

# ÁMBITOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRABAJO AUTÓNOMO: ENTRE LA PRECARIEDAD Y LA REGULACIÓN

MARZIA BARBERA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Derecho antidiscriminatorio*

Universidad de Brescia (Italia)

## EXTRACTO

**PALABRAS CLAVE:** Trabajo autónomo; economía digital

En las últimas décadas, las transformaciones del sistema productivo y la innovación tecnológica derivada de la digitalización han provocado un crecimiento significativo del trabajo autónomo. El surgimiento de estas nuevas formas de trabajo va acompañado de nuevas necesidades sociales y nuevas demandas de protección. A menudo, las trayectorias profesionales de los trabajadores autónomos se asocian con la inseguridad laboral, la inestabilidad de los ingresos y la falta de desarrollo de habilidades profesionales. El artículo analiza las reacciones del legislador italiano, la doctrina y la jurisprudencia ante esta redefinición de las fronteras internas del trabajo económicamente dependiente. Se trata de entender si el derecho laboral está adaptándose a esta nueva situación social y laboral, una de las muchas que ha pasado a lo largo de su historia, o si, por el contrario, se trata de un cambio más profundo en sus coordenadas subyacentes.

## ABSTRACT

**KEY WORDS:** Self-employment; digital economy

In the last decades, the transformations of the production system and the technological innovation due to the digitalization have caused a significant growth of the autonomous work. The emergence of these new forms of work is accompanied by new social needs and new demands for protection. Often, the career paths of self-employed workers are associated with job insecurity, income instability and lack of professional skills development. The article analyzes the reactions of the Italian legislator, doctrine and jurisprudence to this redefinition of the internal borders of the economically dependent work to try to understand if what is being done is an adaptation of labor law to the changing social situation, one of the many it has been gone throughout its history, or if, on the contrary, there is a deeper change in its underlying coordinates.

## ÍNDICE

1. ¿POR QUÉ SE PLANTEA HOY LA CUESTIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO?
2. EMPRESA “DESMATERIALIZADA” Y TRABAJO AUTÓNOMO
3. LAS POSTURAS DE LA DOCTRINA: BIPOLARIDAD DE LA CALIFICACIÓN, REPLANTEAMIENTO DEL PARADIGMA LABORALISTA, HIPÓTESIS FUNCIONALISTA
4. EL “EXPERIMENTALISMO” DEL LEGISLADOR Y LAS INCERTIDUMBRES DE LA JURISPRUDENCIA
5. EL DERECHO DEL TRABAJO ENTRE GRANDES DICOTOMÍAS, “ESTATUS DE EMPLEADOS” Y FUNCIONALISMO. LAS NUEVAS CATEGORÍAS DE RIESGO Y VULNERABILIDAD

### 1. ¿POR QUÉ SE PLANTEA HOY LA CUESTIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO

En las últimas décadas, las transformaciones del sistema productivo, marcadas por el paso de una economía industrial-fordista a un modelo de especialización flexible basado en los servicios, con la consiguiente fuerte expansión del sector terciario y la innovación tecnológica debida a la digitalización, han provocado un crecimiento significativo del trabajo autónomo. En Italia, el fenómeno es bastante evidente: a principios del 2019, el número de trabajadores autónomos registrados era alrededor de cinco millones, es decir, una cuarta parte del número total de los empleados del país. Se trata de una parte significativa del empleo, superior a la media europea (en torno al 15%) y a la media de otros países mediterráneos, como Portugal y España, pero también de Irlanda y del Reino Unido, donde el peso del trabajo por cuenta propia se sitúa en torno al 16%. En su mayoría son trabajadores autónomos sin empleados, es decir, verdaderos trabajadores autónomos, y no pequeñas empresas, y constituyen la gran mayoría -el 72 %- de los trabajadores autónomos en sentido amplio. Lo mismo ocurre en España, donde el 94% de los autónomos que realizan una actividad profesional o económica no tienen trabajadores a su servicio, o solo uno o dos.

A pesar de su tamaño, la aparición de estas nuevas formas de trabajo, acompañadas de nuevas necesidades sociales y nuevas demandas de protección, ha sido objeto de poca atención durante cierto tiempo, tanto en el debate científico<sup>1</sup> como en el discurso público. Es posible que una de las razones de este desinterés sea la caracterización negativa o en negativo del trabajo autónomo. En los análisis sociológicos, los trabajadores autónomos se han asociado a menudo con evasión fiscal, rentas de posición y comportamiento individualista. En los análisis jurídicos, el trabajo autónomo era *todo* lo que se situaba en las tierras desconocidas más allá de los pilares de Hércules del trabajo subordinado, del que

<sup>1</sup> Con algunas relevantes excepciones, M. Pedrazzoli, *Lavoro “san phrase” e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autónomo*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, pp. 49 ss.

preocuparse sólo en el caso de los «falsos autónomos», es decir de los trabajadores objetivamente subordinados y no reconocidos como tales, o de los trabajadores autónomos tan parecidos a los trabajadores subordinados que merecían el apelativo de “para-subordinados”. Por lo tanto, la atención del Derecho laboral se ha centrado únicamente en estos últimos, ejerciendo una función de protección, pero también una función de delimitación de los confines de la figura, con fines antifraude (véase la legislación sobre el trabajo coordinado y continuo a través de proyectos, actualmente derogada).

La regulación del trabajo autónomo, por eso, ha continuado regulándose por el derecho privado no laboral y por una serie de figuras contractuales específicas previstas en el Código Civil, a las que se ha añadido una escasa protección social, la protección frente a los riesgos laborales, el reconocimiento de la libertad de afiliarse a un sindicato y del ejercicio de formas de autodefensa colectiva (pero no del derecho de huelga)<sup>2</sup> y la protección frente a la discriminación, al menos en relación con el acceso al trabajo.

