

EL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN EN ITALIA

Marialaura Birgillito*

1 LA CRISIS DE LA NOCIÓN DE SUBORDINACIÓN (EN LA SOCIEDAD POST INDUSTRIAL)

La subordinación, piedra miliar del derecho del trabajo, está pasando por un momento de fuerte crisis.¹ La terciarización² de la sociedad ha cambiado la escena en la cual (tal noción) nació y se desarrolló - la fábrica taylorista y fordista - poniendo en duda su capacidad para adaptarse al nuevo contexto. Por esa razón, se hace ineludible la pregunta sobre quien sea el trabajador por cuenta ajena en la sociedad post industrial.³

El riesgo de respuestas anacrónicas impone la necesidad de clarificar, en una aproximación propedéutica, sobre qué tipo de orientación metodológica es preferible utilizar: si, desde una perspectiva formalista, referir todavía la subordinación a los elementos del código liberal, como el italiano, o si, por el contrario, orientarla hacia nuevas interpretaciones, correspondientes a una mayor igualdad sustancial.⁴

Sin embargo, en la sociedad terciarizada, escenario que tenemos que tener en cuenta para pensar la subordinación, se producen cambios en la organización del trabajo - más horizontal y menos jerárquica - y, en consecuencia, cambia la forma de ejercer el poder de dirección y control sobre el trabajador.⁵ Pero la esencia del trabajo por cuenta ajena permanece inalterable en la necesidad del trabajador de entregar su trabajo para otro (el empresario), en una condición de ajenidad en la

* Doctora en Derecho del Trabajo Europeo en la Universidad de Catania y abogada laboralista en Italia.

¹ La crisis del derecho del trabajo es delineada con gran agudeza por Romagnoli U., *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, LD, 2005, 3, p. 527 ss. y D'Antona M., *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, Opere, III, Caruso B., Sciarra S. (a cura di), Giuffrè, 2000, p. 1220. Véanse también las lúcidas páginas de la monografía de Baylos Grau A., *Derecho del trabajo. Un modelo para armar*, Trotta, 1991.

² Entre los estudios sobre la terciarización se señala la monografía de Accornero A., *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2000. Véase también el informe Supiot, que analiza la flexibilidad del empleo y la seguridad social, en Supiot A., *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999. Reflexionan sobre los efectos que la innovación tecnológica produce sobre la relación de trabajo, entre otros, Carinci F., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1985, p. 203 ss.; Veneziani B., *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1987, p. 1 ss.

³ Los informes que han reflexionado sobre la subordinación son muy heterogéneos. Para una mirada sobre los más relevantes, destaca la importante monografía de Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985; y el análisis de la subordinación en Ghezzi-Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984 y Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro, 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 1985.

⁴ Correlaciones entre el derecho del trabajo y el principio de igualdad en Romagnoli U., *Il diritto del lavoro nel prisma del principio dell'eguaglianza*, *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1997, 3, p. 533.

⁵ Sobre los efectos de la globalización en el derecho del trabajo, Romagnoli U., *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, LD, 2003, 4, p. 569 ss.

organización productiva y en el resultado de su actividad (ajenidad en el mercado, en los frutos y en los riesgos), a cambio de la retribución necesaria para vivir.

Tal reflexión pone por lo menos en duda que los criterios codicísticos se revelen todavía adecuados para traducir la necesidad de tutela de los nuevos subordinados y que, probablemente, recuperar la noción de dependencia⁶ pueda conducir hacia un mayor acuerdo entre norma y realidad social y constituir la nueva clave de bóveda del derecho del trabajo.

La revalorización de la “doble ajenidad” del trabajador⁷, también en la “sociedad de los trabajos”⁸, encuentra confirmación en la tutela del trabajo por cuenta ajena y en la tendencia a la igualdad sustancial: reequilibrar el desequilibrio contractual entre trabajador y empresario y, en una perspectiva promocional, valorar el papel del trabajo como factor de inclusión social.⁹

El iter argumentativo elegido comienza con la descripción del trabajo por cuenta ajena del código civil italiano, fundado sobre la heterodirección, analiza luego los métodos de calificación de la relación de trabajo utilizados por la jurisprudencia italiana, deteniéndose en los puntos críticos. Por último, se propone investigar sobre una nueva noción de subordinación que, en una sociedad terciarizada, tenga capacidad para representar el papel de “clave de bóveda” del derecho del trabajo.¹⁰

2 LA SUBORDINACIÓN EN EL CODIGO CIVIL ITALIANO

La definición de subordinación del código civil italiano parece reticente con respecto a su concepto fundamental y demuestra una actitud calificadora tan poco selectiva que obliga a que haya sido la jurisprudencia la que ha tenido que trazar sus rasgos esenciales.¹¹

La norma del código civil italiano, que data de 1942, define al trabajador por cuenta ajena como “quien se obliga a cambio de una retribución a colaborar en

⁶ Interesante el debate sobre la cuestión que se concreta en dilucidar si la necesidad de tutela nace por la sujeción del trabajador al poder de dirección o por su posición de dependencia, en Ichino P., *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, *Giustizia civile*, 2005, II, p. 133.

