

Principio de Igualdad y calificación de las relaciones laborales*

Principle of Equality and classification of employment relationships

LUCA NOGLER

Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia
Correo electrónico: luca.nogler@unitn.it
Código ORCID: 0000-0002-1639-2614

RESUMEN: El autor fundamenta su teoría sobre el método tipológico funcional, que establece la calificación de las relaciones laborales a través de juicios de equivalencia y no de simple identidad. Esto permite reconocer la existencia de la subordinación a pesar del cambio de los instrumentos tecnológicos a través de los cuales la empresa organiza su actividad. En el ensayo, el autor afirma, además, que la adopción del método tipológico funcional se ajusta más al principio de igualdad que otros métodos de calificación que se basan en juicios de identidad.

ABSTRACT: The author returns to a theory of his that is the subject of increasing attention, also internationally. The theory is that of the functional typological method that sets the judgement of the qualification of employment relations through judgements of equivalence and not mere identity. This makes it possible to recognise the subsistence of “subordination” despite the changing technological instruments through which the enterprise organises its activities. In the essay, the author also argues that the adoption of the functional typological method is more in line with the principle of equality than other methods of qualification that hinge on identity judgments.

PALABRAS CLAVE: Calificación de las relaciones laborales, método de calificación, subordinación, juicio de equivalencia, igualdad.

KEYWORDS: Classification of employment relationships, method of classification, subordination, judgement of equivalence, principle of equality.

SUMARIO: I. Premisas metodológicas. II. Sobre la necesidad (constitucional) de plantear la calificación de las relaciones laborales en virtud del método tipológico funcional. III. «No se puede nadar desde la orilla».

* Publicado en italiano en la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: IUSTEL, 2024, No. 68.

I. PREMISAS METODOLÓGICAS

Tras haber sido perfeccionado en relación con el contexto italiano, el método tipológico funcional se ha considerado conforme también con el ordenamiento español¹, el alemán², el portugués³ y el inglés⁴. En el futuro se producirán otros reconocimientos de su versatilidad.

Me gustaría repasar brevemente algunas premisas teóricas que me llevaron a teorizar el método tipológico funcional y a plantear su aptitud para concretar el principio supremo de los ordenamientos jurídicos occidentales: el principio de igualdad.

Para ello, comienzo por constatar que también a la ciencia jurídica le viene bien la observación de Umberto Eco según la cual «si bien es difícil decidir si una determinada interpretación es buena, y cuál de las dos interpretaciones diferentes del texto es mejor, siempre es posible reconocer cuándo una determinada interpretación es manifiestamente errónea, absurda o inverosímil»⁵. Esta constatación está relacionada con la desaparición de la creencia de que la actividad interpretativa del jurista, al ser de tipo meramente cognoscitivo, tiene como finalidad descubrir el verdadero significado del acto objeto de interpretación. Ocurre lo contrario. Hoy en día, la ciencia jurídica parte de la premisa diferente de que «la plurivocidad es una propiedad general de las unidades léxicas, por lo que un texto es, por regla general, susceptible de variantes interpretativas, todas ellas compatibles con su tenor literal»⁶. A esto se añade que el problema

- 1 Cfr. Sanguineti Raymond Wilfredo (2023). “El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía”. En: *Laborem*, No. 27, p. 17 y ss. Para el contexto sudamericano, Cfr. Rivas D. (1996). *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, p. 177.
- 2 Cfr. E. Kocher (2022). *Digital work platforms at the interface of labour law. Regulating Market Organisers*. Oxford, p. 40 y ss. Cf. A. Bucker (2016). “Arbeitsrecht in der vernetzten Arbeitswelt”. En: *Industrielle Beziehungen / The German Journal of Industrial Relations*, p. 187 y ss. Cfr. Gärtner J. A., (2020). “Koalitionsfreiheit und Crowdwork”. En: *Zur Kollektivierung der Beschäftigteninteressen soloselbstständiger Crowdworker*, Berlin, p. 78.
- 3 Cfr. A. Monteiro Fernandez (2022). *Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 21ª. Ed., p. 161.
- 4 Cfr. Prassl Jeremias (2015). *The Concept of the Employer*, Oxford: University Press.
- 5 Umberto Eco (2021). “Autobiografía intellettuale”. En: *La filosofia di Umberto Eco*, La nave del Teseo, p. 22.
- 6 L. Mengoni (2000). “Interpretazione della legge e interpretazione del contratto collettivo”. En:

(relacional) que es objeto del juicio de elaboración de la norma jurídica puede exigir interpretaciones evolutivas, es decir, lo que el pensamiento jurídico alemán ha denominado siempre *richterliche Rechtsfortbildung*.

