

Contrato de servicios y contrato de trabajo. La protección de la persona en las fronteras del derecho del trabajo

Mario E. ACKERMAN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Por qué existe el derecho del trabajo?* III. *La relación de dependencia como nota diferencial*. IV. *Un nuevo mundo laboral*. V. *Balance, respuestas y propuestas*.

I. Introducción

Aun cuando la teoría jurídica no suele tener dificultades para diferenciar la locación de servicios del contrato de trabajo y, de hecho, se vale para ello de esa nota fundamental del segundo, que es la *relación de dependencia*, la realidad —que nunca acepta sin reservas las propuestas que le hace la teoría— muestra que no son pocos los problemas que plantea en los hechos la distinción.

Sin embargo, si la diferencia entre la contratación civil y la laboral fue durante muchos años una de las cuestiones centrales de los debates doctrinarios y jurisprudenciales, esta discusión —sin haber desaparecido, ni mucho menos— pasa hoy a un segundo plano, a poco que se advierte que, frente a las nuevas formas que asume el trabajo, y a la también novedosa y heterogénea organización de las empresas, la cuestión que se plantea ya no es solamente la de la inclusión o exclusión de sujetos y relaciones en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo, sino, antes aún, la del modo en el que se puede proteger a las personas que trabajan, especialmente a aquellas que lo hacen en *las fronteras* de los territorios regidos por esta disciplina.

Revista Latinoamericana de Derecho

Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, pp. 1-24

Como las discusiones en torno de estas novedades —propuestas éstas antes por la realidad económica que por la política social— tienden a estar acompañadas por una descalificación de las instituciones del derecho del trabajo, a las que no es infrecuente que se dirijan reproches de anquilosamiento y ceguera frente a la *modernidad*, no parece inoportuno recordar aquí brevemente la razón de ser histórica —y actual— y las raíces liberales y humanistas de esta joven rama del derecho —apoyadas precisamente en el reconocimiento de las diferencias entre las relaciones *civiles* y las *laborales*—, para intentar desde allí algunas respuestas que, con base en una confluencia de instrumentos, podrían llevar a que la diferencia entre locación de servicios y contrato de trabajo perdiera el dramatismo con el que más de una vez se la encara en estos días.

II. ¿Por qué existe el derecho del trabajo?

1. *Libertad y subordinación en el trabajo*

Si bien es cierto que ya la humanidad tiende¹ firmemente a superar aquellas formas extremas de trabajo en las que era negada la propia condición humana de los trabajadores, no parece que pueda predicarse la existencia del mismo grado de *libertad* en quien puede escoger entre trabajar y no hacerlo, y, siguiendo la primera opción, elegir si lo hace por cuenta propia o en régimen de *ajenidad*, y aun en este supuesto, decidir cuándo y para quién lo hace, y en aquel que, por el contrario, no tiene ninguna de esas posibilidades.

El desconocimiento de la diferencia entre una y otra situación no resulta admisible en cuanto se acepta que *la libertad*, en su descripción más simple, es la *posibilidad de elegir* y, especialmente, la de *poder decir que no*.

Y se evidencia así una innegable limitación a esta elemental manifestación de la libertad cuando *se trabaja por necesidad*, que —una vez más— *no es necesidad de trabajar*, sino *de salario*, esto es, de una prestación económica para atender las necesidades de subsistencia de la persona que trabaja —y de su familia—.

Esa *necesidad* que si no niega, cuando menos limita severamente la *libertad* de quien debe trabajar para otro; es lo que lo obliga, sin alternati-

¹ Tendencia que supone *tránsito* pero no *culminación*, ni tan siquiera *proximidad* de ésta.

va, a aceptar que los frutos de su trabajo correspondan a otra persona. La *ajenidad*, esto es, esa atribución inicial del producto del trabajo, no deriva así de un acto verdaderamente *voluntario* del trabajador,² quien normalmente no sólo no puede escoger entre trabajar y no hacerlo, o de hacerlo en forma autónoma o dependiente, sino, además, rara vez puede escoger al sujeto de derecho al que se atribuirán los frutos de su trabajo.

Sujeto éste a quien, como consecuencia de los *modernos* modelos de *descentralización empresarial*, el trabajador no sólo no puede elegir sino, aun, en cuanto aquél también puede estar seleccionado por otro,³ más de una vez ni siquiera llega a poder identificar.

Tampoco parece hoy⁴ comprobable entonces que *la facultad de opción* —entre trabajar o no y de hacerlo por cuenta propia o ajena— *reside en el trabajador, con la opción adicional y clave de que es el propio trabajador quien elige quien haya de ser la persona a la que los frutos van a ser atribuidos.*⁵

Esa no es una afirmación que pueda tener —ni haber tenido en la historia de la humanidad— validez universal, porque no es en modo alguno identificable la posición en la que pueda encontrarse quien tiene recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas, con la de aquel que no los tiene. Y menos aún resulta comparable la situación de éste con la de quien es poseedor de riquezas suficientes como para no necesitar trabajar o para hacer que otros produzcan para él.

La *libertad de trabajar* no tiene para quienes se encuentran en esas diferentes situaciones el mismo significado ni similar contenido y, en todo caso, poco es lo que de positivo aporta que el observador de esa realidad confunda en una identidad esos distintos supuestos como configurantes de un *trabajo libre*, por el solo hecho de que en ninguno de ellos se manifiestan formas aberrantes de esclavitud o servidumbre.

Porque cuando existe *necesidad* —y especialmente la *necesidad de obtener los recursos para la subsistencia*— escaso espacio resta para *elegir* o para

² Resultaría muy difícil demostrar empíricamente que *el trabajador retiene una libertad en virtud de la cual es de su propia decisión de la que deriva la atribución de los frutos al "ajeno" que los hace suyos por hipótesis*, según afirma también Manuel Alonso Olea (*Introducción al derecho del trabajo*, 4a. ed., Madrid, Edersa, 1981, p. 36).

³ O, inversamente, es este mismo el seleccionado por el beneficiario último de la prestación laboral.

⁴ Como igualmente no lo ha sido desde la noche de los tiempos.

⁵ Según entiende Alonso Olea (*op. cit.*, nota 2, p. 37).

decir que no, y muy reducido queda entonces el *territorio de la libertad*.⁶ Pero aquella doble limitación —si no ausencia— de libertad tiene una consecuencia adicional, y que es la que empieza a dar razón de ser, sentido y contenido al derecho del trabajo.

En efecto, la persona que no puede escoger entre trabajar y no hacerlo⁷ y que, obligada a la *actividad productiva*, por carecer de recursos propios, debe resignarse al trabajo *por cuenta ajena* y en *relación de dependencia*, estará abdicando en este caso de una nueva porción de su ya precario saldo de libertad.

