

EL DERECHO DEL TRABAJO EN CONSTANTE TRANSFORMACIÓN: DE LA DISMINUCIÓN A LA AMPLIACIÓN DEL ESTATUS DEL SUJETO LABORAL REGULADO

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

SUMARIO: I. *Las transformaciones de las relaciones laborales en un escenario complejo*. II. *La subordinación: de fundamento de la relación laboral a elemento en crisis*. III. *Una nueva figura: la parasubordinación*. IV. *La ampliación del estatus del sujeto laboral regulado*.

I. LAS TRANSFORMACIONES DE LAS RELACIONES LABORALES EN UN ESCENARIO COMPLEJO

Desde el punto de vista histórico, el derecho del trabajo es una disciplina relativamente joven, su nacimiento se relaciona con el nacimiento de la fábrica, de la producción industrial. Sin embargo, a pesar de su juventud, quizá sea una de las disciplinas que ha contado con múltiples nociones¹ y que ha atravesado en poco tiempo diferentes momentos históricos, que han definido y definen ahora su contenido.²

¹ Derecho industrial, derecho de la clase trabajadora o de clase, mecanismo para regular la relación entre trabajadores y empleados. Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1961, p. 240.

² Particularmente una evolución para algunos, o involución para otros, en cuatro grandes etapas históricas. Barbagelata, Héctor-Hugo, *El particularismo del derecho del trabajo*, Montevideo, FCU, 1995, p. 121; Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La flexibilidad laboral: la nueva era del derecho del trabajo”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995; *idem*, “Las tendencias del derecho social en América Latina: Brasil, Colombia, México y Perú”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 99, septiembre-diciembre de 2000, pp. 1209-1251;

En materia sindical, a partir de los años ochenta se ha presentado una disminución en la tasa de afiliación sindical, que en algunos países se ha estabilizado (el caso de Europa), y en otros, particularmente nórdicos, lejos de sufrir una caída en la afiliación sindical ésta se ha incrementado, tal y como ha sido el caso de Suecia.³

Además los sindicatos se enfrentan a nuevos interlocutores sociales. Desde aquellos que se manifiestan a nivel de la empresa —comités de empresa—, representantes de personal, que no necesariamente se integran por trabajadores sindicalizados, hasta aquellos externos, particularmente las organizaciones no gubernamentales que pueden tener intereses muy diversos. La paradoja que aparece es que a pesar del incremento del número de organización, ya sea a nivel de la empresa, o fuera del campo de la empresa pareciera que no se ha reflejado en un aumento del poder de negociación de los trabajadores, sino en una atomización de intereses que ha logrado dividir y sectorizar, más que unir y generalizar. Nos preguntamos también si la emergencia de nuevos actores sociales, lejos de atomizar, permitirá crear una red de redes, que posibilite ir más allá de la mera protesta callejera o importante —Seattle en Estados Unidos— focalizada en un objetivo momentáneo —los *Sans Papiers* en Francia— o región que genera utopías temporales —los zapatistas en México—, que si bien son importantes no dejan de ser efímeras.

En la evolución reciente del derecho del trabajo, aparece una característica intrínseca a todo sistema de relaciones laborales: la flexibilidad.⁴ La máxima de disminuir costos en el proceso de producción, particularmente laborales, es una constante, so pena de perder competitividad y empleos, pero con el costo para el trabajador de precarizar sus condiciones de trabajo.⁵ La paradoja es que pareciera que ese proceso, antes de los países subdesarrollados ahora se presenta en los industrializados,⁶ generando una es-

Goldin, Adrián O., “El destino incierto del derecho del trabajo”, en Buen, Néstor de (coord.), *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla, 2002.

³ *Le travail dans le monde. Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale*, 1997-1998, Ginebra, OIT, noviembre de 1997.

⁴ Ozaki, Muneto (dir.), *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y el Estado*, Ginebra, OIT, 2002, p. 181.

⁵ Tokman, V. E. y Martínez, D. (eds.), *Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo*, Perú, OIT, 1999, p. 199.

⁶ De particular interés puede ser la reforma laboral de 2003 en Italia. En Italia, durante muchos años la negociación colectiva ha tenido un lugar más importante, incluso,

piral en descenso permanente de las condiciones de trabajo y un fenómeno de exclusión social.⁷

El derecho del trabajo se encuentra, además, inmerso en un fenómeno globalizador,⁸ que si bien es cierto no es nuevo,⁹ si lo es el enfoque que pretende predominar. El Estado deja de tener el monopolio en la elaboración de las reglas económicas y sociales, mientras que presenciamos la consolidación de organizaciones internacionales, preponderantemente de naturaleza económica, tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la OCDE, que pretenden ser los entes reguladores de las relaciones económicas. Asimismo, asistimos a la formación de bloques económicos que en algunos casos consideran el discurso social, como en la Unión Europea, o en otros casos la agenda social simplemente ha sido dejada de lado, tal y como ocurre con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés), no obstante la celebración de algunos acuerdos paralelos en materia laboral y ecológica.