⁷ C. Cost. sent. n. 30/1996.

⁸ El trabajo se declina al plural: se diversifica y se pluraliza, se adecua “más a los intereses del trabajador en carne y hueso que a los del trabajador masificado del cual hablan leyes y convenios colectivos”. Así, Romagnoli U., *Il diritto del lavoro nel prisma dell'eguaglianza*, p. 542. De un derecho del trabajo “al plural” que supera la dicotomía trabajo por cuenta ajena - por cuenta propia, Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, *Giorn.dir.lav.rel. ind.*, 1998, 79, 3, p. 516.

⁹ El papel del trabajo en la Constitución italiana es magistralmente explicado por Romagnoli U., *Il lavoro in Italia: un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995; del mismo autor, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 1997, 3, p. 533.

¹⁰ D'Antona M., *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, Opere, III, Caruso B., Sciarra S. (a cura di), Giuffrè, 2000, p. 1205.

¹¹ Se habla de una “incansante sensación de insuficiencia de la noción de subordinación” (de cualquier noción unitaria), hasta los primeros años del siglo veinte, cuando la relación de trabajo se sistematizó en el álveo de los contratos, D'Antona M., *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, cit., p. 1205. Sobre la necesaria interpretación de la jurisprudencia, Ghezzi-Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 20.

la empresa, prestando su trabajo intelectual o manual bajo la dependencia y la dirección del empresario.”

En su significado originario resulta coherente con los principios del corporativismo¹², edificando la subordinación sobre los dos pilares de la colaboración en la empresa y de la heterodirección¹³; con la colaboración se refería a la “comunidad empresa”, concepto de origen alemán, y a la inherencia del trabajo a la organización del empresario; con el intercambio trabajo - retribución, de origen contractual, se destacaba la importancia clave de la relación sinalagmática¹⁴ y se trasladaban a la relación de trabajo las reglas de los contratos de derecho privado.¹⁵

Frente a tal cuadro sistemático, la jurisprudencia se ha visto obligada a realizar una constante tarea de exégesis de la norma codicística, buscando interpretaciones que se adaptasen al nuevo contexto post-constitucional. Utilizando el modelo de la fábrica taylorista y fordista, ha destacado la importancia clave de los poderes de dirección¹⁶ y control del empresario, interpretando colaboración como inserción del trabajador en la empresa.

Esta reconstrucción, perfectamente coherente con el modelo de trabajador fordista, ha resultado menos apropiada por el trabajador de la empresa post fordista, dejando abierta la pregunta sobre cuanto (una) tal definición pudiera adaptarse a la sociedad post - industrial.

Entretanto, el proceso de desmaterialización de la empresa ha impuesto a la jurisprudencia¹⁷ tener que adaptar la noción de subordinación a la nueva realidad social: por eso ha incluso en el poder de dirección del empresario (también) las instrucciones a la organización genérica de la empresa y ha interpretado la inserción del trabajo como dirigido al resultado del empresario.

Recientemente, la jurisprudencia ha llegado hasta configurar un nuevo modelo de subordinación - coordinación¹⁸ (junto al de la subordinación - heterodirección), caracterizada por el control del trabajador sólo sobre el resultado final de la

¹² En la época fascista el legislador italiano de 1942 utilizó aquel método para afirmar también en la empresa la solidaridad entre trabajadores y empresarios al servicio del superior interés de la producción nacional. La colaboración servía además como instrumento para superar el conflicto entre las clases sociales, característico del corporativismo.

¹³ En equilibrio entre las concepciones institucionista y contractualista de la relación de trabajo, delineadas en la magistral monografía de Supiot A., *Critique du droit du travail*, P.U.F., Paris, 1994.

¹⁴ Ghera E., *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in *Diritto del lavoro*, 2004, 3-4, p. 1107.

¹⁵ Analizan la relación de trabajo como contrato sinalagmático Treu T., *Onerosità e corrispettività del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968; Zoppoli L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, E.S.I., Napoli, 1991. Con referencia a los reflejos sobre la retribución, Roccella M., *I salari*, Il Mulino, Bologna, 1986.