Kahn-Freund, siguiendo probablemente las enseñanzas de Sinzheimer, y von Gierke,⁸ señalaba que la relación entre un empresario y un trabaja-

⁶ Y es en cierto modo también Alonso Olea quien acepta esta perspectiva cuando, siguiendo a Simone Weil, expresa que “el trabajo mismo, en cuanto sea productivo y quien lo ejecute lo haga para «ganarse la vida», está en alguna medida gobernado «por la necesidad, no por la finalidad», se ejecuta a causa de una necesidad y no en vista de un bien”, y, luego de admitir que “las compulsiones que se derivan (del medio social) y aun de la propia naturaleza biológica del hombre, es claro que limitan y condicionan esa libertad”, refiere las posiciones de Freud, Comte y Proudhon y cita especialmente al *joven Marx* —el de los *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844*— para recordar el señalamiento de éste en el sentido de que “el trabajo no es la satisfacción de una necesidad, sino un medio para satisfacer otras necesidades, todo trabajo en general, en este sentido, no es voluntario sino forzoso, y de ahí que cuando no haya una compulsión física o de otra naturaleza se lo evite como la peste” (Alonso Olea, *op. cit.*, nota 2, pp. 46, 84 y 85).

⁷ A menos que se valore positivamente la opción por la muerte, la mendicidad o el delito.

⁸ Cuando expresaba que “...el especial interés del derecho del trabajo radica en que se trata del trabajo «dependiente». La dependencia es el gran problema del derecho del trabajo. Hace mucho tiempo que se ha observado tal cuestión y se sigue aún considerando por gran parte de la doctrina científica de nuestros días. La relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional. No pertenece al derecho de obligaciones. Es, ante todo, una relación de poder. Pertenecer al derecho de las personas. La dependencia del trabajador es por ello no sólo una dependencia económica, social o técnica, que sólo sea un hecho que no concierna al derecho. La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales. Pensemos en el poder de mando del empresario. Ningún acreedor puede dar órdenes al deudor. El derecho de obligaciones no conoce el poder de obediencia del deudor. Nadie duda, sin embargo, que el empresario puede dar órdenes al trabajador y que éste tiene la obligación de obedecer. Esa sumisión aclara que en el mundo del trabajo el empresario no sólo tiene un derecho como acreedor, a la manera obligacional, sino un derecho de poder, de carácter jurídico personal. Pensemos en la apropiación directa del producto del trabajo del obrero, por el

dor aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno; se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida como “contrato de trabajo”.⁹

empresario. ¿Cómo se puede explicar esta atribución al empresario del producto del trabajo? Desde luego, no cabe una explicación obligacional. Sólo se explica por esa relación jurídica de poder que junta en una unidad jurídica al empresario y al trabajador, y cuyo titular es el primero... El trabajo dependiente no es un trabajo que el trabajador se preste a sí mismo y a la colectividad. La dependencia supone un trabajo que se presta a una persona privada. En el trabajo dependiente, el hombre que trabaja está mediatizado. Está alienado de sí y del todo. El trabajo, que en el estado natural del hombre es una función social o individual, en el estado de dependencia es una función ajena y función de un ajeno. Con esto se plantea para el derecho del trabajo el problema de la libertad humana...” (Sinzheimer, Hugo, “La esencia del derecho del trabajo”, *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Madrid, IELSS, 1984, pp. 67 y ss., esp. pp. 75 y 76. En términos similares se expresa en *El hombre en el derecho del trabajo* y en *El problema del hombre en el derecho*, estudios incluidos en la misma recopilación, especialmente en las pp. 81 y 82, 109 y 110, respectivamente).

También von Gierke afirmaba que “el contrato de servicios actual coincide en su contenido con el contrato del más viejo derecho alemán precisamente en el hecho de que fundamenta una relación personal de señorío. Esto es así porque obliga a una parte a una actividad personal en beneficio de las necesidades y fines de la parte contraria, poniendo a las partes en relación de servidor y señor. El hecho de que la legislación moderna evite esta denominación, no significa que la cuestión haya desaparecido del ordenamiento jurídico, de la misma manera que no puede desaparecer de la vida. La relación de señorío, naturalmente, puede ser de muy diversa consistencia y duración. De todos modos, no falta nunca. Y crece en extensión y firmeza en la medida en que el servicio aceptado constituye un contenido vital profesional del mismo, porque absorbe en forma total o principalmente la actividad productiva del obligado” (Gierke, Otto von, *Las raíces del contrato de servicios*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 37 y 38).

⁹ Kahn-Freund, Otto, *Trabajo y derecho*, Madrid, MTSS, 1987, p. 52, quien también agrega que “los recursos del capital no pueden ser utilizados por nadie (ya se trate de una entidad privada o pública) sin ejercer un poder de mando sobre personas. Esto es una afirmación obvia o, al menos, debería serlo... No puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer, es decir, sin este elemento de subordinación en el que los juristas correctamente ven la nota fundamental del «contrato de trabajo»” (pp. 52 y 53). En términos similares se expresa ahora Supiot cuando señala que “en todos los países industriales en que se ha desarrollado, la relación de trabajo se ha definido —y continúa siéndolo— como una relación en que uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo. La subordinación del trabajador, que sirve para caracterizar al contrato de trabajo, es más que un simple criterio técnico de clasificación: es la piedra angular de un derecho que tie-

Aun cuando no se acompañe a Kahn-Freund cuando pone en cuestión la existencia de un verdadero *contrato de trabajo*,¹⁰ no puede desconocerse que, sumada a la *necesidad* —de la remuneración—, la inevitable *sumisión* a los poderes del empleador que implica el vínculo laboral dependiente, no es compatible con el *acuerdo libre de voluntades* y el *intercambio de concesiones recíprocas* que supone un *contrato*. Y que, como ajustadamente lo señaló Supiot, mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete.¹¹

En rigor, si bien esta posición subordinada puede tener una primera explicación en la *necesidad de trabajar* para otro, es la *ajenidad en los frutos* que tipifica al vínculo laboral lo que da fundamento lógico y jurídico a la posición de supremacía del empleador.¹²

De este modo, la anticipada apropiación de los frutos del trabajo, y el consecuente derecho a definir el contenido y la oportunidad de producción de éstos, lleva a que se reconozca al empleador sobre su trabajador dependiente una *triada de poderes* que, al tiempo que *se legitiman recíprocamente*, también *se limitan en cascada*.

ne como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre otra” (Supiot, A., *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, MTSS, 1996, pp. 133 y 134).

¹⁰ Cuestionamiento que debe enmarcarse, también, en el contexto de la llamada concepción *germánica* de la *relación de trabajo*.

¹¹ Supiot agrega que “el compromiso manifiesta la libertad. La sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador, en tanto que sujeto de derecho, desaparece del horizonte del derecho civil desde que el mismo entra en la empresa, para dejar paso a un sujeto «tout court» sometido al poder normativo del empresario. El derecho del trabajo ha tenido y tiene siempre por primera razón de ser la de paliar esta falta, es decir, la de «civilizar» el poder empresarial, dotándolo de un cuadro jurídico de ejercicio. Este encuadre ha significado al mismo tiempo —irreductible ambivalencia del derecho— una legalización y una limitación de dicho poder” (Supiot, Alain, “¿Por qué un derecho del trabajo?”, *Documentación Laboral*, núm. 39, 1993-1, pp. 11 y ss., esp. p. 19, conceptos que reitera en *Crítica...*, cit., nota 9, p. 147).

