

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

ROLANDO MURGAS TORRAZZA⁽¹⁾

PALABRAS PRELIMINARES

Escribo este pequeño artículo, con el todavía agobiante dolor de la pérdida y ausencia de Mario Pasco Cosmópolis, quien durante varias décadas fue amigo tan cercano y constante, compañero en tantas actividades académicas, como, entre muchas otras, la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, el Grupo de los Nueve (“La Patota”), los congresos y seminarios internacionales, sus repetidas invitaciones a Perú, sus múltiples viajes académicos a

(1) Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Panamá; Tutor en el Doctorado en Derecho, con Énfasis en Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá; ex Decano (dos veces) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá; ex vicerrector académico (dos veces) de la Universidad de Panamá; ex ministro de Trabajo y Bienestar Social; ex ministro de Educación; Miembro Principal de la Comisión Redactora del Código de Trabajo de Panamá; Miembro de la Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá; Miembro de Número y Ex presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (del 1 de marzo de 2010 a 28 de febrero de 2013); Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Miembro y ex presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Miembro Fundador y ex Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Miembro Fundador, ex presidente y Presidente de Honor de la Academia Panameña de Derecho del Trabajo; Miembro del Grupo de los Nueve; Doctor Honoris Causa por la Universidad de Panamá; Doctor Honoris Causa por la Universidad Paulo Freire (Nicaragua); autor de alrededor de 133 publicaciones. Correo electrónico: rmurgast@cwpanama.net.

Panamá, etc.. Laboralista de sólida formación y manejo impecable de la disciplina; orador deslumbrante; constante conciliador; compañero lleno de cordialidad y simpatía personal; consejero oportuno y confiable; y, sin duda alguna, uno de los grandes maestros del Derecho del Trabajo iberoamericano. El recuerdo de su amistad y su grandeza académica estarán siempre presentes en nuestros corazones⁽²⁾.

I. LA ESENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Con la irrupción del Derecho del Trabajo, que se inserta y es parte esencial de la ruptura de la milenaria división bipartita del Derecho, que se abre a un tercer agrupamiento que es el Derecho social, se quiebran los viejos mitos de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de los contratantes. Precisamente, en el derrumbe de esos dos mitos de concepción formalista de la libertad y de la igualdad, está la esencia misma del Derecho del Trabajo.

Aún sin el Derecho del Trabajo en el escenario, Talleyrand, ese histórico cínico de la política –nos lo recordaba el inolvidable maestro Mozart Víctor Rus-somano– con todo anticipó que el “derecho al trabajo es la única propiedad de aquellos que nada tienen”⁽³⁾. De otro modo, Lacordaire, en el siguiente siglo, sentenció que *entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el sir-viente, es la libertad la que oprime y la ley la que libera*.

En términos actuales y en referencia a la igualdad, en uno de sus últimos ensayos, Óscar Ermida Uriarte, con la maestría que siempre lo caracterizó, nos recordaba que el “Derecho del Trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio” y que “la igualdad del Derecho social es diferente a la igualdad del Derecho Privado clásico, que ‘candorosamente’ parte de la suposición de que todos somos iguales”. De allí entonces, agrega, que al suponer el Derecho Civil esa igualdad, se abstiene. Mientras que el Derecho del Trabajo, por el contrario, “constata una desigualdad e intenta corregirla”. Resulta pues que esta clase de desigualdad compensatoria “es la gran innovación del

(2) Este trabajo, humilde homenaje al amigo y maestro, en cierta medida es el desarrollo de las ideas que nos sirvieron de base para una Relatoría en el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (**Problemática actual del contrato individual de trabajo: la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente**), celebrado en Lima, del 16 al 19 de setiembre de 2001. Mi selección como uno de los Relatores Generales, fue una deferencia de Mario Pasco y de los colegas peruanos.

(3) RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Discurso de posesión como Presidente, por segundo periodo*. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Paraná, Brasil, 1974, p. 9.

Derecho del Trabajo: la igualdad como objetivo o meta y no solo como supuesto o punto de partida⁽⁴⁾.

De otro lado, la autonomía de la voluntad y la consiguiente libertad de contratación, propias del Derecho Privado, son incompatibles con los mecanismos de protección del Derecho del Trabajo.

Ermida Uriarte alude en este punto a que el Derecho del Trabajo es un rescate de parte de la libertad del trabajador⁽⁵⁾.

