

El principio de igualdad y la parasubordinación en el derecho laboral

The principle of equality and parasubordination in labor law

Lorena VASCONCELOS PORTO*

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo estudiar la parasubordinación en el Derecho Laboral y su relación con el principio de igualdad. En primer lugar, delimitamos este concepto en el derecho italiano, analizando los cambios legislativos que se han producido en la materia en los últimos años. En segundo lugar, a partir de este estudio sobre la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en el concepto de subordinación, demostramos que la parasubordinación conduce a la reducción de este último a su sentido clásico y restringido, ya que es la única forma de diferenciarlos. Posteriormente, se destacará la insuficiencia de derechos y garantías laborales aplicables a los parasubordinados, que son más bajos, cuantitativa y cualitativamente, que los previstos para los trabajadores subordinados. En consecuencia, y con base en el significado actual del princi-

* Fiscal del Ministerio Público del Trabajo. Doctorada en Autonomía Individual y Colectiva por la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Magíster en Derecho Laboral por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Licenciada en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Profesora invitada de la Maestría en Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá, y del Curso de Posgrado de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Investigadora. Autora de libros y artículos publicados en Brasil y en el exterior. Contacto: <loreporto@yahoo.com.br>. Fecha de recepción: 22/03/2021. Fecha de aprobación: 08/06/2021.

prio de igualdad, demostramos que la parasubordinación constituye una forma real de discriminación, pues no existe una razón objetiva y suficiente para proceder con la diferenciación antes mencionada entre parasubordinados y subordinados.

PALABRAS CLAVE: Parasubordinación; Derecho Laboral; Derecho Comparado; Principio de igualdad; derecho italiano.

ABSTRACT: This paper aims to study parasubordination in Labour Law and its relationship with the principle of equality. First, we delimit this concept in Italian law, analyzing the legislative changes that have occurred in the matter in recent years. Then, from the study of the doctrinal and jurisprudential evolution of the concept of subordination, we demonstrate that parasubordination leads to the reduction of the latter to its classic and restricted sense, as it is the only way to differentiate them. We also highlight the insufficiency of labour rights and guarantees applicable to the parasubordinates, which are much lower, quantitatively and qualitatively, than those provided for subordinate workers. As a result, and based on the current meaning of the principle of equality, we demonstrate that parasubordination constitutes true discrimination, as there is no objective and sufficient reason to proceed with the aforementioned differentiation between parasubordinates and subordinates.

KEYWORDS: Parasubordination; Labour law; Comparative law; Principle of equality; Italian law.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de subordinación es fundamental para el Derecho Laboral, pues es decisivo para la afirmación de la existencia de la relación de empleo. En este sentido, representa la “llave de acceso” a los derechos y garantías laborales, que, por regla general, están plenamente garantizados solo para los empleados.

En el momento de la aparición del Derecho Laboral, durante la segunda mitad del siglo XIX, el modelo económico vigente, centrado en la gran industria, generó relaciones laborales algo homogéneas y estandarizadas. El empleado trabajaba dentro de la fábrica, bajo la dirección del empleador (o su representante), quien le daba órdenes y vigilaba el cumplimiento de las actividades, pudiendo eventualmente castigarlo. Esta relación de trabajo, que en el contexto de la época representaba una relación hegemónica, fue objeto de la protección que brindaba el naciente Derecho Laboral. Así, se basó en ella para construir el concepto de contrato (y relación) de trabajo y, por tanto, el de su principal nota esencial: la subordinación.

En este sentido, el concepto de subordinación se identificó con la presencia constante de órdenes intrínsecas y específicas, con la predeterminación de un horario de trabajo rígido y fijo, con el ejercicio del trabajo en las instalaciones de la empresa, bajo la constante vigilancia y control del empleador y sus representantes. Es el concepto clásico o tradicional de subordinación, al que podemos sintetizar como su plena identificación con la idea de heterodirección patronal fuerte y constante de la prestación laboral en sus diversos aspectos.

La adopción del criterio de subordinación jurídica, en su matriz clásica, llevó a la exclusión del campo de incidencia del Derecho Laboral a varios trabajadores que necesitaban su protección, pero, que no encajaban en ese concepto parcial y restringido. Como señalaron algunos críticos, ese concepto no cumplió plenamente con su propósito esencial, ya que no pudo cubrir a

todos los trabajadores que necesitaban, objetiva y subjetivamente, la protección laboral.

Por ello, la jurisprudencia impulsada por la doctrina, en una notable actividad constructiva, terminó expandiendo el concepto de subordinación y, en consecuencia, expandió el manto protector del Derecho Laboral, a lo largo del siglo XX y hasta finales de la década de 1970. Este período coincidió con la “edad de oro” del capitalismo en los países desarrollados occidentales, en los cuales se consolidaron modelos de Estado del Bienestar Social¹.

Las transformaciones que se han producido en las últimas décadas, - en particular los avances tecnológicos, la reestructuración empresarial y el aumento de la competitividad inclusive a nivel internacional, han generado cambios en el mundo del trabajo. Un número creciente de relaciones laborales - especialmente las presentes en los nuevos sectores, como la prestación de servicios en los campos de la información y la comunicación - se aleja gradualmente de la noción tradicional de subordinación, mostrando, aparentemente, rasgos de autonomía. Asimismo, el poder del empleador se ejerce de forma más sutil, indirecta, en ocasiones casi imperceptible.