¹² “La ajenidad en los frutos que caracteriza el trabajo por cuenta ajena, que lo define realmente, trae como consecuencia la sujeción del trabajador a las órdenes del adquirente en cuanto a qué frutos deben ser producidos, y en cuanto a cómo, dónde y cuándo deben producirse los mismos. En el caso usual hoy de frutos complejos, resultado de trabajos en cooperación, aquella potestad se extiende a lo necesario para la coordinación de la producción de cada trabajador con la de los restantes. Es éste el sentido en el que la ajenidad de suyo implica una dependencia del trabajador, o en el que el trabajo por cuenta ajena es un trabajo dependiente” (Alonso Olea, *op. cit.*, nota 2, p. 39).

El trabajador queda así sometido al *poder* del empleador de *organizar* la actividad productiva en su empresa, de *dirigir* la actividad personal que cada uno de sus dependientes deberá desarrollar en el marco de aquélla y de *sancionar* los incumplimientos de éstos en la ejecución de esa labor.

Claro queda así que, aunque por vía legislativa o convencional o, aun, *contractual*, se contemple la existencia de *derechos* y *deberes* de cada una de las partes; el reconocimiento a sólo una de ellas —el empleador— de un poder personal sobre la otra —el trabajador— no sólo quiebra la lógica contractual sino, antes aún, evidencia la severa limitación que implica el vínculo laboral dependiente para la libertad del que trabaja.

Y esta limitación se torna más evidente a poco que se examina el modo de ejercicio de los dos poderes que suponen *sumisión personal directa* del trabajador:¹³ el de *dirección* y el *disciplinario*.

En orden al primero, no puede dejar de observarse que, así como el trabajador debe cumplir con sus obligaciones en los términos pactados —o establecidos por las normas legales y convencionales—, y no tiene ninguna posibilidad de alterar su débito, ya que ello podría configurar un *incumplimiento*, es en cambio al empleador a quien se da la facultad de introducir unilateralmente modificaciones en esa conducta personal insustituible, *siempre que ello responda a las necesidades de la producción*.

En estos términos, y aunque con los límites que le imponga cada ordenamiento positivo,¹⁴ el *ius variandi* es una facultad que se reconoce exclusivamente al empleador en función de las necesidades de la producción —esto es, *de sus propias necesidades*—, lo que lleva a que, en los términos en los que queda trabado el vínculo laboral, el trabajador en ningún caso pueda modificar esa limitación a su libertad que supone el compromiso de trabajo personal insustituible, y sea en cambio el empleador quien sí esté habilitado para imponérsela cuando *él* lo necesite de cara a la generación de los frutos anticipadamente cedidos por aquél.

¹³ El poder de *organización* sólo se proyecta *indirectamente* sobre la conducta del trabajador.

¹⁴ Por ejemplo, los que surgen del artículo 66 de la LCT argentina (t. o.) o el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en España, o, en Uruguay, las que se desprenden de los criterios jurisprudenciales (sobre el *ius variandi* en Uruguay véase Ermida Uriarte, Óscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Buenos Aires, Hammurabi, 1988).

La subordinación al *poder de dirección* del empleador, que éste podrá ejercer en función de las necesidades de la empresa —que, en realidad, son las *suyas*— implica así una gran indeterminación¹⁵ inicial en el contenido de la prestación del trabajador. Y, en todo caso, la sujeción de esa indeterminación a los límites —legales, convencionales o jurisprudenciales— del *ius variandi*, no hace sino confirmar la indefinición inicial. Pero tal limitación, de todos modos, y en cuanto deja siempre abierta, en favor del empleador, la posibilidad de precisar el contenido de la prestación laboral de acuerdo con las necesidades de la empresa, se traduce en una adicional limitación de la libertad del trabajador,¹⁶ de contornos igualmente inciertos, que no se agota en el marco de la relación de trabajo.

En efecto, la restricción de la libertad es *interna* y *externa*, porque así como al interior de la relación de trabajo se manifiesta en la sumisión directa a los poderes del empleador durante el *tiempo de trabajo*, esa misma sumisión y, aun, la posibilidad de que el contenido de la prestación sea modificado, condicionan la libertad de organizar los *otros tiempos* personales del trabajador, y que son los de la vida familiar, la cultura, el ocio, etcétera.

Este condicionamiento de *la vida* del trabajador —y de su familia—, que es una consecuencia *normal* de las relaciones de trabajo *normales*,¹⁷ se

¹⁵ Observa Supiot que “...el vínculo de subordinación es incompatible con la exigencia de una «determinación precisa de la obligación» del trabajador. Como subrayaba Paul Durand, «el poder de dirección permite al empresario utilizar la fuerza de trabajo del trabajador para servir a los intereses de la empresa. En efecto, el contrato de trabajo pone al trabajador a disposición del empresario: la obligación del trabajador comporta, en general, una gran indeterminación. Este poder imprime a las relaciones de trabajo su marca distintiva. En los otros contratos, el acreedor sólo fija, de acuerdo con el deudor, el objeto de la obligación. En el contrato de trabajo, el empresario adquiere un poder de dirección continuo sobre la actividad del trabajador durante la ejecución del contrato»” (Supiot, *Crítica...*, cit., nota 9, p. 144. La referencia a Paul Durand corresponde a Durand, P. y Jous-saud, R., *Traité du Droit du Travail*, París, Dalloz, 1947, t. 1, no. 352, p. 430).

¹⁶ “El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma, en someterla a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato. El poder patronal es tanto más grande cuanto más grande es este margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador” (Supiot, *Crítica...*, cit., nota 9, p. 145).

¹⁷ Sobre el condicionamiento de *la vida personal* del trabajador por su *vida laboral*, resulta ilustrativa la observación de Sennett sobre un caso real —de un trabajador al que identifica como *Rico*—, cuando relata: “El aspecto fugaz de la amistad y de la comunidad

potencia en los supuestos de excepción, tales como los de trabajo nocturno o en turnos rotativos,¹⁸ o cuando la contratación es temporaria o sin estabilidad.¹⁹

Y es a partir de la observación del marco *real* en el que se ejerce el *poder de dirección* como corresponde valorar la trascendencia que asume ese otro poder exclusivo del empleador, cuyo uso debería ser funcional a aquél, pero que, como todo poder, no está exento de la arbitrariedad, y que es el *poder disciplinario*.

Debe advertirse aquí que, normalmente, el control que se ejerce sobre el poder disciplinario no es previo sino posterior a su ejercicio por el empleador y, también generalmente, con efecto *devolutivo*.

Esto es, al modo de las obligaciones tributarias frente al Estado, y en contra de las reglas del derecho penal, el trabajador debe cumplir su *pena* aun cuando la *sentencia de condena* —dictada por el empleador— no esté *firmada*. Tal suerte de *solve et repete* vale no sólo para las *suspensiones* sino aun para la *pena de muerte* del contrato, como lo es el *despido disciplinario*, cuya revisión judicial, salvo en los excepcionales supuestos de *estabilidad absoluta*, apenas dará derecho al trabajador a una tardía reparación económica, usualmente *tarifada*.

