

CRÍTICA DE LA SUBORDINACIÓN

Óscar ERMIDA URIARTE*
Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de subordinación.* III. *Los viejos y los nuevos cuestionamientos.* IV. *Elenco de situaciones fugadas o excluidas de la subordinación y del ámbito de aplicación del derecho del trabajo.* V. *Las nuevas y renovadas soluciones propuestas.*
VI. *Conclusiones o reflexiones personales.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del trabajo nace como un desprendimiento del derecho civil, destinado a atender relaciones derivadas de la prestación del trabajo que el segundo, cuya estructura obligacional se fundamenta en la piedra angular de la autonomía de la voluntad, no estaba en condiciones de regular adecuadamente. En efecto, en tales situaciones, una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono, con el consecuente resultado de injusticia social.

El hecho de que el derecho del trabajo se originara como un desprendimiento del derecho civil, unido a la circunstancia de que la prestación del

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay) y funcionario de Cinterfor/OIT.

** Profesor de la Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto, Venezuela, y profesor invitado en los posgrados de varias universidades.

trabajo se desarrolla en el marco de un complejo mundo de relaciones, muchas de las cuales son objeto de regulación por parte de diversas disciplinas jurídicas, supuso, desde el inicio de su evolución, la necesidad de establecer criterios teóricos que delimitaran su ámbito de aplicación en relación con otras ramas del derecho. Este tema de límites entre disciplinas jurídicas ha sido objeto de permanente interés por parte de la doctrina laboralista. Al respecto, Américo Plá Rodríguez señala que “estas fronteras tienen la particularidad y la dificultad de que son móviles, dinámicas, extensibles, por lo que se va cambiando continuamente el territorio de nuestra disciplina”.¹ El maestro uruguayo escribió esta opinión en un artículo publicado en 1977 en un libro homenaje a Rafael Caldera. Treinta y cuatro años han pasado y las fronteras se han movido, para extenderse, para reducirse o, más bien, en la mayoría de los casos, para hacerse confusas. De allí la recurrencia del tema fronterizo. Apenas los laboralistas nos sentimos bien ubicados dentro de un determinado ámbito que hemos definido como propio, cuando el mismo se nos agranda o se nos achica.

En los recientes años, las presiones hacia el achicamiento son las que han dado lugar a que el problema de las fronteras ocupe nuevamente especial atención por parte de los estudiosos. En efecto, las tendencias flexibilizadoras procuran dar a la autonomía de la voluntad un papel más importante en la regulación del trabajo que el que tradicionalmente le ha conferido el derecho del trabajo. Para lograr este objetivo se han utilizado varios métodos. Uno es la desregulación, que consiste en derogar normas heterónomas sobre el trabajo, para abrir, así, espacio a la autorregulación por las partes interesadas. Otro, es el de flexibilizar las normas laborales, es decir, adecuarlas en su formulación a las nuevas realidades y a los nuevos contenidos ideológicos. Un tercer método, menos auténtico que los anteriores, pero tal vez de más fáciles logros pues evita las dificultades que comporta la derogatoria o modificación de las normas, es el de reducir el ámbito de aplicación del derecho del trabajo por la vía de la interpretación doctrinal o jurisprudencial o, simplemente, por la práctica laboral, excluyendo del mismo determinados temas o situaciones. En otras palabras, se achican las fronteras.²

¹ Plá Rodríguez, Américo, “Sobre las fronteras del derecho del trabajo”, *Estudios homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, 1997.

² Ermida Uriarte, Óscar, *La flexibilidad*, 2a. ed., Montevideo, 2001; Hernández Álvarez, Óscar, “Reconversión empresarial, flexibilización y privatización. Sus efectos en las relaciones laborales. Notas para la elaboración de una óptica sindical sobre estos procesos”, en Tapia, Francisco (ed.), *Temas de relaciones de trabajo*, Santiago de Chile, 1996, p. 199 y ss.