Debido a esta aparente autonomía, dichos trabajadores no encajan en la noción tradicional de subordinación, siendo calificados como autónomos. El resultado de esta situación es que siguen sin libertad real, como en el pasado, pero ahora tienen que asumir todos los riesgos derivados de su exclusión de la protección laboral. Se puede observar, por lo tanto, que el mantenimiento del concepto tradicional de subordinación conduce a grandes distorsiones, comprometiendo la propia razón de ser y misión del

¹ Véase DELGADO, Mauricio Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos (org.), *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 2019. Los franceses llaman a este período (tres décadas después de la Segunda Guerra Mundial) “los gloriosos treinta años” (“les trente glorieuses”), mientras que los angloamericanos prefieren la expresión “edad de oro” o “años dorados”.

Derecho Laboral. Por eso la expansión de este concepto es una necesidad urgente.

Sin embargo, paradójicamente, en el momento en que la expansión de la subordinación se hizo más esencial, comenzó a restringirse, reducirse, por el trabajo de la jurisprudencia, el legislador y la doctrina. Esta tendencia, observada, sobre todo, desde fines de la década de 1970, es parte de un fenómeno aún mayor -, el intento de desreglamentación del Derecho Laboral -, que se fundamenta en el surgimiento y hegemonía de la doctrina ultraliberal, ocurrida al mismo tiempo².

II. EL CONCEPTO DE PARASUBORDINACIÓN EN EL DERECHO ITALIANO

En este contexto, destaca la creación de la figura del trabajador parasubordinado en Italia, así como figuras similares en otros países de Europa. Se trata, en general, de trabajadores que, aunque no están subordinados (son legalmente autónomos), son vulnerables económicamente, ya que dependen económicamente del contratista de sus servicios. Como resultado, tienen acceso a algunos de los derechos previstos en la legislación laboral y de seguridad social.

A primera vista, esto es un avance, ya que brinda una mayor protección a los trabajadores que no la tenían. Sería la ampliación del ámbito personal de incidencia de algunas normas laborales, como sostienen sus defensores, pero en realidad el efecto producido es todo lo contrario.

La figura de la parasubordinación, aunque encuentra la mayor elaboración legislativa, jurisprudencial y doctrinal en Italia,

² La doctrina ultraliberal tuvo importantes victorias electorales en la época, en países clave del sistema capitalista, a saber, Inglaterra, Estados Unidos y Alemania, a través de los gobiernos de Margaret Thatcher, Ronald Reagan y Helmut Kohl, respectivamente.

también se puede encontrar en otros países europeos, aunque en menor medida y con distinta configuración. En la mayoría de los casos, se presenta en forma de aplicación parcial (de hecho, bastante restringida) del Derecho Laboral a trabajadores considerados legalmente autónomos, pero económicamente dependientes³.

Las relaciones laborales parasubordinadas fueron definidas por primera vez en la legislación italiana por el art. 2 de la Ley núm. 741, de 1959, que menciona “relaciones de colaboración que se materializan en la prestación de un trabajo continuado y coordinado”⁴. Posteriormente, fue prevista por el art. 409, § 3, del Código de Procedimiento Civil (CPC), con la reforma realizada por la Ley núm. 533, de 11 de agosto de 1973. Esta disposición extendió el proceso de trabajo a las controversias relativas a “relaciones de agencia, de representación comercial y otras relaciones de colaboración que se materialicen en una prestación de servicio continuada y coordinada, predominantemente personal, aunque de carácter no subordinado”⁵.

El Decreto Legislativo (DL) núm. 276, de 2003, conocido como *Decreto Biagi*, en su art. 61, al traer la figura del trabajo pa-

³ Véase PORTO, Lorena Vasconcelos, *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, São Paulo, LTr, 2009.

⁴ En el original: “rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata”.

⁵ En el original: “rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato”. Esta disposición legal, con la modificación realizada por el art. 15 de la Ley núm. 81, de 22 de mayo de 2017, pasó a disponer que “La colaboración es coordinada cuando, de acuerdo con los métodos de coordinación establecidos de común acuerdo entre las partes, el colaborador organiza la actividad laboral de manera autónoma” (en el original: “La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa”).

rasubordinado a proyecto hace referencia al art. 409, § 3, del CPC, mencionando expresamente las “relaciones de colaboración coordinada y continuada, predominantemente personales y sin vínculo de subordinación”⁶, mejor conocidas como “co.co.co.”

Con la edición del *Decreto Biagi*, las relaciones laborales parasubordinadas, para ser válidas, deben enmarcarse en un contrato de trabajo a proyecto, que pasó a conocerse como “co.co.pro.” (colaboración coordinada continuada a proyecto). Sin embargo, una serie de hipótesis quedaron excluidas de la nueva disciplina, como los trabajadores de la Administración Pública, para quienes seguía vigente la estipulación de relaciones de colaboración continuadas y coordinadas fuera del alcance del contrato a proyecto, y por tanto por tiempo indefinido.

En esencia, la diferencia entre “co.co.co.” y “co.co.pro.” era que en el segundo el contratista del servicio debía especificar el proyecto en el que actuaría el trabajador. Sin embargo, la noción de proyecto era sumamente amplia, vaga e imprecisa, permitiendo enmarcar las más diversas actividades y modalidades de ejecución. Además, no había en el DL núm. 276/03 una norma que prohibía la renovación continua de “co.co.pro.”, lo que permitía la “perpetuación” de esta forma contractual precaria, mediante una serie de renovaciones encadenadas entre sí, de manera indefinida, incluso en relación con proyectos o programas similares⁷.

Por último, el “co.co.pro.” terminó siendo derogado por el art. 52 del Decreto Legislativo (DL) núm. 81 de 2015, emitido en el marco de la reforma denominada *Jobs Act*, quedando el “co.co.co.” para el sector privado, además de la Administración Pública⁸.

