

PARA-SUBORDINACIÓN Y AUTONOMÍA. EL DERECHO DEL TRABAJO ITALIANO EN TRANSFORMACIÓN¹

STEFANO BINI

Doctor en Derecho del Trabajo
Universidad LUISS “Guido Carli” de Roma (Italia)

«Los modelos nacionales de Derecho del Trabajo, respuesta del sistema jurídico a un correcto problema social, no coinciden en el alcance del carácter especial, autónomo o singular de la disciplina respecto al Derecho Civil, ordenamiento común de las relaciones privadas, cuya aplicación había contribuido precisamente a generar la problemática social que el Derecho del Trabajo trata de corregir».

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer²

EXTRACTO

Palabras Clave: trabajo subordinado, trabajo autónomo y para-subordinación, reforma del Derecho laboral italiano, smart working

En el presente trabajo se propone una reflexión crítica sobre la *vexata quaestio* de la delimitación conceptual de fronteras entre trabajo subordinado y trabajo autónomo en el Derecho del trabajo italiano, tras la reciente reforma del *Job's Act*, que ha – *inter alia* – introducido una nueva regulación de las “colaboraciones” para-subordinadas, caracterizadas por la organización del “*committente*” (cliente).

También a la luz del proyecto de reforma del trabajo autónomo no empresarial y del así llamado “*smart working*”, numerosas y heterogéneas son las cuestiones hermenéuticas que merecen ser consideradas, cumpliendo con la noción típica de subordinación y, por lo tanto, con la misma esencia del Derecho del trabajo.

ABSTRACT

Key Words: subordination, self-employment and para-subordinación, Italian Labour Law reform, smart working

The article proposes a critical reflection on the issue of the conceptual distinction between subordination and self-employment in Italy, where Labour Law has recently experienced a reform, well-known as *Job's Act*, that has – *inter alia* – introduced a new regulation of certain forms of the so called *parasubordinazione*.

Also in the light of the self-employment and “smart working” reform project, many and heterogeneous are the interpretation issues that deserve serious consideration, dealing with subordination, and so with the very essence of Labour Law.

¹ *El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor» (Proyecto Nacional I+D+i DER2015-67342-R), dirigido por el Prof. Dr. José Manuel Gómez Muñoz.*

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La emancipación del Derecho del trabajo del Derecho civil*, en *RL*, 1996, 21, 63, también en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Tres décadas de relaciones laborales en España. Editoriales y estudios*, Sevilla, 2015, 103.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN
2. EL TRABAJO PARA-SUBORDINADO REFORMADO: LA NUEVA “FILOSOFÍA” DEL *JOB’S ACT* (D.LGS. N. 81/2015)
3. CUESTIONES INTERPRETATIVAS Y PROBLEMAS APLICATIVOS SOBRE LAS “COLABORACIONES ORGANIZADAS”
4. HACIA LA REFORMA DEL TRABAJO AUTÓNOMO NO EMPRESARIAL: EL PROYECTO DE LEY N. 2233/2016
5. LA REGULACIÓN DEL “*SMART WORKING*” EN ITALIA: “*FORME DI LAVORO RESE IN MODALITÀ AGILE*”
6. LA SUBORDINACIÓN: TODAVÍA REFERENTE JURÍDICO Y SOCIAL?
7. OBSERVACIONES FINALES

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente estudio el autor desea proponer algunas reflexiones sobre las nuevas fronteras que, en el ordenamiento jurídico italiano, la noción tópica del Derecho del trabajo – la de subordinación – está conociendo, a la luz de las recientes actividades reformadoras.

El objeto de la investigación es por lo tanto representado por una reflexión crítica sobre la *vexata quaestio* de la delimitación conceptual entre trabajo subordinado y trabajo autónomo en el Derecho del trabajo italiano, tras la reciente reforma del *Job’s Act*.

En detalle, el artículo 2, d.lgs. n. 81/2015 ha introducido una nueva regulación de las “colaboraciones” caracterizadas por la organización del “*committente*” (comitente), también con referencia al tiempo y al lugar de trabajo: a estas relaciones “se aplica” la disciplina del trabajo subordinado.

Las cuestiones hermenéuticas que derivan de esta histórica reforma son heterogéneas y cumplen, ante todo, con la misma esencia de la subordinación, como criterio definitorio del Derecho del trabajo, así como con el principio de autonomía de la voluntad, que caracteriza el trabajo autónomo.

Otra ocasión para reflexionar sobre el tema objeto de estudio es ofrecida por el proyecto de ley n. 2233/2016, en materia de trabajo autónomo y trabajo subordinado llamado “ágil” (en razón de las peculiares modalidades de ejecución de la prestación), cuyo examen la Comisión Trabajo del Senado de la República ha concluido el 26 de julio pasado.

En consecuencia, se hace necesario plantear la cuestión de si el tema de la relación entre dirección (organización) y coordinación haya evolucionado de manera que se pueda considerar finalmente superada la tesis de la existencia de un *tertium genus* entre trabajo subordinado y trabajo autónomo.

En otras palabras, puede todavía identificarse en Italia la “zona gris” generalmente definida como “*parasubordinazione*”?

Pues bien, el enfoque metodológico elegido para elaborar un razonamiento en respuesta a este ineludible interrogativo privilegia un estudio crítico de la

evolución dogmática en la delimitación del contrato de trabajo, así como de la jurisprudencia – en particular del Tribunal Constitucional, con recientes sentencias de interés (Corte cost., n. 76/2015) – para situar la reciente reforma en el contexto jurídico de referencia y, por lo tanto, para comprobar la relevancia de los cambios que las fronteras del Derecho de trabajo están experimentando en Italia.

La línea de investigación que se propone seguir se articula, por lo tanto, en la reflexión crítico-analítica sobre los nuevos criterios de delimitación del contrato de trabajo, sugiriendo una posible revalorización del papel de la libertad contractual, con particular referencia a las situaciones jurídicas “peculiares” (como, por ejemplo, el trabajo a distancia y el “*lavoro agile*”), impulsadas por los actuales modos de organización empresarial.

Efectivamente, la principal ocasión para el desarrollo de las consideraciones que aquí se presentan es ofrecida por la nueva disciplina de las “*collaborazioni organizzate dal committente*”, contemplada por el d.lgs. n. 81/2015.

Esta fuente normativa forma parte del así llamado *Job’s Act*, que ha escrito una página totalmente nueva del Derecho del trabajo italiano, determinando la substancial superación de la normativa en vigor con anterioridad.

Para que la elaboración pueda esperar de ser de utilidad – intentando ofrecer un aporte crítico apreciable al debate que está animando la doctrina italiana – merece la pena empezar el razonamiento introduciendo en síntesis el contenido y el espíritu de la reforma de la institución jurídica que aquí se considera.

Después de haber presentado la esencia del intervento reformador, se examina el tema de la relación entre trabajo subordinado y trabajo autónomo desde una perspectiva jurisprudencial históricamente orientada, con el objetivo de poner en luz la evolución de este tema en el tiempo.

2. EL TRABAJO PARA-SUBORDINADO REFORMADO: LA NUEVA “FILOSOFÍA” DEL *JOB’S ACT* (D.LGS. N. 81/2015)

El decreto legislativo 15 junio 2015, n. 81 (“*Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*”) ha intervenido – en actuación de la delega contenida en la ley 10 diciembre 2014, n. 183 – reconsiderando la materia de las colaboraciones autónomas, caracterizadas por la coordinación por parte del “cliente” (“*committente*”).

