble perspectiva: Ajenidad en los frutos, entendiéndose que no habría salario si no una contraprestación económica por el resultado de la actividad desarrollada a favor del cliente; como ajenidad en los riesgos, donde el trabajador autónomo asume el riesgo y ventura de la actividad que realiza.
- **Riesgo:** El trabajador asume el riesgo del resultado de su actividad, a diferencia del trabajador dependiente, el cual no se ve afectado por el devenir incierto de la actividad económica.

B) Relativización

A pesar de haber enunciado los elementos que debe cumplir la actividad para que el trabajador autónomo pueda ser considerado económicamente dependiente, la propia legislación española incluye a dos determinados grupos de trabajadores autónomos, que pese a no cumplir con estas condiciones limitativas se encontrarían dentro del marco de protección de la figura antes referida.

En resumidas cuentas, se trataría de los dos colectivos de trabajadores autónomos siguientes:

- **Trabajadores autónomos del transporte.**- La personas prestadoras del servicio de transporte, únicamente deberán acreditar, junto con los elementos conceptuales (comunes y específicos), no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
- **Agentes comerciales.**- Para este colectivo, la condición limitativa vinculada al tema de tener que asumir el riesgo y ventura de las operaciones que lleven a cabo, no se aplica.

Para finalizar este apartado señalar, que la norma del autónomo económicamente dependiente considera específicamente como tales a los agentes de seguros (exclusivos y vinculados) que reúnan los elementos y requisitos exigidos para la aplicación de su particular régimen profesional. En virtud a lo expuesto, quedan excluidos los agentes de seguros exclusivos y vinculados que suscriban un contrato mercantil con auxiliares externos.

1.3.2.3.5. Supuestos excluyentes para no ser considerado un autónomo económicamente dependiente

En calidad de sujetos excluidos estarían todos aquellos trabajadores autónomos que conceptualmente (elementos conceptuales comunes y específicos) no merezcan semejante consideración en los términos que hemos postulado; o que, contando con ellos, no logren acreditar la concurrencia simultánea de las condiciones para el desempeño de la actividad, que en párrafos anteriores se ha desarrollado. Dentro de los supuestos excluidos encontramos los siguientes:

- Cuando la dependencia económica con un solo cliente no llegue al 75 % de su ingreso.
- Los titulares (personas físicas) de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público. En caso la personal natural sea titular de una empresa, así sea unipersonal, impide la calificación

para autónomo económicamente dependiente, debido a que al estar abierto al público en general, todo el público que utilice sus servicios, es cliente, por tanto, es compleja la situación de determinar una situación de dependencia ya que tiene ingresos de clientes en general sin existir uno principal.

- Cuando el trabajador pertenezca o realice su actividad bajo cualquier modalidad de empresa reconocida dentro del régimen societario y otra forma jurídica de empresa. Cabe precisar que esta limitación alcanza a cualquier actividad profesional en régimen societario, más no al desarrollo de una actividad de forma coordinada con otros profesionales,
- Cuando contrate o subcontrate con terceros todo o parte de la actividad que debe realizar con el cliente que depende económicamente o con otros clientes que sean secundarios, esto quiere decir que deberá realizarlo de manera personal, sin que ningún otro trabajador autónomo realice las actividades por las que el cliente principal o secundario lo contrate.
- Diferenciación con la fuerza laboral.- Se excluiría de este beneficio, en caso la actividad que realice sea de igual manera y condición que los trabajadores contratados bajo cualquier modalidad de ese mismo cliente. Lo que se pretende con esta exclusión, es que no exista confusión subjetiva entre ambos trabajadores del cliente, debido a la claridad en la naturaleza y prestación de servicios de ambos contratos, así existan coordinaciones entre ambos trabajadores, debe estar diferenciado los trabajadores autónomos con los trabajadores registrados en planilla, bajo la modalidad que designen sus funciones. Caso contrario, estaremos ante la figura de un “*Falso autónomo*”, siendo en realidad un trabajador subordinado y contratado por el cliente o empresa con la finalidad de cometer fraude de ley, ocurriendo la desnaturalización de su condición y primando la realidad como trabajador dependiente.

CAPITULO II: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES PARA SU INCORPORACIÓN EN EL ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO

2.1. Análisis entre el trabajo subordinado y el autónomo

2.1.1. Clasificación binaria en el derecho común

En nuestra legislación nacional aún predomina la clasificación tradicional del trabajador dependiente y del trabajo independiente; ambas figuras encontrándose reguladas en el Derecho Laboral y el Derecho Civil respectivamente.

Desde hace algún tiempo la diferencia sustancial entre el contrato de trabajo y los contratos regulados en el Código Civil, era la existencia o no de subordinación; sin embargo, en la actualidad, la valla de las zonas grises de la subordinación se ha superado con un nuevo dispositivo contenido en la nueva Ley Procesal del Trabajo, relegando a un segundo plano a la subordinación jurídica como elemento definitorio de la existencia del contrato de trabajo. Esta pasa ahora a ser un elemento prescindible, ya que lo que importa es la prestación personal del servicio, elemento que por sí solo presupone la existencia del vínculo laboral, salvo prueba en contrario.

Por lo tanto, la prestación personal del trabajo sigue siendo el elemento diferenciador que divide el trabajo subordinado (contrato de trabajo) del trabajo autónomo (contrato civil o mercantil), sin dar lugar a otras formas contractuales que se encuentran dentro de la línea divisoria; sin perjuicio de las nuevas tendencias sobre la regulación del trabajo que nos llevan a concluir que el sistema de relaciones labores no siempre fue binario. Por el contrario, la realidad nos dice que siempre existieron otras formas de empleo llamadas las zonas grises o fronterizas del derecho de trabajo.

2.1.2. Clasificación tripartita: Trabajador, autónomo económicamente dependiente y autónomo

La confrontación tradicional entre trabajo subordinado e independiente parece que está destinada a desaparecer, ya que el crecimiento del trabajo autónomo está dejando paso a una nueva estructura del empleo a nivel global.

Conforme hemos abordado anteriormente, se es consciente que la frontera que delimitada a los trabajadores autónomos y dependientes se ha visto debilitada, con la aparición de nuevas formas de contratación que rehúsan someterse a las antiguas formas tradicionales. La realidad comenzó a revelar la existencia de algunas zonas grises, que poco a poco tomaron terreno en atención a la llamada flexibilidad laboral, por lo que, no debe causar asombro la aparición de nuevos conceptos laborales utilizados hoy por hoy por las empresas.

Esto da como resultado que se incorpore a la clasificación binaria una nueva clase que refleje la nueva realidad económica actual y social del trabajo donde se encuentran comprendidos un nuevo grupo de trabajadores que siendo autónomos dependen económicamente de su cliente.

Esta nueva clase de trabajadores dependientes económicamente requieren de una ubicación dentro del orden jurídico fuera de los alcances de la dicotomía tradicional; toda vez, que su regulación resulta insuficiente a través del principio de la autonomía contractual.