El enfoque globalizador predominante considera más importante el aspecto económico que el social. Ante esta perspectiva, es lógico preguntarse quién, dónde y cómo se elaborarán las nuevas políticas y regulaciones sociales que busquen solucionar la gran desigualdad existente entre los seres

que el que la ley en un momento ha determinado. Sin embargo, la reforma antes citada ha reducido o achicado la negociación colectiva. Pareciera que se está acabando con la concertación, pues la negociación colectiva se ve amenazada; ya el tema no es la adecuación de la negociación colectiva al proceso productivo, sino la sobrevivencia de la misma negociación.

⁷ Yépez del Castillo, Isabel, “El estudio comparativo de la exclusión social: consideraciones a partir de los casos de Francia y Bélgica”, y Townsend, Meter y Lee, Meter, “Estudio sobre la desigualdad, los ingresos bajos y el desempleo en Londres 1985-1992”, ambos en *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 113, núm. 5-6, 1994.

⁸ Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos*, Ginebra, OIT, p. 185.

⁹ Por sólo pensar en un acontecimiento de inicios del siglo XX, de connotación global y social, el Tratado de Versalles dejó de manifiesto la necesidad de pensar de una manera global los problemas sociales. El preámbulo de la parte XIII del Tratado de Versalles (1919) que puso fin a la Primera Guerra Mundial, presentó las tres razones que fundaron el nacimiento de la OIT: a) la Sociedad de Naciones tiene por objeto la paz universal, pero tal paz puede únicamente darse en la justicia social; b) existen en el mundo condiciones de trabajo que implican, para gran número de personas, la injusticia y la miseria, situación que pone en peligro la paz y la armonía universales, por lo que es urgente mejorar las condiciones de trabajo; c) la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano es un obstáculo a los esfuerzos de los pueblos deseosos de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores.

humanos, ya no sólo en los países subdesarrollados, sino también en los países industrializados, que ya sufren las penurias de la flexibilidad laboral. ¿Existe la posibilidad de establecer regulaciones económicas y sociales, o las políticas monetarias se impondrán sobre las políticas sociales, permanecido ciegas a la necesaria interacción y complementariedad de unas con otras?, ¿será posible pensar en una armonización de las políticas sociales para enfrentar dos problemas endémicos de nuestras sociedades contemporáneas: el desempleo y el financiamiento de la seguridad social?

Otro fenómeno, particularmente presente en los países subdesarrollados, es el interesante y preocupante tema de la informalidad, que repercute en la falta de protección de los trabajadores que se encuentran en dicho sector y que genera, a su vez, una presión para disminuir las condiciones de trabajo de aquellos que laboran en el sector estructurado o formal de la economía. Por sólo señalar un dato, en América Latina la evolución de la informalidad de 1990 a 1999 muestra un incremento, ya que ha pasado del 42.8% en 1990 al 46.4% del total de ocupados en el mercado de trabajo en 1999. Esto significa que seis de cada diez nuevos empleos generados en la década fueron en el sector informal.¹⁰

Finalmente, sin que necesariamente sea el último problema, en el caso de los países latinoamericanos, éstos se han enfrentado históricamente ante la falta de eficacia y efectividad de la norma jurídica; esto es, o la norma no se conoce o si se conoce no se respeta.¹¹

No obstante, todos los desafíos que presenta la actual coyuntura internacional y nacional en materia de derecho del trabajo, las puertas para encontrar respuestas existen; sólo tenemos que abrirlas.

II. LA SUBORDINACIÓN: DE FUNDAMENTO DE LA RELACIÓN LABORAL A ELEMENTO EN CRISIS

Una de las características fundamentales del derecho del trabajo es la relación de subordinación que existe entre el empleador y el trabajador. No se podría entender el nacimiento del derecho del trabajo sin dicho elemento. De hecho, puede considerarse que el surgimiento del derecho del traba-

¹⁰ Tokman, E. Víctor (dir.), *De la formalidad a la modernidad*, Santiago, OIT, 2001, p. 258.