En efecto, para proteger al trabajador, frente a su discapacidad en la contratación, la intervención del Estado se dirige a limitar su propia libertad en sentido formal, pero como una manera de proteger su libertad en términos materiales. Con esa limitación se le libera de la condición de víctima de la **dictadura contractual** de su contraparte.

La libertad de contratación no es más que el simple traslado al plano jurídico de las reglas del mercado en la determinación de las condiciones de trabajo.

En verdad los sueños libertarios del revolucionario francés, que tanto transformaron la sociedad, no fueron suficientes en el mundo de la revolución industrial, con la consiguiente llamada tiranía de la burguesía. Por eso surgió el Derecho del Trabajo.

Con la irrupción del Derecho del Trabajo surge, a su vez, una nueva concepción del Derecho. Se quiebran mitos milenarios que habían operado, sin la generación de grandes disensiones entre los juristas, como pilares fundamentales del llamado derecho común.

Es por ello que el Derecho del Trabajo tiene como punto de partida una concepción en sentido **material** de la igualdad y de la libertad.

La mencionada ruptura, que implica el punto fundamental de distanciamiento entre el Derecho del Trabajo y el derecho común, se concreta en la figura del contratante jurídicamente protegido, concepción material de la igualdad; y en la limitación de la autonomía de la voluntad, mediante la imposición de un mínimo de garantías irrenunciables a favor del trabajador, que expresa, como ya señalamos, una concepción material y no formal de la libertad.

(4) ERMIDA URIARTE, Óscar. *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*. Cuadernos de la Fundación Electra, Montevideo, 2011, pp. 7 y 8.

(5) *Ibidem*, p. 12.

II. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR UNA PERSONA, COMO IDEA CLAVE PARA ENTENDER EL CONTRATO DE TRABAJO

Ciertamente la relación de trabajo es una relación de poder, que se traba entre el empleador y la persona del trabajador. Por eso, el Derecho del Trabajo, más que un derecho de las cosas, es un derecho de las personas, como ha sido repetidamente destacado por los laboristas.

El trabajador, en el fondo, no entrega al empleador su **fuerza de trabajo**, la cual es inseparable de su persona. Lo que compromete es su **actividad personal**, que queda sometida funcionalmente al poder de dirección del empleador, dentro de los límites de la Ley, el contrato y la moral.

Tiene razón Juan Raso Delgue, cuando afirma que el asunto va más allá de lo anterior y que en realidad el trabajador aporta **disponibilidad**, porque basta la misma para que se entienda que está cumpliendo con sus deberes contractuales.⁽⁶⁾

Independientemente de la pertinencia de esta observación, que tiene relación con el tema de la subordinación jurídica, nos interesa destacar ahora que el contrato individual de trabajo descansa en la prestación del servicio por una **persona**, con todos los atributos que le son propios, aún en presencia de las nuevas tecnologías y de las nuevas formas de organización empresarial. Los poderes del empleador no tienen la virtualidad de desconocer esa condición en el desarrollo de la relación laboral.

No debe olvidarse que el marco de protección del Derecho del Trabajo no solo alcanza a beneficios económicos directos a favor del trabajador o a sus intereses de índole patrimonial, sino también a los que conciernen a la protección misma de su persona, entendida la misma a plenitud y no únicamente a un limitado y elemental sentido biológico. Tal es el caso de las normas sobre jornadas, descansos, protección del salario, seguridad e higiene en el trabajo, etc.

III. LOS INSTRUMENTOS DELIMITADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Sin pretender agotar el tema, es necesario considerar algunos elementos que se han utilizado para determinar las líneas diferenciadoras del trabajo subordinado

(6) RASO DELGUE, Juan. Conferencia dictada en las Jornadas en *Homenaje al autor de este trabajo*, en la ciudad de Santiago de Veraguas, Panamá, el 20 de abril de 2012.

(trabajo personal, prestado a otra persona, remuneración y, desde luego, subordinación jurídica). Partimos de la base de que el elemento delimitador es la subordinación jurídica y que la discusión está ahora planteada más que nada en sí, frente a los nuevos fenómenos, hay o no crisis o insuficiencia de la subordinación jurídica.

