

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

1. Las transformaciones de las relaciones laborales en un escenario complejo	167
2. La subordinación de fundamento de la relación laboral a elemento en crisis	170
3. La eventual crisis de subordinación	172
4. La relación de trabajo y la OIT	177
5. La ampliación del estatus del sujeto laboral regulado	180
A. Una protección social universal	182
B. Ampliar el aspecto de aplicación de las normas laborales y general del derecho social	183

CAPÍTULO NOVENO

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

A principios del siglo XXI el derecho del trabajo se encuentra en una escenario complejo (1), que lo ha llevado a cuestionar su identidad, (2), lo que ha provocado una eventual crisis de la subordinación. Situación que ha llevado a los organismos internacionales, particularmente a la Organización Internacional del Trabajo a buscar redefinir la relación de trabajo (4). La nueva cuestión social que se desarrolla dentro del derecho laboral, requiere repensar el alcance del mismo (5).

1. *Las transformaciones de las relaciones laborales en un escenario complejo*

Desde un punto de vista histórico, se puede considerar que el derecho del trabajo es una disciplina reciente, su emergencia vincula con el nacimiento de la fábrica, de la producción industrial. Sin embargo, a pesar de su juventud, quizás, sea una de las disciplinas que ha contado con múltiples interpretaciones²¹³ y que ha atravesado en poco tiempo, por diferentes momentos históricos que han definido y definen ahora su contenido.²¹⁴

²¹³ 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, p. 240.

²¹⁴ 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”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995; Sánchez-Castañeda, Alfredo “Las tendencias del derecho social en América Latina: Brasil, Colombia, México y Perú”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 99, sep-

En materia sindical, a partir de los años ochenta se ha presentado una disminución en la tasa de afiliación sindical, que cierto es, en algunos países se ha estabilizado (el caso de Europa), o 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.²¹⁵ Así mismo, algunos países como México, han visto la emergencia de nuevas centrales sindicales y el decaimiento de otras.²¹⁶

Por otro lado, los sindicatos se enfrentan ante 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 de naturaleza externa, particularmente las organizaciones no gubernamentales que pueden tener intereses muy diversos. La paradoja que aparece, es que a pesar del incremento del numero 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. La emergencia de nuevos actores sociales lejos de atomizar, permitirá crear una red de redes, que permita 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.²¹⁷ 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 condicio-

tiembre-diciembre, 2000, pp. 1209-1251; Goldin, Adrián O., “El destino incierto del derecho del trabajo”, en Buen, Néstor de (coord.) *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla, 2002.

²¹⁵ *Le travail dans le monde. Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale, 1997-98*, Ginebra, OIT, noviembre 1997.

²¹⁶ Lastra Lastra, José Manuel, “El sindicalismo en México”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, 2002, vol. XIV; Santos Azuela, Héctor, “Sistema y genealogía del derecho sindical”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 106, 2003.

²¹⁷ Ozaki, Muneto (dir.), *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y el Estado*, Ginebra, OIT, 2002, p. 181.

nes de trabajo.²¹⁸ La paradoja es que pareciera que ese proceso, antes de los países subdesarrollados ahora se presenta en los industrializados,²¹⁹ generando una espiral en descenso permanente de las condiciones de trabajo y un fenómeno de exclusión social.²²⁰

El derecho del trabajo, se encuentra, además, inmerso en un fenómeno globalizador,²²¹ que si bien es cierto no es nuevo,²²² 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 FMI, el BM 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), no obstante, la celebración de algunos acuerdos paralelos en materia laboral y ecológica.

²¹⁸ Tokman, V. E. y Martínez, D. (eds.), *Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo*, Perú, OIT, 1999, p. 199.

²¹⁹ Particular interés puede ser la reforma laboral de 2003 en Italia. Durante muchos años en Italia la negociación colectiva ha tenido un lugar importante, incluso más importante que la ley 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; el tema no es la adecuación de la negociación colectiva al proceso productivo, sino la sobrevivencia de la misma negociación.

²²⁰ Yepez del Castillo, Isabel, “El estudio comparativo de la exclusión social: Consideraciones a partir de los casos de Francia y Bélgica”; Townsend, Meter y Lee, Meter, “Estudio sobre la desigualdad, los ingresos bajos y el desempleo en Londres 1985-1992”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 113, núms. 5 y 6, 1994.

