

LAS FRONTERAS DE LA DEPENDENCIA*

Por Adrián O. Goldin

1. Dependencia laboral; una categoría puesta a prueba

De qué se trata

Las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas – también, hay que decirlo, el reposicionamiento de los paradigmas ideológicos – someten al Derecho del Trabajo a duras pruebas. No es sólo la función tutelar misma, en especial sus técnicas y niveles, lo que se ha puesto en cuestión. Sucede también que categorías básicas del área, diseñadas para denotar conceptualmente los fenómenos que prevalecían cuando se les construyera, sufren hoy los embates de aquellos cambios y levantan nuevos interrogantes: ¿conservan esos conceptos su aptitud para enmarcar el substrato fáctico y contractual que se proponen expresar?. Si así no fuera, ¿implica ese desajuste sólo una cuestión de recalificación y reclasificación teórica de las categorías tradicionales o importa, por el contrario, una redefinición sustantiva del objeto y contenidos del propio ordenamiento laboral?

Por su virtual condición de “llave maestra” que habilita la aplicación efectiva de las normas del Derecho del Trabajo a las relaciones concretas que le contienen, el instituto de la *dependencia o subordinación* laboral es uno de los que, a mi juicio, reclama el más cuidadoso seguimiento. En línea con aquellos interrogantes, habrá que ver qué correspondencia guarda con los modos dominantes en los que hoy y en los inmediatos tiempos por venir se contrata y se despliega el trabajo humano, si todos ellos tienen cabida en aquel molde tradicional y, en consecuencia, si encuentran respuesta a sus específicas necesidades de regulación y amparo; si, en todo caso, la categorización universalizadora del concepto tradicional de la dependencia, deja espacio suficiente para la diversificación regulatoria que demanda la creciente heterogeneidad productiva.

Es legítimo preguntarse, no obstante, cuál es la importancia de esta reflexión teórica en países como los de la América Latina, cuyos sistemas de protección laboral están lacerados por una creciente incidencia de la clandestinidad laboral (trabajo no registrado o “en negro”), altas tasas de desempleo, fraude y elusión, descalificación ideológica, demandas siempre inacabadas de flexibilidad y desregulación. ¿No basta en semejante contexto, cabría preguntarse, servirse de la tradicional idea de la dependencia para encuadrar de modo satisfactorio “lo que queda” del trabajo protegido? ¿No constituye una suerte de devaneo intelectual reflexionar de este modo “sobre los márgenes” del sistema de protección, cuando tanto de lo más íntimo de su condición está en zona de riesgo? A mi modo de ver, esta reflexión – aún en un contexto como el indicado- no merece esos reparos si se pone el tema en sus justos términos: esa “puesta en cuestión” de la categoría de la dependencia tiene valor y sentido si se admite sin reservas que la *cuestión no tiene aún una centralidad cuantitativa*. Pero la crisis de abarcatividad de la dependencia laboral es, sin duda, *una parte cualitativamente no desdeñable* de lo que está pasando; ignorarla conlleva el riesgo de

* Este ensayo es la continuación de otro, publicado en esta misma revista (Relaciones Laborales, Madrid, núm. 3 del años 12, pág.30) bajo el título “*El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas*”. Es por ello que parte de un planteo común a ambos estudios, para separarse luego rumbo a la formulación de otras hipótesis. Este trabajo forma parte de una tarea de mayor aliento emprendida por el autor en su carácter de catedrático e investigador de la Universidad de San Andrés (Victoria, Argentina).

conducir al letargo y muerte del sistema de protección tras la consunción gradual de su centro de imputación subjetiva.

Una hipótesis temprana acerca de la validez relativa de la categoría

Por cierto, es conveniente recordar que el reconocimiento de la consistencia teórica de la categoría ha distado – aún al margen del debate en torno de su contemporánea “pérdida de abarcatividad”– de haber sido pacífico. Hace algún tiempo, Paul Davies, con cita de Wedderburn¹, sugería su potencial falsedad. El juicio de reproche de Gérard Lyon-Caen es menos terminante: no es necesariamente falsa, sostuvo, pero prevalece a falta de otra mejor...². Para Deveali³ se trataría de un concepto que, como en otras ramas del derecho y aún en otras ciencias, se formulan inicialmente para fundamentar una determinada solución y desde allí adquieren paulatinamente alcance general y se les acepta sin discusión, *como si se tratara de algo cierto y definitivo, sin tener en cuenta las circunstancias especiales que originaron su aparición*.

A su vez, agrego desde ya una hipótesis, sobre la que deberé volver a la hora de discurrir sobre la posibilidad de reformular la categoría: *el concepto de dependencia laboral fue hasta hoy eficaz porque la inmensa mayoría de los vínculos que se proponía abarcar se insertaba nítidamente dentro de sus fronteras o quedaba claramente fuera de ellas, sin que una u otra variante demandara esfuerzo calificadorio alguno*. El concepto había sido concebido a partir de un *tipo social dominante*⁴ en cuya presencia el proceso de calificación del vínculo – *simple, evidente y casi intuitivo* – no imponía formular la compleja operación lógica y volitiva⁵ ínsita en la práctica de utilización del procedimiento indiciario. *En ese procedimiento reside, precisamente, su hipotética debilidad*. La técnica del “haz de indicios”, apta para dar respuestas marginales en los denominados “casos grises” – de incidencia proporcionalmente poco significativa⁶ – hubiera hecho evidente su inviabilidad en términos de *eficacia y eficiencia*⁷ si la realidad hubiera reclamado su sistemática “puesta a prueba”. Lo que estoy sugiriendo es que la técnica indiciaria *es buena si se le usa de modo sólo marginal* (para resolver situaciones que de modo excepcional se apartan del modelo establecido) *o, en otras palabras, que es tanto más efectiva cuanto menos se le utiliza*. La hipótesis se completaría planteando que *lo que hoy sucede es que, en función de las profundas transformaciones en curso, aquel proceso de calificación “simple, evidente y casi intuitivo”*

¹ Cfr. Paul Davies, “*El empleo y el autoempleo. El punto de vista del common law*”, en Actas del VII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo, pág. 175 y sgtes.

² Cfr. Gérard Lyon-Caen, “*Le droit du travail non salarié*” Ed. Sirey, París 1990

³ Cfr. Mario Deveali, en “*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pag. 179.

⁴ Cfr. Montoya Melgar, Alfredo, “*El futuro de la subordinación en la evolución del Derecho del Trabajo*” en “*Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l’avvento de nuove forme di lavoro*” Fondazione Giulio Pastori, Diritto e politiche del lavoro – Franco Angeli.

⁵ Cfr. Montoya Melgar, Alfredo, op cit en nota anterior

⁶ Y que en consecuencia el derecho del trabajo, ocupado de efectos sociales más extendidos, puede administrar. Ver sobre el particular Mario Deveali en “*El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo*”, en *El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias* “ Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pag. 84.

⁷ Aún sin compartir sus conclusiones, destaco el enfoque desplegado por José Luis Ugarte Cataldo en un documento presentado al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Lima, 16-19 de Septiembre de 2001) en el que aborda este tema desde la perspectiva de los atributos de la *eficacia y la eficiencia* (“*La subordinación jurídica; crónica de una supervivencia anunciada*”).

va perdiendo su histórica prevalencia; la necesidad de explorar las fronteras de la dependencia se torna más y más habitual y la técnica del haz de indicios revela –en función de su creciente utilización– su congénita debilidad.

2. Las transformaciones en curso

No es esta la oportunidad para formular “in extenso” una relación de los diversos factores determinantes de la puesta en cuestión de la categoría de la dependencia⁸; para ello parece más acertado remitirse a la literatura que con más rigor ha puesto a la vista sus vectores jurídicos, tecnológicos y organizacionales⁹. Conviene dar, no obstante, algunas pinceladas, con el objeto de evitar que la reflexión ulterior naufrague en la pura abstracción de las categorías teóricas.