De manera coherente, en Italia se está produciendo una reevaluación comprensible del papel del artículo 12 de las leyes previas al Código Civil italiano, según el cual «al aplicar la ley no se le puede atribuir otro sentido que el que se desprende claramente del significado propio de las palabras según su conexión, y de la intención del legislador. Si una controversia no puede resolverse con una disposición precisa, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso sigue siendo dudoso, se decidirá de acuerdo con los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado». Cada vez más autores se adhieren a la posición expresada por Gino Gorla, según la cual dicho artículo 12 se refiere, más que a la interpretación exacta de la ley, a la delimitación del margen de acción del juez⁷. En otras palabras, los criterios de interpretación de la ley contribuyen a delimitar las posibles interpretaciones de una disposición, pero no determinan el significado normativo que adoptará el juez o el intérprete. Esto es coherente con el carácter meramente delimitador (y no exhaustivo) de los criterios a los que se refiere el propio artículo 12. Criterios que cumplen la función de «simple» barrera frente a la arbitrariedad manifiesta: solo cuando el juez traspasa estas barreras «invade de manera ilegítima el ámbito de competencias del legislador democráticamente legitimado»⁸.

Por otra parte, los títulos preliminares de los códigos civiles son fruto del positivismo jurídico⁹, que entró en crisis cuando la ciencia jurídica, también la

Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro de in AA.VV, Bancaria editrice, p. 38-39.

7 Cfr. G. Gorla (1969). *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, FI, V, p. 112 y ss. Ragionano, invece, all'interno delle vecchie e rassicuranti certezze cognitive: M. Persiani (2020). *Ancora sul concetto di coordinamento*, in ADL, I, p. 346; R. Del Punta (2012). *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, I, p. 464.

8 Así lo ha dictaminado el Tribunal Constitucional alemán, en esta ocasión, en sus sentencias de 28 de junio de 2014 (1BvR 1157/72) y de 17 de septiembre de 2013 (1 BvR 1928/12).

9 Hijo del período considerado en el texto es el estudio para leer y releer de A. Giuliani (1999). "Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15". En: *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, seconda edizione, Torino, Utet, p. 377 y ss

italiana, reconoció que los «derechos» fundamentales —salvo las pocas disposiciones de la Constitución italiana que pueden interpretarse como reguladoras, es decir (hablando como jurista laboralista) los artículos 36, apartado 1, 37, apartados 1 y 3, apartado c), 39, 40, 51, apartado 3, y 52, apartado 2— no pueden, en cuanto «meros» principios, «incidir en las relaciones negociales privadas si no es como criterios o directrices de interpretación de las leyes que las regulan»¹⁰. Los principios expresan decisiones objetivas de valor que no solo se dirigen al legislador, sino que también condicionan la interpretación adaptadora¹¹ u orientada constitucionalmente del derecho positivo, ya que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de proteger los derechos fundamentales.

Ahora bien, hijo del período histórico del positivismo jurídico típico de los Estados nacionales, que no podían limitarse a prohibir la justicia por mano propia, sino que debían dar a los ciudadanos garantías de su capacidad para dar respuesta a las controversias que surgían entre ellos¹², es también la configuración de la decisión judicial como silogismo. Todos coinciden ahora en que el silogismo representa «solo» la forma en que debe adoptarse la sentencia. Incluso a nivel teórico, no podemos escondernos, secándonos, detrás de la simple «instrumentalización» de la actividad jurídica¹³. En el mismo contexto de las restricciones (publicitarias) del derecho procesal del Estado contemporáneo, el jurista, si es post positivista, debe ir en el sentido tanto de la descomposición como de la recomposición y, sobre todo, su principal problema práctico sigue siendo la «construcción» argumentativa de una regla de juicio que sea, como tal, respetuosa con el principio de igualdad.

- 10 Cfr., L. Mengoni (1997). “Autonomia privata e costituzione, in Banca borsa tit. Crédito”. En: Banca borsa tit. crédito, p. 7 modificando su postura y adhiriéndose a C.W. Canaris (1984). “Grundrechte und Privatrecht”. En: *Arch. Civ. Praxis*, No. 184, p. 201 y ss., cuyo enfoque fue luego aceptado, como es sabido, por la propia jurisprudencia constitucional alemana.
- 11 G. Amoroso (1998). “L’interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”. En: *Foro it.*, IV, 89 y ss.
- 12 Así lo afirma J. Habermas (1993). *Facticidad y validez. Contribuciones a la teoría discursiva del derecho y del Estado de derecho democrático*. Madrid: Editorial Trotta. Véase también R. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung*, F. a. M., así como, en términos más generales, G. Preti (1957). *Praxis y empirismo*, Turín.
- 13 Son muy interesantes los estudios de D. von Pfordten (2012). “Über Begriffe im Recht”. En: *ARSP*, p. 441.