Una de las bases de las que parten las tendencias dirigidas a descalificar o al menos a señalar la insuficiencia de la dependencia o subordinación jurídica, como herramienta esencial en la delimitación de la relación de trabajo, frente a la prestación personal autónoma de servicios a otra persona o empresa, es la de que el Derecho del Trabajo construyó esa delimitación sobre la subordinación jurídica. En realidad, esto no es del todo cierto. Fueron las situaciones de desventaja material y de necesidad económica, en el marco de una relación jurídica marcada por la dependencia o subordinación económica, las que inspiraron y fundamentaron ideológica y teleológicamente el Derecho del Trabajo. Es por eso que se genera la figura del **contratante más débil jurídicamente protegido** y la de la necesaria generación, con la intervención de la Ley, de las desigualdades jurídicas para compensar las desigualdades materiales.

En ese camino, la dependencia o subordinación jurídica se utilizó como instrumento delimitador, por su clara utilidad y facilidad de identificación durante muchas décadas. No obstante, es la dependencia o subordinación económica la que lleva a la subordinación jurídica. En el fondo, los poderes del empleador entendidos como expresión de la subordinación jurídica, tienen su verdadero origen en la situación de desigualdad material que caracteriza a la dependencia o subordinación económica. El empleador los tendría, aun si no hubiera Derecho del Trabajo. Precisamente, la reconocida **dictadura contractual** en el plano individual no es consecuencia del contrato, sino de la dependencia económica del trabajador.

La vulnerabilidad del trabajador en la contratación deriva de su dependencia del salario para su propia subsistencia y también la de su familia. Esa situación de necesidad se proyecta, en sentido material, en un desigual poder de contratación. Puede decirse que más que el empleo, el trabajador busca el salario. Al vincularse contractualmente a un empleador, lo hace colocado ante el mismo en situación de subordinación o dependencia económica. Sin embargo, los poderes del empleador, propios de la subordinación jurídica, derivan de la existencia misma de la relación laboral construida sobre bases materiales de desigualdad.

Como hemos afirmado en diversos trabajos, la llamada **fuga o escape** del ámbito del Derecho del Trabajo, más bien una **expulsión**, en lo fundamental no deriva de la pretendida insuficiencia de esta disciplina para **aprisionar** la diversidad de fenómenos en el mundo globalizado, con sus nuevas tecnologías y nuevas formas de organización empresarial o del claro crecimiento del sector informal.

Mayor peso, a nuestro juicio, tienen en la llamada **deslaboralización**, total o parcial, los fenómenos de simulación y fraude; las situaciones de hecho en las que de manera deliberada y por ineficiencia de la fiscalización sencillamente se incumple la normativa laboral; la precarización del empleo; así como las experiencias desreguladoras, que respecto de ciertas categorías de trabajadores han conducido a la deslaboralización total de las mismas, muchas veces dentro de un contexto de desregulación salvaje, producto de las influencias ideológicas del neoliberalismo. Esto lo afirmamos sin perder de vista el peso que, en términos reales, representa para el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, el crecimiento del sector informal, en el cual, de **hecho** (por el margen de incumplimiento de la normativa que supone) o de **derecho** (esto último por el auto empleo) los protagonistas del fenómeno se encuentran al margen de la protección laboral.

Por otro lado, en forma errada se ha pretendido hacer de la subordinación o dependencia jurídica un instrumento férreo y carente de elasticidad.

Procede entonces tanto la utilización de la subordinación jurídica debidamente entendida con un concepto actualizado y con una vuelta a la dependencia o subordinación económica, en los casos que muchos consideran como formas que ahora no son susceptibles del contrato de trabajo sino parte del trabajo autónomo, pero que suponen la prestación personal y continuada de un servicio a una empresa en particular.

IV. LA DEPENDENCIA O SUBORDINACIÓN JURÍDICA

La relación de trabajo es una relación de poder, que se expresa precisamente en la situación de subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador. La colocación subordinada del trabajador en esta relación de poder no es comparable con el sometimiento servil ni el esclavista. Tampoco tiene carácter absoluto y solo resulta ejercitable dentro del marco de la Ley y del contrato. Su naturaleza es, por tanto, instrumental.

De allí el arraigo que ha cobrado el avance doctrinal en orden a los llamados derechos fundamentales **inespecíficos**, que no pueden ni siquiera mínimamente verse comprometidos por el ejercicio de los poderes de que dispone el empleador en virtud de la relación de trabajo.

Quien dirige la empresa y el trabajo es el empleador, potestad que deriva, para decirlo descarnadamente, de su derecho de propiedad sobre el medio de producción que es la empresa. Ese derecho de propiedad del cual llegó a decirse

que era el derecho de **usar, disfrutar y abusar** de una cosa, concepción absolutamente incompatible con la función social de la propiedad y con los que impone el propio Derecho del Trabajo.