Es por ello, que lo que se busca es articular un sistema de protección del autónomo económicamente dependiente en el plano jurídico a través de una normativa propia amparando la relación jurídica con cláusulas generales de laboralización parcial. En pocas palabras, dicha protección a esta clase de trabajadores debe entenderse como extensiva del principio tuitivo de un Estado Social, que logre normar esta categoría y dotarla de ciertos mínimos de protección sin llegar a desnaturalizar el vínculo que han querido establecer entre sí las partes contratantes, por cuanto, en ningún caso a nacido de ellos la voluntad de celebrar un contrato de trabajo.

2.2. Análisis de la subordinación económica y la jurídica

2.2.1. La subordinación económica como factor determinante del autónomo económicamente dependiente

Tal como lo hemos abordado en párrafos precedentes, en atención a la subordinación económica, los trabajos autónomos gozarían de una cobertura mínima de protección, siendo la dependencia el elemento determinante en esta clase de trabajadores. Por lo que, lo que se postula es ofrecer un marco normativo propio, no la adaptación normativa, sino a una regulación propia atendiendo a las necesidades que esta plantea.

La confrontación clásica entre trabajo subordinado e independiente para que está destinada a desaparecer, ya que el crecimiento del trabajo dependiente está dejando paso a una nueva forma de prestación de servicios a nivel mundial: el autónomo económicamente dependiente.

La dependencia económica, es el elemento determinante para esta clase de trabajadores que postula ser la nueva clase de trabajo en la actualidad, por ella, resulta amparable una cobertura mínima de protección. Este es el elemento determinante para establecer la existencia de esta nueva clase de trabajadores, ya que él constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios.

Si bien es cierto la doctrina española ha establecido un parámetro cuantitativo para establecer la dependencia económica basada en un mínimo de 75% de los ingresos del trabajador con relación a su cliente, lo cierto es que más que de un criterio rígido, fijado en la exigencia de una exclusividad entendida como mono-cliente con todos los problemas y arbitrariedades que ello pudiera generar, resulta más acertado a la realidad el exigir un número mínimo o muy reducido de clientes predominantes dejándose campo abierto a una necesariamente flexible interpretación jurídica.

2.2.2. Reemplazo de la subordinación jurídica por la económica

Más que un reemplazo hablamos de la aparición de una nueva forma de dependencia. Si bien hasta hace poco el criterio que siempre primó fue la clasificación binaria siendo el elemento diferenciador entre el Contrato de Trabajo y el Contrato de Locación de Servicios la subordinación, hoy en día tras la aparición de una nueva clase de trabajadores surge una nueva forma de dependencia que da vida a una nueva forma de prestación de servicios.

Si bien es cierto, que hasta hoy en día la diferencia entre el trabajador dependiente y el trabajador independiente era muy clara, dado que el elemento diferenciador se encontraba basado en el criterio de subordinación, hoy nos vemos ante un dilema que es el aceptar que la realidad ha evolucionado y que no debemos pensar en querer encajar cada nueva figura de prestación de servicios en alguna de la tradicional clasificación binaria que conocemos. Y es por esta subordinación económica, que resulta imperativo extender la protección mínima a aquellos casos en que exista una prestación de trabajo personal, continuado, coordinado y económicamente dependiente para que esté protegido, poniendo de lado el tema de la dependencia jurídica.

Y en aras de entender la globalización de hoy en día, es que resulta un imperativo que se regule la protección de esta clase de trabajadores sin que se llegue a limitarlos al concepto de subordinación jurídica, bastando para ello la dependencia económica.

La protección al autónomo económicamente dependiente es una respuesta a la demanda desde el sector del trabajador autónomo, de una mayor protección jurídica (protección social, prevención de riesgos etc). El objetivo de su regulación sería el de la tutela de un segmento importante de trabajadores autónomos que ya no responde al prototipo tradicional, que busca una adaptación de sus esquemas contractuales a nuevos equilibrios de interés donde sea posible conjugar objetivos de mayores ganancias, mayor libertad en la gestión del trabajo o de valoración profesional.

2.3. Análisis de la extensión del derecho laboral hacia la protección del trabajador autónomo

2.3.1. Mínimos de protección legal atendiendo a la dependencia económica

Es ya una realidad señalar, que las formas de organización empresarial que originariamente utilizaban la dicotomía tradicional ahora han cambiado y se han visto alteradas por la aparición emergente del trabajo autónomo dependiente. El cambio de modelo de trabajo, la tecnología y las variadas formas de organización empresarial han llevado a la superación de los modelos tradicionales de estructura empresarial, que sin duda ha favorecido la aparición de relaciones contractuales de prestación de servicios que evitan el contrato de trabajo pero que son una forma de acceso al empleo y por ende, resulta obvio que dado su número creciente el Estado se responsabilice de dar una protección suficiente a esta nueva forma de trabajo.

No cabe duda que nos encontramos frente a un contrato de naturaleza civil, donde claro está impera la voluntad de las partes en su regulación, sin embargo, no puede pasar desapercibido el hecho de tener que tutelar los intereses de la parte débil de la relación contractual (autónomo económicamente dependiente) atendiendo a su dependencia económica. Además, resulta de todo punto insuficiente la regulación del Derecho Civil; por lo que, es ilusorio pensar que la autonomía de la voluntad pueda amparar en su totalidad a esta nueva clase de trabajadores.

Habiéndose despejado la controversia sobre la inclusión o no de la relación jurídica d autónomo económicamente dependiente dentro del Derecho del Trabajo¹⁸, se hace oportuno dilucidar cuáles serán los mecanismos apropiados para proteger y garantizar la tutela de derechos mínimos, pudiendo encontrarse vinculados con su remuneración, descanso anual, protección social, prevención de riesgos, derechos colectivos etc. En nuestra opinión algunos de los mecanismos de tutela y garantía deben tener como referencia los establecidos por el Derecho de Trabajo como derecho tuitivo por excelencia. Por tanto, resulta procedente la aprobación de una regulación propia y específica a favor de este colectivo, inspirada en las normas de Derecho de Trabajo.

En consecuencia, se requiere la aplicación de ciertas normas laborales compatibles con las peculiaridades que presenta este tipo de relación jurídica; es decir, se requiere la

¹⁸ No cabe admitir que el autónomo dependiente sea calificado dentro del grupo de trabajadores dependientes; toda vez, que estaríamos hablando de un trabajo en el que no hay dependencia jurídica, y por tanto no puede hablarse de relación laboral, por muy especial que esta sea, sin dependencia del autónomo.

extensión parcial de la normativa de tutela del trabajo dependiente al mundo de los trabajadores autónomos bajo dependencia económica, por dos razones fundamentales: una de justicia social y adecuada ordenación laboral, toda vez, que dichos trabajadores, debido a su dependencia económica, se encuentran en una posición de inferioridad contractual que en muchas ocasiones los llevarán a tener que aceptar las condiciones impuestas por el cliente para el que trabajan; y otra, porque el reconocimiento de unos derechos mínimos contribuirá a reducir las situaciones de fraude y simulación de trabajo autónomo.