⁶ En el original: “rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione”.

⁷ PERULLI, Adalberto, “Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, año LVII, n. 04, octubre/diciembre 2006, p. 747-748.

⁸ El texto actualizado del DL núm. 81 de 2015 está disponible en: <<https://www.altalex.com/documents/news/2015/06/25/disciplina-organica-dei->

El DL núm. 81, de 2015, también dispuso, en su art. 2, § 1, vigente desde el 01.01.2016, un tipo de trabajo parasubordinado al que se aplica toda la “disciplina de la relación laboral subordinada”. Este tipo está compuesto por varios elementos, los primeros de los cuales son comunes al “co.co.co.”, que veremos a continuación. Los otros elementos consisten en las modalidades de ejecución organizadas por el contratista del servicio. De esta forma, la “coordinación”, que caracteriza el “co.co.co.”, se sustituye por la “organización”. Según la doctrina italiana, si falta uno de los elementos que caracterizan a este nuevo tipo se aplica la disciplina de “co.co.co.” y no del trabajo subordinado⁹.

El art. 2, §1, del Decreto Legislativo núm. 81/2015, con la modificación realizada por el Decreto-Ley núm. 101, de 3 de septiembre de 2019, que se convirtió con cambios en la Ley núm. 128, de 2 de noviembre de 2019, dispone lo siguiente: “A partir del 1 de enero de 2016, la disciplina del trabajo subordinado también se aplica a las relaciones de colaboración que se materializan en la prestación de un trabajo predominantemente personal, continuado y cuyas modalidades de ejecución son organizadas por el contratista del servicio. Las disposiciones de este párrafo también se aplican si las modalidades de ejecución de la prestación se organizan a través de plataformas incluyendo las plataformas digitales”¹⁰.

-contratti-di-lavoro-e-revisione-della-normativa-in-tema-di-mansioni>. (30 de marzo de 2021).

⁹ VALLEBONA, Antonio, *Breviario di Diritto del Lavoro*, 10ª ed. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 194-195. Véase también CARINCI, Franco, TAMAJO, Raffaele De Luca, TOSI, Paolo, TREU, Tiziano, *Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, 9ª ed., Torino, UTET, 2016. p. 61-64.

¹⁰ En el original: “A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. Le disposizioni di cui al presente comma

Es importante destacar que, a través de la sentencia núm. 1.663 de 2020, el Tribunal de Casación italiano declaró que los re-partidores de la empresa propietaria de la plataforma digital Foodora son trabajadores “heteroorganizados” (art. 2, párrafo 1, del DL núm. 81/2015), a los que se aplican todos derechos laborales, incluida la disciplina de los despidos.

Así, en la actualidad, existen dos tipos de relación laboral parasubordinada: la “co.co.co.”, prevista en el art. 409, § 3, del CPC, y caracterizada esencialmente por la “colaboración” (art. 52 del DL núm. 81/2015), como veremos; y la relación de trabajo parasubordinada prevista en el art. 2, § 1, del DL núm. 81/2015, al que se aplica la disciplina del trabajo subordinado y se caracteriza por el poder del contratista del servicio de organización de las modalidades de ejecución de la prestación de trabajo. En el caso de esta relación de trabajo parasubordinada, hay cuatro hipótesis en las que no se aplica la disciplina del trabajo subordinado: los sectores en los que los convenios colectivos prevén una norma específica; trabajadores intelectuales inscritos en un consejo profesional; trabajadores que forman parte de los órganos de administración y control de las empresas; trabajadores de sociedades deportivas no profesionales; trabajadores de fundaciones que producen y realizan espectáculos; y trabajadores que desarrollan las actividades del Cuerpo Nacional de Rescate Alpino y Espeleológico (CNSAS) del Clube Alpino Italiano (CAI) (art. 2, §§ 2 e 4, del DL núm. 81/2015).

Este tipo de relación laboral parasubordinada prevista en el art. 2, § 1, del DL núm. 81/2015, no puede ser utilizada por la Administración Pública y, en cualquier caso, estos contratos no aplican la disciplina del trabajo subordinado (art. 2, § 4, del DL núm. 81/2015).

En el entendimiento general, cualquier prestación laboral puede encajar en el tipo de parasubordinación, siempre que pre-

si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali”.

sente sus notas esenciales: coordinación, continuidad y personalidad predominante. La exigencia del predominio (y no la exclusividad) de la actividad personal es compatible con el uso de medios técnicos y colaboradores, siempre que la prestación del interesado siga siendo determinante y no se limite a la mera organización de bienes, instrumentos y el trabajo de otros. Se observa, sin embargo, que la flexibilización del requisito de personalidad ya había sido prevista por el legislador italiano dentro de la relación de empleo, en lo que respecta al trabajador a domicilio, que no deja de ser empleado por el hecho de contar con la colaboración accesoria de miembros de su familia (art. 1 de la Ley núm. 877/1973). Por lo tanto, no es un elemento a partir del cual sea posible diferenciar la parasubordinación de la subordinación.

En cuanto a la continuidad, se entiende como estabilidad, no eventualidad y repetición de la prestación en el tiempo. No hay necesidad de una repetición ininterrumpida de cargos y, por ejemplo, un único contrato de duración razonable es suficiente, ya que lo que cuenta es la permanencia en el tiempo de la colaboración. Así, el requisito se considera excluido en el caso de la ejecución de una obra aislada o episódica.