Esta última metodología restrictiva de la protección laboral, ha sido recientemente objeto de debate en importantes foros. En 1998, la OIT al tratar de elaborar un instrumento normativo sobre un ámbito temático que trató de englobarse bajo la denominación de subcontratación, se topó con el tema de las fronteras de la protección laboral. No hubo consenso para elaborar la norma, pero, lo que es más delicado, ni siquiera para delimitar conceptualmente el tema que ésta debía regular. De allí que continuaron los estudios en un ámbito tripartito e internacional, que se concretó en una reunión de mayo de 2000 cuyas conclusiones apuntan a la necesidad de delimitar el ámbito personal de la relación de trabajo, para poder precisar los límites y la extensión de la protección debida a la misma. El XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, reunido en septiembre de 2000, trató sobre las similitudes y diferencias entre contratos laborales, civiles y mercantiles, lo cual no es sino un aspecto de las fronteras entre las tres disciplinas jurídicas, y el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, reunido en Lima, en septiembre de 2001, trató el mismo tema. Antes, en Barquisimeto, Venezuela, el IX Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha, debatió ampliamente sobre el tema, destacándose la necesidad de precisar los conceptos básicos para determinar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo. El presente artículo recoge y amplía la ponencia central que sobre este tema fue presentada en dicho encuentro.

Varios han sido los criterios doctrinales propuestos para delimitar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo. A tal efecto, además del criterio de la subordinación, objeto específico de estos apuntes, la doctrina ha empleado, entre otros, los criterios de la ajenidad, la inserción en la organización empresaria, la dependencia económica, la hiposuficiencia, la determinación de dicho ámbito por parte de la autonomía colectiva, la parasubordinación, etcétera.

Entre todas estas propuestas doctrinales, la del empleo de la subordinación como elemento determinante para la aplicación del derecho del trabajo ha sido la predominante, especialmente en la doctrina, legislación y jurisprudencia latinoamericanas. Sin embargo, tal predominio no ha sido pacífico. Como bien lo asienta Rivas, la fortuna de que gozara por mucho tiempo el criterio de la subordinación, no ha impedido que el mismo haya sido constantemente impugnado, “de tal modo que puede afirmarse no sólo que la historia del derecho del trabajo se identifica con la historia de la

subordinación, sino también con la historia de su impugnación como criterio distintivo del trabajo dependiente".³

En el presente trabajo pretendemos exponer algunos apuntes sobre los diversos aspectos que se plantean con relación al empleo de la subordinación como criterio distintivo del derecho del trabajo, especialmente sobre aquellos que se derivan de las nuevas condiciones de prestación del trabajo. En un primer capítulo nos referiremos al concepto de subordinación. En un segundo capítulo pasaremos revista a los nuevos y viejos cuestionamientos de que ha sido objeto la subordinación. En el tercero nos referiremos a una serie de situaciones planteadas en las últimas décadas en el mundo del trabajo y que constituyen *fugas* de la subordinación y del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. En el cuarto pasaremos revista a los criterios alternativos propuestos. En el quinto nos referiremos a límites técnicos y prácticos de la protección del trabajo no subordinado. Y finalmente concluiremos con algunas brevísimas reflexiones personales sobre el tema.

II. EL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN

El concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo fue propuesto, en los albores mismos de la formación de la disciplina, por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.

En general, la doctrina latinoamericana acepta la subordinación como un elemento fundamental para la existencia del contrato de trabajo y, consecuentemente, para la determinación del ámbito de aplicación del derecho laboral. Es de observar que buena parte de ella, aun reafirmando el carácter esencial de la subordinación, considera que ésta no es un factor exclusivo para tal determinación, sino que puede estar acompañada de otros, tales como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo.

³ Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, 1996, p. 34, con cita de Carinci, Franco et al., *Diritto del lavoro*, t. 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Turín, 1985, p. 16.