Frente a la idea tradicional de que la legislación laboral solo es aplicable en los casos en que el trabajador se encuentra en una posición de subordinación jurídica respecto del empleador, se defiende que duda cabe, la idea de la oportunidad de la ampliación del ámbito subjetivo del ordenamiento laboral, con el objeto de incluir en su protección otros tipos de contratos y prestaciones laborales. Claro está, que la solución no consiste en aplicarles todas las garantías y beneficios de los trabajadores dependientes jurídicamente, si no en ofrecer una regulación propia al autónomo económicamente dependiente, inspirada en las normas de Derecho de Trabajo y a través de la misma aplicar de manera selectiva ciertos beneficios laborales.

En esa línea, se postula la lógica de tener que normar mínimos de protección en la regulación de las condiciones contractuales para así evitar la imposición de cláusulas abusivas. Es por ello, que somos de la opinión que una política de intervencionismo estatal que limite y prohíba ciertas cláusulas contractuales y aplique ciertas cláusulas tipo, será una salida positiva que restringirá el juego de la autonomía de la voluntad, en aras de proteger a la parte débil de la relación.

Como se señalaba, la primera actuación que podría tomarse en cuenta para la protección y tutela de los derechos del autónomo dependiente puede situarse en el propio ámbito contractual en el que se desarrolla su prestación de servicios. De esta forma, sin ningún ánimo de ser limitativos, podría tomarse en consideración por el legislador como cláusulas que podrían ser abusivas las siguientes:

- Cláusulas que impliquen una interpretación del contrato sólo a favor de la parte contratante fuerte;

- Cláusulas que demanden gastos excesivos d autónomo económicamente dependiente en la formalización y ejecución de su contrato.
- Cláusulas que obliguen al autónomo a renunciar a los derechos que le pertenezcan contractualmente.
- Cláusulas que limiten la posibilidad de mejora de sus condiciones contractuales, a través de acuerdos privados.
- Cláusulas que limiten su derecho de acción ante órganos jurisdiccionales por desconocimiento de sus derechos.

Asimismo, una intervención legislativa podría plantearse en las siguientes materias en lo que a condiciones contractuales respecta:

- Forma del contrato (escrito);
- El objeto del contrato (el contrato debería explicitar el objetivo profesional e indicar las características de la autonomía del trabajo);
- La regulación de la remuneración: el contrato debería indicar los criterios necesarios para determinar la remuneración y la forma de pago (con sanciones si existen retrasos en dicho pago);
- Supuestos de suspensión de la relación contractual: maternidad, enfermedad, accidente, motivos familiares graves, etc.:
- Supuestos de resolución del contrato
- Supuestos de extinción del contrato
- Supuestos de compensación económica
- Vigencia del contrato

Queda claro, que debido a la desigualdad estructural de las partes se tiene la necesidad de buscar equiparar esta desigualdad a través de la intervención legislativa. Es por ello, que se ha planteado la necesidad de establecer cláusulas que se considerarían abusivas como la imposición de cláusulas tipo que garantizarían la efectividad de los derechos d autónomo económicamente dependiente.

Lo que se pretende proteger para este tipo de trabajadores autónomos que dependen económicamente de un cliente, no es que el derecho laboral extienda sus brazos de protección de una manera total o absoluta (porque en este supuesto se estaría tomando a un trabajador autónomo como un trabajador con contrato de trabajo laboral ordinario); por el contrario, lo que se pretende es que los trabajadores en mención sigan manteniéndose en esa zona gris o frontera entre ambos derechos, para así formar una tercera clasificación (explicada en análisis 1); sin embargo, el derecho laboral no debe ser ajeno a estos trabajadores y así brindar una protección mínima laboral, otorgándole ciertas garantías al trabajador que se encuentra vinculado económicamente con su cliente y por el que en caso se extinga o resuelva el contrato, no cause un perjuicio hay disminuirse de manera significativa el ingreso que deja de percibir.

La lista a continuación, sería unos posibles derechos laborales que se les pueda otorgar para proteger jurídicamente a los trabajadores:

- Protección relativa mediante ciertos derechos individuales de trabajo, dentro de los cuales puede estar la pensión, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, permisos de trabajo y licencia por maternidad
- Derecho a constituirse y afiliarse a sindicatos.
- Derecho mínimo a vacaciones, descanso semanal y feriados.
- Derecho a recurrir a las instancias laborales del poder judicial, de tal manera que en caso que se genere controversias entre el trabajador autónomo y la empresa cliente, sea competente y resuelto por Jueces laborales.
- Derecho de prevención de riesgos laborales

Por tanto, al extender el derecho laboral su ámbito de aplicación de manera relativa, tendrá como resultado que el trabajador autónomo cuenta con seguridad jurídica y así no se encuentre en situaciones desfavorables en que su cliente termine la relación contractual de una manera arbitraria o sin causa justa sin que exista una protección legal específica.

2.3.2. Conexión del ámbito civil y laboral en los trabajadores autónomos

Los contratos de trabajo autónomo son regulados por el Código Civil; al estar el trabajador autónomo en una zona intermedia y al tener protección por el ámbito laboral de una manera relativa como se explicó en el párrafo precedente; se analiza la situación en el sentido que este sigue manteniéndose como un contrato civil o mercantil, y ante cualquier situación de conflicto como rescisión, resolución o indemnización por daños y perjuicios se deberá resolver por las normas de derecho positivo del Código Civil.

Sin embargo, al atribuírsele ciertos derechos mínimos individuales de trabajo, nos encontramos ante una relación híbrida protegida por ambas ramas del derecho, sin entrar ambas en conflicto; por el contrario, los juzgados laborales únicamente pueden ser los competentes para resolver la relación del trabajador autónomo, sin encontrarse en la necesidad de existir una confusión de competencia entre los juzgados civiles y laborales.

Cabe resaltar que un punto importante es que el contrato del autónomo económicamente dependiente no genere un nuevo tipo de contrato, sino que se trate más bien de una calificación que recae sobre un contrato de prestación de servicios civil o comercial, de la cual depende la aplicación parcial del Derecho de Trabajo.

Lo que se intenta poner de manifiesto en este punto, es el hecho de reconocer a una nueva clase de trabajadores autónomos económicamente dependientes a partir de la regulación de un Contrato propio y diferenciado, que llegue a, mantener el reconocimiento de la naturaleza civil o comercial (dependiendo del servicio) del contrato autónomo; toda vez, no se puede pretender que se le atribuya una calidad de contrato de trabajo a este tipo de trabajadores autónomos, porque estaríamos desnaturalizando ambos contratos y también se estaría vulnerando la autonomía de la voluntad de las partes al momento de contratar. Por el contrario, lo que se vela es por mantener y respetar la intención y voluntad de las partes de suscribir un contrato de naturaleza civil o comercial, cubierto mediante una protección de naturaleza cuasi laboral, necesidad de protección que se deriva de la dependencia económica que tiene el trabajador con el cliente.