El trabajo que cambia

Se trata, entre otros fenómenos, del dislocamiento de la vieja disciplina de fábrica, que se diluye de modo creciente por las libertades de actuación del capital¹⁰, la transformación de las calificaciones y la tendencial prevalencia de los cuadros, las profesiones intelectuales, los oficios de la formación y la información¹¹. Se trata también de las tendencias hacia la desmaterialización del trabajo y en su consecuencia, del tiempo del trabajo, que no es ya el del taylorismo, delimitado y perfectamente mensurable en unidades de tiempo, sino que se torna en cambio difuso y fragmentado, renuente por tanto a su captura por un derecho del trabajo que regula el empleo en la dimensión tradicional del tiempo. Esa desvalorización del tiempo material, que deriva de la desmaterialización del trabajo, vuelve sobre éste sustituyendo el objeto de la prestación, cada vez menos expresable en obligaciones de medios, más perceptible en cambio en obligaciones de resultados. Las instituciones y categorías del derecho del trabajo de los brazos y de los cuerpos, del derecho del trabajo de la usina, deben

⁸ En una expresión muy lograda, un documento técnico de base preparado bajo la dirección de Enrique Marín Quijada para la “Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección” convocada por la OIT en Ginebra del 15 al 19 de mayo pag. 25 No. 134, se sugiere la existencia de un “desenfoque” entre la norma (laboral) y el sujeto al cual debe proteger, como si dicho sujeto hubiera sido desplazado del ámbito de la norma. Esa reunión (y el documento preparado para ella) forman parte de las actividades que la 86 Conferencia solicitó al Consejo de Administración con vistas a retomar “a más tardar en 2002” – será finalmente en la conferencia de 2003 – el tratamiento y consideración de un convenio internacional y una recomendación relativas a la protección de trabajadores no alcanzados por el tradicional concepto de la dependencia laboral.

⁹ Entre muchos otros, Jean Emmanuel Rey en diversos estudios como “*Le droit du travail...une nécessaire adaptation*”, en Droit Social Abril 1996 No. 4 pág. 351, “*Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*” en Droit Social 1992 pág. 52, “*Le Droit de Travail a l’épreuve du télétravail; le statut de télétravailler*” Droit Social No. 2 Février 1996, pág. 121; “*De Germinal a Internet; Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*” Droit Social 7/8 Julio/Agosto de 1995, pág. 634. También Beffa, Jean-Louis, Boyer, Robert y Touffut, Jean Philippe, *Le droit du travail face a l’hétérogénéité des relations salariales*”, en Droit Social, No. 12 Décembre 1999 pag. 1039, así como “*Le travail dans vingt ans*”, rapport de la Commission présidée par Jean Boissonnat, La documentation française, Editions Odile Jacob 1995.

¹⁰ Cfr. Jean de Maillard, en “*Scolie sur le rapport de subordination*” Droit Social 1 Janvier 1982 pág. 20.

¹¹ Cfr. “*Le travail dans vingt ans*”, rapport de la Commission présidée par Jean Boissonnat, La documentation française, Editions Odile Jacob 1995

dejar lugar a un derecho del trabajo de los cerebros¹² que implica, sin lugar a dudas, un cambio notable en cuanto al grado de autonomía técnica y funcional del trabajador pero, más propiamente, un cambio en las formas de ejercicio del poder del empleador.

La descentralización productiva

Simultáneamente, los fenómenos de descentralización productiva y la fuerte tendencia a la externalización de funciones, junto a la aparición o generalización de prácticas que de diversa forma implican directa o indirectamente la contratación de trabajo humano (subcontratación, servicios eventuales, y otras formas de intermediación, franchising, engineering, suministro de mercaderías, concesión, distribución, etc.) plantean un desafío adicional al tradicional concepto de la dependencia. Esas modalidades implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales¹³.

En muchos de estos supuestos, la figura del empleador “inmediato” aparece disminuida por lo que alguna vez llamáramos *inconsistencia del empleador*¹⁴ derivada de que éste no es, en muchos de esos supuestos, el titular del aparato patrimonial para el que en verdad se presta el servicio, quebrándose en tales casos el tipo o tasa de relación que normalmente existen entre la cantidad de trabajadores que el empleador toma bajo su dependencia y el capital fijo afectado a su explotación.¹⁵ Esa externalización se orienta tanto hacia empresas auxiliares – allí la posibilidad de “inconsistencia” patrimonial del empleador – como hacia colaboradores externos, bajo la forma cada vez más extendida de trabajo autónomo, en desmedro del trabajo dependiente y no siempre en fraude a la ley¹⁶; esos colaboradores establecen muchas veces vínculos exclusivos, estables y duraderos, con autonomía técnica y funcional pero neta desigualdad material de posiciones.

Esas de la tercerización son, unas entre otras transformaciones productivas que, sostenía D’Antonna, hacen posible que las mismas prestaciones profesionales sean contratadas indiferentemente tanto en régimen de trabajo subordinado como de trabajo

¹² Cfr. Ray, Jean-Emmanuel en “*De Germinal a Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*”, en *Droit Social* 7/8 Julio/Agosto 1995 pág. 634 y también en nota al pie en “*Nouvelles Technologies et nouvelles formes de subordination*”, *Droit Social*, Junio 1992, pág. 52.

¹³ Parece obvio señalar que, más allá del contingente acierto o error de la solución jurisprudencial, el caso “Rodríguez, Juan R. C/ Compañía Embotelladora Argentina S.A: y otro (DT LIII A 753) es expresión de ese proceso y de su alta significación económica y social.

¹⁴ Cfr. Nuestro “Trabajo precario y negociación colectiva” en *El empleo precario en Argentina*” CIAT/OIT 1988 pag. 107.

¹⁵ Cfr. Nuestra comunicación al Seminario sobre *Libertad de empresa y Relaciones Laborales*, La Toja-Santiago de Compostela 12 al 16 de abril de 1993 sobre el tema “Las empresas de trabajo temporal en la Argentina”, reproducido en DT LIII B pág. 1031.

¹⁶ Cfr. Wilfredo Sanquinetti Raymond en “*La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?*” en *Doctrina Judicial Laboral* (Rosario, Argentina) No. 2 Julio de 2000 páginas 5 y sgtes.

autónomo¹⁷. Pedrazzoli¹⁸ advierte que el pluralismo de los esquemas normativos del trabajo difumina el límite entre ambas variantes de prestación (dependiente y autónoma) “...prefigurándose más bien un *continuum*; una mayor inclinación a la fungibilidad de las formas precedentes comprendidas en uno u otro casillero clasificatorio”. Indiferenciación, vale decirlo, que se vería homologada por “...una mayor liberalización...de las regulaciones del trabajo subordinado”¹⁹, un “...abaratamiento de la laboralidad”²⁰ que replicaría ese *continuum* en el plano normativo.

Las políticas públicas y las acciones de los empleadores

En buena parte de los fenómenos hasta aquí descriptos, la acción deliberada - de los formuladores de políticas públicas, de los propios sujetos del contrato - estaría presente (cuando lo está) bajo la forma de la provisión o utilización de opciones contractuales habilitadas por nuevas instancias tecnológicas u organizacionales en las que residiría la mayor potencialidad innovadora. Pero hay que considerar, además, aquellos casos en los que prevalecen más directamente las instancias de la voluntad (la de los órganos de sanción de las leyes o, en su caso, la de los sujetos del contrato). Tales los fenómenos de *desalarización* o *deslaboralización* instados desde las propias normas estatales²¹ así como de una cierta reversión - esta vez, legislación y jurisprudencia son compañeras de ruta - del rumbo expansivo del Derecho del Trabajo, rumbo este último que encontrara sustento en el desconocimiento de la aptitud de la autonomía de la voluntad para calificar la naturaleza (dependiente o autónoma) del contrato de trabajo y la vigencia de un virtual “in dubio pro labore”²² - En sentido contrario, crece ahora la “deslaboralización”, pierden prestigio y vigencia las presunciones de laboralidad, se aprecia una cierta revalorización de la aptitud calificatoria de la voluntad de las partes del contrato²³, revalorización introducida a veces en la propia ley²⁴.

¹⁷ Cfr. D'Antonna, Massimo, “*La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*”, en “*Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*”, a cura di Marcello Pedrazzoli, Ed. Il Mulino, Trento, 1989, pág. 43.

¹⁸ Cfr. Pedrazzoli, Marcello, “Las nuevas formas de empleo y el concepto de subordinación o dependencia”, en DT 1989 B pág. 1481.

¹⁹ Cfr. Pedrazzoli, Marcello, op y loc cit en nota anterior.

²⁰ Tal la expresión que usa Ojeda Avilés, Antonio en “Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo”, en Relaciones Laborales (Madrid) tomo 1988 - I, pag. 148.