Por todo esto, el debate sobre la crisis de la subordinación que se desarrolló ya en los años ochenta, paralelo a la superación del modelo de producción fordista sobre el que se modeló el prototipo social del trabajador subordinado, tomó la forma de un debate sobre la diferenciación interna de la subordinación, con el fin de investigar sus líneas internas de fractura, debido a la multiplicación de formas de trabajo y tipos de contrato, cuya formación contradecía la tensión hacia la universalidad de las reglas que siempre han caracterizado el derecho laboral<sup>3</sup>.

La convicción de que ocuparse del trabajo y su regulación implicaba ocuparse del trabajo subordinado, y que ello justificaba la permanencia del derecho laboral dentro de los límites marcados por el art. 2094 del Código Civil (que define las características de esta figura contractual, identificándolas en la dependencia jurídica y en la dirección de los demás) se debió, a su vez, a la convicción de que el trabajo subordinado era “inmanente” a la empresa. En esencia, que había un “vínculo estructural y no meramente funcional con la empresa”<sup>4</sup>; que, en resumen, no podía existir la empresa (como organización productiva jerárquica,

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional, sentencia 31 de marzo de 1994, n. 114.

<sup>3</sup> M. D’Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, en M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 43 ss.

<sup>4</sup> M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1139.

aunque se entienda la jerarquía en un sentido técnico-funcional y no en un sentido sociológico), sin trabajo subordinado<sup>5</sup>.

Se podría decir que estas tesis reflejan a nivel jurídico la teoría neo-institucionalista de la empresa, que ve en el uso de la jerarquía la necesidad de que la empresa evite costos de transacción excesivos, vinculados a los recursos necesarios para la organización del proceso de producción.

En este sentido, la subordinación también ha constituido “el fundamento de la autonomía del derecho del trabajo”<sup>6</sup> y la razón que justifica una protección ofrecida sólo a ciertos empleos: a aquellos sujetos a esta jerarquía, no a todos.

Sin embargo, ya a finales de los años 80, del declive del modelo organizativo de la fábrica fordista y de la difusión de modelos organizativos basados en la *lean production*, se había puesto de manifiesto cómo se estaba produciendo una ósmosis entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, en el sentido de su sustancial fungibilidad e intercambiabilidad.

Las empresas podían externalizar la producción y sustituir el trabajo subordinado por formas contractuales de tipo mercantil o civil (además del trabajo autónomo, el *franchising*, la externalización, la subcontratación, etc.) o aprovechar, indistintamente, el trabajo subordinado o el trabajo autónomo en el mismo ciclo productivo.

La gran empresa ha dejado así de ser el lugar de las relaciones laborales protegidas. Uno al lado del otro, en la empresa desarticulada trabajan trabajadores estables, trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, trabajadores empleados por contratistas, trabajadores autónomos y (a veces) falsos trabajadores autónomos.

A través de las redes de producción, las cadenas de valor entre productores y proveedores, las empresas del “capitalismo molecular” realizan en el plano horizontal la integración de los factores de producción antes realizada en el plano vertical dentro de la gran empresa<sup>7</sup>.

Esto, por un lado, muestra hasta qué punto resulta simplificadora la dicotomía entre mercado y jerarquía propuesta por la teoría económica institucionalista antes mencionada. Se trata de esa alternativa entre “*make*” (hacer) y “*buy*” (comprar), según la cual los procesos productivos industriales pueden “hacerse” a través de una organización de los factores productivos de tipo jerárquico, o “comprarse” en el mercado a través de la externalización de parte de la actividad

<sup>5</sup> M. Grandi, La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro, en M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni...*, op. cit., p. 90.

<sup>6</sup> M. D’Antona, op. cit., p. 44.

<sup>7</sup> A. Lo Faro, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003.

y a través de relaciones jurídico mercantiles o civiles. Esta alternativa es cuestionada no sólo porque no es una alternativa binaria (las empresas pueden recurrir, para la gestión de la organización productiva, tanto a relaciones jerárquicas como al mercado), sino también porque incluso en las relaciones del mercado se pueden dar condiciones de dependencia económica y organizativa muy marcadas y relaciones profundamente autoritarias, las cuales, sin embargo, quedan excluidas de la protección de la ley laboral debido a la calificación como relaciones de trabajo autónomo<sup>8</sup>.

Por otro lado, también se produce el efecto de cuestionar la función del contrato de trabajo como elemento esencial de la organización de la empresa<sup>9</sup>. Esto no significa que el contrato de trabajo ya no sea una herramienta central para lograr los resultados buscados por la empresa, incluida la empresa posfordista. Por el contrario, este papel ahora se juega con respeto a algunos segmentos de la fuerza laboral, especialmente aquellos para los cuales es necesario conservar el capital del conocimiento acumulado y/o asegurar una cooperación duradera para lograr el resultado productivo.

## 2. EMPRESA “DESMATERIALIZADA” Y TRABAJO AUTÓNOMO

La revolución digital ha acentuado al máximo estas tendencias, hasta el punto de hacer hablar a algunos de una “empresa desmaterializada”. Los sistemas de producción basados en la integración horizontal son típicos de las empresas de I+D de la Silicon Valley, que los han utilizado desde su creación. En comparación con el tamaño de las grandes multinacionales del pasado, empresas como Apple, Google, Instagram, pero también las grandes empresas de tecnología media como Nike, tienen un número de empleados sumamente reducido, a menudo unas pocas docenas. En las empresas de la economía *on demand*, la organización productiva interna se reduce al mínimo, al igual que la mano de obra.