Efectivamente, en materia de para-subordinación, es importante aclarar, *in primis*, que el *Job’s Act* ha “superado” las antiguas tipologías de las “*collaborazioni a progetto*” (contratos de colaboración relacionados a la realización de un específico proyecto determinado *ex ante* en forma, funcional a la consecución de

un resultado final)¹, así como de las “*associazioni in partecipazione con apporto di lavoro*” (“asociaciones en participación con aporte de trabajo”: contratos muy peculiares, anteriormente disciplinados por el art. 2549 del Código Civil, hoy reformado)².

Estas “novedades” no forman objeto de específico estudio en el presente artículo, como se prefiere polarizar la atención en otros aspectos más “innovadores”.

Más en particular, el artículo 2, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015 prevé la aplicación – a partir del 1 de enero de 2016 – de la disciplina del trabajo subordinado a las relaciones de colaboración, caracterizadas por modalidades de ejecución de la prestación organizadas por el cliente, también con referencia al tiempo y al lugar de trabajo, y por ser exclusivamente personales y continuativas³.

A este respecto, de especial interés es ante todo el aporte hermenéutico y explicativo del mismo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de Italia que, con la Circular n. 3 de 2016, ha dejado claro que: «ogniquialvolta il collaboratore operi all'interno di una organizzazione datoriale rispetto alla quale sia tenuto ad osservare determinati orari di lavoro e sia tenuto a *prestare la propria attività presso luoghi di lavoro individuati dallo stesso committente, si considerano avverate le condizioni di cui all'art. 2, comma 1, sempre che le prestazioni risultino continuative ed esclusivamente personali*»⁴.

Esta intervención reformadora revela una *ratio* que puede ser reconocida en el tentativo del legislador de restablecer la centralidad de la relación de trabajo subordinado, así como de «arginare il persistente abuso dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa emersi nell'area grigia tra autonomia

¹ Art. 52, d.lgs. n. 81/2015 (cf. también art. 61 y siguientes, d.lgs. n. 276/2003). Merece especificar que el apartado segundo del art. 52 precisa que sigue siendo eficaz la disciplina de las colaboraciones coordinadas y continuativas *ex art.* 409 Código Procesal Civil. En términos generales, v. B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, en *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, 150, 217-251.

² Art. 53, d.lgs. n. 81/2015 (cf. también art. 2549 Código Civil). Véase G. BUBOLA – D. VENTURI, *Collaborazioni, partite iva, associazione in partecipazione*, en M. TIRABOSCHI, *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milán, 2016, 236-260.

³ El artículo 2, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015 prevé: «A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

⁴ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI – DIREZIONE GENERALE PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA, *Circolare n. 3/2016*, en www.dotrinalavoro.it, 2016, 2-3: «si precisa che per “prestazioni di lavoro esclusivamente personali” si intendono le prestazioni svolte personalmente dal titolare del rapporto, senza l'ausilio di altri soggetti; le stesse devono essere inoltre “continuative”, ossia ripetersi in un determinato arco temporale al fine di conseguire una reale utilità e, come già indicato, organizzate dal committente quantomeno con riferimento “ai tempi e al luogo di lavoro”».

e subordinazione»⁵, poniendo un freno a la “huida del trabajo asalariado”⁶ y reprimiendo los casos de “elusiones fraudulentas” de su disciplina⁷.

«Il d.lgs. n. 81 aggiunge una norma (art. 2 comma primo) *verosimilmente (visto che la premessa del decreto non precisa la ratio) adottata per contrastare fenomeni di lavoro non genuinamente autonomo, che dispone l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ai rapporti continuativi di collaborazione le cui modalità di esecuzione sono “eterorganizzate” dal committente*»⁸.

Ahora bien, esta innovación normativa sugiere reflexionar con equilibrio y con prudencia acerca de la metodología y del conjunto de criterios interpretativos de referencia, para distinguir correctamente entre subordinación y autonomía.

Efectivamente, esta fundamental relación, que identifica la misma esencia del Derecho del trabajo, en Italia ha profundamente evolucionado a lo largo del tiempo⁹.

Avanzando paulatinamente, no parece poderse dudar de que la disposición de reciente introducción no determina una substancial modificación de la noción clásica de trabajo subordinado, extendiendo el perímetro de sus fronteras.

Con esta previsión normativa, el legislador italiano no ha ampliado la zona de la subordinación, incluyendo en la misma también la así llamada etero-organización.

Además, el apartado segundo del art. 2, d.lgs. n. 81/2015 prevé una enumeración de hipótesis en las que la disposición del primer apartado no se aplica, entre las cuales merece subrayar las colaboraciones reguladas por específicos convenios colectivos, en razón de exigencias productivas y organizativas especiales.

⁵ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, en ID., *Le nuove regole del lavoro dopo il Job's Act*, Milán, 2016, 261.

⁶ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milán, 1989, 246.

⁷ M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1260. Cf. F. GIAMMARIA, *Le “nuove” collaborazioni coordinate e continuative*, en *Mass. giur. lav.*, 2016, 6, 382: «Il jobs act ha proceduto ad un deciso e concreto riposizionamento del rapporto di lavoro subordinato al centro del sistema attraverso un percorso che, contrariamente a quello seguito in passato, pare orientato a ridurre il numero delle norme attraverso l'abrogazione di molte di esse e la declinazione di una quantità di regole circoscritta e munita di un contenuto chiaro. A questo si aggiunge la riduzione delle tipologie contrattuali e l'assunzione di iniziative dissuasive rispetto tanto al lavoro nero quanto alle varie forme di precariato legalizzate».

⁸ G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share-economy*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, 78.

⁹ A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, en *CSDLE “Massimo D'Antona” Working Papers*, 2016, 296, 2: «l'alternativa “autonomia-subordinazione”, oggi, presenta un significato diverso rispetto al passato. Ciò, evidentemente, spiega, almeno in parte, anche l'espansione della subordinazione».

Con referencia a las hipótesis del apartado segundo, el Ministerio ha aclarado que: *«anche rispetto a tali collaborazioni rimane astrattamente ipotizzabile la qualificazione del rapporto in termini di subordinazione, laddove tuttavia non sarà sufficiente verificare una etero-organizzazione del lavoro ma una vera e propria etero-direzione ai sensi dell'art. 2094 c.c. Ciò in virtù di quanto espressamente previsto dalla giurisprudenza in ordine alla "indisponibilità della tipologia contrattuale" (v. ad es. Corte Cost. sent. n. 121/1993 e n. 115/1994) e in ragione del fatto che le stesse costituiscono delle eccezioni all'applicazione del solo regime di cui al comma 1 dell'art. 2»*¹⁰.

Pues bien, por razones de economía de la exposición, en este ensayo no se puede profundizar todos los diferentes perfiles de la cuestión objeto de investigación; de todos modos, en la Circular Ministerial se encuentra una distinción relevante entre *“etero-organizzazione”* y *“etero-direzione”*.

Esta distinción merece una consideración muy cuidadosa, como no ha sido unánimemente compartida en doctrina.

Efectivamente, cabe preguntarse si sería efectivamente correcto formular una hipótesis interpretativa del artículo 2, d.lgs. n. 81/2015, que sea fundada en la equiparación entre etero-organización y etero-dirección (y, por lo tanto, subordinación).

De especial interés es la posición interpretativa de una prestigiosa doctrina italiana que, acerca de este específico aspecto, ha aclarado que no es de especial relevancia la distinción entre las dos categorías ahora citadas, de etero-organización y etero-dirección: *«a ben vedere e a tener conto degli effetti tipici che la legge riconduce alla stipulazione del contratto di lavoro subordinato, per un verso, “eteroorganizzazione”, come già avvertito da un’attenta dottrina non è che un aspetto dell’“eterodirezione” o, al più, quest’ultima è una specificazione della prima»*¹¹.

En verdad, con referencia al perfil en consideración, el legislador del *Job's Act* ha introducido un régimen innovador que afecta a la disciplina de los efectos que se producen en caso de que las colaboraciones autónomas caracterizadas por la presencia de una organización de la prestación – en particular referida al lugar y al tiempo de trabajo – por parte del cliente.