²²¹ Comisión mundial sobre la dimensión social de la globalización, *Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos*, Ginebra, OIT, p. 185.

²²² 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, 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 de deseos de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores.

El enfoque de globalizar es predominante y considera más importante el aspecto económico que el social. Ante esta perspectiva, es lógico pre-guntarse quién, dónde y cómo se elaboraran las nuevas políticas y regulaciones sociales, que busquen solucionar la gran desigualdad existente entre los seres 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, permaneciendo a 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 a los trabajadores que se encuentran en dicho sector y que genera a su vez, una presión para disminuir a la baja 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, ha pasado del 42.8% en 1990 al 46.4% del total de ocupados en el mercado de trabajo en 1999. Esto significa que 6 de cada 10 nuevos empleos generados en la década fueron en el sector informal.²²³

Finalmente, sin que necesariamente sea el último problema, en el caso de los países latinoamericanos, 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.²²⁴

2. 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.

²²³ Tokman, E. Víctor (dir.), *De la formalidad a la modernidad*, Santiago, OIT, 2001, p. 258.

²²⁴ Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley, Los Ángeles, Londres, University of California Press, Ltd. London, Estados Unidos, 1975, pp. 58-65.

No se podría entender el nacimiento del derecho del trabajo sin dicho elemento. De hecho puede considerarse que el surgimiento del derecho del trabajo, 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 pronunciar 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 “fábricas”, “talleres”, “establecimientos industriales”, “casas de comercio”, cualquiera que fuere el tamaño de la organización.²²⁵

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 este puede disponer de su fuerza de trabajo mediando 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, si no 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 se encuentre 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.²²⁶

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 y que este obligado a desempeñar, sin que incurra en responsabilidad alguna. La

²²⁵ Barbagelata, Héctor Hugo, *Derecho del trabajo*, Montevideo, FCU, 1978, t. I, pp. 16 y ss; cit. por Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, FCU, 1999, p. 28.

²²⁶ Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 1961, t. I, p. 497.

subordinación debe entenderse en su auténtica 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...”²²⁷

En México 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 de la relación de trabajo).²²⁸ 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.

3. La eventual crisis de subordinación

El derecho del trabajo se ha desarrollado bajo un modelo caracterizado por relaciones de trabajo homogéneas, constituidas de empleos establecidos, 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,²²⁹ no corresponden más a esta imagen clásica. La aparente claridad de la subordinación,²³⁰ así como la relación

²²⁷ Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1989, t. I, p. 548.

²²⁸ Para un estudio a profundidad ver la obra del doctor De Buen, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, pp. 47 y ss.

²²⁹ Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa, 1999, pp. 205-237.

²³⁰ 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 mando del empleador y de obediencia del trabajador, no parecen tan evidentes.²³¹

Asistimos a una crisis del modelo de relaciones laborales conocido como fordista.²³² Dicha crisis ha llevado a plantearse la pregunta si acaso no sería necesario favorecer la emergencia de uno o de varios tipos de relaciones salariales²³³ o reglamentar los nuevos fenómenos laborales. La crisis del modelo fordista y la emergencia de nuevas relaciones de trabajo, cuestiona las relaciones de subordinación y han abierto la puerta a las relaciones atípicas²³⁴ —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,²³⁵ así como la existencia de relaciones de trabajo “triangulares”,²³⁶ en donde intervienen terceros actores; escapando, en todos los casos, a los dos presupuestos fundamentales del derecho del trabajo, antes mencionados: la consideración del trabajo como un bien jurídico y el trabajador como un sujeto que requiere protección especial.

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 SCJN, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 187-192, 5a. parte, Sección: Jurisprudencia, p. 85.

²³¹ Lastra Lastra, José Manuel, “Paradojas de la autonomía de la voluntad en la relación de trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 5, 2003.

²³² Cfr. Castel, Robert, “Droit du travail: redéploiement ou refondation?”, *Droit Social*, núm. 5, mayo 1999, pp. 438-442.

²³³ Cfr. Beffa, Jean-Louis, Boyer, Robert y Touffut, Jean-Philippe, “Les relations salariales en France: État, entreprise, marchés financiers”, *Notes de la Fondation Saint-Simon*, núm. 107, junio 1999, p. 95; Raso, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, Montevideo, AMF, 2003, p. 3001.