¹¹ Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley-Londres, University of California Press, 1975, pp. 58-65.

jo parte de dos elementos fundamentales: la consideración del trabajo como un bien jurídico y del trabajador como un sujeto que requiere protección especial:

Las primeras leyes protectoras del trabajo determinaron su ámbito de aplicación mediante la enumeración de las actividades alcanzadas y de los sujetos protegidos, sin pronunciarse sobre la naturaleza del vínculo jurídico existente entre trabajador y empresario.

La tipificación normativa se basó en una tipicidad social caracterizada por el trabajo efectivo de “obreros” y “empleados” en las “fabricas”, “talleres”, “establecimientos industriales”, “casas de comercio”, cualquiera fuere el tamaño de la organización.¹²

A partir del momento en que el empleador cuenta con la posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo del trabajador, existe una relación de subordinación. Dicha disposición crea una relación personal entre el trabajador y el empleador, de obediencia por parte del trabajador y de autoridad por parte del empleador, ya que éste puede disponer de su fuerza de trabajo mediante el pago de un salario:

La relación de obediencia tiene, como resultado de lo expuesto, dos aspectos: significa, de un lado, que la fuerza de trabajo del obrero está a disposición del patrono y, de otro, que el obrero está obligado jurídicamente a obedecer al patrono. Y los dos elementos se reúnen formando una sola unidad; no puede afirmarse que uno sea el primario y otro el derivado, sino que, más bien, son dos aspectos de una relación unitaria, pues para que exista posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo de otro, es preciso que éste esté obligado a obedecer al patrono y a la inversa; para que exista el deber de obediencia se requiere que el empresario tenga un poder jurídico de disposición sobre la fuerza de trabajo de sus obreros.¹³

La subordinación del trabajador en relación con el empleador queda limitada al trabajo que deba desempeñar, por lo que el trabajador puede rechazar toda orden que no guarde relación con el trabajo que esté obligado a desempeñar sin que incurra en responsabilidad alguna:

¹² Barbagelata, Héctor-Hugo, *Derecho del Trabajo*, Montevideo, FCU, 1978, t. 1, pp. 16 y ss.; citado por Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, FCU, 1999, p. 28.

¹³ Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 1961, t. I, *cit.*, nota 1, p. 497.

Debe entenderse la subordinación en su autentica dimensión. El poder de mando y el deber de obediencia que lo constituyen no operan de manera permanente o ilimitada. Existen sólo durante el tiempo de duración de la relación laboral, se entiende, durante la jornada de trabajo y exclusivamente respecto de lo que suele llamarse “el trabajo contratado”...¹⁴

El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) establece que el contrato de trabajo, “...cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario”. De la anterior definición se desprenden los elementos esenciales del contrato (la voluntad de las partes y el objeto posible) y se encuentran presentes los presupuestos de validez del mismo (la capacidad, el libre albedrío, la licitud en el objeto y la forma, aunque, como se sabe, de la forma no depende la existencia o no de la relación de trabajo).¹⁵ De la definición también se desprenden tres elementos constitutivos: la prestación de un trabajo personal, el pago de una remuneración y el vínculo de dependencia, es decir, el nexo de subordinación jurídica.

El derecho del trabajo se ha desarrollado bajo un modelo caracterizado por relaciones de trabajo homogéneas, constituidas de empleos estables, regulares y continuos, ocupados por trabajadores que laboran a tiempo completo, ejecutado su trabajo para un sólo empleador y bajo su control y en el mismo lugar de la empresa. Sin embargo, varias formas de empleo contemporáneas,¹⁶ no corresponden más a esta imagen clásica, por lo que la aparente claridad de la subordinación,¹⁷ así como la relación de mando

¹⁴ Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1989, t. I, p. 548.

¹⁵ Para un estudio a profundidad véase la obra del Néstor de Buen, *ibidem*, pp. 47 y ss.

¹⁶ Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa, 1999, pp. 205-237.

¹⁷ SUBORDINACIÓN. ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo. Tesis de jurisprudencia de la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 187-192, 5a. parte, sección: Jurisprudencia, p. 85.

del empleador y de obediencia del trabajador, actualmente no parecen tan evidentes a partir de la transformación del contexto del derecho del trabajo y de las relaciones laborales arriba mencionadas.

Asistimos a una crisis del modelo de relaciones laborales conocido como fordista.¹⁸ Dicha crisis ha llevado a plantearse la pregunta de si acaso no sería necesario favorecer la emergencia de uno o de varios tipos de relaciones salariales¹⁹ o reglamentar los nuevos fenómenos laborales.