¹⁰ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI – DIREZIONE GENERALE PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA, *Circolare n. 3/2016*, en www.dottrinalavoro.it, 2016, 4.

¹¹ M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1258. Véase también la reflexión a la página 1257: *«a mio avviso, e nonostante l'attenzione che ad essa è stata riservata, la questione di sapere qual è il significato e quali sono le differenze tra “eterodirezione” ed “eteroorganizzazione” è irrilevante allo stesso modo in cui si rivela oziosa la distinzione tra prestazioni di lavoro organizzate e prestazioni coordinate, almeno quando è stata formulata escludendo ogni riferimento al lavoro subordinato»*.

No queda, por lo tanto, mutado el planteamiento tipológico de las colaboraciones, que siguen formando parte del *genus* trabajo autónomo (art. 2222, Código Civil) y, más en particular, de la categoría de las colaboraciones coordinadas *ex art.* 409, n. 3, c.p.c., que sigue siendo eficaz, como previsto por el artículo 52, apartado 2, d.lgs. n. 81/2015¹².

Las colaboraciones organizadas no pueden ser consideradas expresión de subordinación simplemente en razón de los efectos que el legislador prevé, con referencia a las hipótesis de etero-organización!

Efectivamente, para que se pueda en concreto hablar de subordinación es indispensable verificar que, en concreto, el trabajador sea sometido al poder unilateral del empleador de especificar el contenido de la prestación de trabajo y de modificar el objeto de la misma.

Ahora bien, en esta última peculiaridad – en Italia, expresamente contemplada por el Código Civil, al artículo 2103 (recientemente reformado por el mismo *Job's Act*¹³) – se puede reconocer el elemento diferencial del trabajo subordinado, con respecto a la “zona gris” de la coordinación. Esta última se caracteriza, efectivamente, por un «*assoggettamento a un potere che è strutturalmente e funzionalmente diverso, e comunque con più limitati contenuti, rispetto ai poteri del datore di lavoro*»¹⁴.

En consecuencia, es posible decir que la principal razón obstativa a la posibilidad de configurar una “nueva” forma de trabajo subordinado en las hipótesis de colaboraciones “organizadas”, es representada por la falta de un poder unilateral del empleador, en lugar de la consensual determinación del objeto del contrato propia de la autonomía y de la coordinación¹⁵.

¹² El artículo 52, apartado 2 (“*Superamento del contratto a progetto*”) prevé: «*Resta salvo quanto disposto dall'articolo 409 del codice di procedura civile*».

¹³ Art. 3, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015. Cf. S. BINI, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1240-1256; Id., *Contributo allo studio del demansionamento del lavoratore in Italia*, en *Dir. rel. ind.*, 2016, 1, 211-238; G. VIDIRI, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 465-482.

¹⁴ M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1258.

¹⁵ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, en Id., *Le nuove regole del lavoro dopo il Job's Act*, Milán, 2016, 263: «*dalla scarsa disciplina legislativa non si rinvergono elementi sufficienti per delineare un vero e proprio tipo contrattuale e, tanto meno, un tratto distintivo caracterizante di una determinada fattispecie jurídica dotada de propia disciplina, como può essere il concetto di “subordinazione” nell'articolo 2094 del codice civile o il concetto di “autonomia” nell'articolo 2222 del codice civile*». Cf. A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, en *CSDLE “Massimo D'Antona” Working Papers*, 2016, 296, 7: «*l'art. 2 non si presenta come una norma di fattispecie, nel senso abituale del termine; non introduce, cioè, una fattispecie correlandola a una sua disciplina*»; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padua, 2015, 189: «*La disposizione non introduce certamente un nuovo tipo contrattuale*».

Por lo tanto, como se ha ya anticipado, el artículo 2, d.lgs. n. 81/2015 no introduce una nueva “figura” de trabajo subordinado, sino prevé la aplicación de la disciplina propia de la subordinación, con la producción de los relativos efectos jurídicos, si se producen en concreto las circunstancias que caracterizan la “etero-organización”/“etero-dirección”¹⁶.

3. CUESTIONES INTERPRETATIVAS Y PROBLEMAS APLICATIVOS SOBRE LAS “COLABORACIONES ORGANIZADAS”

Con respecto al art. 2, d.lgs. n. 81/2015, muchas son las cuestiones interpretativas que, en el marco de una reflexión crítica y “problemática”¹⁷, tienen que ser consideradas.

En primer lugar, es importante preguntarse si, en la disposición normativa de reciente introducción, se pueda reconocer una hipótesis de presunción legal, en virtud de la cual, al verificarse de una determinada situación concreta (una colaboración “organizada”), se prevé la producción de efectos jurídicos propios de una situación diferente (la subordinación)¹⁸.

Parece de interés la interpretación según la cual: «l’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, per riaffermare la rinnovata centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, introduce, però, anche con riferimento a queste collaborazioni, una presunzione relativa di subordinazione (con onere della prova a carico del lavoratore)»¹⁹.

Igual consideración merece también la tesis interpretativa que, en cambio, excluye la posibilidad de configurar una presunción: «il fenomeno in questione non è riconducibile ad una *riqualificazione e/o conversione di un contratto di lavoro autonomo in un contratto di lavoro subordinato né, a ben vedere, implica il coinvolgimento di presunzioni di tipo assoluto o relativo*»²⁰.

¹⁶ *Contra*, G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 2)*, en F. CARINCI, *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Bérgamo, 2015, 48, 16. Cf. también P. ICHINO, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, en www.pietroichino.it, octubre de 2015, que considera la “etero-organización” ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015 como una «nuova fattispecie».

¹⁷ Cf. la idea de «pensare problematicamente» en M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, en *Arg. dir. lav.*, 2000, 1, 55. Cf. también L. MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, en *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, 1996, 94.

¹⁸ Cf. art. 2727 c.c.: «Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato».

¹⁹ M. MARTONE, *Lavori e tipologie contrattuali*, en M. PERSIANI – S. LIEBMAN – M. MARAZZA – M. MARTONE – M. DEL CONTE – P. FERRARI – V. MAIO, *Fondamenti di Diritto del lavoro*, Padua, 2015, 37. En el mismo sentido, M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1260: «il legislatore, in questo come in altri casi, prevedendo una presunzione ha stabilito un’equivalenza, quanto agli effetti, tra due fattispecie tra loro diverse».

²⁰ M. MARAZZA, *Le collaborazioni organizzate: problemi applicativi*, en *Giustiziacivile.com*, 29 gennaio 2016, 8.

Otro aspecto de interés es representado por la comprensión de las consecuencias concretas de la aplicación del artículo 2, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015: que significación se puede atribuir a la expresión normativa («*si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato*»), en su proyección concreta?

Y, sobre todo: cuales son las instituciones jurídicas que, formando parte de la disciplina general del trabajo subordinado, se aplicaran a las hipótesis concretas de colaboraciones “etero-organizadas”?

Este específico perfil también ha sido objeto de distintas visiones interpretativas en doctrina. Por lo tanto, parece de extraordinaria utilidad el estudio, ante todo, de la Circular Ministerial n. 3/2016 y de las indicaciones operativas que contiene.

«La formulazione utilizzata dal Legislatore, di per sé generica, lascia intendere l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutele avverso i licenziamenti illegittimi ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato»²¹.

Puede por lo tanto decirse que, en caso de “*collaborazioni organizzate dal committente*”, será aplicable toda la disciplina del trabajo subordinado en su conjunto (incluida la materia de la seguridad social²²).