La idea, bastante extendida en las teorías económicas sobre los costos de transacción, de que el contrato de trabajo autónomo es un mecanismo primordial de suministro de mano de obra porque obliga a “comprar” mano de obra cada vez que se necesite y porque obliga a renegociar los términos de intercambio originalmente establecidos, ha demostrado ser una idea que no tiene en cuenta

<sup>8</sup> M. Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 203 ss.

<sup>9</sup> Sobre esta función del contrato de trabajo, M. Barbera, *Noi siamo quello che facciamo. Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, p. 633; B. Caruso, *Il contratto di lavoro come istituzione europea*, en WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - n. 84, 2010. a Cnzini, 2016)lación de Turín ondo grado.zioni ondustriali, 2che di due diligence dalla docente prima dell’

la velocidad y la interconectividad de los intercambios en la economía de las plataformas - “Internet de las cosas” - ni la expansión virtual de los mercados de trabajo, de modo que resulta fácil sustituir incluso a los trabajadores con conocimientos especializados, en particular dividiendo en micro-tareas los trabajos que antes eran típicos de un perfil profesional único y asignándolas a contratistas independientes geográficamente distantes unos de otros. Un ejemplo es la plataforma Amazon *Mechanical Turk*: en este espacio, los trabajadores dispuestos a realizar micro-tareas (entrada de datos, ejecución de operaciones sencillas sobre conjuntos de datos de propiedad de empresas e instituciones, traducción de textos cortos) ponen su capacidad de trabajo a disposición de cualquier empresa o particular que desee adquirir estos servicios de microtareas.

Fue, sobre todo, la digitalización de la economía lo que atrajo la atención de los investigadores sociales y de los juristas hacia el trabajo autónomo.

Parte del debate se handedicado precisamente a la disputa sobre si se cumplió o no la profecía de una expansión progresiva del trabajo autónomo a costa del trabajo subordinado, como consecuencia del desarrollo tecnológico<sup>10</sup>. Para algunos de los juristas que se ocuparon del asunto, esta profecía no se ha cumplido, ni por las buenas ni por las malas. Según una primera opinión, el resultado ha sido más positivo que negativo, porque las oportunidades de mayor libertad y autonomía ofrecidas por la innovación tecnológica no se han traducido en un cambio en el centro de gravedad del trabajo subordinado al autoempleo y no han afectado solo a los trabajadores más calificados, los trabajadores del conocimiento, sino que afectan al trabajador regular, al trabajador de la gran empresa manufacturera, con un cambio “ascendente” del poder de gestión<sup>11</sup>. Según una corriente doctrinal, en cambio, el resultado ha sido más negativo que positivo, en el sentido de que el crecimiento del trabajo autónomo ha sido el efecto de un proceso de sustitución del trabajo dependiente por trabajo autónomo (a menudo falso), con el único propósito de evadir los costos del primero<sup>12</sup>.

En realidad, la investigación social también ha encontrado dificultades considerables en interpretar el trabajo autónomo, dado que la naturaleza y la estructura interna de los trabajadores independientes son difíciles de identificar y dado que ellos se dedican a actividades muy diferentes en sectores diversos y tienen una alta heterogeneidad en los niveles de ingresos y las condiciones del mercado. Se tiende a aceptar que dentro de la investigación social incluso falta

<sup>10</sup>F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1985, p. 203 ss.

<sup>11</sup>L. Corazza, *Note sull'industria 4.0*, en *Diritto delle relazioni industriali*, p. 1069.

<sup>12</sup>V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, en *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, p. 40, recordando las tesis de Daubler y Klebe en W. Daubler, T. Klebe, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, p., 471 ss..

una definición compartida del trabajo autónomo, porque las definiciones de los tipos de trabajo que se toman como referencia en algunos casos también incluyen pequeños empresarios y en otros no. Por este motivo, los indicadores numéricos resultan muy ilustrativos (y de hecho hablan de un crecimiento en el trabajo autónomo, como lo documenta un estudio reciente realizado a nivel comparado basado en datos de Eurostat<sup>13</sup>), pero no lo suficiente, porque necesitamos profundizar nuestro análisis para considerar la composición de esta categoría. Es sobre todo su composición *interna* la que ha cambiado profundamente en los últimos años, de modo que pierde virtualidad referirse al fenómeno solo en términos de valores absolutos.

Algunas investigaciones cualitativas más recientes confirman la hipótesis del fenómeno de la sustitución extensiva, pero también confirman el crecimiento del llamado “trabajo autónomo de segunda generación”, es decir, trabajadores dedicados a actividades con contenido intelectual o creativo, cuya autonomía se basa en habilidades técnico-científicas y habilidades de comunicación poseídas, en lugar basarse en patrimonios y propiedades, como fue el caso de los artesanos y comerciantes<sup>14</sup>. Un incremento de la tasa de los trabajadores independientes también se puede atribuir al aumento del tamaño al tipo de empleo requerido, en los sectores en donde estos están más presentes (servicios empresariales y servicios sociales), en comparación con los sectores donde no están presentes (agricultura, comercio y producción), lo que implica una señal del cambio productivo de manera paulatina hacia el sector terciario.

Otro factor clave en el crecimiento tanto de los trabajadores autónomos precarios como de los trabajadores autónomos profesionales, como antes mencionado, es precisamente la innovación tecnológica, no solo en términos de aumentar la oferta de nuevas habilidades profesionales, sino, aún más importante, a través de sus efectos sobre la demanda laboral.