El *poder disciplinario* prevalece así sobre la regla de *continuidad* y sobre la protección de la estabilidad en el empleo.²⁰

Esta eficacia operativa del poder disciplinario puede encontrar justificación en el hecho de que la postergación de las consecuencias de la san-

local constituyen el fondo de la más aguda de las preocupaciones íntimas de Rico: su familia. «Llegamos a casa a las siete, preparamos la cena, tratamos de que nos quede una hora para ayudar a los niños con los deberes, y luego nos dedicamos a nuestro papeleo». Cuando las cosas se ponen duras en su consultoría durante meses enteros «casi ya no sé quiénes son mis hijos». Le preocupa también la frecuente anarquía en la que se hunde su familia, y le preocupa no ocuparse lo suficiente de sus hijos, cuyas necesidades no pueden programarse para que se adapten a las exigencias de su trabajo” (Sennett, Richard, *La corrosión del carácter; las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 19).

¹⁸ Aun cuando la vida familiar se adapte a la presencia y la participación de la mujer o el hombre en horarios que varían todas las semanas, no es imaginable la planificación de actividades culturales, de capacitación o recreativas en *turnos rotativos*.

¹⁹ Situaciones éstas en las que lo único que tiene la nota de *permanencia* es el temor a perder el empleo y, con éste, el salario.

²⁰ Lo que confirma, una vez más, que el llamado *principio de continuidad* no es tal, sino tan sólo un *medio técnico*.

ción disciplinaria podría obstaculizar el ejercicio normal de los poderes de organización y dirección, a los que aquél debe ser funcional. La explicación, sin embargo, sin dejar de ser admisible, no le resta validez a la observación anterior, ni representa un impedimento real para la eventual aplicación de las sanciones en forma arbitraria.²¹

La observación de las consecuencias de esta posición de supremacía del empleador, y la consecuente sumisión del trabajador, sumada a aquellas razones —o, en todo caso, a la razón primera, que es la *necesidad* de obtener los medios materiales para su sustento—, obligan a recordar una vez más las palabras de Franklin Delano Roosevelt, cuando afirmaba que *la libertad*, además de libertad de creencias y de expresión, es *liberación del miedo y de la necesidad*.²²

Difícil resulta entonces disimular que el trabajo *por necesidad y subordinado*, esto es, *sometido a los poderes del empleador*, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable *pérdida de libertad*, por lo que mal puede en consecuencia calificarse a la prestación personal del trabajador dependiente como una manifestación de *trabajo libre* —cuando menos sin hacer algunas reservas—.

Y es a esta situación a la que quiso dar respuesta el derecho del trabajo operando no sólo en el acotamiento de la libertad resignada sino, al mismo tiempo, compensando la reducción de libertades con *seguridades*.²³

²¹ Resulta de todos modos interesante observar que la excepción al ejercicio irrestricto del poder disciplinario aparece en la tutela de los representantes sindicales. En este caso, sin embargo, el fundamento no debería buscarse en la preservación del derecho individual del trabajador, sino en la libertad sindical y en la protección de los intereses colectivos.

²² Véase Gordon, Margaret S., *La política de seguridad social en los países industrializados; análisis comparativo*, Madrid, MTSS, 1990, pp. 19 y 20.

²³ Así como el reconocimiento de que el trabajador *pretende salario* explica los mecanismos de tutela de su crédito y la preservación de sus ingresos cuando él está impedido de ganarlos por una causa que no le es imputable, la verificación de que subordina a otro su único patrimonio —que es él mismo y su capacidad de trabajo— a cambio de aquella retribución, da una doble razón —esto es, la posición jerárquica del empleador y la necesidad de preservación del cuerpo físico del trabajador— al cúmulo de obligaciones que se imponen al empleador relacionadas con la protección de las personas físicas que trabajan para él. Véase sobre esta cuestión Supiot, *Crítica...*, cit., nota 9, pp. 90 y ss., y también ¿Por qué un derecho del trabajo?, *op. cit.*, nota 10, p. 17, donde afirma que “el derecho del trabajo procede justamente de estas dos preguntas difíciles: ¿cómo garantizar la seguridad física de individuos sujetos a las constricciones de la producción? y ¿cómo conferir derechos a individuos sometidos a la voluntad de otro?”.

2. El breve tránsito del siglo XIX al siglo XXI

De cara a ese mundo productivo de trabajadores y empleadores, la cultura humanista y liberal del siglo XIX, a partir de la convicción de que el *trabajo* —en cuanto prestación personal e inescindible de la persona que lo ejecuta— *no debe ser tratado como una mercancía*, comenzó la construcción de lo que hoy se conoce como *derecho del trabajo*.

El derecho del trabajo aparece así como una respuesta jurídica y normativa —originariamente de fuente estatal y luego también producto de la autonomía colectiva— que reconoce tanto la *falta de libertad* de quien es *contratado* —carencia que es a su vez consecuencia de su *necesidad económica*— como la *resignación de libertad* que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador. Y a partir de tales reconocimientos, despliega una serie de reglas y diseña un conjunto de medios técnicos para poner límites tanto a las consecuencias de la posición de supremacía del empleador como a la *resignación de libertad* por el trabajador.

No es casual, así, el desarrollo que tuvo, junto a la técnica de mínimos y máximos, la protección de la *estabilidad en el empleo*, en la que no debe observarse solamente —ni tan siquiera principalmente— el mero propósito de evitar que el trabajador pierda la posibilidad de trabajar para otro. En efecto, la doble finalidad que subyace en el refuerzo de la estabilidad es poner una *barrera a la potencial prepotencia del empleador* y asegurar una *continuidad en los ingresos* del trabajador, dado que no es difícil advertir que, a *menor estabilidad*, menor *seguridad económica* y menor *libertad* para el trabajador.

En estos términos, el sujeto protegido por el derecho del trabajo necesariamente debía ser el *trabajador dependiente*, puesto que la *situación de dependencia*, al ser advertida, daba por cierta la necesidad de protección, puesto que permitía presumir tanto la *necesidad económica* como la *falta de libertad*.

Y así como era evidente el sujeto a proteger, no menos incuestionable era la persona frente a quien se la protegería, esto es, aquel que ejercía los poderes jerárquicos y que era de quien el trabajador pretendía percibir el salario: su *empleador*.

El mundo del trabajo en el que *trabajadores* y *empleadores* se desenvolvían tenía, entre otras, dos notas destacadas.

La primera era que, salvo los supuestos en los que para evadir la aplicación de la normativa laboral el empleador buscaba disimular su condición de tal —simulación para la que también hubo que diseñar mecanismos de corrección—, en general no creaban dificultades mayores ni el reconocimiento de la *relación de dependencia* ni la *identificación del empleador*.

La segunda nota era el carácter absoluto y categórico de la inclusión o exclusión que producía la relación de dependencia, especialmente en su manifestación *jurídica*.

