

Subordinación integrativa: ideas para el fortalecimiento constitucional

El concepto de la subordinación como elemento característico del contrato de trabajo ha sido abordado por la doctrina desde los primeros años de formación del derecho del trabajo a finales del siglo XIX y comienzos del XX y ha suscitado, sin duda, las mayores discusiones en torno a su contenido y alcance.

*Ludovico Barassi, profesor emérito de Derecho civil en la Universidad Católica de Milán, se ocupó del análisis del concepto de la subordinación en sus distintas obras, tanto en las primeras versiones sobre *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915, vol. 1, n.º 16-bis y ss., como en la versión traducida al castellano por el profesor Mario Deveali, en el *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1953, pp. 327 y ss. En efecto, se observa en esta última obra: “Ante todo, el criterio discriminante del contrato de trabajo es la subordinación del trabajador al empresario quien dispone, para sus propios fines, de las energías del trabajador, a su propio riesgo”.*

Tal concepto de subordinación, empero, ha sido objeto de distintos análisis, críticas, lecturas y relecturas, tanto desde el punto de vista normativo como

Universidad
Externado
de Colombia

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Laboral

17
diecisiete
octubre de 2010

ISSN 1909-437X

Discurso Laboral

jurisprudencial. Por lo vigente de la discusión y por su profundo aporte a la dogmática del derecho laboral, en esta oportunidad Discurso Laboral publica la conferencia que el pasado 3 de septiembre de 2010 dictó en nuestra Universidad la profesora Lorena Vasconcelos Porto, doctora en Derecho del trabajo de la Universidad Tor Vergata Roma y procuradora del Ministerio Público del Trabajo en Brasil.

La exposición de la profesora Vasconcelos se denominó “La crisis del concepto de la subordinación en el derecho del trabajo contemporáneo”, y allí se evidenció cómo esta institución fundamental del derecho laboral ha tenido diversos cambios y desarrollos en función de determinados períodos históricos, económicos y sociales que han terminado por restringir su aplicación a un número cada vez más reducido de trabajadores, disminuyendo, en consecuencia, el marco de protección que genera calificar como subordinada una determinada forma de actividad o prestación laboral. Como corolario de dicho diagnóstico y del análisis del concepto, se formula una nueva forma de subordinación denominada “integrativa”, que busca responder a esos problemas de falta de criterios para establecer cuándo la relación de trabajo debe ser autónoma y cuándo no.

Agradecemos a la autora su visita a Colombia, a nuestra Universidad, su conferencia y las reflexiones que nos deja, las cuales son oportunas en la medida que hace varios años se presencian en Colombia fenómenos de contratación laboral que van en detrimento del contrato de trabajo (relación de aprendizaje, teletrabajo, entre otros) y de todas las garantías proteccionistas que le corresponden a los trabajadores y que tienen una alta incidencia en el desarrollo económico y social de nuestro país.

LA CRISIS DEL CONCEPTO DE LA SUBORDINACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO CONTEMPORÁNEO

Por LORENA VASCONCELOS PORTO

Vamos a ocuparnos de un tema que despierta la mayor atención en el derecho laboral y que corresponde a los estudios que realicé para el doctorado en Italia, en la Universidad de Roma “Tor Vergata”, y que se reflejan en un trabajo publicado en Brasil por la editorial LTr de San Pablo y cuyo título es *A subordinação no contrato de trabalho: Uma releitura necessária*.

Se trata del concepto de subordinación en el derecho laboral, su evolución histórica y sus perspectivas futuras.

La subordinación, como sabemos, es el presupuesto fáctico jurídico más importante, la verdadera “piedra angular” de la relación de empleo (cuando hablamos de relación de empleo hablamos de contrato de trabajo), la que, a su vez, es la piedra basal del derecho laboral. En otras palabras, sólo si una relación laboral cuenta con la presencia de la subordinación, reunidos, obviamente, los demás presupuestos fáctico-jurídicos, es una relación de empleo y, así, atrae la aplicación de los derechos y garantías laborales en su integralidad. De hecho, en los diversos ordenamientos jurídicos, de los diversos países del mundo, los derechos y garantías laborales, por regla general, solamente se aplican en su plenitud a los empleados asalariados.