En otras palabras, con referencia a los casos de colaboraciones organizadas *ex art. 2*, d.lgs. n. 81/2015, el legislador quiso prever la producción de las consecuencias jurídicas equivalentes a las que suele producir la recalificación de las relaciones individuales de trabajo autónomo en relaciones de trabajo subordinado.

Este último perfil está fuertemente relacionado con otra cuestión que hay que abordar con prudencia: más en concreto, como la aplicación de la disciplina sobre trabajo subordinado determina el reconocimiento al colaborador de todos los derechos del trabajador asalariado, puede (o debe) “simétricamente” reconocerse al empleador la titularidad de los poderes empresariales típicos (cf., *in primis*, art. 2104 c.c.²³)?

La cuestión es controvertida, pero parece muy apreciable la tesis que excluye esta interpretación: «il legislatore, adottando il modello dell'equivalenza, ha con ciò stesso escluso la trasformazione del lavoro coordinato in lavoro subordinato»²⁴.

²¹ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI – DIREZIONE GENERALE PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA, *Circolare n. 3/2016*, en www.dottorinalavoro.it, 2016, 3.

²² *Contra* M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1265.

²³ Art. 2104 c.c.: «1. Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. 2. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende».

²⁴ *Contra* M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1264.

En otras palabras, el *Job's Act* establece un modelo que se funda en la “aplicación” de la disciplina del trabajo subordinado a las colaboraciones organizadas y no en la “transformación” de estas últimas en relaciones individuales de trabajo subordinado.

En consecuencia, no parece poderse ampliar el ámbito del poder empresarial “*direttivo*” (entendido como «potere dinamico di funzionamento dell’organizzazione del lavoro»²⁵) a las situaciones de colaboración organizada.

Al respecto, muy interesante es la contribución de la doctrina que ha aclarado: «il potere direttivo, nella sua pervasività e dinamicità, è il punto di mediazione giuridica tra risultato complessivo dell’organizzazione produttiva e prestazione di lavoro subordinato: è il potere che, in queste sue peculiari caratteristiche, innerva l’organizzazione per quanto concerne il lavoro. Ciò ne segna la netta distanza da ogni altra possibile figura o accezione di potere organizzativo delle energie lavorative»²⁶.

La imposibilidad de reconocer la existencia del “*potere direttivo*” en las relaciones de colaboración organizada confirma, por otra parte, que la nueva disposición normativa tiene que ser incluida en la “zona” de la autonomía (y no de la subordinación), como se ha *supra* ya aclarado²⁷.

Ahora bien, no es éste el lugar para entrar en un análisis más minucioso y específico de las heterogéneas cuestiones teóricas que se pueden considerar planteadas por la disposición normativa de reciente introducción.

En verdad, parece de mayor interés proponer algunas reflexiones caracterizadas por una proyección concreta y, al mismo tiempo, sistemática.

Efectivamente, es importante subrayar que el mismo debate del dualismo “subordinación-autonomía” – nuevamente alimentado por la reciente reforma – se inserta en el marco de un escenario totalmente nuevo, en el cual la misma idea de control empresarial y de organización de la prestación de trabajo ha cambiado su propia identidad.

²⁵ M. NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro oggi*, en *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milán, 1995, 2, 589.

²⁶ A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2016, 296, 9.

²⁷ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2015, 272, 8; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2015, 266, *passim*; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2015, 282, 10 y ss.; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2016, 294, *passim*; M. MARAZZA, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, en AA. VV., *Contratti e mansioni. Il riordino dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, Milán, 2015, 8 y ss.

Hoy en día, la relación de trabajo se contextualiza en un ámbito nuevo, emblemáticamente representado por la red, que mitiga la intensidad de los poderes del empleador.

En consecuencia, la reciente reforma de las colaboraciones organizadas – que constituye sin duda expresión de una «postura culturale»²⁸ que mira con sospecha y desconfianza al trabajo autónomo, y que se pone como objetivo la generalización de la subordinación²⁹ – tiene que ser armonizada con una realidad productiva, económica y social en profunda evolución.

Paradigmática resulta ser, a este respecto, la figura del llamado “*smart-working*”, que formará objeto de específica regulación, en Italia, en el futuro próximo, junto al trabajo autónomo (v. *infra*)³⁰.

Pues bien, no puede no sugerirse una reflexión sobre una noción, «la eterorganizzazione della prestazione a livello spazio-temporale che, nell’era del lavoro “on demand” su Internet o della “share economy”, è sempre più rara, almeno in certi settori»³¹.

Efectivamente, muchas son las dudas interpretativas suscitadas por la reciente reforma de las colaboraciones, también con referencia a la dimensión del marco productivo contemporáneo³².

La realidad que tiene que ser considerada es la caracterizada por la imparable expansión de plataformas electrónicas de intercambio de productos y servicios, que comporta la substancial superación del modelo (y de la misma idea) tradicional de empresa.

En este contexto, para poder desarrollar un razonamiento de mayor alcance, resulta indispensable centrar la atención en la misma noción de subordinación, en el proceso de calificación de la relación de trabajo, a la luz de la evolución de las diferentes orientaciones interpretativas al respecto elaboradas en el panorama jurisprudencial.

Antes de eso, parece de especial interés examinar en clave razonada el proyecto de reforma del trabajo autónomo que está pendiente de aprobación en el momento de la publicación del presente estudio: el estudio de éste adicional perfil de investigación puede ofrecer interesantes elementos de reflexión a efectos del presente razonamiento.

²⁸ A. PERULLI, *Un Jobs act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, en CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers, 2015, 235, 6.

²⁹ G. BRONZINI, *Generalizzare i diritti o la subordinazione? Appunti per un rilancio del diritto del lavoro in Italia*, en DD, 2005, 2, 133 y ss.

³⁰ V. d.d.l. n. 2233/2016 AS («Tutela del lavoro autonomo» y «Lavoro agile»).

³¹ G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell’era della share-economy*, en Riv. it. dir. lav., 2016, 3, 88.

³² Cf. *Workers on tap*, en *The economist*, 3-9 de enero de 2015, 7 y ss.: «The rise of the on-demand economy poses difficult questions for workers, companies and politicians».

4. HACIA LA REFORMA DEL TRABAJO AUTÓNOMO NO EMPRESARIAL: EL PROYECTO DE LEY N. 2233/2016

Otro relevante aspecto del tejido normativo italiano que está recientemente atravesando cambios significativos es efectivamente representado por el trabajo autónomo.

El 26 de julio pasado, la Comisión Trabajo del Senado de la República ha concluido el examen de la propuesta de ley n. 2233/2016 sobre “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*”.

No parece impropio considerar la propuesta de reforma del trabajo autónomo – esta también de iniciativa gubernamental, aunque no en forma de decreto legislativo, como en vez, entre otros, el d.lgs. n. 81/2015 – como parte integrante del plano general del *Job’s Act*, que ha contribuido (y está todavía contribuyendo) a la transformación del Derecho del trabajo italiano.

Por supuesto, la entrada en vigor de esta nueva legislación requiere la aprobación del Senado (en el otoño) y, a continuación, de la Cámara de Diputados, pero, como ha ya sido puesto de relieve en doctrina, se trata sin duda de una regulación que, en caso de aprobación, «aprirà un capitolo nuovo assai rilevante del nostro diritto del lavoro»³³.

Pues bien, antes de proponer algunas reflexiones “críticas” sobre este nuevo perfil de reforma, merece presentar un análisis técnico de los principales contenidos del texto aprobado por la Comisión Trabajo del Senado.

En primer lugar, cabe señalar que el artículo 1 del proyecto dibuja un perímetro del ámbito de aplicación de la nueva disciplina que coincide con la “zona” normativa del trabajo autónomo *ex art. 2222*, Código Civil, con inclusión también de las relaciones autónomas reguladas por disciplinas especiales (el pensamiento va, por ejemplo, al contrato de agencia).