El requisito más difícil de interpretar y definir es la coordinación de la actividad del trabajador, que constituye la piedra de toque de la parasubordinación, diferenciándola de la subordinación. Según el entendimiento jurisprudencial, la coordinación consiste en “someter al prestador a los lineamientos del contratista en cuanto a las modalidades de prestación, sin convertirla, sin embargo, en un régimen de subordinación”. Así, la coordinación puede expresarse en las más variadas formas, incluyendo el contenido, el tiempo y el lugar de la obra prestada, siempre que no se convierta en la heterodeterminación de esta última, mediante órdenes y controles penetrantes sobre sus modalidades de ejecución, ya que, en este caso, la subordinación queda configurada¹¹.

¹¹ PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1999. p. 852.

III. LOS VERDADEROS EFECTOS DE LA PARASUBORDINACIÓN

Efectivamente, la distinción entre las dos hipótesis - subordinación y parasubordinación - se basa en la intensidad del poder directivo del contratista del servicio. Cuando este último es más intenso y constante, determinando en detalle el contenido de la prestación (además de los aspectos relacionados con el tiempo y lugar en el que ocurre) hay la subordinación; cuando el poder directivo es menos intenso, expresándose a través de instrucciones más genéricas, se configura la parasubordinación.

Así pues, la diferenciación total entre los dos conceptos solo es posible si se adopta un concepto de subordinación más restrictivo, que lo identifique con la fuerte y constante heterodirección patronal de la prestación de trabajo en sus diversos aspectos, que corresponde a la noción clásica o tradicional del concepto. De hecho, si se adopta un concepto de subordinación más amplio y extenso, las dos figuras acaban confundándose.

De esta manera, la introducción legislativa de la parasubordinación llevó a la doctrina y jurisprudencia dominantes a identificar la subordinación con su significado clásico y restringido, ya que es la única forma de diferenciarlas. Pasaron a ser clasificados como parasubordinados trabajadores que, de no existir esta figura, serían considerados subordinados, verdaderos empleados, teniendo no solo unos pocos, sino todos los derechos laborales y de la seguridad social. Por otro lado, la parasubordinación actúa como un obstáculo para la expansión del concepto de subordinación, ya que esta conducirá a la superposición de las dos figuras, volviendo inocuos los dispositivos legales que la introdujeron.

La parasubordinación, en realidad, enmascara la reducción del concepto de subordinación. Cuando se dice que el trabajador es parasubordinado, como si dijera que, sin esta figura, se le consideraría autónomo, sin derechos laborales, por lo que se le brinda al menos alguna tutela. Pero, de hecho, si no existiera la parasubordinación sería considerado un empleado, estando plenamente

protegido - y no parcial e insuficientemente - por el Derecho Laboral.

Cabe señalar que, el cambio hecho por el DL núm. 81/2015 solo agravó la situación. Primero, se revocó la necesidad del proyecto (“co.co.pro”), facilitando así el uso del trabajo parasubordinado en el sector privado. Por otro lado, el tipo de relación laboral parasubordinada al que se aplica la disciplina del trabajo subordinado es, de hecho, una relación de empleo típica en la que la subordinación está presente, ya que requiere la heteroorganización de las modalidades de ejecución de la prestación laboral. Así pues, en este punto, la norma resulta inocua, innecesaria. Sin embargo, se puede decir que la situación se ha agravado, ya que el DL núm. 81/2015 excluye expresamente determinadas hipótesis en la aplicación de la disciplina del trabajo subordinado. En otras palabras, el legislador pretende excluir de esta disciplina las relaciones laborales en las que existe subordinación, lo que contradice incluso el entendimiento ya consagrado por el Tribunal Constitucional italiano.¹²

IV. LA INSUFICIENCIA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS APLICABLES A LOS PARASUBORDINADOS

Los derechos laborales aplicables a los trabajadores parasubordinados forman un grupo muy modesto, siendo mucho más bajo,

¹² En la sentencia núm. 121, de 1993, el Tribunal Constitucional italiano estableció el entendimiento de que no es posible “que el legislador niegue la calificación jurídica de la relación de empleo a las relaciones que objetivamente tengan esta naturaleza, cuando de ello se derive la inaplicabilidad de las normas inderogables previstas por el ordenamiento jurídico para dar efecto a los principios, garantías y derechos que dicta la Constitución para la protección del trabajo subordinado”. El mismo entendimiento se expresó en la sentencia núm. 115, 1994, del mismo Tribunal. Disponible en: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acceso en 30 de marzo de 2021.

cuantitativa y cualitativamente, que el previsto para los empleados. Dichos derechos incluyen: aplicación del proceso laboral (art. 409, § 3, del CPC); disciplina especial sobre intereses y actualización monetaria de los créditos laborales (art. 429, § 3, del CPC); la disciplina de renunciaciones y transacciones (art. 2113, del Código Civil de 1942); el régimen tributario del trabajo subordinado (art. 47, § 1, “c” bis, del Decreto núm. 917, de 1986). También incluye: cobertura de la seguridad social de jubilación¹³ y maternidad¹⁴ y asistencia familiar¹⁵ (art. 2, § 26 y ss., de la Ley núm. 335 de 1995; art. 1, § 212 y ss., de la Ley núm. 662, de 1996; art. 59, § 16, de la Ley núm. 449, de 1997; art. 80, § 12, de la Ley núm. 388, de 2000; art. 64 del DL núm. 151, de 2001); seguro obligatorio contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 5 del DL núm. 38 de 2000) y el reconocimiento de la libertad sindical y el derecho de huelga¹⁶.