2.4. Análisis de la normativa laboral para cubrir las zonas grises

2.4.1. En el Derecho Nacional

Actualmente no contamos con una regulación para esta nueva clase de trabajadores; es decir, con relación a los trabajadores autónomos económicamente dependientes; sin embargo, si podemos hallar algunos indicios de que esta nueva clase de trabajadores está siendo materia de regulación de manera tácita en nuestra actual legislación. Y con ello, nos referimos a la regulación de los contratos de trabajo a domicilio a cuyos titulares se les concede ciertos derechos laborales, pudiendo pactarse su remuneración en el Contrato de Trabajo o por Convenio Colectivo de Trabajo, teniendo derecho al pago por el día del trabajador, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, beneficios que se pagan conjuntamente con la remuneración del mes al que corresponde el año cronológico de servicios cumplido, a razón de un 8.33% del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior y derecho a protección de seguridad social en salud y pensiones, similar al de los trabajadores del régimen común, con la excepción del seguro complementario de trabajo de riesgo que establece cobertura especial para los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En esta misma línea, recientemente a nuestro ordenamiento jurídico ha regulado el Teletrabajo, a través de la Ley N° 30036 “Ley que regula el Teletrabajo”, por el cual los trabajadores bajo una modalidad especial de prestación de servicios mediante la utilización de Tecnología de la Información y Telecomunicaciones, se les confiere los mismos beneficios, derechos y obligaciones laborales que un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada regulado mediante el TUO del Decreto Legislativo N° 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Aquí podemos ver que el tratamiento que se le otorga a este tipo de trabajadores es igual al que perciben los trabajadores del régimen común, y esto porque aún seguimos tratando que las nuevas figuras que nacen producto de la globalización y la actualidad aún sean encasilladas en la tradicional concepción binaria, siendo celosos aún nuestros legisladores de asimilar y asumir de la existencia de una nueva clase que requiere de protección por el Derecho Laboral.

En el mismo sentido, cabe precisar que nuestra legislación registra algunos otros vestigios de esta tendencia de protección a los trabajadores autónomos económicamente dependientes a través de la dación de la Ley 15132 que fue derogada el 28 de julio de 1995, protección especial que se le brindó a los profesionales que ostentaban la carrera de abogados, médicos odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstetras y veterinarios otorgándoseles ciertos beneficios laborales propios de los trabajadores subordinados aunque no tuviesen la obligación de concurrir en forma diaria al centro de trabajo, bastando simplemente la prestación continuada de sus servicios profesionales a cambio de retribución.

Ahora bien los cambios que se plantean en el mundo de hoy con relación a las nuevas formas de prestación de servicios, nos llevan al debate de si resulta necesario que esta nueva clase de trabajadores se encuentre regulada a nivel legislativo otorgándole mínimos de protección. A nuestro entender la respuesta sería a favor de la regulación y protección como hemos abordado, sin embargo, no queremos dejar de señalar que expresamente nuestros legisladores están reconociendo muy ocultamente la existencia de esta nueva categoría a través del planteamiento que nos propone el nuevo Proyecto de la Ley General de Trabajo en el numeral VI del Título Preliminar, al haber incorporado a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Igualmente tenemos a la Nueva Ley Procesal de Trabajo, quien de manera expresa relega a la subordinación jurídica como elemento principal y diferenciador de un contrato de trabajo, para dar paso a la prestación personal de servicios, como presunción que basta para establecer que nos encontramos ante una relación laboral, salvo prueba en contrario.

De conformidad con lo expuesto, el Derecho de Trabajo debe expandirse para poder abarcar, en aras de su rol protector, a nuevas categorías de trabajadores que no sólo prestan servicios de manera independiente sino que lo hacen de manera dependiente económicamente, para que de esta manera nos amoldemos a la evolución de los modos de organización del trabajo que imperan hoy en día.

2.4.2. En el Derecho Comparado

Como se explicó en el capítulo pertinente a la legislación comparada de la presente investigación, como antecedentes legislativos en el Derecho Comparado podemos observar que en América Latina aún no se incorpora la figura del autónomo económicamente dependiente; sin embargo, ya empezó a ser un tema de estudio por parte de la doctrina en América Latina al no pasar desapercibido.

Por otro lado, nos encontramos ante un escenario opuesto en la Unión Europea, por estar en la mayoría de países regulado por el derecho, reconociendo su ordenamiento jurídico la existencia de una categoría intermedia entre el régimen jurídico del trabajador subordinado y el del trabajador autónomo. Aunque en cada país se elabora normativa e independientemente su regulación con relación a los demás países, no podemos excluir el hecho que se trate de la misma fuente o esencial, la que sería de observar que por la dependencia económica se le atribuye a los trabajadores ciertos derechos que no les son reconocidos a otros trabajadores autónomos o independientes, de la misma manera, los derechos reconocidos son menores en cantidad que los que se les atribuye a los sujetos dependientes o bajo subordinación jurídica.

Asimismo, es necesario resaltar que en la doctrina Europea ha surgido una interrogante o conflicto sobre la idea de extender las medidas de protección jurídicas intrínsecas al derecho de trabajo o en todo caso, crear nuevas medidas de protección para este tipo de trabajadores autónomos, sin calificarlos necesariamente como trabajadores subordinados protegidos netamente por el derecho laboral; dicha disyuntiva sigue en debate doctrinal por ser acogida de manera distinta en cada ordenamiento jurídico.

CAPITULO III: INCIDENCIAS DEL AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

3.1. Formación de la relación jurídica

Sobre el presente punto, podemos indicar que la relación contractual se forma al prestar los servicios de un trabajador autónomo (contrato civil o mercantil) de manera típica a la regulada por el ordenamiento jurídico; sin embargo, si se cumple los requisitos que hace calificar a un trabajador como uno autónomo por contar con dependencia económica con su cliente, entonces este tipo de dependencia se va a ver reflejada en el contrato celebrado y así ser registrado y ser tomado como un autónomo económicamente dependiente para fines de protección legal laboral. Con esto desprendemos que el contrato debe ser realizado por escrito y el mismo debe ser registrado en el ministerio de trabajo como un contrato de trabajo sujeto a modalidad o como uno de trabajo a domicilio.

3.1.1. Contenido del contrato del autónomo económicamente dependiente

- a. La característica común de los contratos de trabajo, de los civiles y de autónomos económicamente dependientes, es su carácter oneroso. El contrato genera atribuciones patrimoniales para ambas partes.
- b. El contenido principal del contrato o el nexa obligatorio principal del contrato, entendiéndolo este último como complejo de vínculos obligatorios, consistirá en la mayoría de los casos en un sinalagma en el que se verán unidas una prestación retributiva y una prestación de servicios en sentido amplio.
- c. Como derecho de los autónomos el de percepción puntual de la contraprestación económica pactada por los servicios profesionales prestados parece otorgar condición de regla general al carácter conmutativo del contrato, es decir, que en los contratos de autónomos las prestaciones serán normalmente equivalentes y ciertas.

No obstante, no se puede descartar que las partes, en el libre ejercicio de su autonomía de la voluntad, introduzcan margen a la aleatoriedad haciendo por ejemplo depender la retribución parcialmente de elementos inciertos como la existencia de beneficios en la empresa.