Los mismos filósofos analíticos (pienso en una conocida afirmación de Ulfried Neumann) caracterizan la forma silogística como (solo) «el mínimo en sentido idealista» de lo justo. El juez no puede limitarse a apelar a la «simple» fuerza demostrativa inherente a la forma silogística (el «envoltorio externo»)¹⁴ que debe asumir la decisión jurisdiccional, la cual, como es sabido, solo puede considerarse como tal si reproduce la forma de la aplicación de una disposición (válida) preexistente al juicio. Debe esforzarse por aportar buenos argumentos, es decir, premisas que midan y pongan de relieve de manera congruente, entre ellas y las premisas, la sostenibilidad social de la decisión. Esta congruencia exige que el jurista se sumerja en la estructura y en los «fondos» de lo que la doctrina alemana denomina el *Sachverhalt* de la controversia sometida a su juicio. A diferencia del filósofo, para quien los problemas «no tienen solución, sino historia»¹⁵ y que, por lo tanto, puede asumir el espacio de la eterna interrogación, el jurista, por así decirlo, debe permanecer en la historia.

La justificación de una decisión judicial debe extenderse, en su caso, al perfil valorativo de la propia decisión, es decir, abrirse a la evaluación de las consecuencias prácticas de las decisiones jurídicas, siendo conscientes de que «las cuestiones sobre los valores (...) pueden reducirse a cuestiones sobre las consecuencias de las elecciones correspondientes, trasladando el debate a un orden de valoraciones cuya racionalidad es más fácil de controlar»¹⁶. En este nuevo contexto, las disposiciones legislativas están sujetas a una interpretación directa de conformidad con el conjunto equilibrado de principios constitucionales¹⁷ que irradian la «totalidad» del sistema positivo¹⁸, permitiendo así que el

14 Ibidem.

15 F. Volpi (2004). *Il nichilismo*, Bari.

16 L. Mengoni (1976). “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”. En: *Jus*, p. 3 y ss. Luego en: *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 46 nt. 100.

17 Sobre la necesidad de adoptar la lógica del equilibrio insiste, por último, A. Gambaro (2016). “Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali”. En: *Riv. dir. civ.*, p. 1225 y ss. Es interesante el estudio de J. Bomhoff (2013). *Balancing Constitutional Rights: the Origins and Meaning of Postwar Legal Discourse*, Cambridge: University Press., que analiza la forma local en que diferentes tradiciones jurídicas representan dicho equilibrio.

18 Cfr. R. Wank (1999). “Arbeitsrecht und Methode”. En: *Recht der Arbeit*, p. 134; véase nuestro breve pero incisivo escrito de R. Guastini (1998). “La «costituzionalizzazione» dell’ordinamento italiano”. En: *Ragion Pratica*, p. 185.

derecho rinda «homenaje a la vida»¹⁹. En la gramática jurídica contemporánea, precisamente porque debe incluir los principios constitucionales formulados de manera unilateral (derechos fundamentales), cualquier situación interpersonal de derecho privado requiere que se lleve a cabo la conciliación reguladora entre una pluralidad de derechos fundamentales y, por lo tanto, la evaluación de las posibles consecuencias sociales mediante el recurso a casos ejemplares, ya que estos últimos representan las únicas manifestaciones explícitas y perceptibles de lo que, de otro modo, habitaría de manera inconsciente y, por lo tanto, inaccesible en nuestro pensamiento. Y es en virtud de estos ejemplos que podemos, por así decirlo, «sacar fuera», es decir, racionalizar lingüísticamente y, por lo tanto, comunicar a los demás nuestras elecciones de valores.

Si el naturalismo jurídico consideraba el derecho privado desde el punto de vista del individuo (y, por lo tanto, de su autonomía y voluntad), y el positivismo partía del Estado (y, como mucho, de la fuerza normativa delegada a los propios individuos), en la perspectiva contemporánea del juicio, el derecho es «en cuanto que está en relación con otra cosa». Esto sitúa en el centro del discurso jurídico la relación que existe concretamente entre las partes²⁰, evitando así una desconexión con la vida. Este cambio de perspectiva ha permitido, por otra parte, superar los límites inherentes al positivismo pandectista, que encasillaba el derecho privado en un marco conceptual apriorístico²¹ construido en torno al derecho de propiedad. El método conceptual-analítico consideraba que «la vida» y, por lo tanto, los problemas concretos que la componen, representaban «el ámbito al que se aplican los conceptos jurídicos, pero no su fuente»²². Desde la nueva perspectiva del juicio, la dinámica, en cambio, se invierte: la focalización del problema de referencia constituye el prius con respecto a las elecciones de orden regulativo²³, porque el problema mismo plantea las preguntas a las que el sistema normativo debe responder. La doctrina y la jurisprudencia pueden, siempre que