¹³ El trabajador parasubordinado debe inscribirse en una gestión específica del Instituto Nacional de Seguridad Social (INPS), financiada con cotizaciones, a razón de 2/3 por el contratista y 1/3 por el trabajador, que son recaudadas por el primero. In CGIL, *Lavoro nero, lavoro precario. Guida ai diritti e alle tutele*, Roma, CGIL, 2006. p. 36.

¹⁴ Durante la licencia de maternidad de 5 meses, la trabajadora recibe una prestación de seguridad social, correspondiente al 80% del ingreso diario promedio que percibe, y se le permite trabajar. El valor de este beneficio acaba siendo muy bajo, ya que se calcula sobre la retribución de la trabajadora parasubordinada, que, en promedio, es baja, al no estar garantizada por el principio de suficiencia de la retribución (art. 36, § 1 de la Constitución italiana). Por eso incluso se le permite trabajar durante su licencia, ya que es la forma de integrar sus ingresos, para que alcancen un nivel suficiente.

¹⁵ La asistencia al núcleo familiar es una ayuda económica a las familias de bajos ingresos. Para su percepción, en el caso del parasubordinado, es necesario que al menos el 70% de los ingresos familiares provengan de este trabajo.

¹⁶ VALLEBONA, Antonio, *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*, v. 2, 4ª ed., Padova, CEDAM, 2004. p. 19-20.

Con excepción de los derechos antes mencionados, las tutelas previstas por el ordenamiento jurídico a los empleados no se aplican a los parasubordinados, tales como¹⁷: el derecho a una remuneración suficiente, según lo previsto en el art. 36, § 1, de la Constitución¹⁸; el derecho a la actualización monetaria y el privilegio en relación con los intereses, después de la apertura del procedimiento de bancarrota¹⁹; el derecho previsto en el art. 2126, del Código Civil de 1942 (CC/42), que consagra la llamada teoría laboral de las nulidades, garantizando al trabajador la percepción de todos los derechos relacionados con el período en el que desarrolló su actividad, previo a la invalidación del contrato²⁰; el derecho previsto en el art. 2125, del CC/42 (según entendimiento

¹⁷ Gianni Loy observa que “la llamada ‘colaboración coordinada y continua’ es una forma de trabajo autónomo, casi sin tutela, que en pocos años alcanzó, en Italia, la cifra de dos millones y medio de contratos, de los cuales más de la mitad constituyen una indiscutible relación de subordinación”; es, por tanto, “una forma de trabajo que, en realidad, acabó legalizando el uso de un contrato autónomo en actividades típicas del trabajo subordinado (...) la transformación de los trabajadores subordinados en trabajadores autónomos casi los priva de toda protección”. Loy, Gianni, “El dominio ejercido sobre el trabajador”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, La Ley, n. 02, p. 165-189, 2005. p. 175-176.

¹⁸ Este entendimiento fue firmado por el Tribunal de Casación, como en las sentencias núm. 2491, de 17 de abril de 1984; núm. 224 de 16 de enero de 1986; núm. 1245, de 9 de marzo de 1989; núm. 3532 de 27 de abril de 1990; núm. 13941, de 21 de octubre de 2000, así como por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 121, de 29 de marzo de 1993. *Repertorio del Foro Italiano*, Formato CD-Rom.

¹⁹ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 226, de 20 de abril de 1989. *Repertorio del Foro Italiano*, Formato CD-Rom.

²⁰ Véase las sentencias del Tribunal de Casación núm. 1613, de 1989; núm. 9277, de 03 de septiembre de 1993; núm. 8471, de 21 de junio de 2000; núm. 12259, de 27 de noviembre de 1995; y núm. 3496, de 25 de marzo de 1995. *Repertorio del Foro Italiano*, Formato CD-Rom.

jurisprudencial mayoritario) que impone límites al establecimiento del pacto de no competencia relativo al período posterior a la terminación del contrato de trabajo; derecho a la disciplina en las funciones laborales previstas en el art. 2103, de CC/42²¹.

Tampoco se aplican a los parasubordinados: el impedimento del plazo de prescripción durante la vigencia de la relación laboral²²; los privilegios otorgados por el sistema legal a los créditos del empleado sobre los bienes del empleador²³; seguro de paro²⁴; la protección de la actividad sindical en el lugar de trabajo, fuertemente garantizada por el Estatuto de los Trabajadores (Ley núm. 300 de 1970)²⁵; el derecho a la formación, por lo que, si quieren mantenerse actualizados y competitivos en el mercado laboral están obligados a pagar por ella.

²¹ Esta disposición establece que al trabajador se le deben asignar las funciones para las que fue contratado y, en el caso de funciones superiores, tiene derecho al tratamiento normativo correspondiente a la actividad efectivamente ejercida. Además, el trabajador no puede ser trasladado de una unidad de producción a otra, salvo por razones técnicas, organizativas y productivas comprobadas. Cualquier acuerdo contrario a esta disposición se considera nulo y sin efecto. Esta norma de gran relevancia no se aplica a los parasubordinados, como lo afirmó el Tribunal de Casación en la sentencia núm. 3089, de 3 de abril de 1996. *Repertorio del Foro Italiano*, Formato CD-Rom.

²² Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 13323, de 25 de octubre de 2001. *Repertorio del Foro Italiano*, Formato CD-Rom.

²³ El privilegio general sobre los bienes muebles del patrón, previsto en el art. 2751bis, § 1, del CC/42, fue considerado inaplicable a los parasubordinados por el Tribunal de Casación, en sentencia núm. 2420, de 21 de marzo de 1996. *Repertorio del Foro Italiano*, Formato CD-Rom.

²⁴ CGIL, *Lavoro nero, lavoro precario, op. cit.*, p. 39.