¹⁶ La relevancia calificadoradora del poder de dirección ha sido sostenida por De Luca Tamajo R., *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, ADL, 2005, p. 467. Por un estudio sobre el poder disciplinar, Vardaro G., *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1986, 29, p. 1 ss.

¹⁷ Realiza un análisis completo de la subordinación en la jurisprudencia Lunardon F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1990, 46, p. 403 ss.; cfr. Menghini L., *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, QDL, 1998, p. 143 ss.

¹⁸ Ghera E., *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, *cit.*, p. 1119.

prestación, y compatible incluso con un nivel elevado de autoregulación (o de “autonomía en la subordinación”).

Sus sutiles intentos de adaptar la subordinación “codicística” a la nueva realidad social¹⁹ se han revelado insuficientes, porque no han eliminado las imprecisiones sobre la calificación jurídica de las relaciones de trabajo, ni han conseguido perfilar un modelo de subordinación adecuado para traducir la necesidad de tutela de los nuevos subordinados (trabajadores por cuenta ajena).²⁰

En realidad, la jurisprudencia ha mantenido la lectura de los compiladores de 1942, fundada sobre la heterodirección, y ha ensachado las orillas para adaptarlas al nuevo contexto: sin embargo, sólo ha conseguido extender la esfera de la autonomía, donde se esconden los abusos más sutiles, no aclarando, en absoluto, las fronteras de la subordinación.

Además, queda insatisfecha la necesidad de tutela de los nuevos subordinados, los “más autónomos (entre los subordinados)”, quienes, cada vez más *border line*, por elección o por imposición, continúan sufriendo una condición de ambigüedad que la evanescencia de la heterodirección no ha tenido capacidad de resolver.

3 EL PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: LOS MÉTODOS DE SUBSUNCIÓN Y TIPOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA

La imprecisión de la noción de subordinación²¹ tiene repercusiones considerables sobre las técnicas de su constatación: el formalista método de la subsunción y el flexible método tipológico.²²

Con el primero, la jurisprudencia conduce el juicio de calificación constatando la rígida correspondencia entre el caso y la definición abstracta de “trabajo por cuenta ajena”. Buscando en el hecho todos los elementos enumerados en la norma, pero reduce el juicio de calificación a una mecánica operación de superposición y lo priva de la elasticidad necesaria para adaptar la norma a los cambios de la realidad social.²³

Con los métodos tipológicos, sin embargo, se limita en aproximar el hecho a la norma codicística, representando (a priori) y buscando, en el caso concreto, algunos indicios²⁴ que lo acerquen a la definición codicística de subordinación

¹⁹ Expresión de Ghera E., *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, cit., p. 1119.

²⁰ En contra, Ghera quien considera la definición codicística capaz de incluir las diferentes modalidades de órdenes y controles sobre el trabajador y también de organización del trabajo. Ghera E., *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, cit., p. 1119.

²¹ Para un análisis sobre el papel del nomen iuris en el procedimiento de calificación, Ghera E., *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, cit., p. 1120.

²² El análisis exhaustivo de los métodos de subsunción y tipológico utilizados por la jurisprudencia ha sido desarrollada por Nogler L., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Gior.dir.lav.rel.ind., 1991, 1, p. 107 ss.; del mismo autor, *Ancora su “tipo” e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa*, ADL, 2002, 1, p. 109 ss.

²³ Nogler L., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 143.

²⁴ La jurisprudencia italiana identifica como elementos sintomáticos de la subordinación la continuidad de la actividad, la retribución mensual, las directivas técnicas y los controles sobre el trabajador, el ejercicio del poder disciplinario, la coordinación de la actividad con

(trabajo por cuenta ajena).²⁵

En particular, la teoría tipológica pura basa el juicio en la individuación de un número suficiente de elementos para decidir si prevalecen los aspectos de subordinación o de autonomía.

En cambio, aplicando las teorías tipológicas funcionales²⁶, el juez podría emanciparse del juicio de identidad para establecer si los elementos encontrados reproducen una relación de trabajo equivalente a aquella “por cuenta ajena”, con respecto a aquel contexto determinado.

El ejemplo de la jurisprudencia²⁷ explica que el interés del empresario pueda concentrarse en algunos elementos (la posibilidad de organizar el servicio, por ejemplo) irrelevantes, aisladamente estimados, pero significativos cuando los referimos al interés organizativo global del aquel servicio.

Sin embargo, puede afirmarse que el método tipológico de la aproximación, en sus variantes, es el más elástico y adecuado para soldar la fractura, cada vez más profunda, entre norma jurídica y realidad social, sobre todo en la esfera del trabajo débil y precario. Por eso, la doctrina ha marcado sólo unos de los elementos elencados en la norma codicística.