Igual orientación es seguida por la legislación laboral latinoamericana. Así, en Argentina (L.C.T., artículos 21, 22, 23 y 25), Brasil (artículo 3o., C.L.T.), Colombia (C.S.T., artículos 22 y 23), Costa Rica (C.T., artículos 5o. y 18,) Chile (C.T., artículos 3o. y 7o.), Ecuador (C.T., artículo 8o.), El Salvador (C.T., artículo 17), Guatemala (C.T., artículo 18), Honduras (C.T., artículos 19 y 20), México (L.F.T., artículo 20), Nicaragua (no lo tenemos), Panamá (C.T., artículos 62, 64 y 65), Paraguay (C.T., artículo 18), Perú (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 4), República Dominicana (C.T., artículo 1o.), Uruguay (en algunas leyes especiales y de manera no sistemática) y Venezuela (L.O.T., artículos 39 y 67), bien sea al definir el contrato o relación de trabajo o al definir los conceptos de trabajador (empleado u obrero) o el de patrono e empleador, se establece la subordinación o dependencia como elemento esencial del contrato o relación de trabajo, de donde se deriva su importancia como factor definidor del ámbito de aplicación del derecho laboral. Ello no significa que se le otorgue a la subordinación este carácter de manera exclusiva, pues, en general, se establece la necesidad de una prestación de servicios y de una remuneración. En el caso venezolano, la definición legal de trabajador exige, además de la subordinación, que el trabajo sea prestado por cuenta ajena. La Ley General del Trabajo de Bolivia se aparta de la tendencia general y al definir los conceptos de empleado y obrero dice que es tal “quien trabaja por cuenta ajena”, sin hacer referencia a la subordinación.

Es de observar que la mayor parte de las legislaciones consultadas no define lo que es la subordinación o dependencia. Tan sólo las leyes de Honduras, Panamá y, en cierto modo, del Perú, contienen una definición.

Los artículos 19 y 20 del Código de Trabajo de Honduras, al regular al contrato de trabajo establecen:

Art. 19. Por dependencia continua se entiende, la obligación que tiene el trabajador de acatar órdenes del patrono y de someterse a su dirección, ejercida personalmente o por medio de terceros, en todo lo que se refiera al trabajo.

Art. 20. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurra estos tres (3) elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo;
- b) La continuada subordinación o dependencia respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y
- c) Un salario como retribución del servicio del trabajador.

El Código del Trabajo de Panamá establece de forma muy precisa en sus artículos 64 y 65, los conceptos de subordinación jurídica y de dependencia económica, los cuales se encuentran contenidos en los términos que a continuación se plantean:

Art. 64. La subordinación Jurídica consiste en la dirección ejercida o susceptible de ejercerse, por el empleador o sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución del trabajo.

Art. 65. Existe dependencia económica en cualquiera de los siguientes casos:

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

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

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Perú, más que definir, describe la subordinación, cuando en su artículo 9o. dice:

Artículo 9. Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de un empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y la modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de racionalidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Por su parte, la jurisprudencia ha tratado abundantemente el concepto de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, el cual es frecuentemente empleado como elemento para establecer la distinción, no siempre fácil pero de importantes consecuencias jurídicas, entre este tipo de contratos y otras figuras pertenecientes al ámbito civil o mercantil.