²³⁴ Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, París, Dalloz, 1995, p. 30.

²³⁵ 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.

²³⁶ 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.

Para tratar de explicar las relaciones de trabajo atípicas, la doctrina ha desarrollado la noción de parasubordinación en la medida en que ciertos trabajadores se mueven en los umbrales de la subordinación y la autonomía, en principio son independientes, pero dependen de una sola persona que les proporciona el trabajo a realizar. Se presenta una especie de combinación entre el trabajador independiente y el asalariado sujeto a un régimen de subordinación.²³⁷

Las manifestaciones de la parasubordinación son complejas. Se puede presentar el caso 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 ya sea realizando pequeñas reuniones en donde ofertan dichos productos. Estos últimos trabajadores, se ubican en una especie de *tercium genus* que no tiene horario pre establecido, 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. La parasubordinación, no es en el fondo mas que una manera de esconder una relación de subordinación efectiva.

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 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 es totalmente libre en relación al cómo y cuándo desarrolla su

²³⁷ 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, Fammarión, 1999, pp. 32 y 33.

actividad, así como saber si absorbe todos los costos de la actividad que realiza y recibe todos los beneficios de la misma. Posiblemente, una revisión de la legislación extranjera pueda ayudarnos a entender cómo varios países han tratado de abordar y resolver 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*), y 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” (*arbeitsnehmähnliche 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 órdenes y del 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:²³⁸

- El trabajador labora sólo (sin la asistencia de otros asalariados);
- Obtiene más de la mitad de sus ingresos profesionales por los servicios dados a la principal persona bajo la cual está a sus órdenes; y
- 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

²³⁸ *Idem.*

personal, aunque no sea una relación subordinada (*altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non ha carattere subordinato*). Se trata 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, estos siguen siendo trabajadores independientes, a los cuales el derecho del trabajo no les es aplicable mas que en los casos expresamente señalados por la ley, es decir, principalmente en materia de procedimiento contencioso, de higiene y seguridad. Es esta segunda tesis la que ha dominado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.²³⁹

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 continuativa*) sometidas por la Ley 335/1995 a una cotización social del 10% a título de vejez, invalidez y deceso.²⁴⁰ Actualmente, una parte de la doctrina italiana considera que la protección social de los trabajadores parasubordinados debe cubrir cuatro ejes:²⁴¹

- 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.

²³⁹ Cfr. Mengoni, L., “La questione de la subordinazione in due trattazioni recenti”, *Revista 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. cit. por Supiot, Alain, *op. cit.*, nota. 237, p. 33.

²⁴⁰ Cfr. Lagala, C., “La nouova 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, p. 170. Cit. por, Alain, *op. cit.*, nota. 237, p. 35.

²⁴¹ Cfr. Pera, Giuseppe, “Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, año XVIII, 1998, p. 371-385.

4. *La relación de trabajo y la OIT*

Finalmente, en los Países Bajos, un proyecto de ley que se encuentra en proceso de discusión, pretende garantizar a los trabajadores económicamente 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 por su cuenta propia.²⁴²

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 OIT, no ha hecho unanimidad, ha sido la discusión sobre la subcontratación; 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.²⁴³

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”.

Luego de la 86a. Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de junio de 1998 (hubo una primera discusión en la 85a. Sesión), ha sido abierto un debate sobre un posible proyecto de convención sobre la subcontratación. Una recomendación acompaña al Proyecto de Convención con el objeto de desarrollar más detalladamente los diferentes aspectos.

²⁴² *Op. cit., supra*, nota 237, p. 33.

²⁴³ Conferencia Internacional del Trabajo, 86a. reunión, junio, 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.

La Convención buscaría establecer o garantizar una protección adecuada a los trabajadores que desempeñan labores de subcontratación.²⁴⁴

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

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 nacional, y cuando:

- i. 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
 - ii. El trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;
- “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;
- El término “intermediario” designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria a trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores.²⁴⁵

El artículo 3o. del proyecto de convenio establece una protección en materia de salud y accidentes de trabajo, señalando que “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

²⁴⁴ *Cfr. Conférence Internationale du Travail, 86a. 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/>.*

²⁴⁵ *Idem.*

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 serían excluidos aquellos trabajadores que tengan un contrato de trabajo con la empresa y utilicen la subcontratación o que sean trabajadores de agencias de empleo privadas.