La demanda de trabajo de las empresas de la *gig economy* se ha dirigido principalmente hacia el autoempleo por las características que éste ofrece, es decir, la de una fuerza laboral intrínsecamente flexible, individual e inmediatamente disponible<sup>15</sup>. Esto ha llevado a la multiplicación de los puestos de trabajo

<sup>13</sup> R. Semenza, F. Pichault, *The Challenges of Self-Employment in Europe*. Status, Social Protection and Collective Representation, Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

<sup>14</sup> S. Bologna, A. Fumagalli, *Il lavoro autonomo di seconda generazione: scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1997

<sup>15</sup> R. Semenza, A. Mori, *La crescita del lavoro autonomo e le nuove sfide sociali*, en *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile* (a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi), Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 13 ss.

autónomo en campos como la ingeniería, el diseño, la comunicación, la investigación y la consultoría.

En estos casos, el autoempleo se identifica con situaciones muy diferentes entre sí: desde las actividades típicas de consultoría con un alto nivel de conocimiento especializado -piénsese en las nuevas profesiones de tipo consultoría vinculadas a lo digital- hasta las profesiones liberales del sector de la industria creativa y cultural -músicos, escritores, periodistas-, pasando por el trabajo independiente posibilitado por plataformas digitales especializadas en la gestión del encuentro entre la oferta y la demanda. Estos trabajadores, como leemos en el “Manifiesto Acta” suscrito por un grupo organizado de trabajadores autónomos<sup>16</sup>, no tienen que responder simplemente a una demanda del mercado; a menudo tienen que “construir el mercado”, “inventar la demanda”, descubriendo las necesidades ocultas, inconscientes e implícitas del cliente. Contrariamente a lo que se podría pensar, este tipo de relaciones a menudo están dotadas de cierta estabilidad. Para las empresas que se centran en los procesos de innovación, resulta crucial contar con una red estable de profesionales altamente cualificados, con lenguajes compartidos y, por lo tanto, capaces de actuar como conectores entre comunidades epistémicas<sup>17</sup>.

La literatura sociológica también ha destacado repetidamente los aspectos subjetivos (la *agency*) del autoempleo, refiriéndose a una especie de empuje espontáneo y liberador de las nuevas generaciones de trabajadores, atraídos por estilos de vida alternativos a los más rígidos y típicos del trabajo subordinado vinculados a las limitaciones de las empresas<sup>18</sup>.

Sin embargo, estas nuevas oportunidades de empleo no van necesariamente de la mano de la aparición de nuevos perfiles profesionales cualificados. A menudo, las trayectorias profesionales de los trabajadores autónomos se han asociado con inseguridad laboral, inestabilidad de los ingresos y falta de desarrollo de habilidades profesionales<sup>19</sup>.

Los iuslaboralistas han redescubierto así “los caminos trans-típicos de la precariedad laboral”<sup>20</sup>. Como ya se ha mencionado, estos nuevos mercados laborales se caracterizan por una gran porosidad entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo y por el uso de esquemas contractuales híbridos que permiten

<sup>16</sup> Manifiesto Acta, en <https://www.actainrete.it/2010/10/22/questo-e-il-nostro-manifesto/>.

<sup>17</sup> V. Finotti, *Lavoro autonomo e lavoro agile: una nuova frontiera manageriale*, en *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, op. cit., p. 27 ss.

<sup>18</sup> R. Semenza, A. Mori, op. cit., p. 21.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, en G. Zilio Grandi G., M. Biasi, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, op. cit., p. 66.

combinar flexibilidad y continuidad. El mismo servicio, caracterizado por el trabajo sin limitaciones precisas de tiempo y lugar de trabajo, puede ser calificado como un servicio de trabajo subordinado, para-subordinado o autónomo según un continuum de dependencia-autonomía en el que es difícil distinguir dónde termina un tipo y dónde comienza el otro<sup>21</sup>.

Puede ser interesante analizar más de cerca las reacciones del legislador, la doctrina y la jurisprudencia italianas a esta redefinición de las fronteras internas del trabajo para tratar de entender si lo que se está produciendo es una adaptación del derecho laboral a la cambiante situación social, como ha ocurrido en otros momentos de la historia, o si, por el contrario, hay un cambio más profundo en sus coordenadas subyacentes.

### **3. LAS POSTURAS DE LA DOCTRINA: BIPOLARIDAD DE LA CALIFICACIÓN, REPLANTEAMIENTO DEL PARADIGMA LABORALISTA, HIPÓTESIS FUNCIONALISTA**

Si queremos simplificar al máximo, podríamos decir que la doctrina se ha visto atrapada en un debate influido por peticiones de principio, más en particular por una cierta visión de lo que es el derecho del trabajo y, más aun, de lo que debería ser, oscilando entre el intento de mantener el modelo bipolar basado en la dicotomía subordinado/autónomo y el anuncio de la necesidad de un cambio radical del paradigma laboral.

Leyendo la dicotomía en las que la normativa laboral tiende a dividir su propio universo de manera imperecedera, no se puede dejar de recordar lo que Gaetano Vardaro escribió hace más de treinta años en lo que es quizás el último de sus escritos antes de su muerte prematura. Es uno de sus escritos más expresivos, en el cual Vardaro cuestionó la actitud “antievolucionista” que caracterizó, en su opinión, a una parte de la doctrina del Derecho del Trabajo. Una doctrina que pensaba que no había nada nuevo bajo el sol y que su tarea esencial era “construir la autonomía científica del derecho del trabajo en torno a un concepto unificador ‘fuerte’ del trabajo subordinado y, en consecuencia, reconducir la mutabilidad de lo social a este último concepto clave, a través de un incesante trabajo de subsunción-simplificación”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> A, Perulli, *op. ult. cit.*; P.Tullini, *C'è lavoro nel web?*, en *Labour & Law Issues*, 2015, n. 1, en <https://labourlaw.unibo.it/article/view/4931>.