El concepto de subordinación fue elaborado en la época en que el derecho laboral se afirmó como rama jurídica autónoma, o sea, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Fue elaborado, obviamente, a partir de la relación del empleo más común y predominante en esa época: la relación del obrero de la industria. Como sabemos, el obrero prestaba sus servicios en locales pertenecientes al empleador (en la fábrica); debía respetar un horario de trabajo rígido y preestablecido, bajo la vigilancia y órdenes constantes e intensas del empleador o de su representante. Además, su prestación laboral generalmente era muy simple, se resumía a una mera repetición de tareas elementales y sencillas, de modo que no gozaba de autonomía funcional y técnica, limitándose a realizar las órdenes dictadas por el patrono. En suma, se caracterizaba por la presencia de la heterodirección patronal fuerte y constante de la prestación de trabajo, en sus diversos aspectos: contenido,

modalidad, tiempo y lugar. Con base en este prototipo se elaboró el concepto de subordinación, que terminó identificándose con esta heterodirección patronal fuerte y constante: es lo que llamamos de subordinación clásica o tradicional.

Ocurre que esta es sólo una de las formas posibles por las que la subordinación se concreta en la realidad, pero no es la única. El concepto más amplio quedó identificado con una de sus especies más restringida, esto provocó su reduccionismo. Ocurrió, analógicamente, lo que en literatura se denomina sinécdoque o metonimia: la identificación de un todo, más amplio, con una de sus especies; ello lleva, inevitablemente, a una reducción conceptual.

No demoró mucho para que se advirtiera que la adopción del concepto de subordinación, con esta acepción restringida, llevaba a la exclusión del campo de incidencia del derecho laboral a diversos trabajadores, cada vez más comunes en el mundo del trabajo, pero que no se encuadraban dentro de aquel concepto restringido, como los trabajadores a domicilio, los trabajadores intelectuales y los empleados que ocupan cargos de gerencia y dirección, entre otros. Para incluirlos en el campo de incidencia del derecho laboral era necesario ampliar el concepto de subordinación. Y esto fue realizado por el legislador y por la jurisprudencia, impulsados por la doctrina, a lo largo del siglo XX hasta mediados del final de la década de 1970. En esta expansión tuvieron un papel muy importante algunas ideas y teorías, como la subordinación objetiva, la dependencia económica, la potencialidad del poder empleador, la relativización de la idea de asunción de los riesgos, el fortalecimiento del principio de la primacía de la realidad.

Este período de expansión del concepto de subordinación coincidió, no por acaso, con la época de la construcción y fortalecimiento del Estado de bienestar social en los países capitalistas desarrollados. En efecto, uno de los objetivos principales buscados por este modelo de Estado es una mayor justicia social, la dignidad de la persona humana, una mejor distribución de la riqueza y de poder en la sociedad. Y el derecho laboral cumple un papel crucial para que estos objetivos sean

alcanzados. No por casualidad se fortaleció y amplió, inclusive en su alcance, por medio de la expansión del concepto de subordinación.

Pero, a partir del final de la década de 1970, con la crisis económica marcada por la ascensión de la doctrina neoliberal, este proceso sufrió una inversión en su curso. El neoliberalismo defiende la idea de un Estado mínimo, que no debe intervenir en las relaciones contractuales privadas; en este sentido, predica a favor de la desreglamentación del derecho laboral, y una de las formas más eficaces de hacerlo es reducir el concepto de subordinación, para excluir innumerables trabajadores de su campo de alcance.