La crisis del modelo fordista y la emergencia de nuevas relaciones de trabajo permiten pensar en un fuerte cuestionamiento de las relaciones de subordinación y del tránsito hacia relaciones atípicas²⁰ —la subcontratación, el subempleo, etcétera— o de relaciones laborales que se buscan encuadrar en figuras civiles o mercantiles a través del trabajo independiente o autónomo,²¹ así como la existencia de relaciones de trabajo “triangulares”,²² en donde intervienen terceros actores; escapando, en todos los casos, a los dos presupuestos fundamentales del derecho del trabajo arriba mencionados: la consideración del trabajo como un bien jurídico y del trabajador como un sujeto que requiere protección especial.

III. UNA NUEVA FIGURA: LA PARASUBORDINACIÓN

Para tratar de explicar las relaciones de trabajo atípicas, la doctrina habla de parasubordinación en la medida en que ciertos trabajadores se mueven en los umbrales de la subordinación y la autonomía, en principio

¹⁸ Cfr. Castel, Robert, “Droit du travail: redéploiement ou refondation?”, *Droit Social*, núm. 5, mayo de 1999, pp. 438-442.

¹⁹ Cfr. Beffa, Jean-Louis *et al.*, “Les relations salariales en France: État, entreprise, marchés financiers”, *Notes de la Fondation Saint-Simon*, núm. 107, junio de 1999, p. 95; Raso, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, Montevideo, AMF, 2003, p. 3001.

²⁰ Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, París, Dalloz, 1995, p. 30.

²¹ Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, *Empleo autónomo y empleo asalariado. Análisis de las características y comportamiento del autoempleo en España*, Madrid, 2004, p. 163.

²² Una relación de trabajo “triangular” aparece cuando los trabajadores de una empresa (proveedora o suministradora) trabajan para una tercera persona (utilizadora o usuaria) a la cual su empleador ha acordado realizar un trabajo o prestar un servicio. Los casos de relaciones triangulares, cabe señalar, no escapan a posibles encubrimientos, simulaciones o ambigüedades con el fin de evadir la legislación laboral, particularmente en su vertiente colectiva. Cfr. OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, Ginebra, 203, Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo, 91a. reunión, p. 44.

son independientes pero dependen de una sola persona que les proporciona el trabajo a realizar, es decir, se presenta una especie de combinación entre el trabajador independiente y el asalariado sujeto a un régimen de subordinación.²³

¿Cómo se manifiesta la parasubordinación? Se puede presentar el caso, por ejemplo, de la existencia de dos tipos de trabajadores bien diferenciados el uno del otro: los trabajadores de una empresa del sector formal que se encargan de distribuir diferentes catálogos de productos que son propuestos a la venta —ropa, perfumes, etcétera— y los trabajadores que reciben esos catálogos y se encargan de la venta de los productos, ya sea visitando casas familiares o realizando pequeñas reuniones en donde ofertan dichos productos. En este segundo caso de trabajadores, se trata de una especie de *tercium genus* que no tiene horario preestablecido ni un salario regular. En principio existe una relación más cercana al comercio que una relación típica entre empresa y asalariado. Se trata de una categoría de trabajadores “parasubordinados”, a medio camino entre un asalariado sujeto a un nexo de subordinación explícita con un empleador y un empresario independiente.

En relación con los trabajadores pertenecientes a ese *tercium genus*, se pueden presentar o considerar varias hipótesis. Se podría pensar que la parasubordinación no es en el fondo más que una manera de esconder una relación de subordinación efectiva.

También se podría pensar que quizá ha habido una confusión entre una actividad independiente y una empresa personal. Un empresario, a diferencia de un asalariado, normalmente es el propietario de sus instrumentos de trabajo, pero sobre todo trabaja bajo su propia cuenta y responsabilidad, lo que significa que soporta sólo los riesgos de su actividad, de la cual él recoge, al mismo tiempo, todos los beneficios, es decir, no trabaja en el marco de un servicio organizado ni bajo el control de una autoridad jerárquica.

En tal sentido, en el caso de los trabajadores parasubordinados, habría que preguntarse si trabajan en el marco de un trabajo organizado sujeto a un control jerárquico o si son totalmente libres en relación al cómo y cuándo desarrollan su actividad, así como saber si absorbe todos los costos de la actividad que realizan y reciben todos los beneficios de la misma. Posiblemente

²³ Cfr. Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe (Rapport pour la commission européenne)*, París, Fammarrion, 1999, pp. 32 y 33.

una revisión de la legislación extranjera pueda ayudarnos a entender cómo varios países han tratado de abordar las relaciones de parasubordinación.