²¹ En la Argentina, la ley 24.700 “desalarizó” diversas prestaciones accesorias, mientras los transportistas o fleteros fueron “deslaborizados” por el decreto 1494/92 y el contrato de aprendizaje por la ley 24.465 (“relaborizado” luego por la ley 25.013). A la misma lógica responde el recurso normativo a mecanismos como las becas y pasantías, vales y canastas de alimentos, etc. A partir de 1994, el Estatuto de los Trabajadores español (art. 1.3 g) excluyó “...del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizadas mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”. Comentando esa norma, Tovillas Zorzano, José Julián (en “*La figura del transportista autónomo*”, Relaciones laborales 1994 II pag. 1469, con cita de De la Villa, afirma que “...para delimitar el objeto del Derecho del Trabajo no basta la concurrencia de los elementos materiales o sustantivos que sirven para determinar la existencia de ese objeto (subordinación laboral) sino que, presentes éstos, aún es menester comprobar si respecto al colectivo de personas en cuestión existe alguna norma de rango suficiente que lo haya excluido

²² Cfr. Montoya Melgar, Alfredo, en op cit en nota 4.

²³ Miguel Rodríguez Piñero, en “*La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo*”, registrado en Relaciones Laborales (Madrid) 1996 No. 18 págs. 1 y sgtes. pone - a mi juicio - la cuestión en muy justos

Hay que mencionar, finalmente, las tendencias crecientes de “deslaborización” instadas por los propios empleadores, en el marco de los que hace no tanto tiempo Rodríguez Piñero²⁵ denominara “huida del derecho del trabajo”, bajo las formas del fraude o la evasión por medio del “trabajo negro”, la interposición de personas, o la simulación de otras figuras contractuales, la generalización de las modalidades de contratación “atípicas”, la “individualización” de las relaciones del trabajo (huida del derecho colectivo y de lo colectivo en sí), ciertas manifestaciones de la descentralización productiva y, por cerrar el círculo con modalidades imputadas antes al proceso de transformación organizacional, el recurso deliberado y creciente (real o simulado) al trabajo autónomo o independiente.

3. Hipótesis para una redefinición del centro de imputación del Derecho del Trabajo

Una reacción defensiva

Lo cierto es que en el contexto de transformaciones tan profundas se advierte que el concepto tradicional de la dependencia laboral se alinea en una tendencia – que parece creciente e irreversible – de pérdida de abarcatividad²⁶. Ello implica que cohortes cada vez más numerosas de trabajadores no responden con aquella histórica nitidez – esa a la que antes calificara de “*simple, evidente y casi intuitiva*” – a la paradigmática figura del asalariado, por lo que su pertenencia al ámbito del trabajo tutelado se vuelve, cuanto menos, dudosa.

No se trata esta vez de la realización de las demandas de atenuación de la intensidad (en alcances y contenidos) del régimen de protección, que desde siempre (pero desde hace unas décadas con mucha más intensidad y audiencia) reclaman economistas y empresarios “en clave” de flexibilidad y hasta de desregulación. *Es más que eso*. Es la lisa y llana supresión de la condición de trabajador protegido. *Es el trayecto más directo hacia la situación de “protección cero”*; trayecto que, por añadidura, exhibe notable resistencia a la impugnación ideológica desde que, en tanto derivación de tan vasto entramado de transformaciones no siempre atribuibles a ejercicios interesados de la voluntad, no permite en

términos cuando sostiene que la voluntad de las partes es relevante al momento de elegir y actuar la verdadera naturaleza del vínculo – el modo real de ser de la prestación del trabajador – pero no lo es a la hora de calificar el vínculo, en cuanto esa calificación pretenda apartarse de aquella real naturaleza.

²⁴ Es el caso de la denominada loi Madelin sancionada en Francia el 11 de febrero de 1994 que establecía que la inscripción del trabajador en ciertos registros propios de la actividad autónoma expresaban un acto de voluntad que hacía presumir su inserción independiente. Se trataba de una presunción simple, habida cuenta del carácter de orden público del contrato de trabajo, y podía ser enervada mediante la acreditación de un desempeño en relación de subordinación jurídica permanente. Fuertemente criticada por una parte de la doctrina, y sin efectos visibles sobre la situación del empleo, esa presunción fue abrogada por la segunda ley de las 35 horas (ley del 19 de enero de 2000); cfr. Pelissier, Jean, Supiot, Alain et Jeammaud Antoine, *Droit du Travail* Précis Dalloz, 20 Edición 2000.

²⁵ Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel, “*La huida del derecho del trabajo*” en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 pag. 85

²⁶ Es proceso, ciertamente, es más lento en los países de menor grado de avance tecnológico, como lo son, entre otros, los de la América Latina. Pero en cualquier caso, también en estos últimos esta cuestión está presente y es ya parte de lo que pasa.

todos los casos imputar responsabilidades, requerir compensaciones, moderar transaccionalmente los efectos.

No debe por ello extrañar que, en tiempos aún no superados de involución de la lógica de protección, la doctrina científica del derecho del trabajo converja con tan sorprendente unanimidad en reconocer la centralidad de este problema²⁷. No me parece que sea este el momento en que tienda a materializarse tanta prospectiva de generalización del Derecho del Trabajo para alcanzar por fin a toda forma de actividad laboriosa²⁸. Me parece que se trata, por el contrario, de un ejercicio estrictamente *defensivo* de un ordenamiento que en tanto tolere vaciarse de sujetos – de su centro de imputación – corre el riesgo de vaciarse de la propia razón de su existencia²⁹.

¿Cómo materializar esa reacción *defensiva*? El jurista tiende a pensar que si la aplicación del Derecho del Trabajo reposó sobre la adscripción a una categoría genérica – la del *trabajador dependiente* o, más abstractamente, la de la *dependencia* – en la hipótesis de que ella deje de interpretar la realidad a la que pretende referirse, *de lo que se trata es de rediseñarla o de construir una categoría alternativa que tenga una mejor correspondencia con aquella realidad*. Como lo ponen en evidencia los esfuerzos teóricos realizados en los últimos años, es una tarea que dista de ser sencilla y que, por cierto, no estoy en condiciones de abordar. Procuraré, eso sí, identificar alguno de los factores que explican las dificultades que se oponen a la concreción de esa tarea; es que por compleja que ella sea, parece más pertinente que el intento de acomodar “manu militari” los hechos y relaciones que hoy prevalecen dentro de las categorías que sirvieron para contener a los de otrora.

“Deconstruir” para entender

En ese emprendimiento, he elegido el camino de revisar el modo de construcción de la categoría de la dependencia; se trata de desandar el trayecto lógico de su elaboración – de “deconstruir” – para ver en qué medida es posible utilizar una metodología análoga y un análogo punto de partida para llegar esta vez a otro destino (otra realidad, otra categoría).

²⁷ Ha sido objeto de tratamiento en el Congreso Regional Europeo que tuviera lugar en Varsovia (1999), el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Jerusalem, 2000) y el Congreso Regional Americano (Lima 2001). El tema fue asimismo considerado en el denominado “Informe Supiot” (“*Au delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*”, Ed. Flammarion, París 1999). También es objeto de consideración y tratamiento en la OIT (ver en tal sentido nota 8). En la Argentina, el tema fue debatido en las Jornadas de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que tuvieron lugar en Córdoba en 1995.

²⁸ No hago aquí referencia a la figura moderna del contrato de actividad propuesto a partir del Informe Boissonnat – sobre el que se discurre en los últimos apartados de este documento – sino del que propone Gérard Lyon- Caen en op cit en nota 2 que incluye tanto a los trabajadores asalariados como a los no asalariados que son, en conjunto, los *activos*. Se trata también de los contratos de actividad de los que hablaba Mario Deveali en “*El derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*”, Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pag. 163 quien sostuvo que en algún momento será necesario abandonar el concepto de contrato de trabajo para agrupar en una gran familia – esa, la de los contratos de actividad – a todas las formas de contrato en que interviene la actividad del hombre, como la locación de obra, las prestaciones profesionales, el mandato, las sociedades de industria, cooperativas de producción, etc.

²⁹ Desde luego, no puede descartarse – ni cabe tampoco predecirlo – que de crisis semejante resulte una ulterior ampliación del centro de imputación del derecho del trabajo. Como se expresa en el cuerpo principal, no me parece que sea esta perspectiva la que motiva las urgencias del pensamiento sobre este tema.

Aún consciente de que se corre el riesgo de encerrarse en la estrechez inevitable de las simplificaciones, me parece útil caracterizar el proceso de construcción del concepto de dependencia laboral como el producto del reconocimiento inductivo de las notas que singularizaran históricamente el modo en que el típico trabajador industrial y el titular de la organización productiva se vincularon en el marco de la sociedad capitalista. Dicho de otro modo, primero fue el vínculo (¡vaya evocación aristotélica...!) y sólo después la construcción teórica del concepto, que se sirve de los contenidos fácticos que se reconocen en cada relación individual típica, se reproducen a modo de constante en las del mismo tipo y se transfieren inductivamente a niveles superiores de abstracción, configurando de ese modo una “matriz” de referencia que no sería sino la proyección conceptual y abstracta de la figura material y concreta del trabajador subordinado típico.