Como el Derecho del Trabajo representa un acto de intervención del Estado, es limitativo tanto de la autonomía de la voluntad como de los poderes que otrora otorgaba al empleador el derecho de propiedad, que dejaron de ser absolutos. La dependencia o subordinación jurídica es hoy un poder restringido que tiene el empleador, por el intervencionismo de la Ley y la fuerza de los derechos colectivos. Se trata de una dependencia funcional, no un sometimiento personal absoluto.

En especial los poderes de dirección, reglamentario y disciplinario, son expresión y resultado de la subordinación jurídica, la cual admite diferenciaciones y grados en su intensidad, constancia y magnitud.

Ni antes ni ahora, puede pretenderse que la subordinación jurídica supone un poder que se ejerce de manera constante, absoluta y de la misma manera y con la misma intensidad frente a todos los trabajadores, con independencia de su jerarquía, autonomía técnica, etc.

El empleador es depositario de un **poder último de decisión** sobre cómo, cuándo y hasta dónde prestar el servicio, con sujeción a los límites legales, contractuales y morales.

Esta idea de que basta la simple **posibilidad** de ejercer el poder de dirección, desde hace mucho ya estaba afincada en la doctrina. Véase, a título de ejemplo, la doctrina uruguaya en las opiniones de los maestros De Ferrari y Plá Rodríguez⁽⁷⁾.

Acorde con lo anterior, el Código de Trabajo de Panamá, en su artículo 64, define la subordinación jurídica como “la dirección ejercida o susceptible de ejercerse, por el empleador o por sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución del trabajo”.

De alguna manera, se ha pretendido forzar o presuponer un concepto férreo y rígido de la subordinación jurídica, cuando la misma debe entenderse con una caracterización de **elasticidad**, capaz de hacer frente a las nuevas tecnologías y formas de organización empresarial. Por ejemplo, puede haber teletrabajo subordinado (en algunos casos la versión contemporánea del trabajo a domicilio), al igual que teletrabajo autónomo. La subordinación jurídica, no debe caber duda

(7) RASO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. AMF, Montevideo, 2000, p. 59.

alguna, puede ejercerse también de manera virtual y ello es cosa corriente en el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo.

V. LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA ECONÓMICA

Como ya expresamos, en las bases originarias del Derecho del Trabajo está la consideración de la subordinación o dependencia económica, que supone que la remuneración sea para quien trabaja la única o la principal fuente de subsistencia. Hay entonces un auténtico estado de necesidad, que lleva a que el trabajador busque el empleo como el medio de percibir el salario.

En las relaciones en las cuales una persona se vincula específica y continuamente a una empresa o persona en particular, mediante la prestación de servicios personales, dicha persona llega a la contratación y desarrollo de su relación jurídica con toda la carga de su situación de necesidad económica. En consecuencia, es vulnerable frente al abuso contractual, puede carecer de poder de negociación y requerir de mecanismos de igualación, como los que caracterizan al Derecho del Trabajo. Es posible, entonces, que exista subordinación económica en relaciones de trabajo autónomo y no solo en relaciones de carácter laboral. Surge así la necesidad de la protección, mediante la intervención del Estado con el reconocimiento de garantías mínimas.

En la medida en que existan realmente categorías de trabajo autónomo, sin subordinación jurídica pero con subordinación económica, es decir, que demandan protección, las alternativas son la de dotarlos de un estatuto especial de garantías mínimas o bien la de utilizar, al menos en parte de esos casos, la subordinación económica como instrumento determinante para la existencia de la relación laboral.

Por otra parte, en los casos de frontera, en los cuales no sea clara la subordinación jurídica, la subordinación económica debe ser determinante. Resulta, entonces, en que por lo menos la subordinación económica debe ser un elemento complementario de la subordinación jurídica, sin descartar que, a nuestro juicio, en algunos casos pueda ser determinante.

Óscar Ermida Uriarte y Óscar Hernández Álvarez señalan que en vista de que todas las modalidades de “fuga” tienden a “desdibujar la subordinación jurídica o a enmascararla bajo formalidades de diverso tipo, la dependencia económica es más difícil de ocultar”. Añaden que en la medida en que “la razón histórica de la tutela laboral fue, sin duda, la desventaja –económica, social y por ende

negociadora– del trabajador”, resulta casi natural “volver” al criterio de la dependencia económica, cuando las manifestaciones jurídicas de la subordinación jurídica no resultan tan confiables⁽⁸⁾.