<sup>22</sup> El artículo reproduce su intervención en una conferencia inolvidable sobre “El trabajo subordinado y su entorno” organizada en Trento por Marcello Pedrazzoli, cuyas actas fueron recolectadas en un volumen ya mencionado en este escrito (G. Vardaro, *Subordinazione ed evolucionismo*, en M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni.... op. cit.*, p. 77 ss.).

Pero la tarea del jurista, objetó Vardaro, no puede ser sólo la de desempeñar un papel de “reducir la complejidad de lo social”. Una versión más sofisticada de su función puede tender no sólo a unificar, sino también a distinguir los fenómenos sociales y, sobre todo, a comprender que, desde sus orígenes, la legislación laboral se ha orientado funcionalmente hacia la consecución de objetivos de política social y no hacia la garantía de la certeza de las relaciones sociales y de la integridad del sistema jurídico, al que tiende la codificación civil.

El eco de las críticas de Vardaro ha resurgido hoy en las posiciones de quienes hablan de la necesidad de un “cambio de paradigma en el derecho laboral”. El problema de un sistema de derecho laboral racional y justo -se ha dicho- “no se resuelve con la producción de cualificaciones formalmente correctas, es decir, evitando/reduciendo las incertidumbres calificadoras... sino logrando la equidad y la justicia social en la regulación de las relaciones”<sup>23</sup>. Esa equidad y justicia que un sistema rígidamente binario, aplicado a un mercado laboral en continua evolución, ya no se puede producir.

De ahí la propuesta de utilizar elementos como la “dependencia económica”, capaz de extender selectivamente determinadas protecciones a las relaciones de trabajo no subordinado, ya sea mediante la creación de figuras intermedias (como hizo el legislador inglés con la categoría de *worker*), ya sea interviniendo en la fase previa a la calificación (como hizo el legislador francés al establecer una nueva “responsabilidad social de las plataformas”, de forma que se garantice al prestador de servicios una serie de derechos que normalmente no se reconocen a los trabajadores autónomos).

La propuesta de adoptar técnicas correctivas (de *derecho remedial*), es decir intervenciones *ex post*<sup>24</sup>, también va en la misma dirección. Se trata de un enfoque anglosajón basado no tanto en operaciones de calificación, en la delimitación de las categorías jurídicas o en la creación de otras nuevas, en otras palabras, basado en el caso de que se trate, sino en la identificación de los remedios más adecuados, es decir, fundamentado en los efectos de la regulación). Cuando este enfoque se aplica a las diferentes formas de trabajo de la economía “colaborativa” que escapan a las categorías tradicionales, se traduce en la propuesta de una aplicación selectiva de la normativa protectora típica del trabajo subordinado (salario mínimo, derechos sindicales, la prevención de accidentes, las prestaciones de la seguridad social, la protección de la intimidad), superando el enfoque tradicional del “todo o nada” común en nuestra experiencia; o bien se traduce en medidas

<sup>23</sup> A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile...*, op.cit., p. 49.

<sup>24</sup> T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, en *Lavoro e diritto*, 2017, p. 367 ss.

de tipo privado (responsabilidad civil, normas de seguros, protección en caso de contratistas débiles, cláusulas en materia de rescisión injusta, etc.).

El declive de la lógica del caso tendría como corolario una reevaluación del papel del juez, ya que el vacío del caso tendría que ser cubierto por la interpretación: los jueces tendrían que decidir si enmarcar las relaciones laborales de la economía digital en las categorías tradicionales (autoempleo, trabajo subordinado), con la aplicación de toda la disciplina al respecto, o si tener en cuenta el carácter híbrido de dicho trabajo, “para buscar soluciones que respondan mejor a las características diversificadas de los servicios y a las necesidades de protección de las personas implicadas”<sup>25</sup>.

Al hacerlo, los jueces ya no se guiarían por el marco tranquilizador del caso de que se trate, sino que se enfrentarían a la diversidad de los casos reales con la (única) orientación de los principios generales. Mientras que las operaciones tradicionales de calificación de los jueces presuponen el uso de algún criterio general selectivo, como la hetero-dirección, la dependencia económica, la disparidad de poder contractual entre las partes, etc. Según este enfoque, los jueces se encontrarían aplicando principios generales en ausencia de tales criterios y realizando operaciones distintas de la técnica de subsunción.

#### **4. EL “EXPERIMENTALISMO” DEL LEGISLADOR Y LAS INCERTIDUMBRES DE LA JURISPRUDENCIA**

Para pasar a describir cómo se ha enfrentado el legislador a los dilemas regulativos que plantea la atenuación de la dicotomía entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, hay que decir que hasta ahora se ha movido en la dirección de un experimentalismo que ha llevado a la adopción de instrumentos de protección diferentes y técnicas de intervención de carácter híbrido.

La presencia de cuatro figuras contractuales distintas en referencia a figuras profesionales afines, todas caracterizadas por la ausencia de restricciones precisas de tiempo y lugar de trabajo, confirma, a nivel normativo, la ósmosis entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo que ya se observa a nivel sociológico: es el llamado trabajo “ágil” (calificado como trabajo subordinado); el trabajo autónomo hetero-organizado; el trabajo autónomo coordinado (una vez calificados como trabajos para-subordinado); el trabajo autónomo económicamente dependiente.

En el caso del trabajo “ágil” (introducido y regulado por los artículos 18 a 23 de la Ley n. 81/2017) y del trabajo hetero-organizado (introducido por el

<sup>25</sup> Ibidem, p. 383.

párrafo 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo n. 81/2015, uno de los decretos de aplicación del “Jobs Act”, la reforma de la legislación italiana durante los años 2014-2015, durante el Gobierno Renzi), el legislador, aunque recurrió a la técnica de calificación, ya no la ha calibrado sobre la usual ecuación casos-efectos, sino que la ha vinculado a una técnica vagamente funcionalista.