Desde allí, la determinación de la existencia de relación de dependencia en cada vínculo concreto es el producto de su cotejo y ajuste con esa “matriz” o como de modo menos mediatizado (y anticipando la “expansión” conceptual que en seguida describiré) propone D’Antonna³⁰ “...más próximo a un juicio de semejanza, caso por caso, al figurín de un trabajador subordinado reconstruido empíricamente, que al juicio de inclusión en un tipo legal”.

Matriz conceptual de referencia, o simple figurín, lo cierto es que la dependencia laboral cumplió satisfactoriamente el rol calificador “inclusivo/excluyente” que el sistema regulatorio le asignara. Es que expresaba un modo dominante de trabajar que permitía que la amplísima mayoría de los vínculos se reconociera allí sin dificultad de un modo – lo digo una vez más – *simple, evidente y casi intuitivo*. Pero esa matriz implicaba también *una estilización del tipo social dominante* que habría de permitir la inclusión, normalmente en la instancia jurisprudencial, de otros sujetos demandantes de protección³¹, ya no mediante una operación de estricta adecuación, sino mediante un juicio de asimilación, semejanza³² o parecido, cuya instancia de corte – suficientemente parecido, luego es dependiente; demasiado distinto, luego no lo es – ha configurado siempre una opción política que los jueces se han reservado para ejercer en cada caso³³.

A mi modo de ver, en ese proceso – y en su sustentabilidad – incidió de modo determinante la presencia de aquella figura dominante que permitió prescindir en la mayoría de los casos del despliegue de esa compleja operación lógica y volitiva que constituye la aplicación del método indiciario, método que sólo sería puesto a prueba de modo marginal en

³⁰ Op y loc cit en nota 17.

³¹ Para Rodríguez Piñero (en “*Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*”, registrado en “Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo”, Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazan, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid 1999), esa separación del modelo social de origen – eso que para mí es el producto de ese ejercicio de “estilización” posibilitó construir una categoría general y universal de trabajador extremadamente amplia, que desborda y supera la esfera inicial del obrerismo industrial, “...aunque este siga siendo por mucho tiempo el modelo ideológico de referencia”.

³² Cuando Massimo D’Antonna habla de “un juicio de semejanza caso por caso al figurín de un trabajador subordinado reconstruido empíricamente (op cit en nota 17) sintetiza todo el proceso: la formulación del juicio de “semejanza involucra tanto el ajuste pleno a la “matriz” conceptual, como la operación de asimilación de la que estoy dando cuenta..

³³ Cfr. Sala Franco, Tomás, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch Valencia, 1987 pág. 243.

las situaciones menos claras que transitarían los estrados de la justicia³⁴. Si bien, como lo recordara Deveali³⁵ es en la *hiposuficiencia económica* donde reside la verdadera *ratio* original de la legislación laboral, *aquél tipo dominante se capturaba con más nitidez en la subordinación personal que derivara de modo casi invariable de esa relación económica*. De allí del predominio correlativo de los indicadores de la *faceta jurídica de la dependencia* en la construcción teórica del concepto³⁶.

Esta centralidad asignada a los aspectos jurídico-personales de la dependencia es impropia, pero no ha sido hasta ahora problemática.

Es impropia porque, como lo pone en evidencia el propio sistema tutelar³⁷, *no se protege respecto del poder de dirección al interior del contrato – que es un instrumento funcional u organizativo que no deriva necesariamente en consecuencias susceptibles de reproche social - sino de los espacios de unilateralidad de los que, por nítida prevalencia de su poder contractual (asimetría ésta de clara estirpe económica) – goza el empleador a la hora de fijar (y luego, de mantener o modificar), las condiciones de trabajo y de empleo*. La observación cuidadosa de las reglas de protección ponen en evidencia que su propósito es el de restringir el poder de otro modo ilimitado y unilateral en la fijación inicial de esas condiciones y, posteriormente, de limitar los poderes jerárquicos del empleador para que condiciones tales no sean objeto de variación unilateral: así, los límites al *poder de dirección* en la medida necesaria para evitar abusos sobre el contenido contractual por medio de la atribución patronal de especificar los contenidos no definidos del contrato, al *ius variandi*, para evitar una revisión impropia de los contenidos del contrato, al *poder disciplinario*, en la medida que en su ejercicio se pone en cuestión el cumplimiento de las condiciones contractuales. Contrariamente a lo que afirmara Deveali³⁸ *no es el deber de obediencia, sino la unilateralidad contractual a la hora de fijar (y, en su caso, mantener o modificar) las condiciones de trabajo y empleo, lo que justifica la protección*

Pero no ha sido hasta ahora problemática porque en el tipo social dominante – ese del que predicamos que es de captación simple, evidente y casi intuitiva – *el poder de dirección, que se expresa en la faceta jurídica de la dependencia, coincide de modo correlativamente generalizado con el rasgo del unilateral predominio del empleador en la fijación y mantenimiento/revisión de las condiciones del contrato*. Dicho de otro modo, constatada aquella (la faceta jurídico-personal de la dependencia) quedaba implícito también – pues era *quod plerumque accidit* - el predominio contractual del empleador y la consiguiente ineficacia

³⁴ Muchas en términos absolutos pero muy pocas si se considera en términos porcentuales sobre el universo de situaciones en que se prestan servicios en relación de dependencia.

³⁵ Cfr. Mario Deveali, en “*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea Buenos Aires 1983, Tomo 1 pág. 179

³⁶ Su faceta económica ha sido considerada un dato prejurídico, “...un dato anterior y extraño al contrato ...y que por eso no sirve para calificarlo”, en tanto que “...la distinción entre los contratos debe atender, no a la condición económica de las partes, sino a las relaciones jurídicas que de ellos surgen” (citas sucesivas de Américo Plá Rodríguez y de André Rouast, en Rivas, Daniel, “*La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo*” Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de la República y Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1996

³⁷ Como trataré de proponerlo luego, creo que el régimen de protección no es sólo un correlato prescriptivo de unas categorías que son en sí mismas, sino que tiene – ese régimen tutelar – una fuerte incidencia en la propia configuración de la categoría.

³⁸ En “*El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983 Tomo 1 pág. 181.

social del ejercicio de autoregulación individual, lo que justificaba la intervención de la acción colectiva y la asignación del régimen de tutela.

Nuevas formas de ejercicio del poder

Pero sobrevinieron cambios como los que procuré sintetizar más arriba que conllevan, en lo que para este análisis interesa, *una alteración notable en el ejercicio del poder y una tendencia a la difuminación del tipo dominante*. Ambos factores tienden a desvirtuar aquél implícito. Evanesce en muchos casos la dependencia jurídico funcional (*no necesariamente, en cambio, la unilateralidad contractual en la fijación de las condiciones de trabajo y de empleo ni la consiguiente necesidad de tutela*) y, en cualquier caso, estalla el tipo dominante en un espectro de creciente heterogeneidad cuya inclusión en la categoría de la dependencia jurídica, por esto mismo y por aquello, deja de ser *simple, evidente y casi intuitiva*.

En cuanto al primero de esos factores – *alteración notable en el ejercicio del poder* – basta revisar aquel tan esquemático inventario de transformaciones tecnológicas, jurídicas y sociales, para advertir – en el grado de lo que es obvio – cómo se manifiesta esa alteración. Se advierte allí como la potestad discrecional cede en provecho del poder funcional que se manifiesta de formas más complejas y más difusas³⁹. Mas autonomía funcional, menos obligaciones de medios, desplazamiento de los controles (de la normalización de las operaciones, como es propio de los métodos de organización científica del trabajo, a la normalización de los criterios de actuación de las personas, según principios, normas y valores de empresa cuya interiorización se reclama)⁴⁰. Las tercerizaciones introducen mediaciones en el ejercicio del poder que deviene de ese modo menos consistente y se reivindica el goce en el trabajo de derechos fundamentales inespecíficos que importan limitaciones adicionales en ese ejercicio. La desmaterialización del trabajo y el predominio de la inteligencia sobre el esfuerzo físico priva de sentido a las jerarquías estrictas, a la subordinación jurídica, a los horarios fijos y colectivos, al poder disciplinario⁴¹.

Esas y otras razones (señaladamente, el fenómeno acuciante de la desestandarización del trabajo⁴², la ruptura de las categorías y la creciente heterogeneidad productiva) liman el *tipo dominante*, que por su sola gravitación legitimaba la utilización de una categoría - la de la subordinación jurídica - que ese tipo exhibía de modo invariable.