²⁵ La acción para reprimir la conducta antisindical (art. 28 del Estatuto de los Trabajadores), por ejemplo, no se aplica a los parasubordinados, según el entendimiento adoptado por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 241, de 17 de diciembre de 1975. Disponible en <<http://www.cortecostituzionale.it/>>. Acceso en 30 de marzo de 2021.

Además de estar excluido de todos los derechos antes mencionados, el parasubordinado tampoco tiene protección contra el despido injustificado y su contrato puede ser rescindido *ad nutum*, como enfatizó el Tribunal de Casación en la sentencia núm. 4.849, de 25 de mayo de 1996²⁶.

Vale la pena mencionar también las restricciones normativas impuestas a los parasubordinados con respecto a la denominada totalización de cotizaciones a la jubilación. A través de ella se suman los diferentes periodos de trabajo en los que se recaudaba una determinada cantidad de cotizaciones a distintas cajas de la seguridad social para obtener una única jubilación. Los parasubordinados inscritos en la gestión específica del INPS podrán requerir totalización, siempre que: tengan al menos 20 años de cotización y 65 años de edad o 40 años de cotización independientemente de la edad; la solicitud de totalización debe referirse a todos los períodos de cotización, en su totalidad; es posible sumar los períodos de cotización en cada caja de seguridad social solo si son iguales o superiores a 6 años. Considerando que la actividad de los parasubordinados se caracteriza por periodos de no labores y, por lo tanto, la ausencia de cotizaciones, en la práctica, estos límites impuestos por la ley excluyen a gran parte de estos trabajadores del derecho a la totalización²⁷.

Así pues, teniendo en cuenta las restricciones descritas anteriormente, sumadas a la baja remuneración de estos trabajadores, la discontinuidad en sus carreras, la jornada laboral reducida y, en consecuencia, la limitación en el monto de las cotizaciones a la seguridad social recaudadas es difícil que los parasubordinados puedan jubilarse de una manera decente, con la percepción de una cantidad razonable de ingresos²⁸.

²⁶ En el mismo sentido es la sentencia del Juzgado de Avezzano, de 31 de enero de 2006., F.C. v. Regione Abruzzo. *Repertorio del Foro Italiano*, Formato CD-Rom.

²⁷ CGIL, *Lavoro nero, lavoro precario*, p. 39-40.

²⁸ CGIL, *Lavoro nero, lavoro precario*, p. 41.

El trabajo parasubordinado, al carecer de tuteladas fundamentales, resulta bastante conveniente a los ojos del empleador. Este termina sirviendo como una “vía de escape” de la relación de empleo y la consecuente aplicación de las normas laborales²⁹. No es casualidad que la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL), la mayor central sindical italiana, se oponga a la parasubordinación, ya que los empleadores, por supuesto, tendrán todo el interés en utilizar a estos colaboradores, cuyo costo es aproximadamente la mitad del asociado con la relación de empleo. El gran riesgo - que se está produciendo - es la multiplicación de estos falsos trabajadores autónomos, lo que aumentará aún más las filas de los trabajadores pobres (*working poors*)³⁰.

²⁹ Véase CALZARONI, Manlio, RIZZI, Roberta, TRONTI, Leonello, “L’uso dei collaboratori coordinativi e continuati da parte delle imprese italiane: evidenze statistiche dalle fonti amministrative”, *Economia & Lavoro*, Roma, Donzelli, año XXXVIII, n. 02-03, mayo/diciembre 2004, pp. 79-89.

³⁰ “Investigaciones realizadas en países europeos confirmaron que el origen del trabajo autónomo económicamente dependiente radica en el propio trabajo subordinado clásico (...) las empresas utilizan la ‘subcontratación’ para actividades que antes eran realizadas por trabajadores subordinados (...) especialmente en el sector servicios (restauración, hotelería, alimentación, medios, TIC, marketing, publicidad, mundo artístico, espectáculos, administración y contabilidad, servicios sociales), pero también en sectores más tradicionales como el transporte, la construcción y el trabajo a domicilio”. De hecho, en muchos casos, “el trabajo autónomo es sin duda una condición profesional impuesta al sujeto. En la literatura alemana se hablaba de trabajadores autónomos de ‘tercera generación’ para indicar a aquellos trabajadores de la antigua Alemania Oriental que se vieron obligados a intentar la aventura de la autonomía después de la unificación (...) Evidentemente, estos trabajadores entran en el marco de una ‘economía de la necesidad’ y no en el de una economía de autorrealización”. PERULLI, Adalberto, “Lavoro autonomo e dipendenza economica”, *oggi. Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, EDIESSE, año LIV, n. 01, p. 221-270, enero/marzo 2003, p. 225-226 e 229.

V. LA PARASUBORDINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Con la excepción de los derechos antes mencionados, la protección prevista en el ordenamiento jurídico a los empleados no se aplica a los trabajadores parasubordinados. El Tribunal Constitucional italiano, especialmente en las sentencias núm. 226, de 20 de abril de 1989, y núm. 365, de 24 de julio de 1995, consideró legítima esta enorme disparidad de trato debido a la diversidad de las formas jurídicas de subordinación y parasubordinación. Sin embargo, como vimos anteriormente, se trata de una diversidad construida artificialmente (si no artificiosamente), a partir de la clara reducción del concepto de subordinación. Además, esta supuesta diferencia entre las dos figuras no es un motivo razonable para justificar la diversidad de tutela, lo que de hecho constituye una violación del principio de igualdad consagrado en las Constituciones democráticas.