Por lo cual, Luigi Mengoni ha identificado el elemento clave en la dependencia, como organización y programación de la prestación por el empresario para conseguir sus resultados; de esa manera ha relegado la heterodirección a un papel marginal de la relación de trabajo por cuenta ajena.

Mattia Persiani ha señalado la colaboración, en su doble significado de coordinación de la prestación y de obligación asumida por el trabajador, que sintetiza los deberes de respecto de las directivas y, más en general, de fidelidad.

Por fin, otros autores han aplicado el método tipológico - funcional para modular tanto los indicios de subordinación como sus tutelas, con respecto a la peculiaridad del caso²⁸, a pesar de que el trabajo por cuenta ajena conlleve, por sí sólo, algunos deberes recíprocos entre las partes.

Esta última interpretación, en su intento de modular la noción y los efectos de la subordinación, aunque permanezca en el enunciado del artículo 2094 c.c., representa el indicio más evidente de la problemática de la definición codicística:

-la organización de la empresa, la ajenidad en los frutos, la ejecución del trabajo utilizando la estructura de la empresa, con materiales y en las instalaciones de la misma, la observancia de un vínculo de horario y la ausencia del riesgo económico. Además subraya que los indicios deben ser valorados juntos, en relación a la peculiaridad del hecho concreto. Sobre este punto, la importante sentencia de la Suprema Corte, Cass. 14 dicembre 1996, n. 11178. Para un análisis de la jurisprudencia, leáse también Dell'Olio M., *La subordinazione nell'esperienza italiana*, ADL, 1998, 3, p. 706 ss.

²⁵ Interesante la sentencia de la Corte d'Appello de Venezia, Sez. lav., 22 gennaio 2001, RGL, 2002, p. 759 que, entre los indicios subsidiarios, identifica también la dependencia económica que caracteriza la relación de trabajo por cuenta ajena.

²⁶ Ghera E., *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in *Diritto del lavoro*, 2004, 3-4, pp. 1117.

²⁷ Por un exhaustivo análisis, Nogler L., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 121.

²⁸ Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro*, 2. *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 1985

por un lado, se propone modificarla, pero por otro, desde una perspectiva formalista, continúa refiriéndola a los elementos sedimentados en el código liberal.

4 CONCLUSIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS DE SUBSUNCIÓN Y TIPOLOGICO

Los métodos aplicados por la jurisprudencia para superar el (parcialmente fisiológico) *gap* existente entre norma jurídica y realidad social no llenan la “incesante sensación de insuficiencia de la noción de subordinación”²⁹ del código liberal. Su definición ha sido remendada en una dirección u otra, y adaptada a la realidad social sólo después de una constante labor de corte y confección.

La jurisprudencia, obligada a hacer una constante tarea de interpretación y adaptación de los conceptos sedimentados en el código civil, parece que no tenga los instrumentos jurídicos apropiados al nuevo contexto: parece inadecuada la definición codicística de subordinación, a la cual está obligada a anclarse.

De hecho, si el método de subsunción no se muestra adecuado para acoger las nuevas instancias de tutela, atrapado en los elementos de la dirección y del control del trabajador³⁰, y el tipológico puro del todo insuficiente para calificar con certeza científica una relación de trabajo como por cuenta ajena, porque es demasiado empírico y aproximativo, basado en la búsqueda y aplicación de elementos sólo indiciarios³¹; el método tipológico-funcional podría solucionar el problema y conducir hacia un mayor acuerdo entre norma y realidad social, aunque a precio de ampliar la esfera discrecional del juez.

Además, la inadecuación de la norma codicística al nuevo contexto necesariamente atribuye a la jurisprudencia la facultad de suplir a la ley: lo cual provoca más de una duda, especialmente si el juez modulase tanto los elementos de la norma como los efectos jurídicos de la subordinación. Sin embargo, aunque su esfera de valoración no pueda eliminarse³², los instrumentos normativos más adecuados para solucionar tal necesidad social siguen siendo, sin duda, la ley y la contractación colectiva.

5 LAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA

La teórica incomodidad en la cual vivía (y todavía vive) la noción de subordinación, más evidente con las transformaciones del mundo de la producción, se ha convertido, en los últimos quince años, en un detonador para demolerir lo existente y avanzar propuestas reformadoras.

El intento de reforma se ha producido a partir de la toma de conciencia de la desigual distribución de las tutelas entre los trabajadores: el derecho del trabajo, enfermo de un “estrabismo precoz”³³, había amparado a sujetos contractualmente

²⁹ D’Antona M., *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, cit., p. 1205.