Hoy, sin embargo —y hace un tiempo ya—, aunque sigue existiendo un mundo en el que no hay dificultades para identificar a los trabajadores dependientes y a sus empleadores —ámbito éste en el que operan, o pueden operar, las reglas tradicionales—, aparece un cúmulo de situaciones en las que las personas que, por necesidad económica, trabajan y resignan porciones importantes de su libertad personal, no son fácilmente encuadrables en la figura del *trabajador dependiente*.

Al mismo tiempo, el beneficiario de esa prestación personal —y sin ingresar en las modalidades fraudulentas— no tiene con la persona que trabaja la relación jerárquica tradicional ni ejerce sobre ella la tríada de poderes que la caracteriza. Bien entendido que esto no supone, empero, que no exista una posición de supremacía o que la satisfacción de las necesidades del trabajador no *dependa* de decisiones exclusivas de ese otro sujeto que no llega a ser su *empleador*.

Tal novedad en los sujetos, sin embargo, y no obstante la reiteración de los supuestos de *necesidad* y *pérdida de libertad* en la persona que trabaja, se enfrenta con la persistencia de aquella segunda nota del derecho del trabajo, esto es, la *relación de dependencia* como estrecha y única puerta de entrada al ámbito de la protección. Puerta ésta que hoy opera así más como factor de exclusión que de inclusión, porque las diferentes vinculaciones entre los sujetos ya no pueden ser ubicadas en el marco fáctico sobre el que se diseñó la estructura protectora.

Pero así como las personas, al madurar, llegan a advertir que la verdad no suele estar en los extremos, también el todavía joven y lozano derecho del trabajo puede ingresar en su madurez, reconociendo que el *todo o nada* que provoca la exigencia de la *identificación de la relación de dependencia* ya no es una respuesta razonable a las nuevas manifestaciones de las necesidades de los trabajadores.

Estas observaciones dejan así planteadas las dos cuestiones centrales: ¿cómo reconocer la relación de dependencia en cuanto vía de ingreso *natural* al derecho del trabajo? (III) y ¿qué hacer frente a un nuevo escenario en el que las relaciones entre las personas que trabajan y quienes se apropian de los frutos de su trabajo, si bien no admiten el encuadramiento bajo la figura de la dependencia tradicional, sí parecen reclamar protecciones similares a las dispensadas por el derecho del trabajo? (IV).

III. La relación de dependencia como nota diferencial

Según observa Supiot,²⁴ al mostrar como ejemplo europeo la experiencia del Reino Unido, la jurisprudencia británica tradicionalmente definió al contrato *de servicios* en oposición al contrato *por unos servicios*, tomando para ello como pauta de diferenciación, en primer lugar, *el poder* que el empleador pudiera ejercer sobre la ejecución misma del trabajo.

Este criterio de identificación, que parece apartarse de la clásica trilogía de la subordinación *económica*, *técnica* y *jurídica* para limitarse así a esta última, fracasa sin embargo frente a los trabajadores altamente calificados, lo que llevó, tanto en Europa como entre nosotros, a lo que también Supiot llamó el *haz de indicios*,²⁵ esto es, la consideración de un cúmulo de elementos objetivos que, en el caso concreto, permitan deducir que, más allá de la calificación que le hayan dado las partes, la relación que las liga supone un vínculo laboral dependiente.

Bien entendido que, finalmente, y aun cuando la legislación pueda proveer elementos de mayor o menor precisión —como podrían ser, en Argentina, las pautas de los artículos 4o., 25, 27 y 37 de la LCT—, será finalmente el arbitrio del juez lo que definirá en cada caso la situación.²⁶

²⁴ Supiot, A., *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, Informe para el VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, 13-17 de septiembre de 1999, pp. 144 y 145.

²⁵ *Ibidem*, p. 145.

²⁶ “Esta técnica es universalmente empleada, pero la lista de los indicios juzgados como pertinentes varía según el sistema jurídico dado. Un inconveniente se manifiesta así a nivel comparativo que es, en primer lugar, sensible solamente en el plano del derecho interno, y que reside en la incertidumbre inherente a esta técnica: la parte preponderante que somete al poder de apreciación del juez impide sacar las conclusiones firmes en caso de profesiones donde el vínculo de subordinación es el más fluctuante o cuya definición es la más difícil. La técnica del haz de indicios ofrece así al juez una gran libertad para

También en Argentina, frente a la inexistencia —por obvia imposibilidad— de una definición normativa de la *relación de dependencia* —que, sin embargo, es exigencia legal para la configuración del *contrato* y la *relación* de trabajo (artículos 21 y 22 de la LCT)—, tanto la doctrina²⁷ como la jurisprudencia han advertido y admitido que, aun cuando se pueda adoptar algún criterio general, la respuesta final será casuística e inabordable si lo que se pretende es un catálogo exhaustivo.

En este sentido fue bien ilustrativa la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social cuando advirtió que:

La relación de dependencia no es definible en términos de características precisas y unívocas. Constituye un conglomerado de circunstancias que, en mayor o menor medida, contribuyen a crear un clima económico y social concreto, susceptible de encajar razonablemente en aquel encuadre jurídico, que depende de varios criterios y normas: contenido de la obligación, circunstancias especiales y temporales en que se desempeña la tarea, grado de asunción de riesgos, forma de pago, mayor o menor preeminencia de la prestación, solvencia del prestatario del trabajo y otras circunstancias, según el caso de que se trate. En otras palabras, el contrato de trabajo no es una institución de características definitorias precisas: la relación de dependencia se manifiesta en diversos elementos que, en su conjunto y valorados razonablemente según las circunstancias de cada caso, contribuyen a encuadrar el vínculo en el ámbito laboral.²⁸

De todos modos, y aun cuando la identificación de la relación de dependencia conserva una enorme importancia como llave de paso absoluta —de inclusión y exclusión— para el acceso al territorio de la protección laboral, hoy también es otro el debate, dado que las *nuevas formas de trabajar* —en cuanto actividad inescindible de la persona— y los *cambios en*

desplazar las fronteras del salariado en función de la idea que se hace de las necesidades de protección de una u otra categoría de trabajadores. De modo que esta técnica puede permitir tanto alargar la noción de trabajador salariado como estrecharla” (*ibidem*, p. 146).

²⁷ Por su actualidad y amplitud de referencias bibliográficas véase, por todos, Rodríguez Mancini, Jorge y Fontana, Beatriz, “Sobre el objeto del contrato de trabajo; una perspectiva de cambio en los ámbitos del trabajo subordinado y autónomo”, *D. T.* 2001-B, pp. 1065 y ss.

²⁸ CFSS, Sala I, 26 de octubre de 1995, “Confederación Médica de la República Argentina c/Estado Nacional”, *D. T.* 1996-A-329.

la organización de las empresas, han renovado las discusiones, los debates y los argumentos tradicionales, al plantearse ahora la incorporación de nuevos sujetos *beneficiarios* y *responsables* de la protección y, con ellos, los fundamentos y los alcances de ésta.