- 19 Como se esperaba, en los años dominados por el positivismo jurídico de G. Pera (1965). *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, p. 321, 313.
- 20 Se redescubre, por tanto, la noción aristotélica de justicia: Cfr. Aristotele (1993). *Etica Nicomachea*, que es citado en la edición Rusconi, p. 191.
- 21 Cfr. F. Schmidt (1967). «Il metodo astratto nell'esperienza giuridica tedesca. Commenti al sistema del Bürgerliches Gesetzbuch». En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 562 y ss.
- 22 Así críticamente P. Heck (1933). *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, p. 27-28.
- 23 Cfr. L. Mengoni (1976). *Óp. Cit.*, p. 11 y ss.

se escuchen mutuamente, desempeñar un papel decisivo y fundamental en la correcta, y por lo tanto eficaz, identificación de las normas jurídicas, no a pesar de, sino precisamente porque existe un nivel aún más alto de abstracción jurídica representado por las formulaciones unilaterales contenidas en los textos constitucionales (es decir, en términos dworkinianos, los principios fundamentales)²⁴. Para el jurista, estos principios, al igual que, en general, la referencia a los valores, «son en sí mismos guías peligrosas, que pueden conducir a la tiranía de una justicia politizada» si su uso «no está garantizado por una disciplina dogmática a la que el juez pueda recurrir para obtener criterios racionales de solución» de las antinomias que se crean por su falta de formulación en términos regulativos²⁵.

II. SOBRE LA NECESIDAD (CONSTITUCIONAL) DE ESTABLECER LA CALIFICACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN VIRTUD DEL MÉTODO TIPOLÓGICO FUNCIONAL

Si compartimos —como creo que se hace ampliamente en Italia— que, en la interpretación de la ley, además del citado artículo 12 de las leyes previa al Código Civil, el juez debe respetar las disposiciones constitucionales que expresan principios fundamentales, no podemos sino expresar nuestro asombro ante la forma en que parte de la doctrina laboralista actual aborda el tema fundamental de la calificación de las relaciones laborales.

La restricción de la ley que caracteriza el discurso jurídico obligaría a buscar lo que es típico, en el sentido de esencial para un determinado tipo de contrato más que para otro, mediante la comparación entre las disciplinas —legislativas y/o del derecho vigente— de los tipos considerados, en cada caso: comparación, no solo entre las disposiciones que definen los tipos mismos, sino entre toda su disciplina. Solo esta comparación recíproca permite, de hecho, aclarar cuáles

24 Cfr. R. Dworkin (1967). “The Model of Rules”. En: Chicago: *Law Review*, p. 14. Cabe precisar que la distinción entre principios y reglas no afecta en modo alguno a la cuestión diferente de si los principios son o no necesarios para el conocimiento moral, suposición que niega. Dancy (2004). *Ethics without Principles*- Oxford: University Press. defensor del llamado particularismo moral, y ello, al menos, porque los principios constitucionales tienen carácter positivo. Se trata más bien de comprender si existe y cuál es la diferencia entre las formulaciones unilaterales de los derechos fundamentales y las reglas de decisión.

25 L. Mengoni (1981). “Recensione a F. Wiacker, Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania (Milano, Giuffrè, 1980)”. En: *Quad. fiorentini*, p. 318.

son los perfiles esenciales de un tipo contractual en lugar de otro. A la luz de este criterio, las dos categorías gemelas, dentro de los contratos de intercambio, los contratos de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, se distinguen entre sí en el sistema italiano por el hecho de que, mientras que las «condiciones» para la ejecución de la obra o del servicio evocadas en el art. 2222 del Código Civil están «establecidas por el contrato» (art. 2224 del Código Civil), la colaboración debida por el trabajador por cuenta ajena debe llevarse a cabo respetando las disposiciones unilaterales del acreedor laboral. El art. 15 de la Ley n.º 81 de 2017 aclara, por último, que la coordinación que caracteriza al subtipo de trabajo autónomo que más se aproxima al contrato de trabajo por cuenta ajena, no se manifiesta en la «sumisión al poder del contratante»²⁶. Ni el artículo 15 antes citado contradice literalmente el artículo 2, apartado 1, del Decreto Legislativo (D. Lgs.) n.º 81 de 2015²⁷, ya que la coordinación es un concepto menos amplio que la organización²⁸.