- d. La prestación de servicios del autónomo típica es la de “hacer” y no de dar, es decir, que la prestación consiste en realizar una actividad distinta a la entrega de una cosa. Dentro de las prestaciones de hacer podemos distinguir entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. En las primeras el deudor cumple si realiza diligentemente la actividad comprometida, entendiéndose que si esta se ha realizado el acreedor queda satisfecho y el deudor liberado. En las obligaciones de resultado como consecuencia de la actividad desempeñada por el deudor. No obstante, en algunos contratos de autónomos, como conjunto de múltiples nexos obligatorios, el objeto contractual puede ser complejo hasta el punto incluso de que queden difuminadas las mencionadas categorías, al introducirse elementos que pertenezcan a ambas categorías en el vínculo obligatorio principal y por tanto no sea fácilmente catalogable en una de ellas.

3.2. Protección del autónomo económicamente dependiente

A la categoría intermedia entre el régimen jurídico del asalariado y el del trabajador autónomo que es reconocida por algunos países, le son reconocidos una serie de derechos que no le son reconocidos a otro tipo de trabajadores autónomos, pese a que tales derechos resulten ser menores que los que ostentan los trabajadores dependientes.

Por ejemplo, los derechos del autónomo económicamente pueden inspirarse en las garantías que ofrece el Derecho laboral de los trabajadores dependientes jurídicos, en el derecho de organizarse y de actuar colectivamente para defender y de promover sus intereses profesionales., entre otros.

3.2.1. Protección en la OIT

No existe mucha información acerca de las investigaciones que se están haciendo acerca de este tipo de contratos; sin embargo, se realizó la 85ª Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo¹⁹ (OIT) que tuvo lugar en 1997, a través de la cual se formuló una propuesta para que se elabore un Convenio con relación a esta contratación externa. El Convenio en mención se aplicaría de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1º de la propuesta; es decir, se aplicaría a la labor efectuada personalmente en condiciones de dependencia a la empresa, siendo estas características similares a las que se practican en una relación laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, se proponía por la OIT ampliar el ámbito de aplicación de la legislación laboral más allá del trabajo subordinado, como asimismo, introducir algún tipo de protección especial para todas las formas de trabajo en las que se produce la contratación de un servicio externo, independientemente del marco jurídico que establezca este servicio.

En concreto, de acuerdo al artículo 5 de la propuesta, se trataba de asegurar los siguientes derechos esenciales en el ámbito de la contratación externa: prohibición de discriminación libertad de asociación y de negociación colectiva; límite de edad para trabajar; condiciones mínimas de remuneración; protección en caso de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales; salud y seguridad en el trabajo; y, seguridad social.

3.2.2. Derechos Constitucionales:

El Derecho Laboral se relaciona con el Derecho Constitucional porque este establece los principios básicos del Derecho del Trabajo, específicamente en el Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos, en los artículos del 22º al 29º de la Constitución de 1993.

En los referidos artículos se norman las principales instituciones del Derecho Laboral tales como la sindicalización, la negociación colectiva, así como la jornada de

¹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, 85ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, en <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/85thSession/lang--es/index.htm>

trabajo, la protección contra el despido arbitrario y el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa.

La Constitución Política es la norma fundamental y máxima del derecho Laboral en el ordenamiento nacional para la protección de los derechos de los trabajadores. En ella al igual que en el capítulo de los derechos económicos y sociales de los trabajadores se encuentra el Derecho al Trabajo, con el que se consagra la protección a todo tipo o clase de trabajador no debiendo encontrarse desamparado, y debiendo el Derecho Laboral cubrir a nuevas formas de prestación de servicios.

Esta nueva categoría de trabajadores, merece al igual que los demás trabajadores del Régimen común, protección a nivel Constitucional.

3.2.3. Derechos reconocidos en la Ley

Actualmente no contamos con una protección vigente para esta nueva clase de trabajadores, sin embargo, conforme hemos analizado en párrafos precedentes existe en la Nueva Ley Procesal de Trabajo el elemento de prestación personal como elemento fundamental para señalar que nos encontramos ante un Contrato de Trabajo, de lo cual se desprende, que poco a poco se da paso a esta clase de trabajadores, que requieren de mínimos de protección en aras de su dependencia económica.

De la misma manera, tenemos de manera expresa en el Proyecto de La Ley General del Trabajo el reconocimiento a una clase de trabajadores, por lo que, legislativamente tendrá que darse a conocer su ámbito de aplicación, y los derechos y deberes que les deben corresponder puesto que no pueden quedarse al margen del reconocimiento por parte del Derecho del Trabajo, por la importancia que hemos dado a conocer a lo largo del presente trabajo y por la manera vertiginosa que este mundo globalizado reconoce y demanda nuevas formas de prestación de servicios.

El acercamiento al reconocimiento de esta clase de trabajadores a nuestro ordenamiento, se complementará a otros derechos que ya se encuentran estipulados en la legislación vigente, los cuales son netamente profesionales, dándole una dirección a la ejecución del contrato de servicios que suscriben las partes. Estos vendrían a ser algunos

derechos protectores que se otorgan debido a la durabilidad en el tiempo de la prestación, generándose una permanencia coordinada entre ambas partes.

3.2.4. Derechos provenientes del contrato

Es necesario recalcar que en el contrato, ambas partes pueden acordar la atribución de derechos o beneficios con la finalidad de proteger y brindar seguridad jurídica al trabajador, siempre y cuando este acuerdo no constituya abuso de derecho por parte del cliente o empresa.

Hay que recordar que como todo contrato, lo que rige es la autonomía privada de la voluntad, importando la verdadera manifestación de realizar el servicio establecido.

Junto a los derechos constitucionales, se encuentran los derechos que podríamos llamar de base contractual, que forman parte de la prestación, que son los siguientes:

- a) **El tiempo de trabajo en la prestación del autónomo dependiente:** Se establece la regulación de la jornada de trabajo con el ánimo de poner límites a su desarrollo y en cierta forma para atribuir a su actividad cierto grado de seguridad jurídica. Sin embargo, lejos de plasmarse una jornada máxima legal este apartado se atribuye a una decisión de las partes o de la voluntad colectiva, a través del correspondiente Acuerdo de Interés Profesional.
- b) **Interrupciones justificadas de la actividad profesional:** Concordamos con la Legislación española en establecer un catálogo de interrupciones de la actividad profesional, que permitirán al autónomo económicamente dependiente incumplir su prestación sin que tal hecho afecte a la vigencia del contrato celebrado.
- c) **Causas de interrupción justificada de la prestación:** la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles y el riesgo grave e inminente para la vida o salud del trabajador autónomo.