Puede por lo tanto decirse que es intención del legislador introducir una disciplina de base de general aplicación para todas las formas de trabajo autónomo, en una lógica de inclusión significativamente innovadora, que excluye sólo las relaciones de trabajo autónomo de los empresarios.

De interés parece también la introducción de distintas disposiciones normativas cuya *ratio* puede identificarse en el contraste de los fenómenos de abuso de posición dominante, en la disciplina de la remuneración, así como en la previsión del carácter abusivo de las cláusulas atributivas al comitente de la facultad de modificación unilateral de las condiciones contractuales y, «nel caso di contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa, di recedere da esso senza congruo preavviso» (artículo 3).

³³ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en www.pietroichino.it, agosto de 2016.

Significativo es, en particular, el apartado cuarto del artículo 3 del proyecto de ley, que prevé una interesante extensión a las relaciones de trabajo autónomo, de la eficacia del artículo 9, ley 18 de junio de 1998, n. 192, sobre el abuso de la posición de dependencia económica (en el marco de la disciplina de la subcontratación de actividades productivas). Se trata de un aspecto relevante que, en doctrina, ha sido eficazmente considerado como «*trait d'union fra diritto commerciale e diritto del lavoro*»³⁴.

Si la previsión del carácter abusivo de las cláusulas atributivas al comitente de la facultad de modificación *ex uno latere* de las condiciones contractuales puede ser considerada como elemento típico que caracteriza el ámbito de la autonomía, otros contenidos del proyecto de ley se colocan en una posición de mayor cercanía (*rectius*, de analogía) con la normativa del trabajo subordinado: piénsese, por ejemplo, a la disciplina de las invenciones implementadas por el trabajador (art. 4).

Omitiendo en este lugar la consideración de aspectos que, aunque relevantes, resultan secundarios para los fines del presente estudio (como la atribución a los trabajadores autónomos inscritos en determinados colegios profesionales de funciones propias de administraciones públicas y los perfiles propiamente pertenecientes al ámbito de la seguridad social, fiscales y administrativas), se señala el artículo 9 del proyecto, sobre el acceso a las informaciones sobre el mercado de trabajo y los servicios de orientación, recalificación y recolocación/transición profesionales.

Se prevé, en síntesis, la activación, en los *Centri per l'impiego* (las agencias de empleo), de una “ventanilla” expresamente dedicada al contacto y al encuentro entre oferta y demanda de empleo autónomo.

Se establece asimismo que el Gobierno tendrá que adoptar una disciplina especial en materia de salud y seguridad en el trabajo autónomo realizado en bufetes y despachos de profesionales, inspirada a una lógica de simplificación (art. 10).

Elemento de significativa diferenciación con el trabajo subordinado se detecta en el artículo 12 del proyecto aprobado por la Comisión Trabajo del Senado Italiano. Esta norma – modificando el art. 64, apartado 2, d.lgs. 26 de marzo de 2001, n. 151 (“*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*”) – prevé la titularidad del derecho de la trabajadora autónoma, inscrita a la gestión separada del INPS (Instituto Nacional de la Seguridad Social), de percibir la indemnización de maternidad durante los dos meses precedentes y los tres meses siguientes al parto, independientemente de la «*effettiva astensione dall'attività lavorativa*».

³⁴ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en www.pietroichino.it, agosto de 2016.

Diferentemente, esta última es imprescindible en el trabajo subordinado, hablándose de una «astensione obbligatoria»³⁵, por lo que parece suscitar preguntas de carácter hermenéutico sobre la *ratio* de la diferenciación entre las dos disciplinas³⁶.

El siguiente artículo 13 disciplina los casos de enfermedad y accidente, así como de embarazo, estableciendo que en estas hipótesis la relación de trabajo autónomo consistente en una actividad prestada de manera continuativa, no se extingue y la suspensión de la misma (sin derecho a la remuneración) está sometida a la condición de la previa solicitud del trabajador, «fatto salvo il venir meno dell'interesse del committente».

Con el consentimiento del comitente, la trabajadora embarazada puede asimismo hacerse sustituir o “flanquear” por familiares o asociados.

El artículo 14, en fin, interviene modificando el art. 409, número 3, Código Procesal Civil, añadiendo una formulación de especial interés, sobre todo a la luz de las reflexiones *supra* ofrecidas, sobre las colaboraciones organizadas *ex art. 2*, d.lgs. n. 81/2015.

Efectivamente, el proyecto de ley en cuestión precisa que: «La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

Pues bien, puede por lo tanto decirse que en esta sintética definición está concentrada la misma esencia de la genuina y auténtica colaboración coordinada y continuada, que no entra en el ámbito de aplicación del artículo 2, d.lgs. n. 81/2015.

5. LA REGULACIÓN DEL “SMART WORKING” EN ITALIA: “FORME DI LAVORO RESE IN MODALITÀ AGILE”

Otro perfil de reforma de especial interés es representado por la introducción de la disciplina del así llamado “*lavoro agile*”, traducción al Italiano del “*smart working*”.

³⁵ O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padua, 2015, 232-233; M. DEL CONTE, *Vicende del rapporto di lavoro*, en M. PERSIANI – S. LIEBMAN – M. MARAZZA – M. MARTONE – M. DEL CONTE – P. FERRARI – V. MAIO, *Fondamenti di Diritto del lavoro*, Padua, 2015, 207 y ss.

³⁶ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en www.pietroichino.it, agosto de 2016: «Questa disposizione assume un significato assai rilevante sul piano sistematico, imponendo che venga prima o poi debitamente motivata la disparità che in questo modo si determina fra la disciplina applicabile alla lavoratrice autonoma e quella applicabile alla lavoratrice dipendente, alla quale la prosecuzione dell'attività lavorativa è invece inibita: anche quest'ultima – soprattutto quando svolge mansioni professionalmente più elevate – può avere un marcato interesse a non interrompere la propria attività, pur in prossimità del parto».

La definición de esta noción nueva e innovadora en el panorama legislativo figura en el artículo 15 del proyecto de ley aprobado por la Comisión Trabajo del Senado.

Se trata de una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

Pues bien, puede decirse que el principal elemento distintivo de esta modalidad de ejecución de la prestación de trabajo subordinado reside en la ausencia de vínculos de tiempo y de lugar, pudiendo la misma prestación desarrollarse, «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa», con la única limitación representada por la duración máxima del tiempo de trabajo, como establecida en la ley y en la negociación colectiva (d.lgs. n. 66/2003 *in primis*).

El alcance de la definición ha sido objeto de observaciones críticas por algunos de los primeros intérpretes, que han subrayado la formulación «ridondante e pleonástica» de la disposición, confiando en una simplificación de la misma³⁷.

Tratándose de una forma de trabajo subordinado, el legislador ha reiterado algunas disposiciones típicas de la disciplina del trabajo subordinado (por ejemplo, la responsabilidad del empresario en materia de salud y seguridad en el trabajo, que tiene que ser garantizada con especial referencia a las peculiares modalidades de ejecución de la prestación).

Significativa parece la previsión del derecho del trabajador a la “desconexión”, que representa una interesante consecuencia de la (posible) elevada utilización de equipamientos tecnológicos de trabajo. Este derecho tiene que ser concretamente asegurado mediante medidas específicas detectadas en un necesario acuerdo entre las partes, de institución de esta modalidad de prestación.

Uno de los perfiles de mayor interés, con referencia al tema de la compleja relación entre autonomía y subordinación en el contexto normativo contemporáneo, es representado por el ámbito de ejercicio del poder empresarial de control, típica expresión de la misma esencia del trabajo subordinado.