IV. Un nuevo mundo laboral

1. Los trabajadores

Si bien en algunos casos de trabajadores altamente calificados, por ejemplo, la tutela que les puede aportar en derecho del trabajo podría resultar superflua, la cuestión que hoy se plantea es la de las personas que trabajan que, necesitándola, quedan excluidas de tal protección.

Calificada como *crisis de abarcatividad*,²⁹ *desenfoque*,³⁰ fuga de sujetos,³¹ etcétera, lo cierto es que ésta, si no la más urgente, seguramente es una de las cuestiones en torno de las cuales giran los debates que más angustian a los estudiosos y operadores del derecho del trabajo.

A partir de la tipología que se expone en el ya citado Documento Técnico de la OIT,³² una primera aproximación permite señalar tres grandes grupos de situaciones:

- No aplicación de la legislación laboral.
- Incertidumbre en el ámbito de la legislación.
- Trabajo independiente en situación de dependencia.

²⁹ Goldin, Adrián, “Las fronteras de la dependencia”, en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 16 al 19 de septiembre de 2001, pp. 21 y ss., especialmente p. 35.

³⁰ Es la expresión utilizada en el documento técnico de base preparado por el Departamento de Administración Pública y Legislación y Administración del Trabajo de la OIT (véase Oficina Internacional del Trabajo, *Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección [la relación de trabajo: ámbito personal]*, Ginebra, 15 al 19 de mayo de 2000, pp. 23 y ss.).

³¹ Castello, Alejandro, “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral; una nueva tendencia de fines del siglo XX”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLI, núm. 190, abril-junio de 1998, pp. 293 y ss., esp. p. 294.

³² Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit.*, nota 30.

A. No aplicación de la legislación laboral

El primer grupo comprende a su vez dos grandes subgrupos: el *mero incumplimiento* y la *exclusión normativa*.

Ambos supuestos son reprochables, pero la diferencia fundamental reside en que mientras el primero, amén de que no impide absolutamente la operatividad de la normativa laboral,³³ abre la posibilidad de aplicación de sanciones al empleador, el segundo, en cuanto es producto de una decisión gubernamental, apenas si merecerá una descalificación política, probablemente atenuada por la complicidad de los *no empleadores* beneficiados.

En este segundo subgrupo aparecen las que en Argentina también han dado lugar al enunciado de la peculiar figura del *trabajador vinculado por una relación no laboral* —en la expresión del artículo 2o., apartado 2, inciso c, de la Ley 24.557—, y que podría comprender a los *fleteros* —Ley 24.653, artículo 4o., incisos h y f—, *pasantes*, *beneficiarios de programas de empleo* y, en algún momento, a los *aprendices*.

No deja de ser curioso, de todos modos, que la política gubernamental argentina de *promoción del empleo* con acciones diseñadas e instrumentadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se apoye —como ocurre con los *programas de empleo*— en la privación de la protección del derecho del trabajo.

Por otra parte, y amén del acto normativo estatal, la exclusión de la regulación protectora puede ser producto también de la consolidación de un criterio jurisprudencial, como ocurrió en Argentina con los llamados *contratados* de la administración pública a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Leroux de Emedé”.³⁴

B. Incertidumbre en el ámbito personal de la legislación

La riqueza de los debates actuales aparece en torno de los supuestos que se han dado en calificar como de *incertidumbre en el ámbito personal de la legislación*, y que comprende también dos grandes grupos de situacio-

³³ Y tal vez sólo suponga el fracaso circunstancial de su aplicación.

³⁴ CSJN, 30 de abril de 1991, “Leroux de Emedé, P. S. c/MCBA”.

nes: el *encubrimiento de la relación de trabajo* y las situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores, y que el ya referido Documento Técnico de la OIT describe como *desenfoque* de la legislación, en cuanto el trabajador queda *desplazado del ámbito de la norma*.³⁵

Para los supuestos de *encubrimiento*, en cuanto suponen una acción deliberada para eludir la aplicación de la legislación protectora, la respuesta, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero, suele ser normativa o jurisprudencial.

Distinto es el caso de la *ambigüedad objetiva* en las relaciones de trabajo, que es producto de los cambios en el modo de trabajar generados como consecuencia de la introducción de tecnología y de la organización de las empresas, y que, en la expresión de Goldin, suponen *nuevas formas de ejercicio del poder*.³⁶

La cuestión que aquí se plantea no es la de la *adaptación* del derecho del trabajo a un tipo de vinculación *parecida a las laborales* —aunque tal adaptación también podría producirse, pero no es lo central en estos casos—, sino la de la redefinición de los requisitos para reconocer el ámbito de aplicación general de la normativa laboral.

De ahí la descripción como *reenfoque*, y que tiende a promover una jerarquización de las notas de la *dependencia económica* con desplazamiento de los requisitos de la dependencia jurídica.³⁷

C. Trabajo independiente en condiciones de dependencia

El último supuesto, aunque tiene algún grado de parentesco con el anterior, no supone ya *identificar* al trabajador dependiente, sino reconocer la necesidad de protección en situaciones de trabajo que normalmente se califica como *autónomo*.

No hay así incorporación plena al ámbito de aplicación general del derecho del trabajo, sino *exportación* de algunas de sus reglas y mecanismos de protección.

³⁵ Véase Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit.*, nota 30, pp. 25 y ss.

³⁶ Goldin, *op. cit.*, nota 29, p. 30.

³⁷ Así, por ejemplo, Alimenti, Jorgelina, *Hacia un reconocimiento de las técnicas jurídicas de protección del trabajo dependiente*, en T. y S. S., 2001, pp. 1028 y ss.; Goldin, *op. cit.*, nota 29; Rodríguez Mancini y Fontana, *op. cit.*, nota 27, p. 1065.

Las figuras más conocidas en esta materia, que Supiot agrupa como *tertium gens* o *trabajo de tercer tipo*³⁸ entre el asalariado y la independencia, son las que en Italia —a partir de la reforma del Código Procesal producida por la Ley 533/1973— aparecen como *parasubordinados*, y en Alemania —en virtud de la sección 12a. de la Ley de 1974 sobre Convenios Colectivos— se califican como *cuasi-asalariados*.

La expansión, inicialmente seductora, a partir del reconocimiento de una suerte de *vasallaje en la independencia*,³⁹ no está exenta de críticas y reservas, tanto desde los sectores empresarios como de las organizaciones sindicales de trabajadores.

Los primeros reprochan la intromisión en cuestiones comerciales y económicas. Los segundos temen, por ejemplo, la proliferación de estas figuras *menos laborales* en perjuicio de los trabajadores dependientes.⁴⁰

2. Los empleadores

Desde la observación de la empresa, dos manifestaciones de ésta, a veces convergentes, operan para que la relación entre el trabajo y el capital, ya enrarecida por las dificultades para identificar al trabajador, torne más improbable la aplicación de la normativa laboral tal como se la conoce hoy: la *empresa no empleadora* y la *empresa alejada*.

A. El no empleador

La primera causa de exclusión es simétrica a la negación de la condición de trabajador dependiente, lo que lleva a que quien recibe la prestación personal no sea considerado *empleador*.