El derecho alemán distingue tres categorías de trabajadores independientes: las dos primeras se refieren a los empresarios que pueden trabajar, sea en función de un contrato de empresa (*Werkvertrag*), sea en función de un contrato de prestación de servicios libres (*freier Dienstvertrag*). La diferencia entre esas dos categorías es que el contrato de prestación de servicios libres tiene por objeto una simple obligación de trabajar (el caso de la mayoría de las profesiones liberales), mientras que al contrato de empresa se le agrega una obligación de resultado (el caso, por ejemplo, de los artesanos comerciantes). La tercer categoría es aquella de las “personas parecidas a los asalariados” (*arbeitsnehmerähnliche personen*), que trabajan en el marco de un contrato de servicios libres o de un contrato de empresa, pero para una sola persona que les da ordenes y de la cual dependen económicamente. Estas personas, jurídicamente, son trabajadores independientes, pero la ley les aplica una serie de disposiciones del derecho del trabajo en materia de vacaciones, de conflictos de trabajo o de convención colectiva. La dependencia económica se caracteriza por el hecho de que:²⁴

- a) El trabajador labora sólo (sin la asistencia de otros asalariados).
- b) Obtiene más de la mitad de sus ingresos profesionales por los servicios dados a la principal persona bajo la cual está a sus ordenes.
- c) Su necesidad de protección social es similar a la de un trabajador asalariado.

En Italia, la noción de parasubordinación (*parasubordinazione*) se sitúa en una perspectiva un tanto diferente, no obstante que sus resultados sean prácticamente los mismos. La noción de trabajador parasubordinado apareció con la Ley 533/1973 (codificada en el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles), que extendió la facultad de ligar individualmente en materia del trabajo a las relaciones de agencia y de representación comercial, así como a otras relaciones de colaboración que se concretizan en la prestación de un trabajo continuo y coordinado, de naturaleza personal, aunque no sea una relación subordinada (“*altri rapporti di collaborazione che si concretano in una prestazione d’opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato*”). Se tra-

24 *Idem.*

ta, en consecuencia, de una categoría “abierta” en donde se encuentran, en la práctica, profesiones tan diversas como las de los abogados que trabajan para una firma o médicos del servicio nacional de salud. La diferencia con los cuasi-asalariados alemanes es que la necesidad de protección social no tiene ningún lugar en esta definición.

En Italia, más bien la discusión se ha centrado en saber si era necesario ver en esta noción un reconocimiento del criterio de dependencia económica que autorizaría una aplicación del derecho del trabajo a los trabajadores, o si, al contrario, éstos continúan siendo trabajadores independientes, a los cuales el derecho del trabajo no les es aplicable más que en los casos expresamente señalados por la ley, es decir, principalmente en materia de procedimiento contencioso y de higiene y seguridad. Es esta segunda tesis la que ha dominado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia”.²⁵

Igualmente, en Italia, el debate sobre la parasubordinación ha resurgido con el desarrollo de un nuevo tipo de relaciones llamadas de “colaboración coordinada continua” (*rapporti di collaborazione coordinata e continuata*) sometidas por la Ley 335/1995 a una cotización social de 10% a título de vejez, invalidez y deceso.²⁶ Actualmente, una parte de la doctrina italiana considera que la protección social de los trabajadores parasubordinados debe cubrir cuatro ejes:²⁷

- El derecho a una compensación salarial equitativa en función de la calidad del trabajo;
- El derecho de conservar el puesto de trabajo;
- El derecho a la salud de los trabajadores, y,
- El derecho a la libertad.

Finalmente, en los Países Bajos un proyecto de ley que se encuentra en proceso de discusión pretende garantizar a los trabajadores económica-

²⁵ Cfr. Mengoni, L., “La questione della subordinazione in due trattazioni recenti”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986/1, pp. 5 y ss.; M. V. Ballestrero, “L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato”, *Lavoro e diritto*, 1987, p. 41, citado por Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 23, p. 33.

²⁶ Cfr. Lagala, C., “La nuova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero-professionale e di collaborazione coordinata e continuativa”, en Cester, C. (dir.), *La riforma del sistema pensionistico*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 170 y ss., citado por Alain, *op. cit.*, n. 23, p. 35.