Pues bien, el artículo 18 del proyecto de ley que aquí se considera prevé que el acuerdo por el que se establece esta modalidad de trabajo tiene que disciplinar también el ejercicio del poder de control empresarial de la actividad del trabajador desarrollada fuera de los lugares típicos de trabajo. En este acuerdo, las partes tienen que identificar también las conductas y los comportamientos que pueden dar lugar a la apertura de un procedimiento disciplinario.

³⁷ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en *www.pietroichino.it*, agosto de 2016.

De toda forma, el límite que el mismo proyecto de ley establece es representado por el artículo 4 de la ley 20 de mayo de 1970, n. 300 (Estatuto de los trabajadores), sobre los controles “a distancia”, que ha sido recientemente reescrito por el legislador del *Job's Act*³⁸, en una óptica de sustancial reducción de la protección de la privacidad del trabajador.

En definitiva, la relevancia de esta modalidad de ejecución de la prestación de trabajo es evidentemente significativa en el marco del contemporáneo contexto productivo, manteniendo al mismo tiempo la centralidad de la ejecución en forma “presencial” del trabajo subordinado.

De especial interés parece, a este respecto, la reflexión propuesta en el ensayo titulado: “*New Geography of Jobs*” (en Italiano: “*La nuova geografia del lavoro*”): «*Le nostre idee migliori sono ancora il riflesso degli imprevedibili stimoli che quotidianamente riceviamo dalle persone che incontriamo e dall'immediato ambiente sociale che ci circonda. Le interazioni per noi decisive restano essenzialmente quelle dirette, e quasi tutto ciò che di utile apprendiamo viene da chi abbiamo intorno a noi, non da Wikipedia. (...) Il telelavoro è ancora una rarità e probabilmente rimarrà un fenomeno di nicchia anche in futuro. L'avvento della videoconferenza, della posta elettronica e di Skype non ha eliminato, per chi si occupa di innovazione, la necessità di un'interazione personale. Lavorare fianco a fianco è, anzi, più importante che mai*»³⁹.

³⁸ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 483-513: «*La riscrittura dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 può essere a ragione considerata uno degli elementi più qualificanti del Jobs Act perché incide in modo significativo sui vincoli e sulle tecniche di esercizio dei poteri di controllo del datore di lavoro senza distinguere tra vecchi e nuovi assunti*». Cf. también ID., *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, en ID., *Contratto di lavoro e organizzazione*, en M. PERSIANI – F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, Padua, 2012, 4, 2, 1271 y ss.; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1186 y ss.; I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 1-45; M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D.Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, I-XIV. Véase también P. LAMBERTUCCI, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 514-536. En una dimensión comparada, cf. M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 28-43; J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS – V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, *Nuove tecnologie e controllo datoriale dei lavoratori in Spagna*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 44-74. Véase también el interesante trabajo de E. COLÁS NEILA, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia*, Albacete, 2012, *passim*.

³⁹ E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Milán, 2013, 246. *Contra*, cf. J. FRIED – D. HEINEMEIER HANSSON, *Remoto: no se requiere oficina*, Barcelona, 2014.

6. LA SUBORDINACIÓN: TODAVÍA REFERENTE JURÍDICO Y SOCIAL?

Como *supra* dicho, la reciente reforma – en particular de las colaboraciones organizadas – ha suscitado un debate de relevante importancia en el escenario doctrinal italiano, sobre todo con referencia a las cuestiones hermenéuticas más especulativas y teóricas de la reforma⁴⁰.

Se pone, con evidencia, un problema que afecta el sentido más “íntimo” de la materia, la subordinación, como «questione che ha un significato ad un tempo culturale e pratico»: «interrogarsi intorno ad essa significa interrogarsi intorno all’“essere” di una disciplina giuridica che fa del lavoro dipendente l’epicentro del proprio interesse»⁴¹.

Pues bien, las reformas que forman parte del *Job’s Act*, en materia de colaboraciones organizadas, trabajo autónomo y trabajo subordinado “*smart*”, representan una valiosa ocasión para desarrollar algunas consideraciones sobre el más amplio tema del posible redescubrimiento del papel de la libertad contractual, con especial referencia al problema de la calificación de la relación de trabajo.

El objeto de esta reflexión afecta substancialmente a la línea divisoria entre trabajo subordinado y trabajo autónomo: una frontera que, como ha sido puesto en luz, «*si è offuscata a ragione dell’inevitabile progressivo appannarsi, anche sul terreno sociale, dell’identità del lavoro subordinato*»⁴².

A este respecto, una significativa contribución a la elaboración hermenéutica es aportada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la delimitación de fronteras del Derecho del trabajo, caracterizada por una heterogeneidad de posiciones.

Las diferentes tesis hermenéuticas pueden ser consideradas en relación con un sistema taxonómico elaborado por prestigiosa doctrina laboral italiana, que ha prestado especial atención a la oposición entre dos tendencias interpretativas diferentes, situadas en una relación cronológica de sucesión temporal⁴³.

⁴⁰ G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell’era della share-economy*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, 88: «La norma “antiabusiva” dell’art. 2 d.lgs. n. 81 ha, comunque, già avuto l’effetto di far polarizzare le posizioni della Dottrina in un crescendo rossiniano di contributi su posizioni tra loro opposte e piuttosto inconciliabili; si tornano a riesaminare gli stessi concetti fondamentali quali prestazione, coordinamento, etero direzione etc., in un confronto che talvolta sempre più vicino all’epoca di Barassi che a quella di Uber».

⁴¹ O. MAZZOTTA, *Manuale di Diritto del lavoro*, Padua, 2015, 177: «il tema si presentò pari pari alla scienza lavoristica agli albori del diritto del lavoro, quando si trattò di incanalare entro schemi giuridici la nascente realtà del proletariato industriale».

⁴² M. PERSIANI, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, en R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Nápoles, 2006, 193-208.

⁴³ M. PERSIANI, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, en R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Nápoles, 2006, 194.

Según una primera orientación, para poder clasificar una determinada relación de trabajo como subordinada o autónoma, debe hacerse referencia exclusivamente a la definición elaborada por el legislador⁴⁴.

En cambio, una segunda “fase” interpretativa – que se difundió en particular a partir de los años 90 del siglo pasado (también con motivo de las nuevas formas de trabajo, fruto de las profundas modificaciones en el general contexto productivo y social de referencia) – considera central la dimensión concreta del contenido de la relación de trabajo y de las efectivas modalidades de desarrollo de la misma⁴⁵.

Según esta última concepción, resulta indispensable «interpretare il voluto delle parti in ordine all’assetto obbligatorio del rapporto sulla base della rilevazione delle modalità con cui esso è stato di fatto eseguito, piuttosto che delle dichiarazioni rese dalle parti nelle varie fasi dello stesso, e in specie in quella genetica»⁴⁶.

En este sentido, una pronuncia del Tribunal Constitucional italiano de especial interés es la n. 30 de 1996, en la cual la *Corte costituzionale* ha dejado claro que, para que se pueda considerar como subordinada, una relación de trabajo tiene que caracterizarse por el «concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l’alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata e l’alienità dell’organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce»⁴⁷.

A este respecto, no se puede descuidar un perfil de perplejidad con referencia a la idoneidad de este último parámetro de identificación de la subordinación, para la distinción entre trabajo autónomo y asalariado⁴⁸.

Pues bien, considerando que «la subordinazione (come fattispecie degli effetti protettivi) non è un dato naturale, ma la conseguenza di una qualificazione nella quale si stabilisce il rapporto tra il fatto e la valutazione normativa che vi riconduce gli effetti appropriati»⁴⁹, puede comprenderse que la compleja cuestión de la identificación de los criterios de clasificación de las relaciones individuales

⁴⁴ V. Corte cost., 24 de abril de 1967, n. 51 (sentencia inédita); Corte cost., 11 de febrero de 1982, n. 32, en *Mass. giur. lav.*, 1983, 3 y ss.; Corte cost., 28 de julio de 1976, n. 199 (sentencia inédita).