Otra ecuación para la determinación de las necesidades de amparo

La fórmula que constituyera el presupuesto de aplicación del orden de protección **[trabajo + subordinación jurídico-personal]** implicaba *de hecho* la hiposuficiencia negocial a la hora de la fijación y conservación de las condiciones de empleo pues así se presentaba el

³⁹ Cfr. “Informe Supiot” (“*Au delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*”, Ed. Flammarion, París 1999).

⁴⁰ Idem nota anterior.

⁴¹ Cfr. Jean-Emmanuel Ray en “*De Germinal a Internet. Une nécessaire evolution du critère du contrat de travail*”. Droit Social 7/8 Julio/Agosto 1995 pág. 647.

⁴² Conf. Baylos, Antonio, en “*Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo*” en la Revista de Derecho Social No. 1 pág. 11, editada por Ed. Bomarzo, Albacete.

tipo dominante. En un ejercicio elíptico, también pragmático, se “hacía pie” en la faceta jurídica de la dependencia, la más aprehensible, para llegar, en realidad, al fenómeno siempre implícito de la desigualdad negocial, manifestación conspicua de la hiposuficiencia económica. Hoy, *la subordinación jurídica pierde consistencia y el tipo que la contiene, a su vez, tiende a perder su carácter dominante*; en un número cada vez mayor de casos, ya no aparece o, si está, su presencia tiende a dejar de ser “*simple, evidente y casi intuitiva*” y demanda una instancia judicial para hacerse reconocible⁴³. En el mejor de los casos, parece que *ha de ser apenas una de las variantes* en las que se manifiesta la fórmula que de verdad convoca la necesidad de un sistema de protección: **[trabajo + desigualdad contractual]**. Fórmula ésta, hay que decirlo, que nada tiene de novedosa. La necesidad de protección siempre tuvo su más profunda fundamentación en los términos de ese binomio; *lo novedoso es que la desigualdad contractual no encuentra ya en la faceta jurídica de la dependencia su más visible “alter ego” material, su eficaz criterio intermediario*⁴⁴.

La “tercera categoría”

Los esfuerzos realizados en los últimos años por la teoría, por la legislación de algunos países⁴⁵ y hasta por el sistema de normas internacionales del trabajo⁴⁶ parecen confirmar que la cuestión transita por esos rumbos: tanto más crece la sujeción contractual – la desigualdad

⁴³ José Luis Ugarte Cataldo (“*La subordinación jurídica; crónica de una supervivencia anunciada*”. cit en nota 7) sostiene que la faceta jurídica de la dependencia satisface mejor los requisitos de *eficacia y eficiencia*, pues es de más fácil percepción por parte de los jueces. Sin embargo, si eficacia implica cumplir el objetivo de proteger a todos aquellos que lo necesitan y eficiencia el hacerlo al menor costo posible, esos recaudos sólo se satisfacen de verdad cuando la necesidad de transitar los estrados de la justicia es sólo marginal (así fue hasta hace no mucho, en función de la perceptibilidad inmediata – simple, evidente, casi intuitiva – de la faceta jurídica de la dependencia).

⁴⁴ Con esa capacidad de anticipación que no termina nunca de sorprender, decía Deveali ;hace casi 50 años! (Revista DT 1953 pág. 53), que “...es nuestra opinión que *el concepto de subordinación jurídica...está destinado a desaparecer...*”. Esa predicción no se fundamentaba en la posición relativa de los astros, sino en la idea de que “...el concepto de subordinación jurídica adoptado para caracterizar el contrato de trabajo no coincide siempre con el de hiposuficiencia, que constituye la verdadera ratio de la legislación laboral...” Léase: cuando ya no se verifique de modo sistemático la dominante coincidencia fáctica entre la hiposuficiencia económica y la subordinación jurídica, este último criterio perderá su eficacia calificatoria; en ese momento (¿en este momento?) habrá que “barajar y dar de nuevo”.

⁴⁵ Señaladamente, el derecho italiano, a partir de la ley 533/1973 que introduce la idea de “parasubordinación” y el derecho alemán, con la figura del “cuasiempleado”, definido por la sección 12 de la ley de 1974 sobre convenios colectivos. De modo menos “intenso” corresponde mencionar el código del trabajo de Canadá, que otorga los derechos de negociación colectiva a cada persona, sea o no empleada al amparo del contrato de trabajo, que presta servicios para otra persona según tales condiciones que en relación con esta última está en posición de dependencia económica en relación a ella. También la disposición final 1ª del Estatuto de los Trabajadores de España que posibilita que se avance en dirección a una figura análoga a la del “parasubordinado” (el autónomo en situación de dependencia económica que necesita protección), en tanto prescribe que “...el trabajo realizado por cuenta propia no estará cometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se determine expresamente” (cfr. Wilfredo Sanquineti Raymond en op cit luego en la nota 49)

⁴⁶ En el proceso tendiente a promover la aprobación de un convenio internacional del trabajo que se haga cargo de las necesidades de protección de trabajadores cuyos vínculos no pueden encuadrarse claramente dentro de la categoría de la dependencia laboral (ver, en especial, la nota 8 de este documento).

contractual – tanto menos perceptible deviene el sometimiento jurídico personal⁴⁷ como indicador genérico de imputación del sistema de protección.

Por cierto, la respuesta frente al desafío de los hechos – de esos hechos - dista de ser unívoca. En algunos países como Italia y Alemania⁴⁸ la estrategia ha consistido en delinear los contornos de ciertos colectivos de trabajadores autónomos en condiciones de desigualdad contractual y en asignarles un estatuto de protección⁴⁹ (hago referencia *al trabajador parasubordinado* de la experiencia italiana, y al *cuasiempleado* del ordenamiento alemán). Hay que decir, no obstante, que ese movimiento, que se iniciara hace ya algunas décadas, no se hacía cargo todavía de la más reciente “crisis de abarcatividad” del de la faceta jurídico-personal de la dependencia, sino más bien de la insatisfacción producida desde hacía ya tiempo por el criterio dicotómico – dependencia/autonomía⁵⁰ - que dejaba (deja) sin tutela a situaciones que siempre exhibieran la nota de la desigualdad contractual. Como agudamente señalara Paul Davies⁵¹, esta vía de la construcción de “la tercera” categoría – en la que algunos ponen sus ojos como alternativa de solución para el más moderno problema conceptual generado en torno del centro de imputación del Derecho del Trabajo⁵²- implica “meterse” al interior del territorio de los trabajadores autónomos, para trazar allí fronteras interiores (v.g. empresario, emprendedor individual, simple trabajador autónomo) en un ejercicio al que no estamos acostumbrados. Es que el concepto de trabajador autónomo se ha construido en la mayoría de los países mediante una técnica residual (todo aquel trabajador **que no es asalariado**)⁵³, por lo que el esfuerzo conceptual se ha orientado invariablemente en derredor del trabajador dependiente.

Dependencia económica. ¿Otro “haz de indicios”?

Hay un segundo trayecto a la vista que es el de intentar la recuperación de la aptitud abarcativa del concepto de dependencia laboral, *haciéndolo descansar ahora de modo prevalente sobre su faceta económica*. Desde luego, no basta enunciar ese criterio; para “bajarlo a tierra” sería necesario recomponer el *haz de indicios* – el sistema indiciario – de modo que tenga aptitud para alcanzar el conjunto de supuestos que se pretende someter al régimen de amparo.

⁴⁷ Cfr. Alain Supiot en “*Trabajo Asalariado y trabajo independiente*”, en Actas del VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia 1999, pág. 137 y sgtes.

⁴⁸ La experiencia alemana ha sido magníficamente reseñada por Manfred Weiss en “*The evolution of the concept of subordination. The German experience*” en *Le trasformazioni del lavoro. La crisi delle subordinazione e l’avvento di nuove forme di lavoro*, Fondazione Giulio Pastori. Diritto e politiche del lavoro. Franco Angeli., pág. 57 y sgtes.

⁴⁹ Cfr. Wilfredo Sanguinetti Raymond, “*La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales; ¿un criterio en crisis?*”, en *Doctrina Judicial Laboral* (Rosario, Argentina) No. 2 Julio de 2000, págs. 5 y sgtes.

⁵⁰ Cfr. Mario Grandi en “*El problema della subordinazione tra attualita e storia*” en *Le trasformazioni del lavoro. La crisi delle subordinazione e l’avvento di nuove forme di lavoro*, Fondazione Giulio Pastori. Diritto e politiche del lavoro. Franco Angeli pág. 11 y sgtes.

⁵¹ Cfr. Paul Davies en “*El empleo y el autoempleo. El punto de vista del common law*”, en Actas del VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo”, Varsovia 1999, pág. 137 y sgtes.