Ahora bien, una parte de la doctrina italiana considera que el artículo 2, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 81 de 2015 ha erosionado el ámbito tradicional del contrato de trabajo por cuenta ajena al introducir un nuevo tipo de contrato de trabajo en el que el acreedor puede ejercer un poder de heteroorganización de las modalidades de ejecución. Pero si trabajamos con los conceptos, a esta tesis hay que replicar que las diferencias terminológicas —es decir, el uso del término «organizadas» en lugar de «directas»— no implican por sí solas la multiplicación de las categorías jurídicas²⁹. Esto es aún más cierto si de otra disposición legislativa de referencia, y por lo tanto del sistema, se puede extraer, en realidad, la justificación conceptual de la duplicación terminológica

26 O. Razzolini (2017), *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale*. El ámbito de aplicación de la ley n.º 81/2017, en L. Fiorillo, A. Perulli (eds.), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Turín, p. 13 y ss. La tesis contraria ha sido defendida por M. Persiani (2020), *Ancora sul concetto di coordinamento*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 337 y ss.

27 M. Persiani (2020). *Óp. cit.*, p. 346.

28 Para la distinción entre los dos conceptos, véase también R. Romei (2020). “Riders en la Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria”. En: *RIDL*, II, p. 96.

29 Para el debate más reciente suscitado por el caso de los repartidores, remito, con el fin de no alargar la nota, al escrito de mi colega Marco C., Garilli A (2016). “L’enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza, in corso di stampa in *DML*. E’ interessante notare che l’art. 2, comma 1 del d. lgs. n. 81/2015, ha messo k.o. P. Tosi, L’art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente?”. En: *ADL*, No. 6, p. 1130, donde renuncia a darle un significado operativo.

en sí misma. Esto ocurre cuando el artículo 2104 del Código Civil recurre al género «disposiciones». Este último término se acompaña, de hecho, y esto debe tener relevancia en la construcción de nuestros conceptos, tanto de la ejecución como de la disciplina; es decir, tanto de la diligencia proporcional a la naturaleza de la prestación debida como de la correspondiente al interés organizativo de la empresa. Al actuar así, en realidad, nuestro ordenamiento jurídico también atribuye al poder directivo tanto las órdenes impartidas al trabajador individual como las indicaciones organizativas dirigidas a toda la plantilla o a varios trabajadores³⁰.

Tampoco existe ninguna disposición en la legislación italiana que imponga que el poder unilateral sobre las modalidades de ejecución deba ejercerse siguiendo una forma determinada, por lo que no es correcto distinguir entre las instrucciones explícitas del acreedor del empleador y las modalidades de ejecución «inducidas por la organización establecida» por este último, que también podrían impartirse en el contexto del trabajo autónomo³¹. Por último, hay que tener en cuenta que, desde los fundamentales estudios de Spagnuolo Vigorita, hay que distinguir entre las indicaciones impartidas de forma heterónoma y la inserción organizativa, ya que esta última es una característica común a todas las obligaciones duraderas³².

Las consideraciones que acabamos de formular no son, desde luego, una novedad. Tampoco me interesa aquí ir más allá, sino plantear la cuestión de si la elección del método de calificación de las relaciones laborales está o no influenciada por los principios constitucionales.

30 Por esta razón, no se puede compartir la premisa de que «la heteroorganización (...) presenta notables márgenes de indeterminación, ya que el carácter de la inserción en la organización empresarial y, por lo tanto, de la coordinación, también se encuentra en las colaboraciones de carácter continuado a las que se refiere el artículo 409, n.º 3, del Código de Procedimiento Civil». (F. Carinci (2020). “L’art. 2 d.lgs. n.81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass.24 gennaio 2020, n. 1663 WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 414/2020, p. 7).

31 A. Maresca (2020). “Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate”. En: *RIDL*, I, p. 80.

32 L. Spagnuolo Vigorita (1969). “Impresa, rapporto di lavoro, continuità (Riflessioni sulla giurisprudenza)”. En: *RDC*, I, p. 562.

Desde las conocidas sentencias No. 121 de 1993 y No. 115 de 1994 del Tribunal Constitucional hasta la más vacilante No. 76 de 2015³³, el derecho constitucional vigente italiano se ha asentado en el sentido de que a nivel constitucional no se prescribe un «tipo social —jurídicamente indisponible— de trabajo objetivamente subordinado»³⁴. El derecho (constitucional) positivo prevé, en cambio, el parámetro supremo del art. 3 de la Constitución, que obliga al legislador a impedir que se protejan de manera diferente relaciones laborales que, en cambio, según los criterios elegidos por el propio legislador, son equivalentes entre sí.