Como es lógico, los distintos autores ensayan definiciones diferentes de subordinación, pero que en su esencia, no se apartan mucho del modelo original de la definición de Barassi, al menos, en cuanto se refiere a la subordinación jurídica, que viene, en general, entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando éste incurra en faltas. Suele señalar la doctrina que tal sujeción se puede dar, según los casos, con mayor o menor intensidad y que no supone que el empleador esté efectivamente ejerciendo una dirección constante sobre la actividad del trabajador, sino que aquél conserve la facultad de ejercer tal dirección y que éste tenga la obligación de acatarla. Es importante observar que el tipo de subordinación que según esta generalizada doctrina es inherente al contrato de trabajo, no es la misma subordinación que en todo contrato tiene la parte que asume una o más obligaciones. Es, en efecto, cierto que de todos los contratos civiles o mercantiles nacen obligaciones, al menos para una de las partes contratantes y que la parte que se obliga subordina su conducta al contrato, en el sentido de que debe dar cumplimiento a la obligación asumida mediante el mismo. Pero en el contrato del trabajo, la subordinación no significa solamente que el trabajador está obligado a prestar el servicio al cual se comprometió, sino que debe prestarlo con sujeción personal al poder directivo del empleador, lo cual crea, en la relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles. Justamente, son este sometimiento personal del trabajador a la autoridad jerárquica del empleador y las desigualdades económicas las que dificultan que a través del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad aquél pueda negociar con éste sus condiciones de trabajo de una manera equitativa, circunstancias que justifican histórica e ideológicamente el nacimiento y la existencia del derecho del trabajo como una disciplina jurídica especializada que tiende a dar adecuada tutela a ese trabajador jurídicamente dependiente y económicamente desigual.⁴

⁴ Sobre la subordinación y su función determinante de la existencia del contrato y/o de la relación de trabajo y, como consecuencia, de la aplicación del derecho laboral, véase entre otros, Carballo Mena, César, *Delimitación del contrato de trabajo*, Caracas 2001; Ermida Uriarte, Óscar, "El concepto de subordinación o dependencia en el derecho laboral y de la seguridad social", *Revista Tributaria*, Montevideo, 1983, t. X, núm. 52; Plá Rodríguez, Américo, *Curso de derecho laboral*, 2a. ed., Montevideo, t. I, vol. 1, 1990, pp. 95-96 y t. II, Montevideo, 1991, pp. 21 y ss.; Rivas, Daniel, *op. cit.*, nota 3.

Si bien es cierto que la elaboración conceptual de la subordinación, desarrollada a partir de la propuesta de Barassi, tuvo fortuna, por cuanto ha inspirado, no sólo a la doctrina, sino también a la legislación y a la jurisprudencia de diversos países en la tarea de establecer los límites del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, no lo es menos que siempre suscitó reservas y objeciones. En efecto, el empleo de la subordinación como criterio fundamental de definición de la relación o del contrato de trabajo y por ende, determinante de la aplicación del derecho del trabajo, nunca estuvo libre de críticas, las cuales trataremos de resumir en el próximo capítulo.

III. LOS VIEJOS Y LOS NUEVOS CUESTIONAMIENTOS

Tal como se señaló, la crítica a la subordinación como criterio fundamental de definición de la relación o del contrato de trabajo y por ende, determinante de la aplicación del derecho del trabajo, nunca estuvo libre de cuestionamientos, a pesar de su hegemonía.

El repaso de esos cuestionamientos tradicionales es procedente, porque relativiza la *novedad* de los actuales planteamientos, a la vez que permite clarificar las diferencias que distinguen a éstos de aquéllos.

1. *Los cuestionamientos tradicionales*

Se le criticó —casi desde siempre— a la subordinación, su falta de selectividad social o económica —pues no necesariamente el trabajador jurídicamente dependiente debería ser un hiposuficiente social o económico sujeto a tutela—, su imprecisión técnica —por cuanto el trabajador subordinado podría tener una alta calificación profesional e independencia técnica, llegándose a hablar, en ocasiones, de *subordinación técnica invertida*—, su insuficiencia jurídica —por cuanto en otros contratos de prestación de servicios u obras podría presentarse, también, una dependencia jurídica análoga—, etcétera.⁵

Por ello, desde antaño se han propuesto otros criterios, algunos de los cuales se replantean también hoy: la ajenidad en sus diversas variantes, la inserción en la organización empresaria, la dependencia económica, etcétera.

⁵ Caldera, Rafael, *Derecho del trabajo*, Caracas-Buenos Aires, 1961, pp. 271 y ss.; Rivas, Daniel, *op. cit.*, nota 3, pp. 39 y ss.