⁴⁵ Corte cost., 31 de marzo de 1994, n. 115, en *Mass. giur. lav.*, 1995, 523 y ss. Cf. también Corte cost., 21 de junio de 1996, n. 211, en *Giur. it.*, 1997, 26; Corte cost., 12 de febrero de 1996, n. 30, en *Giur. cost.*, 1996, 289.

⁴⁶ R. DEL PUNTA, *Verso l’individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, en L. CORAZZA – R. ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 27.

⁴⁷ Corte cost., 12 febrero 1996, n. 30, en *Giur. cost.*, 1996, 289.

⁴⁸ M. PERSIANI, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, en R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Nápoles, 2006, 206.

⁴⁹ M. D’ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, en *Arg. dir. lav.*, 1994, 66.

de trabajo – bien representada por la anteriormente descrita heterogeneidad de posiciones interpretativas jurisprudenciales – la proyección natural de la crisis de la misma idea de subordinación.

De todos modos, no cabe la menor duda que resulta fundamental comprobar el contenido concreto de la relación laboral⁵⁰, también a la luz de la «proiezione espansiva» del fenómeno “trabajo subordinado”, «suscettibile di comprendere tutte le forme di lavoro continuativo alle dipendenze di un soggetto utilizzatore della prestazione»⁵¹.

Ahora bien, en la reciente reforma de las colaboraciones, puede en verdad reconocerse la oportunidad para reflexionar sobre el papel de la autonomía privada en la calificación de una relación individual de trabajo, en un marco de generalizada metamorfosis, normativa, social y productiva.

Pues bien, el tema parece de interés, sobre todo si se considera como expresión de la cuestión “clásica” de la relación entre Derecho del trabajo y Derecho civil y, metafóricamente, entre la dimensión del “ser” y la del “haber”: «*Se tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver per l'imprenditore, ma l'essere per il lavoratore*»⁵².

Esta relación interdisciplinaria también ha experimentado a lo largo del tiempo un proceso evolutivo importante: inicialmente ha sido caracterizada por una substancial emancipación del Derecho laboral con respecto al Derecho civil y, posteriormente, ha conocido una fase de substancial acercamiento entre los dos ámbitos del Derecho.

En este marco, la sentencia n. 76/2015 del Tribunal Constitucional italiano representa una contribución importante en el debate sobre la individuación de los criterios de identificación de la subordinación.

«*Tratto caratterizzante del lavoratore subordinato è il suo assoggettamento a direttive costanti ed analitiche sul modo e sui tempi in cui deve essere eseguita l'attività lavorativa*»⁵³.

⁵⁰ V. O. RAZZOLINI, *The need to go beyond the contract: “economic” and “bureaucratic” dependence in personal work relations*, en *Comp. Labour Law & Pol’y Journal*, 2010, 267, 299.

⁵¹ G. FERRARO, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2005, 30, 4. Véase también: M. DELL’OLIO, *Il lavoro subordinato*, en P. RESCIGNO, *Trattato di Diritto Privato*, Turín, 1986, XV, y en M. DELL’OLIO, *I soggetti e l’oggetto del rapporto di lavoro*, Turín, 1986, 10: la subordinación «è caratteristica che si appunta immediatamente sulla prestazione». Cf. M. PERSIANI, *Esistenza nei fatti di un rapporto di lavoro subordinato e necessaria applicazione della tutela dell’uomo che lavora*, en *Giur. it.*, 2011, 1, 134.

⁵² V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, en *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, 1947-1948, 5.

⁵³ M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, en AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padua, 2000, 113.

En la perspectiva presentada en la sentencia en parola, la intensidad de los poderes propios del empleador representa la clave de identificación del trabajo subordinado: el «potere direttivo pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, si sostanzia nell’emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d’indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un’ingerenza, idonea a svilire l’autonomia del lavoratore»⁵⁴.

Efectivamente, en el trabajo autónomo *ex art. 2222 c.c.*⁵⁵, la prestación tiene que ser realizada según las condiciones contempladas en el contrato («secondo le condizioni stabilite dal contratto»⁵⁶) y el cliente (el “*committente*”) no es titular del poder de “especificar” el contenido de la misma prestación.

Diferentemente, en el trabajo “coordinado”, al “*committente*” se reconoce un poder de coordinación que puede también «influire sulle modalità di esecuzione dell’attività promessa, così come sulle caratteristiche dell’opera o del servizio, al fine di adeguarle alle mutevoli esigenze dell’organizzazione del committente e, al limite, può comportare una modifica del programma contrattuale o, se si vuole, dell’oggetto dell’obbligazione del lavoratore coordinato»⁵⁷.

Pues bien, también a la luz de esta distinción, parece poderse reconocer en la reciente pronuncia n. 76/2015 del Tribunal Constitucional italiano, una forma de “valorización” del criterio “cuantitativo” en la calificación de la relación individual de trabajo, basado en la diferente gradación de la intensidad de los poderes propios del empleador (en el trabajo subordinado) o del cliente (en el trabajo autónomo).

Además, en la sentencia n. 76/2015 puede detectarse también un perfil de interés para una reflexión de carácter general, acerca del papel de la autonomía contractual en la calificación de las relaciones individuales de trabajo⁵⁸.

El panorama jurídico laboral italiano se caracteriza, también a este respecto, por la coexistencia de dos distintas posiciones teóricas⁵⁹.

⁵⁴ Corte cost., n. 76/2015, § 7.2, “*Considerato in diritto*”.

⁵⁵ Art. 2222 c.c.: «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».

⁵⁶ Art. 2224, apartado 1, c.c.

⁵⁷ M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, en AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padua, 2000, 115.

⁵⁸ R. PESSI, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato*, en *Dir. lav.*, 1980, 516. Cf. M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Padua, 2002, *passim*.

⁵⁹ Cf. R. SCIOTTI, *Art. 2094*, en G. BONILINI - M. CONFORTINI - C. GRANELLI, *Codice civile commentato*, Milán, 2009, 2, 4513. V. también ID., *La subordinazione come fattispecie unitaria complessa*, Turín, 2014, 191 y ss.

La primera valoriza el comportamiento efectivo de las partes en el concreto desarrollo de la relación de trabajo, prescindiendo del contenido “formal” del contrato de trabajo, a fin de reequilibrar la desigualdad “empleador-trabajador”.

La segunda reconoce el carácter fundamental del *nomen iuris* elegido por las partes, argumentando la importancia de la «ripresa dell’individualismo nel diritto del lavoro», así como de la «necessità di valorizzare e riscoprire il soggetto e l’autodeterminazione a seguito dei profondi mutamenti economici, politici e sociali»⁶⁰.

Sin duda, en las hipótesis caracterizadas por la falta de datos objetivos decisivos para la calificación, la voluntad de las partes, como expresada en el *nome iuris* del contrato de trabajo, juega un papel crucial⁶¹.

La «originaria volontà delle parti, intesa come programma negoziale pattuito e non come mera utilizzazione di un nomen iuris, rileva fino a quando non sia comprovato uno scostamento consensuale da tale programma nella concreta fase di attuazione del rapporto, manifestandosi in tal caso per fatti concludenti una volontà successiva che prevale sulla precedente»⁶².

7. OBSERVACIONES FINALES

Habida cuenta de lo anterior, llama la atención el tema central de la incertidumbre que sigue caracterizando la calificación jurídica del contrato y de la relación de trabajo en Italia.

Por tanto, es necesario preguntarse: «in che modo la “subordinazione giuridica” è utile al fine di qualificare i nuovi lavori? Può essa continuare a svolgere la fondamentale opera d’inclusione e d’esclusione del diritto del lavoro che ha realizzato fino ad ora?»⁶³.