³⁰ Analisis formulado también por Nogler L., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 111.

³¹ Scognamiglio R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, ADL, 1999, 2, p. 297.

³² Ghezzi G., Romagnoli U., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 139.

³³ Ghezzi G., Romagnoli U., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 23.

fuerzas (los dirigentes), pero formalmente sometidos al poder (aunque laxo) de dirección y control, y, al contrario había excluido a quienes, aunque no siendo capaces de protegerse por sí mismos, organizaban la ejecución del trabajo en una condición de autonomía.³⁴

Estas consecuencias, agravadas por el proceso de terciarización, habían resultado en cierto momento inaceptables y evidenciado la exigencia de superar la subprotección social³⁵, bajo la formal autonomía técnico-funcional, de los que se entregaban al trabajo dependiendo de otro.

Con tal finalidad, exponentes de la doctrina italiana han teorizado propuestas de modificaciones³⁶ (algunas por proposiciones de ley) que, aunque se hayan paralizado por diferentes razones, han representado un momento de agudo debate en los medios culturales.

La complejidad de su exposición exigiría un ahondamiento específico: por eso, en este lugar, se precisan sólo las principales propuestas de modificación del cuadro normativo, de la noción de subordinación y de la modulación de sus tutelas, atribuibles a Massimo D'Antona³⁷, la primera, y a Marco Biagi, la segunda.³⁸

Ambos proponían realizar un cambio de paradigma que tomase como referencia el "trabajo sin adjetivos", inclusivo de todas las tipologías de trabajo (distinguiéndolas sólo de las actividades económicas), y que modulase las tutelas en proporción a la proximidad con el trabajo por cuenta ajena.³⁹

La propuesta de D'Antona⁴⁰ definía el "trabajo sans phrase" como factor

³⁴ Romagnoli describe con gran agudeza "el proceso de mutación genética" del trabajo tradicional y la irrupción en el sistema de protección legal de grupos sociales que, materialmente, no tenían la misma dramática exigencia de reivindicación. Lo describe como "permissividad reprochable al derecho del trabajo", y a la jurisprudencia que lo aprobaba y que ha permitido "a la clase media y a los élites intelectuales el saqueo de un copioso patrimonio de tutelas", con "incalculables efectos distorsivos, sin reales ventajas para la pobre trabajadora". Así, Romagnoli U., *Dal lavoro ai lavori*, LD, 1997, 1, p. 9; del mismo autor *Il diritto del lavoro nel prisma del principio dell'eguaglianza*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1997, 3, p. 544.

³⁵ El derecho del trabajo, enfermo de estrabismo precoz, echaría de menos la época en la cual tenía buena vista y protegía "a un sujeto dotado de su propia especificidad social, y no sólo a un contrayente de una relación de obligaciones". Ghezzi G., Romagnoli U., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 28.

³⁶ Entre las diferentes propuestas de modificación, es peculiar la perspectiva de Pedrazzoli quien, adoptando una definición de trabajo "sans phrase", propone la lectura de la subordinación codicística y de sus tutelas poniendo como referencia el trabajo por cuenta propia. Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, RIDL, 1998, I, p. 49 ss.

³⁷ D'Antona M., *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, Opere, III, Caruso B., Sciarra S. (a cura di), Giuffrè, 2000, p. 1285 ss.

³⁸ El debate se ha traducido en un concreto proyecto de reforma legislativa. Han sido relevados doce informes, entre proyectos formales y proposiciones de ley. Analiza este punto, Biagi M., Tiraboschi M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*, LD, 1999, 4, p. 580.

³⁹ La crisis de identidad del derecho del trabajo plantea la cuestión de una teoría unitaria que pueda resumir en principios generales los principales caracteres jurídicos del trabajo y articular en su interno las diferencias.

⁴⁰ D'Antona M., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Opere, III, Caruso B., Sciarra S. (a cura di), Giuffrè, 2000, p. 1294 ss.

constante y normal de la actividad organizada por otros⁴¹, caracterizada sólo por la coordinación económico - organizativa de la prestación de trabajo; lo cual, modulaba las tutelas con relación a un modelo no más binario (trabajo por cuenta ajena - por cuenta propia), sino graduado⁴² de los trabajos. Pues, el trabajo por cuenta ajena y lo económicamente dependiente compartían una base común de reglas y se diferenciaban con respecto a la distancia ideal que separaba la tipología negocial de la subordinación. Puestos sobre una línea recta imaginaria, cuanto más (la tipología de trabajo) se alejaba de la subordinación en sentido estricto (ex art. 2094 c.c.), más restringida era la tutela otorgada, hasta el núcleo normativo mínimo, común a todas las formas de trabajo.⁴³

La propuesta de Marco Biagi en cambio consistía en la elaboración de un Estatuto de los Trabajos: renunciaba a definiciones y clasificaciones del trabajo, realidad en constante transformación, y distribuía las tutelas en una sucesión de círculos concéntricos de geometría variable, según el tipo de tutela de aplicar.