Así, a partir del final de la década de 1970, se observa la tendencia, por parte del legislador y de la jurisprudencia, impulsados por la doctrina más conservadora, de reducir el concepto de subordinación, retrocediendo a su formulación clásica y restricta. Y este reduccionismo ocurrió en un momento crítico. En el período posterior a la II Guerra Mundial ocurrieron grandes transformaciones socioeconómicas –como las innovaciones y los avances tecnológicos (telecomunicaciones, robótica, microelectrónica, microinformática)–, conocidas como la tercera revolución industrial; la reestructuración empresarial (la tendencia de la gran empresa a fragmentarse en unidades más pequeñas, para las cuales transfiere partes de su ciclo productivo); el aumento de la competencia, inclusive en el plano internacional; la globalización económica y cultural. Estas transformaciones generarán importantes consecuencias en el mundo del trabajo; es obvio que no pueden ser sobrestimadas y generalizadas, pues alcanzaron su mayor intensidad en algunos países y sectores económicos en particular; pero, del mismo modo, no pueden ser subestimadas porque fueron significativas. Una de ellas es el aumento de las relaciones laborales de dudosa clasificación, pues presentan, aparentemente, trazos de autonomía, situándose en la llamada “zona gris”: entre la autonomía y la subordinación.

II

Para enfrentar esta situación y proceder a un encuadramiento correcto de estas relaciones era necesaria, más que nunca, la continuidad y profundización de las tendencias anteriores de expansión de la subordinación. Pero, paradójicamente, ocurrió justamente lo contrario. Cuando era más necesario expandir la subordinación, más restringida fue, identificándola con su acepción clásica, lo cual provocó la exclusión del cam-

po de aplicación del Derecho laboral de innumerables trabajadores que necesitan y merecen su protección.

En este contexto se inserta la introducción, en el orden jurídico, de algunos países europeos, la figura de la parasubordinación, que encontró en Italia su máxima expresión y expansión. La parasubordinación, aparentemente, se inserta en la tendencia de expansión del derecho laboral, pues el discurso de sus defensores plantea que con las transformaciones ocurridas a partir del final de la II Guerra Mundial aparecen cada vez más figuras de trabajadores que, aunque sean jurídicamente autónomos, dependen socioeconómicamente de sus tomadores de servicio, mereciendo así algunos derechos y garantías laborales. Pero, en realidad, la parasubordinación genera el efecto opuesto: la reducción del campo de aplicación del derecho laboral. Al introducirse en el orden jurídico de un país se hace necesario que la jurisprudencia (y la doctrina) la distinguan de la subordinación. Ocurre que en el caso de que se adopte una acepción amplia de esta, como se hacía hasta entonces, no es posible diferenciarlas; y la solución es que la subordinación vuelva a su acepción clásica, para que se proceda a su distinción. Esto puede ser observado claramente en el análisis de la jurisprudencia italiana. Las decisiones pronunciadas a lo largo del siglo XX hasta el final de la década de 1970 adoptan un concepto amplio de subordinación, abrazándose a la idea de la inserción de la prestación laboral a los fines del emprendimiento, en la dinámica de la empresa, de su necesidad de alcanzar su propio objeto. A partir del final de la década de 1970 pasa a adoptarse una noción restringida de subordinación, reconociéndosela solamente cuando presenta la heterodirección patronal fuerte y constante, de modo que los mismos trabajadores que antes eran considerados empleados pasaron a ser vistos como autónomos, notablemente autónomos parasubordinados. Y la parasubordinación enmascara la restricción de la subordinación: porque cuando se afirma que el trabajador es parasubordinado, es como si se dijera que, sin esta figura, él sería considerado autónomo, no teniendo ningún derecho, entonces ella permite que se le otorguen algunos derechos; pero, la verdad es que si la parasubordinación no existiera, él sería considerado un empleado, mereciendo, no sólo unas pocas e insuficientes tutelas, sino todos los derechos y garantías laborales. Por eso decimos que la parasubordinación produce, en la práctica, el efecto diametralmente opuesto de aquel que sustentan sus defensores: la desreglamentación del derecho laboral, la restricción del campo de incidencia de sus tutelas.