No obstante, apoyan la opinión de Raso Delgue y Fernández Brignone, en el sentido de que los criterios de subordinación económica y protección del contratante débil “son complementarios y no sustitutivos de la dependencia jurídica”⁽⁹⁾.

En ese sentido, el artículo 65 del Código de Trabajo de Panamá identifica, en vía ejemplar, varios supuestos en los que se presenta la dependencia económica, la que el mismo artículo dispone que, en caso de duda sobre la existencia de la subordinación jurídica, permite que se califique la relación como de carácter laboral. El texto de este artículo es el siguiente:

“Artículo 65. Existe dependencia en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos.
2. Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, o como consecuencia de su actividad.
3. Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que puede considerarse como empleador.

En caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la dependencia económica determina que se califique como tal la relación existente”.

La utilización de la dependencia como un criterio auxiliar o complementario, resulta de enorme importancia, sobre todo en los llamados casos de frontera. No siempre, sin embargo, la jurisprudencia panameña hace el máximo uso

(8) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. *Crítica de la subordinación*. Separata de Estudios sobre Derecho del Trabajo Homenaje a José Ramón Duque Sánchez, Colección Libros Homenaje - Nº 9, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela/2003, pp. 471 y 472.

(9) RASO DELGUE y FERNÁNDEZ BRIGNONI, cit. Por ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 480.

de esta posibilidad, pero sí resulta útil en muchas decisiones judiciales. Así por ejemplo, en la sentencia del 14 de enero de 1993, de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que en el caso concreto el trabajador carecía de horario y de controles de asistencia, el uso combinado del poder de dirección y de la dependencia económica, llevó a la Corte a concluir que existía relación de trabajo. También en sentencia del 10 de noviembre de 1977, la dependencia económica fue determinante para que la Corte calificara como laboral la relación de un corredor de seguros.

En algunos casos es la propia Ley la que erige a la dependencia económica como factor determinante, independientemente de la caracterización de la subordinación jurídica. Así ocurre con la aparcería y el colonato (artículo 235 numeral 2 del Código de Trabajo) y con los vendedores de helados y paletas y trabajadores similares (artículo 91 del Código de Trabajo).

La necesidad de protección de trabajadores no cubiertos por el Derecho Laboral, ha provocado la adopción de normativas (España, Italia), con contenidos parcialmente equiparables a los del trabajo subordinado. Sin embargo, al menos en la experiencia española el estatuto especial, aun respecto de los llamados **verdaderos autónomos** tiene grandes franjas para la autonomía de la voluntad y menos normativa de carácter imperativo.

Por todo esto, es preferible que una vuelta a la subordinación económica, asimile al trabajo autónomo al menos una parte de los que visiblemente tienen una relación continuada de prestación de servicios personales a una empresa en particular y carecen de poder de negociación. Al mismo tiempo, como ya expresamos, que en los casos de frontera la subordinación económica sea determinante.

VI. SITUACIONES DIFERENTES EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

Por un lado, es claro que Europa, que ideó el Derecho del Trabajo y también la seguridad social, como instrumentos de justicia social, hoy muestra una tendencia reduccionista de la protección, si se mira desde la perspectiva de lo preexistente.

En América Latina, por el contrario, pareciera estarse dando una tendencia diferente. Salvo la reciente reforma mexicana de diciembre de 2012, se está produciendo una suerte de contención del fenómeno flexibilizador e incluso un fortalecimiento del llamado garantismo. Esto último se produce por dos vías. Una por la adopción de reformas laborales proteccionistas, como en Bolivia, Ecuador, Chile y Venezuela. La otra, derivada de lo que sin duda puede llamarse un **nuevo**

constitucionalismo social, que ha ampliado significativamente la esfera de los derechos fundamentales de los trabajadores bajo tutela constitucional.

Los rasgos principales de este nuevo constitucionalismo social, pueden resumirse así:

1. Se estatuye el llamado Estado Social de Derecho. Anteriormente, lo habían hecho las Constituciones de Italia y Alemania.
2. Inclusión de normas directamente aplicables y posibilidad de acceso a su tutela judicial, sin necesidad de desarrollo legislativo específico.
3. Incorporación al bloque de constitucionalidad o supremacía sobre la legislación ordinaria, de los convenios internacionales sobre derechos humanos.
4. Incorporación expresa de varios de los llamados principios del Derecho del Trabajo.
5. Incorporación a los textos constitucionales de nuevos derechos fundamentales de los trabajadores.
6. Perfil **reglamentario** de los textos constitucionales.
7. Importante papel de los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionalmente garantizados.