Por lo tanto, individualizaba las reglas fundamentales para todas las relaciones de trabajo y las de aplicación más circunscrita, en relación a grupos homogéneos de instituciones, hasta proyectar una nueva y más elástica disciplina del despido.⁴⁴

Sin embargo, los dos intentos reformadores quedaron en nada, por motivos diferentes, dejando que el “grifo de las tutelas”⁴⁵ sea todavía el de 1942.

6 EL CRITERIO DE LA DEPENDENCIA COMO ALIENACIÓN DEL TRABAJADOR

En la “sociedad de los trabajos”⁴⁶, en la cual los contornos del trabajo y de

⁴¹ Por eso, diferencia entre el “trabajo sin adjetivos” y las actividades personales, en modalidad individual o asociada, orientada al mercado. Además, articulaba el “trabajo sin adjetivos” en dos esferas: el trabajo por cuenta ajena heterodirecto y el trabajo por cuenta propia pero coordinado funcionalmente como factor normal de la empresa de un tercero.

⁴² A tal teoría se ha objetado que la coordinación con el ciclo productivo de la empresa fuese un concepto tan generico que podía incluir las más diferentes tipologías de trabajo (el trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia, económicamente dependiente, asociado). Así Scognamiglio R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., p. 291.

⁴³ El trabajo jurídicamente relevante para su protección habría construido un concepto unitario en el sentido del artículo 35 de la Constitución italiana. D'Antona M., *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, cit., p. 1217.

⁴⁴ Biagi M., Tiraboschi M., *Le proposte legislative in materia di lavoro pasasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno “Statuto dei lavori”?*, cit., 582.

⁴⁵ De subordinación como “grifo de las tutelas” habla Pedrazzoli M., *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status, riflessioni su Barassi e il suo dopo*, ADL, 2002, 2, p. 264.

⁴⁶ El cambio de la sociedad del Trabajo a la sociedad de los trabajos ha sido descrito muy bien por Romagnoli como transición hacia una sociedad caracterizada por una rearticulación de las tipologías de trabajo y un cambio en la concepción de ciudadanía industrial. Romagnoli U., *Dal lavoro ai lavori*, in LD, 1997, 1, p. 7. Las características de la “sociedad de los trabajos” han sido delineadas de esta manera: el cambio de la estructura familiar patriarcal; el tupido retículo que se desarrolla en horizontal y que superpone los trabajos; la atomización del mercado de trabajo y de las relaciones entre el centro y la periferia de la misma empresa (core-peripheral); la reducción de las tutelas del trabajador no standard. Así, Accornero A., *Il senso del lavoro*, QRS, 2006, p. 131; del mismo autor, *La società dei lavori, Sociologia del lavoro*, 2000, 80, p. 49 ss.

la empresa se desvanecen, recuperar la noción de dependencia⁴⁷ probablemente puede solucionar el problema y conducir hacia un mayor acuerdo entre norma y realidad social.

El proceso de terciarización ha cambiado la organización del trabajo, promovido la deslocalización y la articulación en base horizontal y, en consecuencia, indirectamente ha desvanecido las órdenes y los controles dirigidos al trabajador.⁴⁸

Sobre el modelo del trabajador por cuenta ajena heterodirigido puede calcarse sólo el dibujo del antiguo modo de producir, por que las nuevas realidades amorfas escapan de su contornos.

Sin embargo todo eso no significa que en la empresa post-fordista⁴⁹ el trabajo por cuenta ajena haya desaparecido, sino sólo que es más difícil interceptarlo a través de los viejos instrumentos calibrados sobre la heterodirección. Con la observación del nuevo mundo de la producción se aprecia que su esencia no ha cambiado: el característico “status subiectionis” sin el cuál el derecho del trabajo nunca habría nacido.⁵⁰

Tal reflexión nos convence de que la subordinación se dibuje valorando el dato factual y renunciando a la perspectiva formalista de la heterodirección, en la búsqueda de una definición capaz, también en una sociedad terciarizada, de funcionar como clave del derecho del trabajo.