²⁷ Cfr. Pera, Giuseppe, “Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, año XVIII, 1998, pp. 371-385.

mente dependientes una protección equivalente a aquella de los asalariados. Por otro lado, en España, el Estatuto de los trabajadores prevé la extensión parcial del derecho del trabajo al trabajador independiente o que trabaja a su cuenta propia.²⁸

A nivel internacional se ha percibido la necesidad de una categoría jurídica intermedia entre el asalariado y el empresario, particularmente en lo que concierne a la subcontratación. Sin embargo, si en algún tema, en la doctrina y en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no existe unanimidad, ha sido la discusión sobre la subcontratación. Discusión que va desde la denominación misma hasta preguntarse si en realidad no se está hablando de intermediación, así como de trabajo subordinado encubierto a través de la subcontratación.²⁹

La OIT identifica al subempleo como la “diferencia entre el empleo efectivo de los recursos de mano de obra y el empleo de los recursos disponibles en ciertas condiciones”. Por su parte, la IX Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo considera que existe subempleo cuando “personas provistas de empleo no trabajan tiempo normal y podrían o desearían efectuar un trabajo suplementario del que prestan efectivamente, o cuando sus ingresos o su rendimiento se verían aumentados si, teniendo en cuenta sus aptitudes profesionales, dichas personas trabajasen en mejores condiciones de producción o cambiaran de profesión”.

Existe un proyecto de la OIT en vista de instaurar una convención sobre la subcontratación. La OIT ha identificado la existencia de una importante categoría de trabajadores que son dependientes, pero que no disponen de contratos de trabajo. Luego de la 86a. Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, de junio de 1998 (hubo una primera discusión en la 85a. sesión), se ha abierto un debate sobre ese proyecto de convención sobre la subcontratación. Una recomendación acompaña al proyecto de convención con el objeto de desarrollar más detalladamente los diferentes aspectos

²⁸ *Op. cit.*, nota 23, p. 33.

²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 86a. reunión, junio de 1998. La primera discusión sobre el asunto del trabajo en régimen de subcontratación tuvo lugar en la 85a. reunión (1997) de la Conferencia Internacional del Trabajo. A raíz de dicha discusión, y de conformidad con el artículo 39 del Reglamento de la Conferencia, la Oficina Internacional del Trabajo preparó y envió a los gobiernos de los Estados miembros un informe en el que figuraban un proyecto de convenio y un proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, basados en las conclusiones que la Conferencia adoptó en su 85a. reunión.

tos. La Convención buscaría establecer o garantizar una protección adecuada a los trabajadores que desempeñan labores de subcontratación.³⁰

Según el artículo 1o. del proyecto de convención sobre la subcontratación, se entiende por subcontratación, subcontratista e intermediario:

- 1) La expresión «trabajo en régimen de “subcontratación”» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, y cuando:
 - El trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o
 - El trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;
- 2) “Subcontratista” designa a una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta;
- 3) El término “intermediario” designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores.³¹

El artículo 3o. del proyecto de convenio establece una protección en materia de salud y accidentes de trabajo:

³⁰ *Cfr.* Conférence internationale du travail, 86e. session, 2-18 juin 1998. Rapports des commissions de la Conférence. Instruments et textes adoptés par la Conférence. Rapport V (2B). Le travail en sous-traitance. Cinquième question à l’ordre du jour. B. I. T., Genève <http://www.ilo.org>.

³¹ *Cfr. idem.*

Todo miembro deberá velar porque se adopten medidas adecuadas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, a fin de prevenir accidentes y daños para la salud de los trabajadores en régimen de subcontratación que sean consecuencia del trabajo en régimen de subcontratación, guarden relación con él o sobrevengan durante su realización.

Por su parte, el artículo 4o. del proyecto de convenio pretende establecer las bases para una adecuada protección en materia de remuneración, indemnizaciones y de seguridad social:

- a. garantizar una protección adecuada por lo que se refiere al pago de:
 - i. las sumas que se adeuden a los trabajadores en régimen de subcontratación por el trabajo realizado, y
 - ii. toda cotización de la seguridad social que deba ser pagada por cuenta de estos trabajadores en virtud de ese trabajo:
- b. garantizar que se determinen claramente las responsabilidades relativas al cumplimiento de las obligaciones económicas previstas en el apartado a) anterior;
- c. garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación perciban indemnizaciones en caso de sufrir accidentes o enfermedades que sean consecuencia de la realización del trabajo en régimen de subcontratación.

El artículo 5o. establece la igualdad de trato entre trabajadores que se encuentren ya sea en régimen de subcontratación o tengan una relación de subordinación clásica. Por su parte, el artículo 6o. garantiza el derecho de sindicación y negociación colectiva, así como la no discriminación, protección de la maternidad, protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, remuneración y seguridad social. Destaca también la disposición del proyecto de convenio que establece que no se afectarán las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores en régimen de subcontratación en virtud de otros convenios internacionales.