Todos estamos de acuerdo, creo, en que un método jurídico que aspire a hacer controlable el juicio debe, ante todo, recurrir al uso de conceptos extraídos del sistema interrogado, como decía en el primer párrafo, de los casos que caracterizan la evolución de la vida. La justificación de la categorización de la realidad no puede ser fruto de un contexto construido de manera totalmente inductiva, porque eso eliminaría la positividad del derecho moderno e imprimiría una curvatura funcionalista inadecuada a nuestro razonamiento. Sobre esto hay un amplio consenso. Pero también hay que evitar —y aquí entra en juego el marco constitucional— que la palabra «igualdad» coincida con el significado formal de identidad. Por eso es necesario interpretar el marco positivo de la disciplina de los tipos contractuales de intercambio entre trabajo y contraprestación de tal manera que se obtenga la función de las respectivas causas típicas³⁵. En el derecho laboral, las partes individuales no tienen margen regulatorio para preestablecer causas en concreto, por lo que la calificación también incluye un control de no fraude. En aquellos sectores del ordenamiento jurídico —como el derecho laboral, el derecho de arrendamientos de uso residencial y el derecho de

33 Que, como observa F. Carinci (2020). *Óp. Cit.*, y probablemente sin que la propia Corte fuera muy consciente de ello, esta sentencia supuso una innovación con respecto al conocido precedente que se había pronunciado a favor de una concepción de la subordinación como «doble alienación» (en relación con el proceso y el resultado productivo: Corte Constitucional No. 30/1996).

34 Cómo considera, en cambio, M. De Luca (2014). “Rapporto di lavoro subordinato: tra “indisponibilità del tipo contrattuale”, problemi di qualificazione e nuove sfide della economia postindustriale”. En: *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 398; en definitiva, no se sustenta la interpretación paralizante de De Luca según la cual una relación laboral «objetivamente subordinada» que sirve de «parámetro para la definición legislativa del tipo contractual».

35 Partiendo de la premisa de que el tipo se refiere al problema de los posibles contenidos del contrato. Cfr. A. Di Majo (1967). *L'esecuzione del contratto*, Milano, p. 203.

sociedades — donde rige el principio de indisponibilidad (legislativa) del tipo o tipos contractuales prescritos por el ordenamiento y, por lo tanto, el problema del mérito de los intereses protegidos es abordado directamente por el legislador, el proceso circular de interpretación-calificación deberá centrarse en la causa típica impuesta por el ordenamiento positivo. Diría más: la fase de calificación debe, en estos casos en los que la normativa del tipo es, por regla general, inderogable, desempeñar, además de una función de verificación, también la más amplia de control del comportamiento de las partes.

Ahora bien, un enfoque funcional permite, en este contexto de normas imperativas, tratar de manera igualitaria todos los casos similares y no solo los idénticos, como acaba haciendo quien adopta un método calificativo analítico centrado en la identificación de un conjunto de elementos³⁶. Por lo tanto, se puede concluir que la opción más coherente con un marco constitucional en cuya cúspide³⁷ se sitúa el principio de igualdad (art. 3 de la Constitución), es la del método tipológico funcional³⁸. Este último, al identificar lo que se presenta como la llamada «premisa mayor» del silogismo judicial, permite destacar el caso para identificar las llamadas «variantes de sentido» de la función del tipo que son posibles gracias a la adopción de la lógica comparativa de la equivalencia³⁹. La calificación del caso, es decir, la identificación de la denominada «premisa menor», se teoriza precisamente como una fase evaluativa de «traducción» del caso en categorías jurídicas. Obviamente, al no tratarse aquí de registrar acontecimientos naturalistas, sino de enmarcar jurídicamente la realidad —y diría más: de garantizar un fundamento racional a su interpretación—, el juez (*rectius*: la

36 Permítase remitir a Luca Nogler (2002). “Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa”. En: *Argomenti di diritto del lavoro*; p. 109, por la crítica del giro analítico argumentado por una parte de la doctrina del derecho laboral a finales de los años ochenta del siglo pasado.

37 Como se afirmó desde la sentencia del Tribunal Constitucional No. 25 de 1966, se aclaró que el principio de igualdad «es un principio general que condiciona todo el ordenamiento en su estructura objetiva», así como, según la sentencia No. 204 de 1982, «canon de coherencia [...] en el ámbito de las normas jurídicas».

38 En L. Nogler (2017). “Nota di lettura”. En: C. Beduschi, *Scritti scelti* a cura di L. Nogler e G. Santucci, Napoli, p. 3 y ss.