3.3. Deberes del autónomo económicamente dependiente:

Toda relación contractual de servicios profesionales, abarcan derechos contemplados a las partes, los cuales se han mencionado líneas arriba y que provienen de distintas fuentes de nuestro ordenamiento legal. Pero la otra cara de la moneda, refleja también las obligaciones que tiene el autónomo económicamente dependiente al realizar sus servicios. A continuación enunciaremos los deberes básicos que un autónomo económicamente dependiente deberá realizar para cumplir con su relación contractual y así ser reconocido como tal:

3.3.1. Deberes estipulados en el contrato de obra o servicio

Al mencionar este cumplimiento, nos referimos no solo a los obligaciones que manifiestan las partes en las cláusulas del contrato, sino también se encuentran inmersas de manera tácita, las demás obligaciones que corresponden al autónomo económicamente dependiente como profesional de servicios y de acuerdo a la normativa de contratación que rige al momento de su celebración (Código Civil o Mercantil); esto quiere decir que también se deberá observar los usos, las buenas costumbres y la buena fe al momento de celebrar el contrato de servicios y al momento de su ejecución, asimismo se deberá realizar la prestación del servicio de acuerdo a la normativa específica de los servicios que brinda.

3.3.2. Deberes de acuerdo a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo *

De acuerdo a la Ley N.º 29783 “Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”, todos los contratistas de una empresa deben cumplir con las obligaciones asumidas por la empresa en la cual trabajan; estos deberes se cumplirán al momento que el autónomo económicamente dependiente desarrolle sus actividades profesionales en cualquier de los locales de la Empresa, la misma que estará en coordinación con el autónomo económicamente dependiente y se asegurará que se cumplan los deberes en materia de seguridad y salud en el trabajo con la finalidad de evitar riesgos, accidentes, incidentes o enfermedades provenientes del desarrollo de las actividades.

Asimismo, el autónomo económicamente dependiente deberá cumplir no solo con lo estipulado en la Ley, sino también con todos los otros compromisos que haya asumido la Empresa en materia de Seguridad y Salud, esto quiere decir, que la empresa puede elevar sus estándares de calidad en materia de Seguridad con la finalidad de mejorar la infraestructura laboral y disminuir el peligro al mínimo; en este caso, el autónomo económicamente dependiente tendrá como deber concientizarse y aprender los compromisos asumidos por la Empresa, y trabajar de manera igualitaria a los demás trabajadores subordinados. Para ello existirá un deber de información en la Empresa donde se indiquen cuáles son los riesgos específicos latentes en el lugar de trabajo donde se realizará el servicio.

3.3.3. Deberes tributarios establecidos por Ley

Como todos los trabajadores independientes en nuestra legislación, también los autónomo económicamente dependientes se encontrarán sujetos a las obligaciones fiscales impuestas por el Estado mediante la Administración Tributaria. Para estos efectos, se tendrá como normativa aplicable el Código Tributario y la Ley del Impuesto a la Renta, la cual contiene la obligación de declarar el movimiento de tus actividades económicas de manera continua.

3.3.4. Contingencias derivadas del contrato:

Las contingencias que pueden resultar del contrato materia de investigación son las mismas contingencias que derivan de un contrato de prestación de servicios autónomos de materia civil o mercantil. Esto quiere decir, que puede ser (siempre y cuando exista causa) materia de una indemnización por daños y perjuicios (propio del ámbito civil) en caso se extinga el contrato de manera arbitraria. Asimismo, también puede contar con causales de resolución y rescisión del contrato cuando existan vicios en la voluntad o no se ejecute de manera adecuada la prestación (a diferencia de las causas justas del despido como se da en la legislación laboral), otra acción que puede tomar el trabajador es desistir de la prestación siempre y cuando cuente con cualquiera de las causales contempladas en el contrato celebrado con el cliente (similar a la renuncia voluntaria que puede realizar el trabajador).

La diferencia más sobresaliente es que ante cualquier contingencia o conflicto generado entre las partes por la prestación, se requerirá que se resuelva ante los juzgados de paz en materia laboral y no civil, siendo el juez de paz en materia laboral el competente en el conflicto generado por realizar un trabajo autónomo económicamente dependiente.

3.3.5. Causales de desnaturalización del contrato

Tal como ocurre en el ámbito civil con la figura del contrato de Locación de Servicios, así como con otras formas contractuales que realizan los empleadores con la finalidad de cubrir o enmascarar un contrato laboral indeterminado, también en el presente contrato materia de investigación pueden existir causales que desnaturalicen el contrato como tal. Siendo las siguientes:

- a. En caso de simulación o fraude en la contratación, en esta causal se encuentran los casos en que se realiza una contratación de trabajo autónomo económicamente dependiente, de manera formal y cumpliendo todos los requisitos; sin embargo, de acuerdo al principio de primacía de la realidad, se refleja que nos encontramos ante un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.
- b. El cese del trabajador y la recontractación como autónomo económicamente dependiente manteniendo la misma prestación y funciones dentro del año de cese, en este supuesto nos encontramos ante un trabajador que tenga estabilidad o sea bajo un contrato sujeto a modalidad, y se interrumpa su vínculo laboral, para que posteriormente se le contrate bajo los requisitos y formalidades exigidas como un trabajador autónomo económicamente dependiente; en este caso, nos encontramos claramente ante un desnaturalización automática o inmediata, sin que exista un cambio en su horario, funciones o actividades.
- c. Cuando se determine el elemento de subordinación en la prestación personal de servicios, otro claro ejemplo en donde interviene el principio de primacía de la realidad, determinando el elemento principal de prestación personal bajo subordinación para la configuración de un contrato de trabajo, olvidando la

autonomía que cuentan los trabajadores independientes o autónomos para prestar sus servicios y presentar sus resultados.

- d. Incumplimiento de requisitos de formalidad, la empresa sea el único cliente del autónomo económicamente dependiente y no exista una continuidad en el tiempo de la prestación de los servicios, en este caso podemos apreciar que no estamos ante un contrato de trabajo, ni ante un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente, simplemente la situación determina que nos encontremos ante un simple contrato de locación de servicios, cumpliendo todos sus requisitos expresos en el código civil peruano.



CONCLUSIONES

- El Derecho del trabajo se encuentra en una nueva etapa de cambios y un proceso de replanteamiento, renovación e inclusión de nuevas figuras dentro de su ámbito de aplicación que crean importantes desafíos ante el clásico y típico modelo uniforme y estable de trabajo, rompiendo los paradigmas que se conocen en la contratación laboral y dando como resultado una nueva noción de trabajador subordinado. Es por ello que el Derecho de trabajo ha de enfrentarse con esos cambios profundos en las formas de trabajo y organización productiva y, además al hacerlo debe tratar de buscar un nuevo equilibrio entre la lógica empresarial y la lógica social.
- Gracias a la continua y constante transformación del ámbito empresarial y laboral en los últimos tiempos, se ha dado lugar a la aparición de nuevas figuras e interrogantes jurídicas en materia de contratación autónoma y subordinada. Es por ello, que se postula la premisa, que es el Derecho de Trabajo quien debe extender sus garantías para proteger determinados contratos de trabajo autónomos que en la práctica laboral cada vez están siendo más utilizados por las empresas.
- En calidad de nueva figura jurídica surge el reconocimiento a El trabajo autónomo económicamente dependiente o la parasubordinación como es llamado en el derecho comparado, y en atención a su aparición nos encontramos ante una zona gris, siendo parte de una de las tantas nuevas contrataciones laborales que han surgido en la actualidad empresarial, no formando parte de la esfera del contrato de trabajo, ni tampoco de la esfera del derecho civil o comercial; por ser una forma de contratación híbrida. Este contrato se ubica precisamente en el centro de los proceso de transformación que experimenta el mundo laboral contemporáneo y está desmoronando el muro que tradicionalmente separaba ambos tipos de trabajo mencionados antes. Claro está, que con la novedosa regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente, viene a reconocerse la figura del trabajador

económicamente dependiente, en cuanto una modalidad diferenciada y específica del trabajador autónomo común u ordinario.