En el trabajo “ágil”, la regulación de la relación, calificada como trabajo subordinado, se delega en gran medida al acuerdo de las partes, que pueden incluso establecer los procedimientos para el ejercicio del poder de control y disciplinario del empleador.

En el trabajo coordinado hetero-organizado, calificado como trabajo autónomo cuyos métodos de ejecución son organizados por la empresa cliente quién lo utiliza también en relación con el tiempo y el lugar de trabajo, el régimen jurídico de la relación es la del trabajo subordinado.

Con la reforma de las disposiciones del artículo 409 del código de enjuiciamiento civil dedicados al trabajo autónomo coordinado, también efectuada por la Ley n. 81/2017, el legislador ha vuelto a utilizar la técnica calificadora, redefiniendo el elemento clave de la “coordinación”, con el fin de reafirmar el carácter autónomo de la colaboración sobre la base del acuerdo entre las partes de los métodos de coordinación, que deben ser establecidos de mutuo acuerdo por las partes, ya en el momento en el que se establece la relación jurídica entre ambas partes.

En el “Estatuto del trabajador autónomo” (introducido por la misma Ley n. 81/2017), el legislador ha utilizado instrumentos propios, no del derecho laboral sino del derecho de sociedades, pero de un derecho de sociedades que utiliza el concepto de dependencia económica. A todas las relaciones de trabajo autónomo, y por lo tanto no sólo al trabajo autónomo “débil” en el mercado, se les vinculan, algunas garantías legales que reflejan la ya preexistente regulación sobre las condiciones contractuales que estén desequilibradas en ambas empresas, en las relaciones entre empresas, así como otras garantías de seguridad social (maternidad, baja por paternidad, enfermedad y accidente), u otras de formación exenta de impuestos e información adecuada para el acceso a los contratos públicos.

Finalmente, en la última intervención (Ley n. 128/ 2019, ), el legislador se ha adaptado, en cambio, a la promulgación de una legislación sectorial, dedicada únicamente a los *riders*, en la que se establecen unas garantías mínimas en materia de retribución y de protección de la salud y la seguridad, también para los *riders* autónomos no hetero-organizados.

En cuanto a la jurisprudencia, inicialmente se fundamentó en los esquemas clásicos de la técnica tradicional de subsunción y se corroboró su sustancial ineficiencia regulatoria.

En uno de los primeros casos de *riders*, el Tribunal de Turín, excluyendo la posibilidad de utilizar la nueva noción de “hetero-dirección”, considerándola una noción “aparente” porque podía superponerse a la noción tradicional de subordinación, también excluyó el carácter subordinado de su relación laboral, ya que los trabajadores no estaban obligados a prestar el servicio, pudiendo elegir si cumplir o no con las peticiones de la empresa y, por otra parte, por la falta de ejercicio del poder disciplinario por parte de la plataforma<sup>26</sup>.

Distinto fue el enfoque de la jurisprudencia, en una conocida sentencia de los años 80, en la que el Pretor de Milán, al evaluar las nuevas formas de trabajo que precedieron a la de los *riders* (los llamados “pony express”), había considerado que una calificación de esas relaciones laborales en el sentido de la autonomía no sólo significaría “tergiversar el valor jurídico a través del uso formalista de los cánones tradicionales de calificación”, sino que también constituiría “una evaluación inadecuada desde el punto de vista social e histórico”<sup>27</sup>. El caso terminó inesperadamente en el Tribunal Supremo con la calificación de estos trabajadores como autónomos<sup>28</sup>, sobre la base de un criterio muy cuestionable -el de la libertad formal de estos trabajadores para rechazar la llamada- que en la actualidad también se aplica a los trabajadores de la *gig economy*.

Es precisamente la controversia sobre la naturaleza subordinada o autónoma del trabajo de los *riders* lo que nos hace dudar de las capacidades reales de adaptación de la noción de trabajador subordinado, que se ha consolidado con el paso del tiempo. Estas incertidumbres surgen, además, no sólo en los tribunales italianos, sino también en los de otros países que oscilan entre situar a los *riders* en el campo de la subordinación o de la autonomía.

En el caso italiano, los jueces no han tardado en darse cuenta de que la figura del trabajo hetero-organizado podría ser una solución reguladora eficaz y han comenzado a explotar los nuevos tipos normativos que ofrece la legislación más reciente<sup>29</sup>, sin renunciar a una función de selección de la protección aplicable, posibilitada por la adhesión a la teoría del *tertium genus*, pero de la que no hay ningún rastro en la regulación legal, que establece la aplicación de la totalidad de la regulación del trabajo subordinado a esta categoría de trabajadores. En

<sup>26</sup> Trib. Torino, 5 de julio de 2018, seguido después por Trib. Milano, 10 de septiembre de 2018.

<sup>27</sup> Pretura de Milán, 20 de junio de 1986.

<sup>28</sup> Cass. 10 de julio 1991, n. 7608.

<sup>29</sup> Este fue un resultado pronosticado por quienes habían observado que la hetero-organización, en el estado actual de las cosas, podría convertirse en el criterio exclusivo para el acceso al planeta de las protecciones básicas por parte de los trabajadores autónomos (G. Bronzini, *Il punto sul futuro del lavoro autonomo nell'era della share- economy*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, p.76 ss.).

este último sentido, destaca la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín<sup>30</sup>, donde los jueces, después de haber rechazado la singular tesis apoyada por el antes mencionado Tribunal de Primera Instancia sobre la categoría “aparente” del trabajo hetero-organizado, esbozan a través del uso de esta nueva categoría un *tertium genus* intersticial<sup>31</sup>, al que se aplican selectivamente las protecciones propias del trabajo subordinado. En particular, el Tribunal reconoció las diferencias de remuneración derivadas de la aplicación del convenio colectivo de logística, pero excluyó la aplicabilidad de las normas sobre despidos al no reconocer el carácter subordinado de las relaciones.