39 La equivalencia es evocada por la jurisprudencia constitucional cuando afirma que «el art. 3 de la Constitución prohíbe la desigualdad de trato de situaciones similares y las discriminaciones irrazonables» (sentencia No. 96 de 1980). Sobre la relevancia para la actividad jurídica de la lógica de la equivalencia. Cfr. C. Beduschi (1992). *Tipicità e diritto*, Padova.

argumentación ideada por el juez) no «descubre» verdades, pero «hipotetiza» la solución más plausible, sin perjuicio de que en su foro interior siempre es libre de considerarla la más verdadera; por otra parte, en toda situación condicionada lingüísticamente, es decir, históricamente, son posibles... diferentes persuasiones, diferentes discursos; existe la posibilidad de elegir, y se elige lo que se considera el mejor discurso, el más válido, es decir, en este sentido relativo, no absoluto, pero no por ello inexistente, el más verdadero⁴⁰.

Como se ha visto, se trata de un método que entiende el «tipo» como la figura capaz de expresar de manera unitaria una realidad compleja, en virtud de las relaciones fundamentales (funciones) que existen entre los diversos elementos que la componen. El método tipológico funcional presenta la indudable ventaja de no excluir de la reflexión del método del jurista —delegándola a las ciencias cognitivas— el análisis de la forma en que este último debe pensar.

El juicio calificativo se plantea mediante el método en cuestión, no como una simple constatación de la presencia de los elementos individuales obtenidos a partir del desglose de la norma, sino como un razonamiento sobre el papel específico que desempeñan los diversos perfiles encontrados en el caso respecto al contexto general. Más concretamente, se plantea como un juicio sintético centrado en la lógica de la equivalencia que parte del doble supuesto de que incluso elementos diferentes pueden desempeñar la misma función o, a la inversa, que elementos idénticos pueden desempeñar funciones diferentes, dependiendo de la forma en que estén relacionados entre sí. Por lo tanto, dentro de este método, el proceso de calificación requiere un juicio mucho más complejo que la «mecánica» comprobación de la identidad. Se trata de una operación que debe realizarse en virtud de una evaluación ponderada de la incidencia que cada elemento del caso presenta con respecto a los demás o, mejor aún, de su idoneidad o no para realizar, conjuntamente con los demás, la función hipotética y, como tal, atribuible al sistema jurídico. Se parte —comenta con autoridad Luigi Mengoni, aportando así su valioso sello (también porque es ajeno a los prejuicios de la escuela) al enfoque aquí discutido— del supuesto de que existe «un núcleo

40 Cfr. E. Berti (1987). *Le vie della ragione*, Bologna, p.86.

común a todas las situaciones de aplicación», pero se deja abierta la posibilidad de identificar «variantes de significado adecuadas a los distintos contextos»⁴¹.

Tengamos siempre presente la advertencia de Giavoleno: *omnis definitio periculosa est*. La subordinación, mientras es, no es, y mientras no es, es. Si, como creo que es necesario, partimos del supuesto de la singularidad de los individuos, también su interacción es siempre innovadora. Esto significa que debemos razonar en términos de reconstruir cómo se ha llegado a la hetero-organización en cada caso concreto. No se trata de superponer una hetero-organización preestablecida a la realidad. Solo hago una consideración entre las muchas posibles. El cliente que acuerda con los repartidores las modalidades de entrega de los paquetes actúa en nombre del empleador que ha organizado el trabajo. Debe valorarse el dato de la organización previa del servicio, que adquiere el significado jurídico de asunción a priori y unilateral por parte del empleador del comportamiento del consumidor. Lo que cuenta es el dato fenomenológico de la empresa: si esta última consigue, gracias a la tecnología, externalizar el poder directivo al cliente, eso no significa que, desde el punto de vista jurídico, no debemos imputar la acción del cliente a la propia empresa.

El jurista no debe buscar la subordinación como supuesta esencia de las relaciones de producción. Más bien debe reconocer cuándo, en la forma en que las partes se relacionan en la realidad, existe la situación típica de sometimiento del trabajador al poder directivo unilateral del empleador. En Italia, hemos sido testigos de numerosas reformas: la reforma de la posición jurídica del socio-trabajador (ley n.º 142 de 2001), la introducción del contrato de trabajo por proyecto (decreto legislativo n.º 276 de 2003), del trabajo económicamente dependiente (Ley No. 92 de 2012) y, por último, de las colaboraciones heteroorganizadas (Decreto Legislativo No.81 de 2015), que tienen en común el hecho de que los supuestos jurídicos planteados nunca se corresponden con un referente caracterizado por una tipicidad social mínima. También por esto, todas ellas son reformas fallidas o para las que se ha iniciado el procedimiento de quiebra. Son reformas que obligan a encajar en una nueva forma jurídica

41 L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 193. Sobre el pensamiento jurídico de Mengoni cfr. L. Nogler, “El itinerario metodológico de Luigi Mengoni”. En *Annuario de filosofía del derecho*, XXV (2008-2009), p. 353 y ss.

situaciones que son muy heterogéneas entre sí. La teoría que ha inspirado al legislador ha uniformizado lo que en lo social sigue siendo plural. Se trata de errores de perspectiva que la Constitución no permite cometer.