Amén de los supuestos de evasión que, en rigor, sólo se traducen en la falta de aplicación de las normas laborales, pero no despojan al empleador de su condición de tal, sí suponen tal consecuencia la *deslaboralización normativa* y las contrataciones *no laborales*.

³⁸ Supiot, Alain, *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, cit., nota 24.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Véase Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., “Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación”, ponencia presentada en el IX Encuentro de Ex Becarios de Bologna, Barquisimeto, 14 al 16 de octubre de 2000.

La primera, como se vio, suele ser producto de decisiones de política gubernamental o de criterios jurisprudenciales, y es obvio que si la norma es categórica en cuanto a que quien trabaja no es un *trabajador dependiente*, quien recibe su prestación mal podría ser considerado su *empleador*.

Dejando de lado, claro está, los supuestos de fraude, en los que *se viste de autónomo* al trabajador dependiente, el segundo grupo comprende a esas figuras ambiguas —también ya referidas—, en las que por la concurrencia de razones tecnológicas, de reestructuración, de mercado o de temporalidad de la necesidad, la empresa apela a una contratación que, al respetar importantes esferas de libertad de quien trabaja (horario, lugar de trabajo, criterios técnicos, etcétera), aun leída *en clave laboral*, hace difícil su inclusión en el ámbito de las relaciones reguladas por el derecho del trabajo.

B. La empresa separada del trabajo

En cuanto a la segunda manifestación, el abanico de figuras es tan amplio que ya parece que fuera insuficiente el lenguaje español para describirlas, y es así como el género *descentralización empresarial* aparece desgarnado en especies tales como *terciarización*, *subcontratación*, *intermediación*, *filialización*, *franquiciado*, “*outsourcing*”, etcétera.

Lo cierto es que, por razones técnicas o de mercado y competencia, las empresas hoy aparecen organizadas en dispersión, y las reglas tradicionales del derecho del trabajo, que contemplan tales supuestos con una finalidad fundamentalmente desalentadora o preventiva del fraude, ya no parecen proveer la respuesta adecuada para esa nueva realidad.

En los hechos, la segmentación de la actividad de la empresa lleva a una mediatización entre *el trabajo* —esto es, la persona que lo ejecuta— y el beneficiario de su prestación, lo que en muchos casos se traduce en que a mayor distancia del núcleo empresario menor sea el grado de protección del trabajador.

Esta *externalización* del trabajo puede obedecer a dos grandes grupos de razones que, según que se vinculen o no con exigencias operativas de la empresa, pueden ser calificadas como *necesarias* o *ficticias*.

Entre las primeras cabría incluir a las que responden a exigencias de la producción o de la competencia, y que Racciatti, sintetizando las catego-

rías conceptuales de Coriat, Piore y Sabel, divide a su vez en dos tipos, que califica como de *especialización flexible* y de *flexibilidad dinámica*.⁴¹

Ficticia es, en cambio, la estrategia empresarial que tiene como único propósito excluirse y excluir al trabajador del ámbito de aplicación de la normativa laboral, y que si se ha difundido —más allá de lo imaginable— es porque en muchos casos contó con la complicidad de un marco normativo y criterios jurisprudenciales que hacen prevalecer la eficacia económica —de las empresas— sobre la lógica de la protección del derecho del trabajo.

Ejemplo grotesco de esta externalización ficticia bien podrían ser los *repositoros externos* de los hipermercados en la Argentina.

Ficción ésta a la que no podría reprocharse falta de *sinceridad* ya que, en lo profundo, como expresa Naomi Klein con la dureza que arrastra toda ironía, “a medida que los antiguos puestos de trabajo se trasladan al exterior, algo más se va con ellos: la anticuada idea de que el fabricante es responsable de sus empleados”.⁴²

De todos modos, necesaria o ficticia, sincera o falsa, la desconcentración se inscribe en un crescendo de demolición de las estructuras empresarias, cuyo núcleo queda cada vez más distanciado de la mayoría de las personas que trabajan para ellas, y que, en sus modelos extremos, ya no fabrican, no producen, no venden, y sólo *promocionan sus marcas*.⁴³

V. Balance, respuestas y propuestas

La consecuencia visible de este *nuevo mundo del trabajo* es que lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores.

Cambió así la empresa y cambiaron los vínculos establecidos con las personas que trabajan para ellas.

No cambió, sin embargo, la *persona que trabaja*, no cambiaron las razones que la llevan a trabajar, no cambiaron sus carencias ni sus necesidades.

⁴¹ Racciatti, Octavio C., “El derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLI, núm. 190, abril-junio de 1998, pp. 564 y ss., esp. p. 570.

⁴² Klein, Naomi, *No logo. El poder de las marcas*, Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 240. Véase, además, todo el capítulo 9: “La fábrica abandonada”.

⁴³ *Ibidem*, pp. 237 y ss.

Es cierto, sí, que por una concurrencia de causas —como en los más graves siniestros laborales—, y en un abanico de situaciones, ya no es fácil reconocer la *dependencia jurídica*.

Sin embargo, una mirada diferente de la tradicional podría llevar a que se considere que si el derecho del trabajo jerarquizó a la *dependencia jurídica* como la clave de bóveda que permite el acceso a su ámbito de protección, ello también se debió a que esa *subordinación* permitía suponer la previa *necesidad* de quien no pudo elegir entre trabajar y no hacerlo, así como tampoco pudo optar entre hacerlo en forma autónoma o dependiente y, finalmente, entregó libertad a cambio de salario.

Por eso la *protección*. Y también por eso la protección *frente al empleador*, beneficiario de la prestación personal y titular de los poderes jerárquicos a los que se subordina el trabajador.

Pero el fundamento último del derecho del trabajo podría encontrarse —y allí es donde probablemente haya estado y está— en la *necesidad económica* que provoca la *dependencia económica* y que, a su vez, es la que lleva a la *dependencia jurídica*.

Dependencia económica que, al mismo tiempo, es manifestación y consecuencia de la falta de *independencia económica*. Porque *independiente* económicamente es la persona que puede financiar, con recursos propios o anticipados por terceros, no sólo su *actividad* sino, antes aún, su *inactividad* laboral. Y puede entonces elegir entre trabajar personalmente o no hacerlo. Opción ésta cuya ausencia obliga a *depende*r de otro, que sólo va a satisfacer la *necesidad* —económica— si se compromete a cambio una prestación personal.

En estos términos, si bien la *necesidad* se traduce finalmente en una situación de *desigualdad* —primero negocial y luego en la posición en el vínculo laboral que se establece—, no sería tal *desigualdad* el fundamento final del derecho del trabajo,⁴⁴ sino la ausencia de *libertad* al celebrar y ejecutar eso que, como observaba Kahn-Freund, sólo por una aceptada ficción se ha acordado en llamar *contrato de trabajo*.⁴⁵

Pero el cambio producido en la estructura de las empresas y, especialmente, el tipo de vínculo que éstas pretenden establecer con las personas

⁴⁴ Como se afirma en Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit.*, nota 30, punto 91, p. 13.