El principio de igualdad, según las lecciones desarrolladas por primera vez por el jurista alemán Leibholz, deriva del principio general de justicia y consiste en la prohibición de la arbitrariedad. Para el autor, el principio cumple una función fundamental, como vía para lograr la realización de la democracia y debe presidir la acción del Estado en todos los niveles, incluso limitando la discrecionalidad del legislador: “los derechos fundamentales, que incluyen el principio de igualdad, preceden al momento legislativo, por lo que la acción legislativa debe, en consecuencia, ajustarse al sentido de dicho principio”³¹. De hecho, todos los actos de derecho deben basarse en una razón necesaria, o, al menos, una razón

³¹ “El criterio que en definitiva permite determinar qué es y qué no es arbitrario (es decir, ‘justo’), no se puede fijar de antemano, viviendo en el campo del cambio histórico y siendo dictado por la conciencia jurídica de cada época (...) la justicia, como otros valores, está indisolublemente ligada a la propia vida social (...) y está en perpetua evolución”. DRAY, Guilherme Machado, *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio*

suficiente. El acto jurídico arbitrario consiste en “una motivación o búsqueda de un fin ajeno a la situación objetiva”³².

En este sentido, bajo el principio de igualdad, la paridad o diferenciación operada por el legislador debe basarse en una efectiva justificación, en una razón necesaria, suficiente, aceptable. Este entendimiento fue adoptado por la jurisprudencia alemana ya en la década de 1920. En una sentencia del *Reischgericht*, de 4 de noviembre de 1925, sobre un diploma legal, se afirmó que “una diferencia de trato que no se basaba en una justificación razonable sería arbitraria y violaría el principio de igualdad”³³.

No obstante, la doctrina de Leibholz realmente vino a ser consagrada en la jurisprudencia alemana después de la caída del régimen nazi y la promulgación de la Constitución de Bohn en 1949. El Tribunal Constitucional, en una sentencia del 23 de octubre de 1951, declaró que: “El principio de igualdad se viola cuando no podemos encontrar, sobre la base de una diferencia o igualdad de trato legal, una justificación razonable, resultante de la naturaleza de las cosas o cualquier otra razón objetivamente plausible, pues cuando esto sucede, la disposición debe considerarse arbitraria”. Por tanto, el Tribunal consideró que el principio de igualdad implica que cualquier diferencia o similitud de trato debe estar justificada por una razón objetiva suficiente, bajo pena de que esta medida se configure como arbitraria y, por tanto, jurídicamente inválida³⁴.

específico da formação de contratos individuais de trabalho, Coimbra, Almedina, 1999. p. 78 e 80.

³² LEIBHOLZ. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. 1ª ed. Berlín, 1925. p. 91 *apud* DRAY, Guilherme Machado, *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*, p. 80.

³³ Entsch. des Reichsgerichts in Ziv., t. 111, p. 320 e ss. *apud* DRAY, Guilherme Machado, *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho...op. cit.* p. 82.

³⁴ Ya hemos visto, además, que para Leibholz el principio de igualdad significaba la prohibición de la arbitrariedad, tal como ya dijimos que después

Según la jurisprudencia alemana, la idea de “razón objetiva suficiente”, como corolario lógico del principio de igualdad, debe ser respetada, tanto cuando se trata de una regla que diferencia, como cuando se trata de una regla que confiere una disciplina de paridad. Tanto la diferencia como la igualdad de trato deben basarse en razones objetivas y plausibles. Esta doble vertiente del principio de igualdad fue consolidada por los jueces alemanes como “la obligación de no tratar lo que es esencialmente igual de una manera arbitrariamente desigual, y de no tratar lo que es esencialmente desigual de una manera arbitrariamente igual”³⁵.

Así, el legislador no puede tratar lo esencialmente igual de manera arbitrariamente desigual, lo que puede y debe ser investigado en términos del control de la constitucionalidad de las leyes que, en la mayoría de los países democráticos, como Brasil, Alemania e Italia, cae dentro de la competencia del Poder Judicial.

De lo anterior, se puede concluir que el principio de igualdad consiste en la prohibición de la arbitrariedad, lo que significa que debe existir una razón objetiva y razonable para la diferenciación. Esta prohibición está dirigida a todos los niveles de acción estatal, incluido el legislador. Aplicando este razonamiento al presente caso, tenemos que no existe un motivo suficientemente dotado de razonabilidad, para crear la figura del trabajador parasubordinado, asignándole un nivel de tutela inferior al garantizado a los empleados.

Como hemos visto, la diferencia entre las dos categorías reside en una fuerte heterodirección (someter al trabajador a órdenes patronales constantes y específicas, en los distintos aspectos de la prestación laboral), que estaría presente en la relación de empleo,

de 1949 la jurisprudencia alemana actuó en la misma dirección”. *Ibidem*, pp. 84-86.

³⁵ El Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 1953, se ocupó de aclarar la definición de arbitrariedad: “objetiva y manifiesta inadecuación de la medida legislativa a la situación fáctica que pretende regular”. *Ibidem*, pp. 85 e 87.

pero no en la relación de trabajo parasubordinada. Ahora bien, esta diferencia no justifica la disparidad de trato, ya que la razón de la existencia de la protección laboral no está en este elemento, sino en la fragilidad económica del trabajador, y que está presente tanto en las relaciones de empleo como en las parasubordinadas. De esta forma, la diferencia de trato, sin motivo suficiente que la justifique, consiste en una verdadera arbitrariedad, con la consiguiente violación del principio de igualdad. Este principio -, que está garantizado por las Constituciones democráticas vigentes como la brasileña, la alemana y la italiana -, debe ser necesariamente respetado por el legislador.