Por último, el Tribunal Supremo en una decisión muy reciente, aunque confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín, indicó una tercera opción, definida explícitamente por los jueces como una de tipo “remedial”<sup>32</sup>. Se trata, argumenta el Tribunal Supremo, de la elección consciente de una precisa política legislativa por parte del legislador. Es decir, se trata de emitir “una regla de regulación que no crea un nuevo tipo”. Esta elección se inspiró en la necesidad, frente a la complejidad y variedad de nuevas formas de trabajo y los resultados a veces inciertos y variables de los litigios de calificación, de proteger a algunos trabajadores en condiciones de “debilidad económica” y que operan en un “área gris” entre la autonomía y subordinación, pero aún considerados dignos de una protección homogénea a la del trabajo subordinado. Por lo tanto, no se trata de crear un nuevo “*tertium genus*”, porque no tiene sentido cuestionar la calificación de estas formas de colaboración. Son la expresión de una “realidad económica en evolución rápida y constante”: “lo que importa es que para ellas, en unas tierras intermedias con fronteras débiles, el sistema estableció expresamente la aplicación de las reglas en el trabajo subordinado”<sup>33</sup>, *todas* las reglas, decreta la Corte Suprema (al contrario de lo juzgado por el Tribunal de Apelaciones<sup>34</sup>). De manera que, en presencia de condiciones de trabajo consideradas equivalentes a aquellas de las de los trabajadores subordinados, “se requiere protección equivalente”

<sup>30</sup> Tribunal de Apelación de Turín, 4 de febrero de 2019, n. 26

<sup>31</sup> Comentario de F. Martelloni, La Corte d'appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora, in *Questione Giustizia*, 17 aprile 2019.

<sup>32</sup> Cass. 24 de enero 2020, n. 1663.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> La doctrina objetó a esta última decisión que se había expresada en el sentido de una aplicación selectiva de las típicas protecciones del trabajo subordinado, sin que existiera ningún soporte textual capaz de avalar esta tesis, que las operaciones de este tipo podían conducir a una “discrecionalidad valorativa ingobernable” (F. Martelloni, *op. cit.*). Esta es una crítica que debe considerarse desactualizada después de la sentencia del Tribunal de Casación, incluso si la Casación no excluye que, en abstracto, pueden haber situaciones en las que la aplicación plena de la disciplina de subordinación sea ontológicamente incompatible con las situaciones que deben regularse.

y por lo tanto, la respuesta es la plena aplicación de la regulación del trabajo subordinado<sup>35</sup>.

El desapego del “dilema de calificación” respecto de los jueces de la Corte Suprema no podría ser más evidente.

## **5. EL DERECHO DEL TRABAJO ENTRE GRANDES DICOTOMÍAS, “ESTATUS DE EMPLEADOS” Y FUNCIONALISMO. LAS NUEVAS CATEGORÍAS DE RIESGO Y VULNERABILIDAD**

Como conclusión, mientras la doctrina se compromete a preservar las grandes dicotomías del pasado o a construir un nuevo marco general que supere estas dicotomías, con la creación de una noción de trabajo capaz de captar la zona gris entre la subordinación y la autonomía construida sobre el concepto de “dependencia”, el legislador y la jurisprudencia parecen poco interesados en operaciones de gran envergadura y, por contra, se mueven en la dirección de soluciones *ad hoc*, de carácter pragmático y funcionalista.

Ni lo que hizo el legislador, ni lo que la jurisprudencia comenzó a interpretar se ha mantenido libre de críticas.

Algunos han considerado negativamente, por ejemplo, la introducción de la noción de “trabajo hetero-organizado”, que habría complicado aún más la cuestión de la calificación, introduciendo una noción con límites débiles y llevando a una extensión forzada de la noción de subordinación<sup>36</sup>. En cuanto al nuevo Estatuto del trabajo autónomo, se ha dicho que, al adoptar una perspectiva reguladora “universalista en sus objetivos y civilista en su contenido”, el trabajo autónomo se ha reincorporado abruptamente al ámbito del derecho contractual civilista (afirmación que no es del todo correcta, ya que hay otros aspectos de la regulación que, en cambio, se toman prestados del derecho laboral)<sup>37</sup>. Además, se consideró un grave error conceptual haber concebido el trabajo autónomo como una categoría única, independientemente de las formas concretas en que estas relaciones tienen lugar en el mercado y de las necesidades de protección social expresadas por las distintas categorías de trabajadores<sup>38</sup> (una crítica similar se formulará respecto del caso español); una insatisfacción que contrasta con la

<sup>35</sup> Cass. 24 de enero 2020, n. 1663.

<sup>36</sup> G. Bronzini, *Il punto sul futuro del lavoro autonomo...*, op.cit.

<sup>37</sup> A. Perulli, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, en *Lavoro e diritto*, 2017, p. 251 ss.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

valoración ampliamente positiva dada por algunas organizaciones de trabajadores autónomos “de segunda generación”.

Ahora bien, es cierto que el legislador no ha aceptado la idea de un cambio de paradigma y no ha escuchado una vez más la exhortación, reiteradamente formulada por una parte de la doctrina, a establecer un Estatuto del trabajo dependiente. Pero no cabe duda de que, en su pragmatismo, en su renuncia a intervenir en la definición de nuevos casos fundamentales del derecho del trabajo, para avanzar hacia técnicas flexibles y articuladas<sup>39</sup>, podemos ver una superación de la que Vardaro llamó “la bipolaridad subsuntoria”<sup>40</sup>, el reconocimiento, tal vez definitivo, de la irrelevancia del problema calificativo a efectos de la identificación de las regulaciones aplicables.