⁴⁵ Kahn-Freund, *op. cit.*, nota 9, p. 52.

que trabajan para ellas, parecen haber llevado también a la ruptura del que Racciatti califica como el *pacto implícito* del modelo fordista:⁴⁶ “una parte reconoce la autoridad empresarial y su derecho de propiedad, de dirección y de organización; mientras la parte de los empleadores acepta integrarse en un esquema de promoción del bienestar de los trabajadores, en el cual el Estado juega un papel importante”.

Sin embargo, la observación de las personas que *trabajan para otro* muestra que, para ellas, si algo ha cambiado, no es la *necesidad de protección*, sino la respuesta normativa y social a esa necesidad.

Bien entendido que, como también se ha visto, y al margen de los supuestos de *evasión, encubrimiento y deslaborización*, las modificaciones en el trabajo y los cambios —cuando *necesarios*— en la organización de las empresas, están reclamando del derecho del trabajo su reconocimiento y la consecuente adecuación del *modo de proteger*.

La mutación de los sujetos tradicionales del derecho del trabajo y la consecuente evanescencia de la *relación de trabajo* en los términos en los que se la conoció a lo largo del siglo XX, reclama una recuperación de la reflexión acerca de la razón de ser y el ámbito personal de esta disciplina.

Frente a lo que el ya referido Documento Técnico de la OIT⁴⁷ califica como *desenfoque*, en la inteligencia de que se ha producido un desplazamiento fuera del ámbito de aplicación de la norma laboral del sujeto que debe ser protegido por ella, las mejores respuestas parecen ser las que propician poner el acento en la *dependencia económica*, antes que en la *jurídica*, para identificar al sujeto que necesita protección.⁴⁸

Sin la pretensión de introducir un debate sobre la técnica de la fotografía o la filmación, y a partir de una coincidencia tanto en la necesidad de un *reenfoque* como en la preferencia por la *dependencia económica* como factor de identificación, parece más adecuado hablar de un *cambio de óptica* antes que de una corrección del *desenfoque*.

Así, con la sustitución del *lente normal* por un *gran angular*, no será necesario desplazar el punto de enfoque —con las consecuentes nuevas ex-

⁴⁶ Racciatti, *op. cit.*, nota 41, p. 567.

⁴⁷ Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit.*, nota 30, pp. 25 y 26.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Goldin, *op. cit.*, nota 29; Alimenti, *op. cit.*, nota 37; Rodríguez Mancini y Fontana, *op. cit.*, nota 27.

clusiones que esto provocaría—⁴⁹ y sí, en cambio, se ampliará el campo enfocado.

Esta propuesta de ampliar el campo enfocado —en lugar de desplazar el punto de enfoque—, que permitiría incorporar nuevos sujetos al ámbito personal del derecho del trabajo, abre las puertas al abordaje de un segundo problema, que también fue planteado ya por la doctrina, y que supone asumir el debate sobre la *diversificación de la protección*.

De cara a las muy serias críticas que se han dirigido a una *segmentación tutelar* de la que previenen tanto Goldin⁵⁰ como Ermida Uriarte y Hernández —que temen a una *migración interna* que lleve a los trabajadores a las franjas de menor protección—,⁵¹ podría aclararse, una vez más, que el primer condicionante para esta protección diferenciada será la calidad y precisión de la estructura normativa que la instrumente y, producida ésta, deberán operar los medios tradicionales de control administrativo, judicial y sindical. Y, además y especialmente, deberá tenerse presente la necesaria *complementación* que podrá aportar la *seguridad social*.⁵²

En cuanto a la *moderna* estructura organizativa de las empresas, que arroja a los trabajadores extramuros de su esfera de interés y preocupaciones, la respuesta también deberá buscarse distinguiendo las responsabilidades de contenido económico —y en esta materia la técnica de la *responsabilidad solidaria* no parece inadecuada— de las obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la prestación del trabajador y los límites al ejerci-

⁴⁹ Como se evidencia en el gráfico incluido en la p. 26 de Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit.*, nota 30.

⁵⁰ Goldin, *op. cit.*, nota 29, pp. 34 y 35.

⁵¹ Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, *op. cit.*, nota 40.

⁵² También Casas Bahamonde considera que “...la técnica de la aplicación parcial y diferenciada sustituiría a la de la aplicación completa y uniforme del ordenamiento jurídico laboral, o si se prefiere, social con integración del derecho de la seguridad social o de la protección social, dependiente de la calificación formal del contrato como de trabajo. Sería preciso componer un nuevo conjunto normativo, internamente diferenciado, con la colaboración de la ley y de la negociación colectiva, a la que también correspondería protagonizar esa ampliación subjetiva del derecho del trabajo hacia el trabajo no subordinado o no mercantil. Y afirma finalmente que el pluralismo de la realidad socioeconómica no puede revestirse con un ropaje jurídico monolítico”. Véase Casas Bahamonde, María Emilia, “Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo”, en Alarcón, Manuel R. y Mirón, María del Mar (coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 189 y ss., esp. p. 206.

cio de los poderes jerárquicos por su titular directo —y tampoco aquí habría que imaginar demasiadas novedades—.

Pero tanto con relación a las cuestiones que giran en torno de las diferentes modalidades de *descentralización empresarial*, como en orden a la ampliación del *ámbito personal de la relación de trabajo*, y según ya quedó insinuado, no basta con pensar desde el *derecho del trabajo*, porque en estas materias mucho es lo que tiene para decir la *seguridad social*.

El diseño protector deberá integrar, en una relación de complementación, los instrumentos del derecho del trabajo y los de la seguridad social.

Así, desde el reconocimiento del vínculo laboral y la relación de dependencia, podrían operar las reglas de mínimos y máximos del derecho del trabajo —con la necesaria adecuación a las peculiaridades de cada vinculación, como siempre—, los derechos y deberes relacionados con la protección de la integridad psicofísica del trabajador, la limitación a los poderes de quien efectivamente los ejerza y su responsabilidad económica directa.

Y a medida que se verifique el alejamiento de esa órbita nuclear de subordinación, la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones —para satisfacer las necesidades de los trabajadores— podrá desplazarse hacia las instituciones e instrumentos de la seguridad social.

Esta migración tutelar podrá comprender así, por ejemplo, la pérdida de ingresos por incapacidad temporaria o permanente, sea por causa laboral o ajena a ella, las vacaciones remuneradas, la situación de desempleo, etcétera.

También el sistema de *fondos de garantía* —tan desarrollado en Europa como ignorado en América Latina— podría no sólo liberar al trabajador del riesgo de insolvencia de su empleador sino, además, complementar —o sustituir— la responsabilidad solidaria de la empresa *descentralizada*.

Debe empero advertirse —como seguramente ya se habrá advertido— que, en rigor, todo esto no remite a un debate *técnico*, sino *axiológico*.

Porque, en lo profundo, esto no supone hablar solamente de *protección de las personas que trabajan* sino, antes aún, de *distribución equitativa de la riqueza* y de la función del *Estado*.