⁵² Entre otros, Barthélémy, Jacques, en “*Le professionnel libéral et les 35 heures*” en *Droit Social* No. 5, Mayo 2000, pág. 490

⁵³ Cfr. Gérard Lyon-Caen en op cit en nota 2.

La doctrina, la jurisprudencia y diversas legislaciones nacionales han abordado ese emprendimiento, tras el propósito de identificar los indicadores de la sujeción económica.⁵⁴ No es mi propósito, a esta altura de la tarea, dedicar a esos indicios el esfuerzo analítico que de verdad merecen; procederé por ahora, sólo a modo de ilustración, a enunciar algunos de ellos para sustentar seguidamente hipótesis e interrogantes.

Como es obvio, se trata, antes de toda otra consideración, *del desempeño personal del trabajo*; esa condición está presente en el concepto italiano de la *parasubordinación*, en el *cuasi-empleado* alemán, en alguna legislación de los Países Bajos e incluso en el Reino Unido, donde la línea de distinción se encuentra entre el contrato que obliga a la prestación personal y aquel otro que se puede concretar mediante la provisión de trabajadores⁵⁵. Otra cuestión relevante se vincula con *la intensidad del desempeño* y, en especial, con *la principalidad de la prestación salarial en el ingreso del trabajador*. Se vinculan de diversos modos con la misma cuestión *la exclusividad, la titularidad (o ausencia) de una clientela propia* en cabeza de quien se pretende trabajador⁵⁶, *la continuidad del desempeño*.

Una experiencia interesante, referida por Manfred Weiss⁵⁷, da cuenta del esfuerzo de un grupo de estudiosos alemanes que busca un nuevo criterio para sustituir la declinante categoría de la subordinación. Basado en la noción de “riesgos de empresa”, de lo que se trata es del equilibrado balance entre los riesgos de la empresa y las chances de la misma. Desde esa perspectiva, *cuando un individuo está en una situación que lo pone en riesgo empresario pero no le permite obtener las ventajas correlativas, es un empleado*. No lo es, por el contrario, si puede actuar como empresario en su propio interés y obtener para sí las ventajas. Lógicamente, estos criterios se reconocen en su propio haz de indicios: el individuo no tiene organización empresarial de su propiedad, no tiene colaboradores (con excepción de miembros de su propia familia), trabaja personalmente, no dispone de oficinas de negocios, ni de capital, no actúa en el mercado por sí sólo, no es libre de elegir la ubicación de su desempeño, no puede disponer del tiempo de trabajo, no tiene clientes propios y no es libre para determinar el precio de las mercaderías o servicios. Probado sobre una muestra de 938.000 personas, el sistema evidenció una capacidad superior de reconocimiento de la sujeción económica⁵⁸. Sin embargo, el propio Manfred Weiss advierte acerca de la dudosa

⁵⁴ Emprendimiento cuya viabilidad, de todas maneras, Paul Davies pone en dudas a la vista de la enérgica resistencia que se opone hoy a toda forma de crecimiento del sistema de protección (“*El empleo y el autoempleo. El punto de vista del common law*”, en Actas del VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, pág. 137).

⁵⁵ Cfr. Paul Davies y Mark Freedland, “*Labour markets, welfare and the personal scope of employment law*”, en Oxford Review of Economic Policy, vol 16 N°. 1 Págs. 84 y sgtes.

⁵⁶ ¿Qué empleador – pregunta Virginie Renaux-Personnic, en “*L’avocat salarié: entre indépendance et subordination*” Presses Universitaires d’Aix Marseille, 1998, pág. 106 y sgtes. - aceptaría que el dependiente a tiempo pleno desarrolle una clientela personal en el mismo ámbito en que se desempeña para aquél?”. El trabajador no asalariado es propietario de sus instrumentos, soporta los riesgos de su actividad económica y recoge los beneficios. Concretamente, elige su clientela. Sobre la posibilidad del autónomo de construir una clientela personal, ver también en Fabre-Magnan, Muriel, “*Le contrat de travail défini par son objet*”, en *Le travail en perspectives*, dirigé par A. Supiot, LGDJ, París, 1998, págs 101 y sgtes.

⁵⁷ En “*The evolution of the concept of subordination. The German Experience*”, registrado en “*Le trasformazioni del lavoro. La crisi delle subordination e l’avvento di nuove forme di lavoro*”. Fondazioni Giulio Pastori. Diritto e politiche del Lavoro. Franco Angeli. Pag. 57 y sgtes.

⁵⁸ Mientras con el tradicional criterio de la subordinación se registraba un 48 % de autoempleados (el 19 % eran claramente empleados y el 33 % restante no pudo ser caracterizado), con el concepto que se experimentaba el porcentaje de autoempleados se reducía al 30 % (el 44 % entraba en la categoría protegida de los empleados, y un 26 % no podría ser calificado).

utilidad del criterio propuesto. Se trata de una aproximación sumamente compleja, de un *nuevo haz de indicios* cuya constatación requeriría en cada caso la formulación de una compleja operación lógica y descriptiva, incompatible con los criterios de *eficacia* y *eficiencia* que exige la aplicación de un ordenamiento como el de protección del trabajo, signado por el dato cuantitativo⁵⁹.

Pareciera, y he aquí la hipótesis que me parece relevante formular a esta altura, *que en ausencia de un tipo dominante perceptible con la simplicidad y evidencia que denotara al trabajador dependiente histórico, un sistema indiciario construido con componentes como los que se propone – cuya razonabilidad no parece discutible – puede ser teóricamente riguroso y válido pero, aún así, inepto para asegurar en los hechos la asignación eficiente – universal, rápida, de costos limitados – de los recursos de protección que se concibieran para proveerle de amparo*⁶⁰.

Hipótesis de la segmentación tutelar y aptitud calificatoria de las técnicas de protección

Otra camino sería el de reconocer señales anticipatorias en los casos de ciertos grupos profesionales a los que se asignaran específicos estatutos de protección en razón de que, pese a no exhibir con nitidez el rasgo de la subordinación jurídico-funcional evidenciaban sí, esta vez desde una perspectiva económica, una clara situación de sujeción y consiguiente necesidad de tutela⁶¹. Va de suyo que si se desencadenara un proceso de generalización de este rumbo, la construcción de nuevas categorías conceptuales demandará un ulterior proceso inductivo como resultado del cual esas categorías expresarán la ordenación de los grupos protegidos más en función de las técnicas de protección asignadas que de rasgos definitorios no necesariamente homogéneos.

⁵⁹ Cfr. Deveali, Mario en “*El elemento cuantitativo en las normas del Derecho del Trabajo*” en El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, Ed. Astrea 1983, Tomo 1 pág. 84

⁶⁰ Se trata del criterio de eficacia descripto por Deveali en op y loc cit en nota anterior, donde expresa que mientras que el derecho civil, al perseguir una justicia perfecta, se limita a menudo a enunciaciones abstractas que resulta difícil – y no siempre posible – aplicar ala multiforme realidad, creando de ese modo los conflictos entre justicia y equidad, el Derecho del Trabajo, cuyas normas son dictadas a menudo con carácter circunstancial y con el propósito de resolver algunos problemas que urgen solución (sin preocupación por los principios que podrían resultar afectados ni por la proyecciones que podría importar la extensión de la nueva norma) sacrifica el miraje de una justicia perfecta frente a la necesidad de una justicia menos perfecta, pero de fácil y segura aplicación a todos los casos concretos. Un régimen indiciario de tan compleja aplicación no satisfaría, agrego yo, un tal sentido de eficacia. Esa perspectiva de eficacia está también implícita – aunque más bien en sustento de la preservación de las categorías tradicionales - en el llamado de atención que formula Mario Grandi acerca del riesgo de sustituir el régimen dicotómico de tipos y subtipos por otro que introduzca el germen de la incertidumbre y la precariedad al obligar a asistir a la instancia judicial para constatar su adscripción (“*El problema della subordinazione tra attualità e storia*” en “*Le trasformazioni del lavoro. La crisi delle subordinazione e l’avvento di nuove forme di lavoro*” Fondazione Giulio Pastori, Diritto e politiche del Lavoro, Franco Angeli, Pag. 11 y sgtes.

⁶¹ En Argentina, es el caso de los contratistas de viñas y frutales, los tamberos medieros y los talleristas. En Francia, en los términos del libro VII del Código del Trabajo, sería el caso de ciertos trabajadores a domicilio, viajantes, representantes y placistas (V.R.P), periodistas, artistas y modelos, asistentes maternas, gerentes de sucursales de casa de alimentación al detalle, etc. (cfr. Gérard Lyon-Caen “*Le droit du travail non salarié*” Sirey 1990, pág. 42.