Este instrumento se aplicaría al conjunto de trabajadores ocupados en labores de subcontratación, pero serán excluidos aquellos trabajadores que tengan un contrato de trabajo con la empresa que utilice la subcontratación o que sean trabajadores de agencias de empleo privadas.

IV. LA AMPLIACIÓN DEL ESTATUS DEL SUJETO LABORAL REGULADO

Es evidente que el derecho del trabajo se transforma. Difícil es pensar su desaparición, en la medida en que a partir del momento en que alguien ofrece su fuerza de trabajo a otra persona, independientemente de que la subordinación sea evidente o no, se establece una relación jurídica —relación laboral—, y toda relación jurídica produce necesariamente derechos y obligaciones a las partes contratantes.

En tal sentido, las preguntas se deberían orientar sobre el alcance de los derechos y las obligaciones de cada una de las partes contratantes. Al respecto, la extensión del criterio de subordinación en Alemania y en Italia resulta trascendente en la medida en que puede permitir la “asalarización” de un número importante de empleos. El derecho del trabajo podría dejar la tipificación “social caracterizada por el trabajo efectivo de obreros y empleados en las fabricas, talleres, establecimientos industriales, casas de comercio, cualquiera fuere el tamaño de la organización”, para convertirse en el derecho común de toda relación laboral, en donde el trabajo o el acceso al trabajo se considere un bien jurídico protegido y al trabajador como un sujeto que requiere protección.

Quizá se podría dejar de lado la noción de subordinación, que en realidad nunca fue completamente clara,³² y no constituyó más que una ficción jurídica que permitió explicar en cierto momento de la historicidad del derecho laboral, la relación jurídica —relación de trabajo— que se establecía entre un trabajador y un empleador, pero que ya no responde a la complejidad de relaciones laborales que se presentan hoy en día. Al respecto se podría pensar en tres posibles alternativas para aplicar a toda relación laboral:

- 1) La determinación de qué se entiende por trabajador atípico, autónomo o parasubordinado o por determinados grupos de trabajadores —por ejemplo aquellos que se desenvuelven en el sector informal— y el grado de protección que se le otorgaría.³³
- 2) La sustitución de la subordinación como el criterio de calificación de las relaciones laborales, por el de dependencia económica, en

³² Supiot, Alain, *Critique du droit du travail*, París, PUF, 1994, pp.109-124.

³³ Véase el núm. 3 de *Lavoro e diritto. La protezione sociale del lavoro non standard*, Bologna, Il Mulino, 2003.

donde el grado de protección dependería a su vez de grado de dependencia económica.

- 3) Considerar que la protección del trabajador debe partir de tres niveles: antes de integrarse al mercado de trabajo, durante el tiempo en que desarrolla su trabajo y en caso de pérdida de su trabajo.

La primera hipótesis podría ser viable en la medida en que se estaría pensando en un régimen especial para los trabajadores autónomos o parasubordinados. De hecho, se puede decir que ésta ha sido la alternativa que ha adoptado la OIT a través de la recomendación y el convenio internacional para los trabajadores en régimen de subcontratación, tal y como ha quedado arriba señalado.

Sin embargo, se correría el riesgo de no encontrar la fórmula que englobe a todos los trabajadores autónomos, así como de que algunos trabajadores o actividades no podrían ser encuadradas, dejando así a ciertos sectores de trabajadores sin protección alguna. Por otro lado, el establecimiento de un régimen especial, en realidad lo que hace es establecer exclusiones o limitaciones de la protección en función del sujeto protegido, las condiciones de admisibilidad y los alcances de la protección.

En el caso de la segunda opción, en función del grado de dependencia con un empleador, se podría pensar a su vez en el grado de responsabilidad de éste con el trabajador. El punto crítico en el caso de la segunda hipótesis está en determinar cómo y quién cubriría el costo de las prestaciones laborales y sociales a las que tendría derecho el trabajador. Al respecto, quizá se podría pensar en los impuestos como un mecanismo para financiar las prestaciones sociales. El número de las mismas estaría determinado por la capacidad económica de las naciones, buscando siempre un punto de equilibrio, pues no debe olvidarse que desde el Tratado de Versalles de 1919, dos de las razones que dieron origen a la OIT señalaban que: *a)* Existen en el mundo condiciones de trabajo que implican, para un gran número de personas, la injusticia y la miseria, situación que pone en peligro la paz y la armonía universales, por lo que es urgente mejorar las condiciones de trabajo, y *b)* La no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano es un obstáculo a los esfuerzos de los pueblos deseosos de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores.