- Es así como existe en la actualidad una zona gris entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente o subordinado jurídicamente, debido a que esta división no basta en la actualidad para regular o proteger todas las figuras que se presentan en la realidad empresarial laboral; prueba de ello es que han surgido nuevas formas de contratación por las necesidades del mercado que exige una protección mayor a determinados trabajadores autónomos que se encuentran desprotegidos por el ordenamiento jurídico por encontrarse en una frontera o limbo entre ambos derechos, dando principal prioridad al derecho que otorga menos beneficios a los trabajadores, siendo esta la forma incorrecta de interpretación.
- Por su parte, la idea del autónomo económicamente dependiente surge como una clase de trabajador situado en una posición intermedia entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo común u ordinario. Pero esa posición no le resta independencia desde la perspectiva profesional. En mérito a lo expuesto, el autónomo económicamente dependiente no debe identificarse, ni mucho menos confundirse, con los denominados “falsos autónomos”, ya que su actividad se presta fuera de los parámetros que califican una relación como laboral.
- Lamentablemente, los empleadores han tomado como excusa la crisis económica; la necesidad de reducir costos laborales; la flexibilidad y desregulación legal; la falta de adecuación de los agentes laborales a los nuevos cambios sociales y económicos; el fenómeno de individualización de las relaciones laborales; la promoción del Estado de figuras no laborales, entre otros; para utilizar contratos civiles. Es por esta razón, que resulta imperativo la regulación de esta nueva clase de trabajadores autónomos, a quienes se les debe de dotar de una protección mínima por parte del Derecho del Trabajo, atendiendo a la nueva realidad jurídica – social en la que vivimos.
- Al definir a esta categoría de trabajadores, lo hacemos a través de un elemento conceptual peculiar y que será la nota característica de esta clase de trabajadores autónomos: la dependencia económica. Es este concepto el que permitirá activar todos los mecanismos protectores que el legislador establece con miras a superar la

necesidad de protección social de este colectivo. Lo que se busca es reconocer la inclusión del autónomo económicamente dependiente en el ordenamiento jurídico peruano. Como hemos hecho mención en anteriores apartados, la prestación personal, la continuidad de la labor y la prestación de servicios con dependencia económica, ponen a la luz la existencia de otra categoría de trabajadores que requiere regularse para poder de esta manera reconocer que efectivamente el Derecho tiene que adaptarse a las nuevas necesidades que demanda nuestro Derecho Laboral y que no debe entenderse que aún en estos tiempos resulta imperativo que nos mantengamos en la clasificación binaria tradicional que como hemos señalado ha quedado en el pasado. Según lo expuesto hasta el momento, es positiva la respuesta de regular la protección de esta nueva clase de trabajadores sin limitarnos al concepto de subordinación jurídica, bastando para ello el reconocimiento de la dependencia económica y el cumplimiento de ciertos requisitos para la inclusión de los trabajadores autónomos en esta nueva categoría. Se trata en la medida de lo posible que ese reconocimiento venga de la mano con el otorgamiento de mínimos de protección para que se cumpla con la finalidad que postula el Derecho de Trabajo, que es el de proteger por igual a todos los trabajadores.

- El estudio realizado hace énfasis en la necesidad de regular la figura del autónomo económicamente dependiente; es decir, dotarla de un contenido legal restrictivo que garantice un marco mínimo de derechos. Es por ello, que resulta de vital importancia que se construya un concepto legal con la mayor cautela, para así lograr, que posteriormente se justifique su protección.
- De la investigación realizada se concluye, que la dependencia económica, caracterizada por la duración y coordinación, es el elemento esencial que condiciona la existencia del trabajador autónomo económicamente dependiente.
- Proponemos la promulgación de una norma que regule a esta nueva clase de trabajadores. Es por ello, que somos de la opinión, que todas las cuestiones conceptuales relativas a la delimitación de la definición de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, se deban interpretar de modo

restrictivo. Y en la medida que exista duda de interpretación o de aplicación de la norma, estos vacíos deberán ser completados con ayuda de la actividad judicial.



RECOMENDACIONES

A continuación detallaremos las recomendaciones:

- Que, luego de abordar el tema que nos ocupa en la presente tesis, somos de la opinión que resulta de gran necesidad que el Derecho se actualice con la realidad social, y ello con la finalidad de no dejar desprotegido a un grupo de trabajadores que pese a su autonomía necesita de un manto protector de derechos laborales mínimo que les asistan atendiendo a su dependencia económica. Es por ello, que se recomienda que esta nueva clase de trabajadores autónomos económicamente dependientes sea regulada.
- Que, del estudio realizado a la figura del Autónomo Económicamente dependiente, proponemos que a esta nueva clase de trabajadores se le otorgue una regulación propia, que contemple una protección diferenciada, sin dejar de reconocer, que el contrato autónomo tiene una naturaleza civil o comercial dependiendo del servicio que se preste. Admitir lo contrario, nos conduciría a reconocer, la desnaturalización de ambos contratos. Si se llegase a desconocer la naturaleza civil del contrato autónomo, se estaría vulnerando la autonomía de la voluntad de las partes al momento de contratar.
- Proponemos, que se establezca la dependencia económica cuando los ingresos de un solo cliente superen el 70% de los ingresos totales del trabajador, tomando en cuenta la continuidad del servicio o actividad que presta un trabajador autónomo para el mismo empleador a título individual.

Así reafirmamos nuestra posición, de la necesidad de establecer vallas altas de dependencia económica de manera similar como lo han regulado otros países; toda vez, que un porcentaje alto, impide que se generen abusos de una de las partes, debido a que si el porcentaje de dependencia económica es muy bajo, toda esta clase de trabajadores autónomos se aprovecharía de esta situación para tener la calidad de autónomo dependiente, teniendo como consecuencia que las empresas busquen una

salida o eviten pagar ese sobrecosto de protección legal, incrementando así, la informalidad en nuestro país.