En este sentido, al crear la figura de la parasubordinación, con la correspondiente atribución de un menor nivel de derechos, el legislador viola el principio de igualdad y, en consecuencia, la propia Constitución. Se puede afirmar que una eventual ley que introdujera esta figura en el Derecho brasileño sería inconstitucional, por violación directa de este principio, consagrado en el art. 5, *caput*, de la Constitución de 1988. Constituiría una verdadera discriminación, la cual está expresamente prohibida por la misma Constitución en su art. 3, IV. Cabe señalar que esta disposición constitucional trae una noción amplia de discriminación, que no se limita solo a los factores expresamente mencionados (origen, raza, sexo, color y edad), sino que engloba “cualquier otra forma de discriminación”.

En este sentido, el art. 1 de la Ley brasileña núm. 9.029, de 13 de abril de 1995, que en su redacción original preveía una lista aparentemente exhaustiva, fue modificada por la Ley núm. 13.146/2015 (Ley Brasileña para la Inclusión de Personas con Discapacidad), ahora contemplando una lista expresamente abierta³⁶.

³⁶ “Art. 1. Está prohibido adoptar cualquier práctica discriminatoria y restrictiva con el fin de acceder a la relación laboral, o mantenerla, por razón de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar, discapacidad, rehabilitación profesional, edad, entre otras, salvo, en este caso, las hipótesis de protección a la niñez y adolescencia previstas en el inciso XXXIII del art.

En todo caso, esta disposición legal en su redacción original ya estaba siendo interpretada por la doctrina más avanzada de acuerdo con el art. 3, IV, de la Constitución para considerar abierta la lista en ella prevista³⁷.

La discriminación consiste, en palabras de Mauricio Godinho Delgado, en una “conducta por la cual se niega a la persona, ante un criterio injustamente descalificante, un trato compatible con el estándar legal establecido para la situación concreta que vive”³⁸.

A través de la parasubordinación, a determinados trabajadores se les asigna un nivel de tutela muy inferior al garantizado a los empleados, sin motivo suficiente que lo justifique, lo que constituye una verdadera discriminación. De hecho, la razón de ser de esta normativa laboral no es la presencia de una heterodirección patronal fuerte y constante sobre la prestación laboral, sino la vulnerabilidad de los trabajadores. Esta está presente tanto en el caso de los empleados como en el de los trabajadores parasubordina-

7 de la Constitución Federal”. En el original: “Art. 1º. É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”. (sin cursiva en el original).

³⁷ Como señala Mauricio Godinho Delgado, “El art. 1 de la Ley núm. 9.029/95 sufrió un cambio reciente debido al Estatuto de la Persona con Discapacidad (Ley núm. 13.146/2015, art. 107), vigente a partir del 4.1.2016. Por un lado, el EPD reemplazó la expresión ‘relación de empleo’ por la expresión más amplia, relación laboral; por otro lado, insertó explícitamente otros dos factores de potencial discriminación: discapacidad y rehabilitación profesional; finalmente, hizo incuestionable el carácter meramente abierto (ya sujeto a interpretación en esta línea) de la lista de factores recogidos en el precepto legal”. DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 19ª ed. São Paulo: LTr, 2020. p. 893.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 884.

dos, por lo que no se justifica la diferencia de trato entre ellos, constituyendo una violación del principio de igualdad.

VI. CONCLUSIONES

En concordancia con lo anteriormente relatado, se desprende que la parasubordinación generó resultados diametralmente opuestos a los sostenidos por sus defensores. Estos señalaron que sería una forma de extender parte de la protección del Derecho Laboral a los trabajadores autónomos, quienes quedan excluidos de la misma. Pero, de hecho, provocó que se restringiera el concepto de subordinación, reduciéndolo a su noción clásica o tradicional. Como resultado, los trabajadores tradicionalmente -y pacíficamente- clasificados como empleados pasaron a ser considerados parasubordinados, siendo estos privados de derechos y garantías laborales.

Se extendieron muy pocas tutelas a los parasubordinados y, aun así, en una entidad muy inferior a las correspondientes aplicables a los empleados. El resultado es que el costo de un trabajador parasubordinado es mucho menor que el de un empleado, lo que convierte a la figura en una vía preferente de escape al Derecho Laboral. Así, bajo el pretexto de ser expansiva y protectora, la figura es, en esencia, restrictiva y desreglamentadora. Es decir, exactamente lo contrario de la tendencia expansiva necesaria para la realización de los propósitos y objetivos del Derecho Laboral.

Por estas razones ampliamente fundamentadas surge el desacuerdo con la institución de la parasubordinación en el Derecho brasileño. Por regla general, los juristas nacionales se inspiran en el derecho comparado, especialmente el de los países desarrollados, como Italia, para proponer la mejora y el avance del ordenamiento jurídico brasileño. Pero, el análisis del derecho comparado también es muy útil para brindarnos “contra-modelos”, es decir, lo que no debe implementarse en nuestra realidad. La institución de la parasubordinación en Brasil desafiaría la propia Constitu-

ción Federal de 1988. Esta, al valorar el trabajo como un medio esencial para la realización de la dignidad humana y la búsqueda de una mayor justicia social (art. 1, III y IV, art. 3, I, III y IV, arts. 6 y 7, art. 170, *caput* e incisos VII y VIII, art. 193), prohíbe estrictamente el retroceso en las condiciones de trabajo en el país (art. 3, II, y art. 7, *caput*), que sería provocada por la introducción de la parasubordinación, como muestra claramente el ejemplo italiano.