Esa apreciación parte de la idea de que así como nadie programó la construcción teórica del concepto de la dependencia laboral, nadie tampoco, me parece, podrá definir “ex ante” las categorías que tiendan a sustituirlo.

Para desarrollar algo más esa perspectiva, conviene formular alguna otra hipótesis que tal vez permitan interpretar ciertas orientaciones que puede asumir ese proceso. Se trata de la *aptitud calificatoria de las técnicas y contenidos de la protección*, idea esta que, conceptualmente desplegada, propone que *las categorías en cuya búsqueda se desplaza la teoría no refieren una condición ontológica que requiere ser descubierta, sino que son o han de ser – cuanto menos, en una dimensión significativa - el producto del modo (necesidades, técnicas, contenidos) en que se les asigne su régimen o estatuto de protección*. Porque de la protección se trata, y las categorías que han de tener un determinado tratamiento tutelar han de ser reconocibles “ex post” en función del estatuto común que se les ha asignado.

Me parece que, por la negativa, evoca una hipótesis como ésta Rodríguez Piñero⁶² cuando, con cita de De Luca Tamajo, señala que el tipo social y el prototipo normativo (nuestra “matriz de referencia”, o el “figurín” del recordado D’Antonna) que se vincula con un aparato de tutela entero y compacto, pierde coherencia e interdependencia cuando los cambios sociales fragmentan la unidad del modelo social, dejando emerger una pluralidad de figuras que requieren una diferenciación y modulación del quantum y de la modalidad de las garantías. *Esa fragmentación – me permito reiterar - puede dar lugar a una ulterior reagrupación por sectores entre esas y otras figuras, y esa reagrupación probablemente responda a otros rasgos comunes referidos esta vez al contenido de la protección*.

A esa misma orientación – *la de reconocer a la protección como determinante de la calificación conceptual* - respondería el fenómeno de la ampliación de la categoría de la dependencia que se verificara en Francia cuando ello fue necesario para abrirle a más sujetos – jurídicamente no dependientes - el acceso a la protección de la seguridad social⁶³. De eso se trata también, me parece, (aunque esta vez no desde la construcción de la categoría sino de sus efectos⁶⁴) cuando, como agudamente lo advierte Thérèse Aubert -Monpeyssen⁶⁵ se elige a un determinado trabajador, o se elige el contrato que regirá su desempeño no por circunstancias vinculadas conceptualmente a su categoría, sino por el estatuto de protección que trae consigo.

Desde esa hipótesis, si la ruptura ya reiteradamente evocada del tipo dominante, la creciente heterogeneidad de los procesos de trabajo, su desestandarización y correlativa ruptura de las categorías tradicionales⁶⁶ generara una masiva asignación de estatutos diferenciados de protección – *quebrando también la lógica del estatuto único que*

⁶² Cfr. Miguel Rodríguez Piñero, “*Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*” en Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo (Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán) Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid 1999

⁶³ Cfr. Alain Supiot, “*Trabajo Asalariado y trabajo independiente*”, en Actas del VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, 1999, pág. 709 y sgtes.

⁶⁴ Efectos que pueden revertir sobre la propia categoría que los origina, instando su redefinición o la de su estatuto.

⁶⁵ Cfr. Aubert-Monpeyssen, Thérèse, “*Les frontières du salariat à l’épreuve des stratégies d’utilisation de la force de travail*” en Droit Social 1997 No. 6 pág. 616.

⁶⁶ Cfr. Baylos, Antonio, en op y loc cit en nota 42.

*correspondiera históricamente a aquel tipo dominante*⁶⁷ – es probable que la construcción de más abarcativos centros de imputación del ordenamiento laboral se materialice “ex post”, mediante la reagrupación de las categorías resultantes de aquella fragmentación en función de comunes necesidades – y disponibilidades – de recursos de protección. En tal hipótesis, *la definición de estos nuevos centros de imputación normativa, beneficiarios de algunos contenidos tutelares comunes pero de contenidos diversos en el resto de sus respectivos estatutos, sería el producto de un proceso de recalificación determinado, insisto, menos por la naturaleza en sí de cada desempeño, mucho más por los contenidos de la protección.*

El proceso tendría aún otro componente. Pues si por una parte aquella liminar correspondencia entre el carácter único y excluyente de su centro de imputación normativa (basado en la noción de dependencia) y la consiguiente unidad y universalidad de su estatuto tutelar podría “estallar” en una pluralidad de regímenes normativos que determinarían, a su vez, una correlativa variedad de grupos específicos⁶⁸, por otra parte posiblemente incida también otro movimiento, esta vez de convergencia y creciente indiferenciación entre asalariados jurídicamente menos dependientes y no asalariados sujetos a relaciones de creciente sujeción económica⁶⁹. *La definición de nuevas categorías– nuevos centros de imputación del derecho del trabajo – sería en tal caso la expresión compleja de esas tendencias simultáneas de diversificación y convergencia.*

4. Capacidad abarcativa de la dependencia y continuidad de la protección

Otro “desenfoque”

Pero junto al “desenfoque”⁷⁰ conceptual planteado por lo que hemos denominado “crisis de abarcatividad” de la idea de dependencia, se instala además un “desenfoque” que proviene esta vez del otro término de la ecuación tutelar⁷¹. Se trata ahora de la pérdida de eficacia del régimen de protección en razón de la paradoja de la asimetría temporal entre las necesidades de amparo y el desempeño en el trabajo: *la continuidad de las necesidades de tutela padece el menoscabo de la creciente discontinuidad de desempeños y carreras.*

Por formular ambos problemas de un modo que los vincule, podría decirse que en el primer caso se trata de ver cómo se hace, *desde una perspectiva sincrónica*, para que el sistema de protección del trabajo proteja a un mismo tiempo a la totalidad de los sujetos que deben ser objeto de amparo; en el restante, la cuestión planteada consiste en saber, esta vez desde una visión diacrónica, *cómo se protege a cada uno de aquellos todo el tiempo.*

⁶⁷ Esa fragmentación del estatuto de protección, que se viviera antes como un fenómeno patológico, debería ahora ser admitida como un fenómeno natural e incluso como condición para hacer posible la integración de situaciones antes difíciles de incorporar (Jesús Cruz Villalón en “*El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*” en Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo”, Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid 1999).

⁶⁸ Cfr. Virginie Renaux-Personnic, op cit en nota 56.

⁶⁹ Cfr. Alain Supiot en op cit en nota 47

⁷⁰ Imagen cuyo origen identificamos en la nota 8.

⁷¹ Ecuación que vincula al sujeto amparado (centro de imputación normativa) y al estatuto jurídico que define técnicas y contenidos de la protección.

Es ésta, por cierto, una cuestión distinta de aquella de las *fronteras de la dependencia laboral* por lo cual, lejos de tratar el tema (que por sí sólo justificaría reflexiones mucho más extensas que la totalidad de este documento) sólo pretendo señalar de qué modo se distinguen, pero también hasta qué punto las respuestas que se den a una de esas cuestiones podría devenir funcional para la resolución de la restante.

Por decirlo con los trazos más gruesos, el problema consiste en asegurar la continuidad de la protección durante las transiciones entre uno y otro trabajo remunerado, de “llenar los intersticios”⁷². Además de los tiempos de trabajo retribuido (dependiente, autónomo, asimilado a uno u otro), se trata de los tiempos de desempleo, pero también de otros de formación profesional, de atención de los compromisos familiares, de trabajo solidario, de cumplimiento de deberes cívicos, de descanso⁷³.

Ciertamente, se sostiene en el Informe Boissonat⁷⁴, situaciones como éstas pueden tratarse mediante técnicas tradicionales de seguros que “descansan sobre una lógica de cotizaciones-prestaciones”, solución que no introduciría rupturas significativas con los modos de gestión en vigor. Sin embargo, se puntualiza, una solución de ese tipo sólo daría respuesta a las situaciones encuadradas en el marco del contrato de trabajo clásico y excluiría, por lo tanto, a las que están fuera del mismo (v.g., trabajo independiente y sus propios “intersticios”).

Unas propuestas

Por ello, en el contexto de un escenario de transformación radical del marco jurídico e institucional, se propone el diseño de una nueva categoría jurídica que consiste⁷⁵ en un contrato marco con una persona moral (asociación, grupo de interés público, estados locales, empresas estatales, organismos de formación público o privados, que coordinan sus políticas de empleo y sus necesidades y garantizan al trabajador durante su desempeño dependiente, pero también en otras instancias de su carrera (como las del trabajo autónomo, el tiempo de formación, el de descanso, el de atención de las obligaciones cívicas o familiares, etc.) la continuidad de un mínimo remuneratorio y cierta protección social⁷⁶.