Esto, tal vez, pueda servir para desvincular la discusión de esa “hipertrofia ideológica” que nos ha impedido abordar directamente, y sin construcciones preconcebidas, los problemas de política de derecho que, en los últimos años, han sido objeto de constante revisión en el debate sobre la subordinación y la autonomía en el ámbito del derecho laboral. Se trata de problemas típicos de regulación, es decir, se refieren a la función de las normas que el Derecho laboral ofrece al mercado. En cambio, el hecho de haber reconducido estos problemas a las discusiones sobre lo que se presenta como la “cuestión última”, es decir, la corrosión o el mantenimiento del caso típico, nos ha impedido a menudo reconocerlos y tratarlos como tales.

La protección de la dignidad de la persona en la relación de mercado y el interés por las funciones, la satisfacción de las necesidades y la realización de los fines, más que por las estructuras, han sido siempre dos elementos fundamentales del derecho del trabajo, los polos entre los que oscilan las dos almas de la materia, la normativista y prescriptiva y la funcionalista. Hoy en día, estos elementos se presentan de forma fluida y flexible. La aplicación de las reglas de derecho no supone, por lo tanto, el “carácter dramático” de las opciones calificadoras hechas a través de la técnica del caso definido<sup>41</sup>, sino la mutabilidad de la técnica de los juicios de compatibilidad, de la aplicación de remedios *ad hoc* y de normas de regulación.

<sup>39</sup> P.Tullini, Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora, en *Lavoro, diritti*, Europa, 2018, n. 1, p. 8, en [https://www.lavorodirittieuropa.it/images/articoli/pdf/ARTICOLO\\_FOODORA\\_TULLINI.pdf](https://www.lavorodirittieuropa.it/images/articoli/pdf/ARTICOLO_FOODORA_TULLINI.pdf)

<sup>40</sup> G. Vardaro, op. cit., p. 107.

<sup>41</sup> V. Ferrari, A proposito di «the legal construction of personal work relations» di Mark Freedland e Nicola Kountouris, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, p. 315 ss.

Sin embargo, juicios de compatibilidad, remedios y normas de regulación no son suficientes. Es innegable que el trabajo en la economía digital pone a prueba las categorías tradicionales, pero esto no significa que el legislador pueda evitar la necesidad de construir nuevos enfoques y pueda renunciar a expresar opciones normativas precisas, incluso diferenciadas, no sólo porque, en algunos casos, los resultados de la ponderación y el uso exclusivo de soluciones a posteriori podrían ser insatisfactorios, sino también porque las opciones reguladoras dependen de precisas opciones de atribución.

Supongamos que los derechos cuya aplicación debe garantizar el juez son derechos que requieren la actuación del Estado (por ejemplo, derechos de carácter previsional): ¿cómo podemos superar la objeción de que tales derechos no son directamente exigibles porque requieren la asignación de recursos públicos que no están a disposición de los jueces y que presuponen opciones políticas específicas? ¿Cuál es el umbral de acceso a estos derechos? Se trata de opciones reguladoras que no pueden dejarse en manos de los tribunales <sup>42</sup>.

Por último, se plantea la cuestión de si, desde esta perspectiva, el concepto de “trabajo dependiente” también debe ser replanteado.

En países como Gran Bretaña, la discusión sobre la superación de la dicotomía entre trabajo autónomo y trabajo subordinado no se ha desarrollado, como en nuestros países, en torno a nociones de cómo se dirige u organiza el trabajo, o en torno a categorías “puente” como la del trabajo dependiente, sino sobre la base de un enfoque que deconstruye las categorías clásicas y construye otras nuevas, poniendo en el centro del sistema los valores de la dignidad, la optimización de las capacidades y la estabilidad; lo que, a su vez, lleva a situar el “trabajo personal” en el centro del derecho laboral en lugar del trabajo subordinado<sup>43</sup>.

Se trata de un enfoque excéntrico en comparación con el punto de vista tradicional de la cultura del derecho laboral italiano. No porque, como se ha dicho, tampoco en el debate italiano se haya manifestado la tendencia a ir más allá de la dicotomía entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, con el fin de sacar a la luz nuevas nociones unitarias, sino porque este debate ha permanecido a menudo completamente vinculado al objetivo de restablecer un equilibrio entre las partes contratantes, dotadas originalmente de un poder contractual muy diferente.

<sup>42</sup> V. M. Barbera, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, p. 417.

<sup>43</sup> M. Freedland, N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

La lógica de la propuesta reconstructiva en la que se basa la noción de “trabajo personal” es diferente. En la lógica de esta propuesta reconstructiva, la razón de ser del derecho laboral no radica tanto en el reequilibrio de la disparidad de poder contractual (y social) entre las partes, como en el fortalecimiento de la seguridad económica y existencial del trabajador. El debate sobre los nuevos criterios de calificación que pueden ser el eje de una regulación más inclusiva de las relaciones laborales pasa de los criterios objetivos discutidos hasta ahora --en primer lugar, el de la dependencia económica-- a criterios subjetivos, como la vulnerabilidad y la exposición al riesgo<sup>44</sup>. La dimensión del poder no desaparece, pero las estructuras de poder no conciernen al trabajador como tal, es decir, como miembro de una clase social sobre la que pesan obstáculos de carácter económico y social que impiden el pleno desarrollo de la persona humana, sino a la persona humana *tout court*. Con ello, el principio personalista que siempre ha dominado la materia asume, en relación con el valor de la dignidad, un nuevo sentido, más cercano al significado universalista de la persona propio del sistema de protección de los derechos humanos.

<sup>44</sup> P. Loi, Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio, en *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, p. 259 ss.