La tercera posibilidad, que en realidad se conjuga mucho con la segunda, buscaría desarrollar la relación jurídica laboral a partir de nuevos para-

digmas que vayan más allá de la relación fincada en función de los grados de subordinación.

Esta opción, que quizá es más ambiciosa, pero también la más necesaria, tendría que partir de un presupuesto fundamental: una protección social universal y una ampliación del ámbito de aplicación de las normas laborales y en general del derecho social.

1. *Una protección social universal*

Reconocer la necesidad de una protección social universal que parta de la protección social que debe tener toda persona por el hecho de ser humano, independientemente de su estatus laboral o profesional. Estatus que, de hecho, ya está garantizado y debe ser respetado por los países que han adoptado el Convenio 102 de la OIT.

El Convenio abarca las nueve ramas principales de la seguridad social: asistencia médica; prestaciones monetarias por enfermedad; prestaciones de desempleo; prestaciones de vejez; prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional; prestaciones familiares; prestaciones de maternidad; prestaciones de invalidez, y prestaciones de sobrevivientes. Para ratificar el Convenio es suficiente aceptar las obligaciones relativas a tres de esas nueve ramas, a condición de que entre esas tres figure por lo menos alguna de las ramas relativas a las prestaciones de desempleo, de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de vejez, de invalidez o de sobrevivientes. El campo de aplicación del Convenio puede ser determinado de tres modos, a elección de los Estados ratificantes: por referencia bien sea a los asalariados, a la población activa o a los residentes del país. Los residentes extranjeros deben disfrutar de los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, se pueden prescribir normas especiales respecto de las prestaciones financiadas preponderante o exclusivamente con fondos públicos y de los regímenes transitorios.

El Convenio establece los principios aplicables a la financiación de las prestaciones y prevé que el Estado ratificante debe asumir una responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de las prestaciones y a la buena administración de las instituciones y servicios por cuyo intermedio se aplica el Convenio.

La pobreza y la exclusión evidencian la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos del hombre.³⁴ Sin una protección social universal, no es posible concebir los derechos de los trabajadores, independientemente de su calidad jurídica.

2. *Ampliar el ámbito de aplicación de las normas laborales y general del derecho social*

Quizá la alternativa que debería seguir el derecho del trabajo tendría que ver con ampliar su campo de acción, sin necesidad de reformular toda una nueva disciplina, que algunos han denominado derecho de la actividad o derecho del empleo.³⁵ Incrementar el ámbito de aplicación de las normas laborales y del derecho social implicaría partir de tres campos:

a) Los derechos a la formación profesional:

- Antes de ingresar al mercado de trabajo.
- Durante el trabajo.
- En caso de pérdida del trabajo.

b) Los derechos inherentes a una relación de trabajo, en donde las condiciones de trabajo estarían determinadas por el grado de subordinación existente.

c) La protección social para los desempleados y los sin empleo, es decir de aquellos que contando con un empleo lo han perdido y de aquellos que aún no han ingresado al mercado de trabajo.³⁶

³⁴ Verdier, Jean-Maurice, “Grande pauvreté, exclusion et droits fondamentaux. Un autre regard enrichi par le croisement des savoirs”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité social*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Baurdeaux, 1999, p. 11; OIT, Des valeurs à défendre des changements à entreprendre. La justice sociale dans une économie qui se mondialise : un projet pour l’OIT. Rapport du Directeur Général (partie I), Conférence International du Travail, 81a. session, 1994.

³⁵ Cfr. Benoit, Aude, *Droit de l’emploi*, PUG, 1995, p. 190; Supiot, Alain, *Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe...*, cit., nota 23, pp. 85-88.

³⁶ Pougoué, Paul-Gerard, “La protección social de los sin empleo” y Pasco, Mario, “Protección social de los desempleados”, ambos en *XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, libro de ponencias generales, Montevideo, 2003.

Es preciso señalar que el derecho del trabajo está íntimamente relacionado con las coyunturas económicas. A pesar de que ya ha sido señalado que dicha disciplina por sí misma no determina el auge o la crisis de un modelo económico, si sufre los efectos de las coyunturas económicas, ya sean éstas favorables o desfavorables. Sin embargo, también se debe subrayar que la exclusión social es el gran desafío de las sociedades modernas. Permitir que se incremente la fractura social incrementará al mismo tiempo los costos para repararla.