VII. LA RECUPERACIÓN DEL PODER DE ATRACCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Una tendencia, que podríamos considerar como en cierto sentido común a Europa y a América Latina, es la de cierta recuperación del poder de atracción y el carácter expansivo del Derecho del Trabajo. Si bien los fenómenos comentados con anterioridad han afectado, sin duda, este carácter que tradicionalmente se reconoció al Derecho del Trabajo, hay indicadores de una cierta recuperación del mismo.

1. Tendencia a la protección del trabajo autónomo

En lo que se refiere a los intentos de protección del trabajo autónomo, podemos destacar, por un lado, cómo la Constitución de Ecuador, en su artículo 329,

mandata la protección del trabajo autónomo; mientras que la de la República Dominicana, en su artículo 62.3, hace referencia a la protección del trabajo informal y de toda clases de trabajadores. En ambos casos se trata de normas programáticas. Por otro lado, tenemos en Europa los ya citados intentos de protección del trabajo autónomo en España e Italia.

En realidad, es más fácil aplicar la normativa laboral al trabajo autónomo cuando se está en presencia de una situación continuada de dependencia o subordinación económica respecto de una empresa o persona en particular. No obstante, los instrumentos de protección de la Seguridad Social son más fácilmente extensibles a toda prestación de servicios personales.

2. Creciente laboralización de los regímenes de los servidores públicos

La cada vez más intensa “laboralización” de los sistemas de protección de los servidores públicos, incluidos los derechos colectivos, representa una clara penetración del Derecho del Trabajo en lo que antes se veía como un espacio para el Derecho administrativo. Se manifiesta aun cuando en muchos casos el mencionado régimen se estatuya en instrumentos normativos separados.

En Portugal, por ejemplo, se está dando una creciente asimilación de ambos regímenes. En Brasil, con la reforma de 2004, la justicia de trabajo puede conocer de conflictos laborales *latu sensu*, aunque no haya una relación de trabajo. En España la jurisdicción social conoce de las reclamaciones de los autónomos.

3. Influencia de las ideas fundacionales en la normativa antidiscriminación

La influencia de las ideas fundacionales del Derecho del Trabajo en otras esferas del Derecho, es una muestra tanto de su pertinencia como de su poder de atracción, aunque no siempre se trate de incorporar a otros sectores a su ámbito de aplicación. Lo podemos constatar con la cada vez más frecuente e intensa normativa anti discriminación, que en buena parte se sustenta en las llamadas **afirmaciones positivas**, que no son más que el reconocimiento de que las desigualdades materiales perturban o impiden la igualdad y son caldo de cultivo para la discriminación. Vemos así cómo la idea de las desigualdades jurídicas compensatorias de las desigualdades materiales, propias del Derecho social, se expresan en el reconocimiento de las afirmaciones positivas ante los impedimentos materiales a la igualdad real.

4. Los retos del futuro

Entre los variados retos que enfrenta el Derecho del Trabajo hacia el futuro, está, sin duda, el de la retoma e intensificación de su carácter expansivo o poder de atracción. Debe hacerlo teniendo la claridad que el objetivo debe ser la protección y no avalar la desprotección. Tiene que enfrentar las situaciones de hecho que conducen a la exclusión de la protección o a su disminución, como la externalización **patológica**, que en un desborde de una razonable nueva forma de organización empresarial, que sería perfectamente entendible, conduce a una deslaboralización parcial, que traslada la condición del empleador, para rebajar beneficios laborales. Igualmente, lo que es una aberración, el infame suministro de mano de obra.

Estimamos que hay límites que racionalmente no se pueden rebasar. De lo contrario, al final, la empresa típica va a convertirse en una suerte de **hueso de la aceituna**, con todo hecho desde afuera y, al mismo tiempo, funcionando con trabajadores que **dentro de dicha empresa** laboran teniendo como empleador a una empresa diferente.

Se llega al descaro de que quien imparte las órdenes e instrucciones de trabajo es la empresa receptora y no el supuesto empleador.

Las consecuencias son obvias. Por un lado, resulta que el trabajo, en este escenario, **sí es una mercancía**. Por el otro, se está generando una especie de **nueva plusvalía**, pues lo que recibe la empresa suministradora es fruto de un claro despojo de beneficios laborales.

Por último, hay que usar las herramientas históricas del Derecho del Trabajo, ente ellas la subordinación jurídica, la subordinación económica y el principio de primacía de la realidad.