⁷² Lograda expresión que, lamentablemente, no me pertenece. Pero no he logrado identificar la cita, perdida en el arcón de las lecturas...

⁷³ Sostiene Alain Supiot que los derechos del hombre en el trabajo deben concernir a todas las formas de actividad personal al servicio de otro, formas que pueden mezclarse y sucederse en la vida de cada una. Ello incluye el trabajo gratuito que, a juicio del autor, es fundamental para la sobrevivencia en una sociedad (ejemplifica mediante el trabajo en la esfera familiar para la reproducción de las fuerzas de trabajo. En la medida en que se trata de un trabajo útil para la sociedad convendría adjudicarle un ensamble coherente de derechos sociales, de dotarlo de un estatuto de amparo (su introducción a “Le Travail en perspectives” LGDJ, Paris, 1998, pág. 1 y sgtes).

⁷⁴ Así se suele denominar al estudio “*Le travail dans vingt ans*”, rapport de la Commission présidée par Jean Boissonnat, La documentation française, Editions Odile Jacob 1995.

⁷⁵ Elijo a los efectos de esta mención una caracterización groseramente esquemática, aún a riesgo de incurrir en una simplificación desleal.

⁷⁶ Cfr. Gaudu, Francois en “*Travail et activité*”, Droit Social, Fev. 97 No. 2 págs. 119 y sgtes. Del mismo autor, y sobre el mismo tema, véase también “*Du statut de l’emploi au statut de l’actif*” en Droit Social No. 6 Junio 1995, pag. 535.

Se superaría de ese modo la limitación que deriva del encerramiento de la relación individual en un contrato entre asalariado y empleador jurídicamente definido como responsable de una sola empresa, reduccionismo éste que impide la difusión de la responsabilidad económica y social más allá de la empresa, en particular en el seno de las redes de subcontratación y cocontratación. Desde esa perspectiva, el contrato de actividad favorecería una movilidad que no sería sinónimo de precariedad, inseguridad o exclusión; el sistema, a su vez, se beneficiaría con las capacidades de adaptación requeridas, y las empresas con una flexibilidad y una reactividad que contribuirían a mejorar su competitividad a partir de una organización cooperativa y una flexibilidad mutualizada. Con ese objeto, el contrato de actividad conciliaría flexibilidad productiva, evolución del trabajo y continuidad de las trayectorias personales (del Informe Boissonnat).

Una aproximación ulterior, la del Informe Supiot, agrega que la construcción del contrato de actividad materializa la idea de definir un estatuto profesional que integre las demandas de individualización y movilidad de las carreras profesionales requeridas por los empleadores y que el derecho del trabajo debe tener en cuenta para no oponer obstáculos insuperables al despliegue de los métodos modernos de organización del trabajo; en ese marco, concluye, se procura de todos modos de garantizar la continuidad de la protección, pero no necesariamente sobre la base de la detentación de un empleo, sino sobre la continuidad de un estatuto profesional que trascienda la diversidad de las situaciones que atraviesa el trabajador a lo largo de su carrera.

Su valoración “en clave” latinoamericana

Son ellas, como es evidente, construcciones de un mayor grado de sofisticación, cuya mecánica financiera⁷⁷ e institucional parece inalcanzable por el momento en los países de la América Latina, en atención a la crítica escasez de recursos económicos y organizacionales⁷⁸.

Interesa, no obstante, introducir esta referencia porque creaciones institucionales de ese tipo, aún distantes en su concreción integral, *pueden servir para marcar el rumbo y explicar la orientación de etapas intermedias en una secuencia de reinstitucionalización que difícilmente pueda evitar el Derecho del Trabajo*⁷⁹.

⁷⁷ Su financiación puede ser alimentada, por el Estado, por las instituciones de la seguridad social, por organismos paritarios de mutualización, por las empresas, por el propio trabajador bajo las formas de ahorro de tiempo, renuncia a una parte del ingreso anterior, etc. (del Informe Supiot; en el mismo sentido Gaudu, Francois, op y loc cit en nota anterior. Su utilización, se propone en el Informe Supiot, debería estar sujeta a una lógica financiera propia de los derechos de crédito o de extracción (“droits de tirage”) de los que podría servirse el titular trabajador de un contrato de actividad para aplicarlos a una precisa imputación social (la de su sostenimiento). Se trataría de un derecho función, por lo cual no podría ser libremente endosado en beneficio de un tercero.

⁷⁸ Contemplé esta propuesta (particularmente, su versión contenida en el Informe Supiot) desde una perspectiva latinoamericana en un documento publicado en Comparative Labor Law and Policy Journal Vol. 20 N°. 4 Summer 1999 editado por el College of Law de la University of Illinois, pág. 681 y sgtes bajo el título “*Labor Law beyond employment; a Latin-American perspective*”.

⁷⁹ Cfr. Thierry Priestley en “*A propos du “contrat d’activité” proposé par le rapport Boissonnat*”, en Droit Social No. 12 Décembre 1995, pág. 955

Interesa, también (y principalmente por ello le hemos dedicado esta tan esquemática mención) porque permite percibir de qué modo una figura como la que se propone, al asignarle al sistema de protección *unas fronteras exteriores sensiblemente más abarcativas* –a su interior se encuentra, como queda dicho, *el trabajo dependiente, el autónomo y todas las variantes intermedias*, el tiempo de formación, de descanso, de compromiso cívico o familiar, etc. – *puede reducir los desequilibrios que, en términos de recursos de protección, pueden observarse entre sus límites o fronteras interiores* (condición esta última a la que, en ese marco, quedan circunscriptas *las fronteras de la dependencia*).



Universidad de
San Andrés

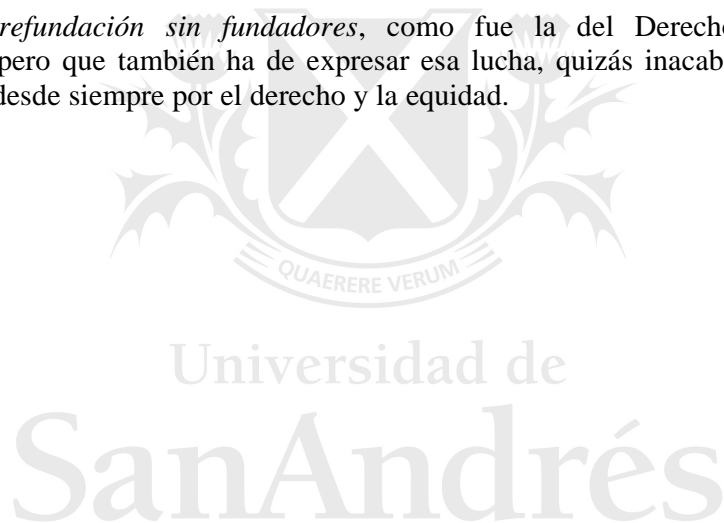
5. Para terminar

Hace muy poco, Robert Castel se preguntaba si el sistema de protección laboral habría de transitar por una instancia de mero redespliegue (para recuperar o incluir a aquellas categorías de trabajadores que parecen quedar hoy al margen de sus normas e instituciones) o por una más profunda de verdadera *refundación institucional*⁸⁰.

Castel, muy cauteloso, se inclinaba por la primera de esas alternativas.

Yo no estoy tan seguro. Si de verdad el Derecho del Trabajo está buscando sustento en nuevos equilibrios aún por construirse, si las políticas que le contienen no pueden sino reconocer y adaptarse a contextos que han cambiado mucho y lo siguen haciendo, si tampoco las técnicas predominantes serán necesariamente las mismas, *si el ordenamiento deberá redefinir nada menos que su propio centro de imputación normativa*, no debería descartarse que el Derecho del Trabajo tenga por delante un destino *refundacional*⁸¹.

Una refundación sin fundadores, como fue la del Derecho del Trabajo que profesamos; pero que también ha de expresar esa lucha, quizás inacabable, que el hombre viene dando desde siempre por el derecho y la equidad.



⁸⁰ Conf. Castel, Robert, "Droit du travail: redéploiement ou refondation?", en *Droit Social*, No. 5 Mayo de 1999, pág. 438 y sgtes.

⁸¹ Es probable que esta referencia a la idea de *refundación* tenga, en la experiencia francesa y en la evocación de Castel, un sentido particular vinculado a episodios y propuestas generadas en su propio contexto. Mi propia utilización del término se pretende desprendida de ese específico marco nacional.