REFERENCIAS

- Alonso, M. y Casas, M^a E.: (2010). *Derecho del Trabajo*. S.L. Civitas Ediciones. Madrid
- Beltrán, J (2003). *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- Boza, G. (2000). *Fundamentos del derecho del trabajo*. Curso a distancia para magistrados Academia de la Magistratura. Lima.
- Caldera, R. (1961) *Derecho del trabajo*, Librería Editorial el Decálogo. Caracas – Buenos Aires.
- Calvo, F. J. (2012). *Los trabajadores autónomos dependientes*. Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. Sevilla.
- Cavas, F. (2009). *Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo*. Revista Aranzadi Social. Madrid (p. 43-45).
- Castillo, J. (2015). *Intermediación y tercerización y agencias de empleo*. En: ECB 2015, Lima, Primera Edición.
- Díez-Picazo, L. A. (1988). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos. Madrid, 1988, 5ta edición.
- Ermida, O. y Hernandez, O. (s/f). *Crítica de la Subordinación*.
- Haro Carranza, Julio E. (2010). *Derecho Individual del Trabajo*. Ediciones Legales: Perú.
- León, J. (1965). *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Tomo 1. Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- Luque, M. (1999). *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Bosch. Barcelona.
- Neves, J. (2007). *Introducción al Derecho de Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Neves, J. (1997). *Introducción al Derecho al Trabajo*. Ara Ed. Lima.
- Neves, J. (2000). *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000.

- Neves, J. (1996). Intermediación Laboral: Agencias de colocación y empresas de servicios. En: *Derecho y Sociedad*. Número 11. Lima, 1996.
- Montoya, U. (2006). *Derecho Comercial*. Tomo III, Editoria jurídica Grijley. Lima.
- Organización Internacional de Trabajo (2011). *Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo*, 1era Edición, Buenos Aires: Oficina Internacional de Trabajo, Unión Industrial Argentina.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] (2002) “*Informe sobre desarrollo humano 2002*”, Ediciones Mundi Prensa.
- Pla, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Depalma Bs. As.
- Pla, A. (1976) *Principios del Derecho*. De Palma: Buenos Aires.
- Raso, J. (2003). *La contratación atípica del trabajo*. Editorial y Librería Jurídica Amaliio M. Fernández, Montevideo.
- Rodríguez, M. (1998). *Presunción de la existencia de un contrato de trabajo*. Civitas. Madrid.
- Rodríguez, F. A. (2001). El teletrabajo en España. ¿Trabajo subordinado o autónomo? En: *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Quiroz, E. L. (2014). *Nuevas formas de contratación laboral: Intermediación, tercerización y teletrabajo*. Gaceta Jurídica, Lima:.(p. 43-45)
- Sanguinetti, W. (1987) *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho de Trabajo*. Cuzco, Lima.
- Toyama, J. (2005). *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, 2º Edición, Febrero.



Anexo 1: Propuesta de ley del trabajador autónomo económicamente dependiente

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente Ley regula el ejercicio del trabajador autónomo económicamente dependiente como una figura especial de trabajo autónomo o independiente en general. El trabajador autónomo económicamente dependiente puede desarrollarse en instituciones privadas o públicas, así como en cualquier modalidad de prestación de servicios autónomos que cuenten con una relación de dependencia económica.

Artículo 2°.- Definición

El trabajador autónomo económicamente dependiente (en adelante TAED), se entiende por aquella persona natural que realiza actos, ejecuta obras o presta cualquier tipo de servicios de manera onerosa, en forma habitual, personal y directa para un solo cliente, sea este persona natural o jurídica, del que dependa económicamente por percibir de éste, más del 70% de la totalidad de sus ingresos.

Artículo 3°.- Requisitos del TAED

3.1. El trabajo se realizará de manera personal; por tanto, no podrá tener trabajadores a su cargo ni sustitutos, ni podrá contratar ni subcontratar a terceros para que realicen la obra o servicio.

3.2. La prestación de servicios debe realizarse conforme a la normatividad civil o mercantil, en ningún caso la prestación se realizará en los mismos términos y condiciones que los trabajadores pertenecientes al régimen laboral de la actividad privada o pública.

3.3. El TAED deberá contar con instrumentos y equipos propios, que permitan el desarrollo de su actividad o servicio.

3.4. Recibir una contraprestación económica por los resultados alcanzados en su actividad o servicio.

3.5. Contar con dependencia económica de un solo cliente, la cual debe superar el 70% de la totalidad de sus ingresos.

Artículo 4°.- Formalización del contrato

Verificado el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 3, el TAED deberá solicitar al cliente, la formalización de un contrato de trabajo autónomo económicamente dependiente. En caso el cliente se niegue a dicha solicitud, el TAED podrá recurrir al Autoridad Administrativa de Trabajo con la finalidad que realicen la verificación respectiva de los requisitos.

El contrato celebrado entre el TAED y el cliente, deberá realizarse por escrito; en dicho contrato se consignará la dependencia económica que cuenta con dicho cliente. Solo se podrá celebrar el contrato con un solo cliente y se podrá convenir que sea a plazo fijo o indeterminado.

Artículo 5°.- Protección del TAED

Deberá incorporarse en el contrato para su formalización, la siguiente protección laboral:

- a. Derecho a contar con un descanso anual no menor de 15 días, y no realizar actividades los días feriados.
- b. Contar con suspensión contractual por ausencias debidamente justificadas, las cuales pueden ser por mutuo acuerdo de las partes, el riesgo grave a la salud del TAED y la incapacidad temporal o maternidad.
- c. Derecho a contar con seguro de salud, seguro complementario de trabajo de riesgo (cuando lo amerite) y seguro de pensión.
- d. Contar con la oportunidad de constituir y afiliarse al sindicato que desee. *
- e. Podrá recurrir a las instancias judiciales cuando existe incumplimiento del contrato.

Artículo 6°.- Competencia jurisdiccional

El órgano judicial competente para conocer las pretensiones derivadas del contrato, así como el reconocimiento de su calidad de TAED, será el juez de paz letrado en material laboral.

Artículo 7°.- Formas de extinción de la relación contractual

La relación contractual se extinguirá en caso ocurra cualquiera de las siguientes causales:

- a. Por mutuo acuerdo.
- b. Cuando estipulan en el contrato las causales expresas para su extinción.

- c. Por muerte del TAED, o invalidez que le impida la realización de la obra o servicio.
- d. Desistimiento por parte del TAED, el cual se realizará con 30 días naturales de previo aviso.

Artículo 8°.- Causales de resolución

Se podrá resolver el contrato del TAED cuando incurra en incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes; asimismo, se podrá resolver en caso el cliente o trabajador exprese su voluntad de resolver el contrato por alguna causa debidamente justificada.

En caso se realice cualquiera de las causales de resolución, y cause un perjuicio, la parte afectada podrá ser indemnizada para resarcir los daños causados.

Artículo 9°.- Solución de conflictos previos

Para poder recurrir a los juzgados de paz letrado, los TAED deberán previamente intentar solucionar los conflictos derivados del contrato, a través de conciliación administrativa dentro de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

El Acta de Conciliación emitida por la Autoridad de Trabajo tendrá calidad de título ejecutivo.

Artículo 10°.- Normas aplicables por defecto

En todo lo no previsto expresamente en la presente Ley, regirán las disposiciones civiles o mercantiles vigentes, de acuerdo al tipo de prestación de servicios que se realicen.