Sin embargo, para que el derecho laboral continúe cumpliendo su misión fundamental y sean cumplidos los mandamientos de las constituciones sociales, es esencial que se revierta esta tendencia, o sea, es fundamental retomar las tendencias expansionistas de la subordinación y profundizarlas. En este sentido, estudiamos las propuestas formuladas por la doctrina de diversos países del mundo con relación a la expansión, parcial o total, del derecho laboral. Destacamos el llamado Informe “Supiot”, o sea, el estudio coordinado por el profesor francés ALAIN SUPIOT para la Comisión Europea; la discusión en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo; la discusión en la doctrina italiana, con la contraposición entre las vertientes pluralista y monista, destacando las formulaciones del profesor italiano Piergiorgio Alleva; la discusión en la doctrina española en torno a la noción de alienación, en sus diversas dimensiones (noción de alienación en los frutos del trabajo del profesor MANUEL ALONSO OLEA –lo que caracteriza la relación de empleo es el hecho de que los frutos producidos por el empleado por medio de su trabajo pertenecen, originariamente, o sea, desde el exacto momento en que son creados, al empleador; noción de alienación de la titularidad de la organización empresarial del profesor ALBIOL MONTESINOS–, el trabajador no es titular de la organización empresarial para la que presta servicios; noción de alienación en los riesgos del profesor BAYON CHACÓN –el trabajador no asume los resultados, positivos o negativos, provenientes de su trabajo; noción de alienación en el mercado del profesor MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL–, el trabajador no posee acceso directo al mercado, pues el patrón se encuentra, exactamente, entre el trabajador y la clientela, o sea, el destinatario final del bien o servicio por él producido); discusión en la doctrina alemana, destacándose la propuesta del profesor alemán ROLF WANK; discusión en la doctrina brasileña, destacándose la propuesta del profesor brasileño MAURICIO GODINHO DELGADO.

A partir de estas ideas buscamos proponer un concepto más amplio de subordinación: la subordinación integrativa. Partimos de la noción de subordinación objetiva, que, en nuestra opinión, entre las que fueron desarrolladas para ampliar la subordinación, es la que

cumple mejor este papel. Pero ocurre que la subordinación objetiva siempre fue criticada por ser muy amplia, al punto de abarcar trabajadores realmente autónomos. Entonces pensamos que la mejor solución es corregir esta imperfección del concepto, complementándolo con nociones que excluyan la autonomía. Así, sería subordinado el trabajador cuya prestación laboral integra los fines del emprendimiento; es esencial para la empresa para que ésta alcance su objeto, desarrolle sus actividades normales y regulares (idea de subordinación objetiva) y que no posee una organización empresarial propia; no asume verdaderamente riesgos de pérdida y posibilidades de ganancias en el ejercicio de su actividad; los frutos de su trabajo pertenecen originaria y directamente a la organización empresarial para la que presta sus servicios.

Para calificar una relación de trabajo, el método más racional, en nuestra opinión, sería verificar, ante todo, si la subordinación en su dimensión clásica se hace presente. En el caso negativo, se hace el análisis de la presencia de la subordinación en la dimensión integrativa. Presente una de las dos dimensiones –clásica o integrativa–, en el caso concreto, queda configurada la subordinación.

A partir de esta noción más amplia de subordinación creemos que podrán resolverse con más facilidad los problemas de calificación de las relaciones de trabajo dudosas, situadas en la “zona gris”, preferencialmente en el sentido de su inclusión en el ámbito del Derecho laboral.

Las constituciones sociales, como la Constitución brasileña de 1988, imponen que, por medio de la actuación del Estado y también de los particulares, se garantice la mayor justicia social y la democratización: la mejor distribución de la riqueza y del poder en la sociedad. La historia del derecho laboral probó notablemente en los países desarrollados que estos objetivos solamente pueden ser alcanzados mediante el fortalecimiento, expansión y efectividad de las normas laborales. Por lo tanto, para que se cumplan los mandamientos constitucionales es imprescindible, al lado del fortalecimiento y efectividad de las normas laborales (combatiendo al trabajo informal), la propia expansión del derecho laboral, de la relación de empleo, para la cual cumple un papel esencial la expansión de su elemento cardinal: la subordinación.