Las últimas fronteras de la revolución tecnológica en acto han determinado y siguen determinando modificaciones sustanciales de la organización y de la ejecución del trabajo⁶⁴, que las recientes reformas interpretan de manera objetivamente innovadora.

Estas innovaciones se inscriben necesariamente en el marco de un mercado de trabajo (nacional, europeo, así como global), que dibuja una «nuova

⁶⁰ O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, en *Dir. rel. ind.*, 2014, 974.

⁶¹ A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2007.

⁶² A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2011, 2, 6.

⁶³ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La “subordinazione tecnologica” nella giurisprudenza spagnola*, en *Lav. dir.*, 2005, 3, 538. El autor se pregunta: «I cambiamenti nell’organizzazione del lavoro e nel modo di lavorare, conseguenze in gran parte delle trasformazioni tecnologiche in corso, hanno eliminato la distinzione tra lavoro dipendente e autonomo?».

⁶⁴ S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, en *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 79, 617: «la nueva organización del trabajo está produciendo una desorganización del Derecho del Trabajo».

geografia del lavoro»⁶⁵ y que resulta cada vez más caracterizado por imperantes segmentaciones y dualismos (en primer lugar, se recuerda la contraposición entre *core* y *contingent forms of work*)⁶⁶.

Efectivamente, en este marco, el pluralismo tipológico «no es ya más un episodio coyuntural, sino una nueva realidad estructural que se extiende imparablemente a costa del decrecimiento del trabajo estable y protegido, mermado también por el nuevo aliento tomado por el trabajo autónomo y cooperativo»⁶⁷.

Precisamente con respecto a este último, interesantes claves de lectura para la interpretación del escenario social contemporáneo Italiano se encuentran en el 50° Informe sobre la situación social del País, elaborado por el CENSIS (*Centro Studi Investimenti Sociali*), que ha sido presentado en Roma el 2 de diciembre pasado.

En el estudio, a propósito de la compleja materia del trabajo autónomo y de su relación con el trabajo subordinado, se lee: «Il mercato del lavoro continua, anche nel corso del 2016, a essere segnato, oltre che dalle sue dinamiche quantitative, anche da un progressivo avvicinamento qualitativo tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo e professionale. (...) Viene progressivamente meno la netta distinzione tra lavoro autonomo e professionale e lavoro dipendente a tempo determinato o indeterminato (...). In altri termini, il progredire dell'economia basata sulla conoscenza e il permanere della tendenza alla stagnazione economica scuotono alla radice il mondo del lavoro autonomo e delle libere professioni e ne confondono limiti, caratteristiche e dinamiche evolutive»⁶⁸.

Pues bien, la línea entre trabajo autónomo y trabajo subordinado se presenta más y más delgada y, a este respecto, numerosas son las preguntas que las recientes reformas de las colaboraciones organizadas, del trabajo autónomo y del trabajo subordinado ejecutado en forma ágil ponen. En el objeto de las reformas de 2016 puede en verdad reconocerse el perfil esencial de una materia cuya identidad está evolucionando de manera significativa.

⁶⁵ E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Milán, 2013, *passim*.

⁶⁶ J. CRUZ VILLALÓN, *Claves de la relación entre negociación colectiva y segmentación laboral*, en ID., *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Valencia, 2015, 1: «la segmentación laboral viene a mostrar una forma de estructuración del mercado de trabajo conforme a la cual se percibe que el mismo se encuentra subjetivamente fragmentado, debido a una integración en el mismo marcadamente diferenciada de diversos grupos de trabajadores, de modo que cada uno de estos grupos asumen posiciones laborales muy diversas en lo que afecta a su acceso al empleo o a las condiciones de trabajo en el desarrollo de su actividad profesional». Cf. ILO, *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects*, en www.ilo.org, 2016, *passim*. Véase J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *Re-addressing self-employment: Spain and the new entrepreneurship*, en E. ALES, *Core and Contingent Workers Within The Company*, Oxford, 2016, *passim*.

⁶⁷ M.E. CASAS BAAMONDE – F. VALDÉS DAL-RÉ, *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*, en *RL*, 1989, 7-8, 80.

⁶⁸ CENSIS, *50° Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2016*, Milán, 2016, 178-179.

Al centro de esta evolución y de la compleja cuestión de la incertidumbre de la calificación jurídica de la relación de trabajo, se pone paradigmáticamente la para-subordinación, como zona gris caracterizada, especialmente en Italia, por una multitud de perfiles críticos, en términos jurídicos así como sociales.

En relación con estos últimos, puede decirse que el aspecto de mayor relieve es lo del fenómeno – ampliamente generalizado no sólo en Italia – muy bien conocido con la expresión inglesa de *woorking poors*: «una vasta zona “grigia” di contratti che, sotto la mentita veste di collaborazioni autonome, nascondono in realtà un lavoro privo di ogni autonomia organizzativa del collaboratore: un mondo parallelo, fatto di finto lavoro autonomo, per lo più popolato da giovani disponibili a una occupazione purchessia, pagati una frazione dei minimi previsti dai contratti collettivi e impropriamente utilizzati dalle imprese come lavoro a perdere»⁶⁹.

En otras palabras, la para-subordinación – objeto privilegiado de la reciente reforma – sigue representando una zona jurídica indefinida, generadora de precariedad, incertidumbre, inseguridad, por razón de la substancial falsedad de numerosas relaciones autónomas que, en realidad, ocultan y disimulan relaciones laborales subordinadas.

Ya en el año 2000, Alain Supiot prefiguraba el «rischio di vedere moltiplicarsi i “falsi autonomi”, che andranno ad aumentare i ranghi dei working poors»⁷⁰.

Este riesgo es atentamente considerado por la reforma del *Job's Act*, cuya *ratio* es indudablemente inspirada en la intención de establecer una protección efectiva y eficaz para las colaboraciones autónomas morfológicamente más próximas a la subordinación.

Al respecto, vienen a la mente las palabras del Padre de la Escuela Andaluza de Derecho del trabajo, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer que, en un estudio publicado en la prestigiosa revista *Relaciones Laborales* en 2009, afirma: «El fenómeno de la pobreza trabajadora es, en parte, consecuencia de la propia evolución de la normativa laboral, y en parte, reflejo de un fracaso del Derecho del Trabajo y una constatación de su bajo nivel de eficacia y efectividad»⁷¹.

⁶⁹ M. DEL CONTE, *Premesse e prospettive del Job's Act*, en M. TIRABOSCHI, *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milán, 2016, 19.

⁷⁰ A. SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, en *Dir. rel. ind.*, 2000, 2, 235.

⁷¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Trabajadores pobres y Derecho del trabajo*, en *RL*, 2009, 17, 27, también en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Tres décadas de relaciones laborales en España. Editoriales y estudios*, Sevilla, 2015, 404. No se puede en verdad olvidar que «el Derecho del trabajo surgió como crítica frente a un sector del ordenamiento, el Derecho de la Codificación, que a lo largo del siglo XIX había generado un fenómeno de la “proletarización” y de la pauperización de grandes masas de trabajadores, una llamada cuestión social, que el movimiento obrero y la intervención estatal trataron de corregir. La pobreza del trabajador está, pues, en el origen del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social».

Pues bien, las recientes reformas de la para-subordinación, así como del trabajo autónomo y del trabajo subordinado ágil representan una señal indudablemente relevante, cuya eficacia tendrá pero que ser necesariamente evaluada con cuidado en el tiempo, a la luz de las transformaciones económicas y sociales que caracterizan la contemporánea realidad y que afectan a las trayectorias evolutiva del mismo Derecho del Trabajo.