5. *La ampliación del estatus del sujeto laboral regulado*

Es evidente que el derecho del trabajo se transforma. Es difícil pensar en su desaparición, en la medida en que a partir del momento en que alguien ofrece su fuerza de trabajo a otra persona, independientemente 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 “fábricas”, “talleres”, “establecimientos industriales”, “casas de comercio”, cualquiera que 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.

Quizás se podría dejar de lado la noción de subordinación, que en realidad nunca fue completamente clara,²⁴⁶ 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 posibilidades aplicables a toda relación laboral:

- La determinación de que se entiende por trabajador atípico, autónomo o para subordinado 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.²⁴⁷
- La sustitución de la subordinación como el criterio de calificación de las relaciones laborales, por el de dependencia económica, en donde el grado de protección dependería a su vez del grado de dependencia económica entre los sujetos de una relación de trabajo.

²⁴⁶ Supiot, Alain, *Critique du droit du travail*, París, PUF, 1994, pp.109-124.

²⁴⁷ Ver el número 3 de *Lavoro e diritto, La protezione sociale del lavoro non standard*, Bolonia, Il Mulino, 2003.

- 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, esta se puede decir que 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 antes señalado.

Sin embargo, se correría el riesgo de no encontrar la fórmula que englobe a todos los trabajadores autónomos, corriendo el riesgo de que algunos trabajadores o actividades no podrían ser encuadradas, dejando así a ciertos sectores de trabajadores sin protección alguna. Por otro lado, cierto es que el establecimiento de un régimen especial en realidad generaría 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 determinado, se podría pensar a su vez, el grado de responsabilidad de este con el trabajador. El punto crítico en el caso de la segunda hipótesis estaría en determinar cómo y quién cubriría el costo de las prestaciones laborales y sociales a las que tendría derecho el trabajador.

Al respecto, quizás se podría pensar en los impuestos como un mecanismo para financiar las prestaciones sociales. El número y monto de éstas, 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 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, 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 paradigmas que vayan más allá de la relación fincada en función de los grados de subordinación. Esta opción es más ambiciosa, pero quizás

también es la más necesaria, tendría que partir de un presupuesto fundamental, una protección social universal y una ampliación del espectro de aplicación de las normas laborales y en general del derecho social.

A. Una protección social universal

La pobreza y la exclusión evidencian la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos del hombre.²⁴⁸ Sin una protección social y universal no es posible concebir los derechos de los trabajadores, independientemente de su calidad jurídica. Reconocer la necesidad de una protección social universal, que parte 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 de 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 régimen transitorios.

²⁴⁸ 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*, Burdeos, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 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)*, Conference Internaciona du Travail, 81a. session, 1994.

El Convenio establece los principios aplicables a la financiación de las prestaciones y prevé que el Estado ratificador 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.

B. Ampliar el aspecto de aplicación de las normas laborales y general del derecho social

Lejos de que el derecho del trabajo reduzca su campo de acción, quizás su futuro sumamente en el paradigma opuesto, es 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.²⁴⁹ Incrementar el espectro de aplicación de las normas laborales y en general del derecho social, implicaría partir de tres puntos:

- a) Los derechos a la formación profesional:
 - i) Antes de ingresar al mercado de trabajo;
 - ii) Durante el trabajo; y
 - iii) 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 económica existente.
- c) La protección social para los desempleados y los sin empleo, es decir aquellos que contando con un empleo lo han perdido y de aquellos que aun no han ingresado al mercado de trabajo.²⁵⁰

Es preciso señalar, que el derecho del trabajo está íntimamente relacionado con las coyunturas económicas. A pesar de que ya ha sido señalado en múltiples ocasiones que dicha disciplina por sí misma no de-

²⁴⁹ 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* (Report pour la commission européenne), París, Fammarión, 1999, pp. 85-88.

²⁵⁰ Pougoué, Paul-Gerard, “La protección social de los sin empleo”; Pasco, Mario, “Protección social de los desempleados”, en *XVII, Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de ponencias generales*, Montevideo, 2003.

termina el auge o la crisis de un modelo económico. Sin embargo los efectos de las coyunturas económicas, ya sean éstas favorables o desfavorables. 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.