En la realidad socio - económica (también en la post - industrial), el trabajo por cuenta ajena se realiza como trabajo, hecho por una persona y caracterizado por la existencia de un vínculo (la subordinación). Así pues, el trabajo es la actividad personal que un sujeto presta para la producción de bienes y servicios para otros; y la persona del trabajador es quien pone sus energías psicofísicas a disposición de un tercero, que los incorpora al mercado para obtener sus objetivos. La subordinación es el vínculo de dependencia entre el trabajador y el empresario, es decir la enajenación de sus energías psicofísicas, a cambio de una retribución, en favor de un tercero (el empresario) quien los pone en su propia organización y los incorpora al mercado, con sus riesgos y ventajas.⁵¹

⁴⁷ El criterio de la dependencia no ha estado libre de críticas: se ha dicho que la debilidad económica describe situaciones económicas que, siendo necesariamente personales y por eso variables, no podrían ser utilizadas como elementos de definición. Roccella objeta que la “subordinación en sentido estricto”, patrocinada por la Corte Constitucional italiana, no se funda sobre un genérico criterio, de aproximativa matriz sociológica, de dependencia económica, sino “sobre la individuación de la ratio de tutela del derecho del trabajo en el específico aspecto de la inferioridad socio-económica de una parte respecto a la otra en la relación de trabajo, reconocible en toda el area (aunque socialmente no homogénea) del trabajo por cuenta ajena”. Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, *Quad. Soc.*, p. 102.

⁴⁸ Lúcida descripción de los cambios de la producción por Liso F., *Leggendo il rapporto “Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe”*, a cura di Alain Supiot, *ADL*, 2001, 2, p. 559-574.

⁴⁹ Lúcida descripción del post-fordismo por Accornero A., *Alternative e argini alla precarietà del lavoro*, *QRS*, 2007, 2, p. 10 ss. y *Questo secolo se ne va, e il lavoro cambia in fretta... Il Mulino*, 1027 ss.; del mismo autor *Dal fordismo al post-fordismo: il lavoro e i lavori*, *QRS*, ..., p. 7 y *L’individualismo di mercato e il lavoro post-fordista*, *QRS*, 2004, 1, p. 9. Sobre los cambios del capitalismo, Accornero A., *Il senso del lavoro*, *QRS*, 2006, p. 131.

⁵⁰ Romagnoli U., *Ed è subito ieri (a proposito di precarietà del rapporto di lavoro)*, *RIDL*, 2007, I, p. 126.

⁵¹ Scognamiglio R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, *ADL*, 1999, 2, p. 288.

Por lo tanto, la dependencia constituye la directa proyección del capitalismo sobre la persona del trabajador, reflejo de la propiedad de los medios de producción y de la venta en el mercado del producto del trabajo⁵², que permanece constante frente a las evoluciones de la sociedad.⁵³

El “radar”⁵⁴ de la doble ajenidad⁵⁵ localiza la subordinación en el dato factual y supera la viscosidad de la heterodirección: delinea unos confines nítidos entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia y soluciona la necesidad de tutela de los nuevos trabajadores por cuenta ajena.

De hecho, este criterio consigue trazar con claridad los contornos de la subordinación: el trabajador por cuenta ajena es quien trabaja en la organización de un tercero y no percibe los frutos de su trabajo.

Además, abre la puerta de la tutela a todos los trabajadores que trabajan en una condición de subprotección social, sea cual sea su grado de autonomía. Por eso, parecería un criterio adecuado a la sociedad terciarizada, en la cual los poderes de dirección y control se desvanecen, y apto para ser aplicado también en las empresas deslocalizadas: siendo suficiente la ajenidad de la organización productiva, lo que importa es que el trabajador trabaje por cuenta ajena, en una estructura organizativa que no le pertenece.

Por fin, la adopción del criterio de la doble ajenidad encontraría confirmación en las raíces profundas de la tutela del trabajo por cuenta ajena y en su vocación a la igualdad sustancial: reequilibrar el desequilibrio contractual entre trabajador y empresario y, en una perspectiva promocional, valorar el papel del trabajo como factor de inclusión social.

En una primera perspectiva, la doble ajenidad refuerza la *libertad* (del trabajador) frente a los abusos del empresario, escondidos tras la esencialidad del trabajo para obtener lo necesario para vivir. Por cierto, valoriza la necesidad⁵⁶ del trabajador de cambiar su trabajo por el salario suficiente para la supervivencia propia y de su familia, y construye la estructura del derecho del trabajo sobre tal desequilibrio contractual.

Además, puesto que no reduce la relación de trabajo al contrato, se demuestra capaz de escuchar las voces⁵⁷ de la experiencia colectiva de los trabajadores

⁵² Palomeque López M.C., Álvarez De La Rosa M., *Derecho del trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, p. 494.