Es cierto que la organización empresarial nunca se da a priori, sino que siempre es también el resultado de decisiones inconscientes y/o inconfesables⁴², entre las que desempeñan un papel destacado los impulsos positivos de los trabajadores que, como decía Mario Napoli, pueden estar sujetos al poder directivo, pero no tienen por qué estarlo necesariamente en la fase de aplicación. Es cierto que el ejercicio del poder directivo es, de hecho, «meramente eventual», en el sentido de que está inscrito en el reglamento contractual; sin embargo, hay que precisar que, con la celebración del contrato de trabajo por cuenta ajena, es el propio trabajador quien se compromete a adoptar un comportamiento que tenga en cuenta el hecho de que debe «trabajar en equipo, trabajar con otros»⁴³.

Pero si se acepta la premisa de que, incluso en el contexto del trabajo por cuenta ajena, el trabajador está en movimiento y sigue siendo el sujeto de sus acciones ejecutivas, que son, en cualquier caso, el resultado de su autodeterminación y, por lo tanto, una forma de participación activa, de fuerza motriz, de la propia organización del trabajo. El espacio colectivo de trabajo es, sin duda, generador de la identidad del trabajador por cuenta ajena que ejerce en él un papel activo, aunque solo sea porque su impulso positivo se «instrumentaliza» en función del trabajo, por lo que es innegable que debe involucrar su persona física y psíquica en el cumplimiento de la prestación laboral. Razón por la cual, entre otras cosas, es precisamente el reconocimiento efectivo de los derechos del trabajador lo que representa el incentivo que genera de manera más eficiente un aumento de su productividad. En definitiva, es hora de hacer crecer a nuestro trabajador subordinado. En este sentido, no puedo dejar de recordar que la

42 Cfr. N. Brunsson, (1985). *The Irrational Organization: Irrationality As a Basis for Organizational Action and Change*, Wiley.

43 M. Napoli (1996). “Contratto e rapporti di lavoro, oggi”. En: *Questioni di diritto del lavoro* (1992-1996), Torino, p. 48; Cfr. U. CARABELLI (2014). “Organizzazione del lavoro e professionalità”. En: *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, p. 20; en el contexto de una visión operista. Sobre estos aspectos, permítanme remitirles a mi artículo: “*Contrato de trabajo y organización*, in *Trabajo e derecho*, 2015, n. 11, p. 17 y ss.

propia doctrina social de la Iglesia configura el trabajo, incluso el subordinado, como la forma en que la persona se convierte en cocreadora del mundo.

III. "NO SE PUEDE NADAR DESDE LA ORILLA"

Con demasiada frecuencia abordamos los casos concretos con un prejuicio calificativo sin esforzarnos por darnos cuenta, por así decirlo, de cómo esto condiciona nuestra forma de razonar. Pero al hacerlo, el intérprete se engaña a sí mismo. Por supuesto, no pretendo afirmar que deba pretender salir de su subjetividad⁴⁴. Más bien creo que el intérprete debe sacar todas las consecuencias que esta última conlleva y, por lo tanto, elevar el vínculo entre su subjetividad existencial (y, por lo tanto, también, entre los otros múltiples perfiles de la vida, profesional) con la realidad (relación) investigada hasta el punto de que «para la observación, el objeto ya no es la cosa, sino la relación sujeto-objeto»⁴⁵. Nadie pretende, repito, que el jurista salga de sus condicionamientos, sino «solo» que actúe habiéndose tomado conciencia de ellos. Debe llevar la autocrítica hasta el punto de estar razonablemente seguro de haber enmarcado la realidad en la medida más adecuada; medida que está simbolizada por el ángulo recto (que los antiguos llamaban norma). De la actividad jurídica se puede repetir lo que Jaspers dijo de la filosofía, es decir, que «no se puede nadar estando en la orilla» (a lo que hay que añadir que para nadar hay que haber aprendido a hacerlo).

44 Cfr. G. Ferraro (2020). "Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche". En: *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 356, habla del condicionamiento de nuestra forma de concebir el artículo 2094 del Código Civil.

45 K. Jaspers (1993). *Volontà e destino. Scritti autobiografici*, Genova.