⁵³ Sobre los cambios de la organización productiva, Accornero A., *Il lavoro che cambia dopo la classe*, QRS, 2009, 1, p. 7 ss.

⁵⁴ Expresión de Romagnoli U., *Ed è subito ieri*, cit., p. 126.

⁵⁵ C. Cost., sent. n. 30/1996. Se colocan a lo largo del surco de la histórica sentencia de la Corte Constitucional las recientes orientaciones de la jurisprudencia que afirman que “la subordinación en su significado técnico coincide con la definida <<doble ajenidad >>”. Cass 9 ottobre 2006 n. 21646, RGL, 2007, 2, p. II, 144 ss.; Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, RGL, 2007, 4, p. II, 654 ss. Sobre este punto, también Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *Quad. Soc.*, 2008, p. 104 para quien la adopción de tal criterio proporciona una norma de interpretación auténtica de la norma del código civil, que centra el criterio de calificación sobre la dependencia (en su sentido de doble ajenidad).

⁵⁶ Reproduciendo una expresión de Karl Marx, Bobbio N., *Eguaglianza ed egualitarismo*, Riv. it.fil.dir., 1976, p. 324, “la naturaleza ha hecho a los hombres más iguales con respecto a las necesidades que con respecto a la posibilidad que ellos tienen de hacer este o aquel trabajo útil para la sociedad”.

como clase social⁵⁸: éstas han llevado la consideración del trabajo más allá de la obligación de un contrato sinalagmático, elevándola a componente esencial del nuevo proyecto del Estado.⁵⁹

Por fin, en una perspectiva promocional, el criterio de la dependencia supera la subprotección existente de hecho⁶⁰ y da acceso a todos los trabajadores dependientes (en el sentido trazado) a la totalidad de las tutelas del ordenamiento laboral, valorando el papel del trabajo como factor de inclusión social.⁶¹ Lo cual, polariza la subordinación hacia la igualdad sustancial, para eliminar los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, y descubre la *libertad* (del trabajador) *para* participar en el progreso material y espiritual de la sociedad, a través del trabajo decente que sea expresión de la personalidad del individuo ciudadano del Estado pluriclase.⁶²

⁵⁷ Así se expresa Romagnoli U., *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, LD, 2005, 3, p. 529

⁵⁸ D'Antona M., *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, cit., p. 1204

⁵⁹ Romagnoli U., *Ed è subito ieri (a proposito di precarietà del rapporto di lavoro)*, cit., p. 129. El trabajo ha vuelto a la primera fuente de legitimación de los derechos sociales de ciudadanía “y de allí no será posible desclavarlo sin disgregar los principios fundamentales del Estado democrático-constitucional, construido sobre los escombros del Estado corporativo”.

⁶⁰ Ghezzi G., Romagnoli U., *Il rapporto di lavoro*, cit. p. 28.

⁶¹ De hecho, la falta de trabajo abre la lista de los obstáculos de orden social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden la efectiva participación en la organización política, económica y social del país”. Así, Romagnoli U., *Dal Lavoro ai lavori*, in LD, 1997, 1, p. 3 ss. Sobre el trabajo como instrumento para superar los obstáculos de orden social, Romagnoli U., *I diritti sociali nella Costituzione*, DLM, 2005, 3, p. 521 ss.

⁶² El derecho del trabajo del siglo veinte ha contribuido a focalizar el proyecto de desarrollo de la sociedad que permitiera a los sujetos encadenados, por razones de nacimiento y censo, a la condición de súbdito en un Estado monoclasa transitar a la condición de ciudadanos del Estado pluriclase. Romagnoli U., *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, p. 529; del mismo autor, *I diritti sociali nella Costituzione*, DLM, 2005, 3, p. 521 ss.; *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005, p. 53. Sobre los significados del principio de igualdad, veáanse las magistrales páginas de Romagnoli U., *Il diritto del lavoro nel prisma del principio dell'eguaglianza*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1997, 3, p. 533.

Romagnoli interpreta el vínculo entre trabajo y ciudadanía en la sociedad post industrial como “ciudadanía industriosa”, que debe entenderse como defensa del *status* de ciudadano a pesar de la persistencia de una ocupación, y que se añade a la “ciudadanía industrial”. Romagnoli U., *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1997, 3, p. 549 describe la ciudadanía como titularidad de los derechos sociales que, coherentemente con el dictado constitucional, pertenece sólo a los ciudadanos desheredados de los cuales se constata la condivisión del deber de “prestar una actividad” útil para la sociedad.