Ya más recientemente aparece el concepto de parasubordinación, junto con reediciones de aquellos viejos criterios sustitutivos, pero ahora propuestos como respuesta a los nuevos cuestionamientos a la subordinación.

2. *Los nuevos cuestionamientos*

Los cuestionamientos recientes de la subordinación son cualitativamente diferentes a los anteriores y tienen una significación más profunda.

En efecto, mientras aquellos se hacían con vistas a alcanzar una mejor y más amplia aplicación de la protección propia del derecho del trabajo, los nuevos cuestionamientos a la subordinación se inscriben en un marco mucho más amplio de crítica del derecho laboral; por tanto, no siempre es un cuestionamiento puntual a la herramienta técnica, proponiendo su cambio o complementación por otra mejor, sino que a menudo forma parte del ataque al conjunto. Y al mismo tiempo, al focalizar la ofensiva en el centro de gravedad del sistema, en su piedra fundamental, en el elemento que determina la aplicación del sistema, el cuestionamiento de este instituto específico —la subordinación— adquiere una significación mucho mayor que la de otros aspectos del derecho del trabajo.

En efecto, *la crisis actual*⁶ de la subordinación forma parte (esencial) de la crisis del derecho laboral, que hoy es cuestionado desde la economía neoliberal, desde la política, desde las pautas culturales posmodernas e individualistas, entre otros factores.⁷

Sin entrar ahora en el detalle de estas tendencias, pueden sí mencionarse algunas que tienen una relación más directa con el concepto de subordinación y/o que son menos frecuentemente planteadas, como por ejemplo, la denominada *fuga del derecho del trabajo*, los efectos de la educación y la formación, y la reducción del tiempo de trabajo y las nuevas formas de organización del trabajo.

⁶ Porque como se dijo, las viejas y crónicas crisis de la subordinación tuvieron otro sentido muy diferente.

⁷ Goldin, Adrián, “La protección del trabajo en la encrucijada”, *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, año 26, núm. 97, 2000, pp. 97 y ss. y Ermida Uriarte, Óscar, “El futuro del derecho del trabajo y las relaciones laborales”, en Portella de Castro, María Silvia y Wachendorfer, Achim (coords.), *Sindicalismo latinoamericano entre la renovación y la resignación*, Caracas, 1995, pp. 48 y ss., y *La flexibilidad*, Montevideo, 2000, pp. 21-25.

- a) *La fuga, huida o emigración del derecho del trabajo*⁸ se ha desarrollado notablemente en los últimos años, escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del derecho laboral. Para ello se recurre a múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaboralización de la relación de trabajo,⁹ que se han difundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo con la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser *trabajadores independientes* si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos o aun empresas (*unipersonales*), etcétera.¹⁰

Muchas de estas figuras apuntan a ocultar la subordinación, sea dando la apariencia de independencia, sea tratando de relacionar la dependencia inocultable con otro empleador.

- b) *La educación en general y la formación profesional en particular*, han sido mencionadas, también, como factores de *dilución de la subordinación*.¹¹ En efecto, un trabajador educado y calificado no sólo

⁸ Castello, Alejandro, “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral. Una nueva tendencia a fines del siglo XX”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 190, 1998, t. 41, p. 295. Véanse en la misma revista: Fernández Brignoni, Hugo, “Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90”, pp. 342 y ss., y Raciatti, Octavio, “El derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo”, pp. 564 y ss.

⁹ Hernández Alvarez, Óscar y Richter, Jacqueline, *El trabajo sin tutela. Nuevas y viejas formas de desprotección*, en imprenta; Iranzo, Consuelo, et al., *Relaciones laborales al desnudo*, Caracas, 1997, pp. 107 y ss.; Lucena, Héctor, *Modernización productiva y negociaciones colectivas*, Valencia, 1999, pp. 26 y ss., 54 y ss.

¹⁰ Ermida Uriarte, Óscar, “¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal”, *Cuadernos de Investigación*, Santiago, núm. 10, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1999, p. 9.

¹¹ Supiot, Alain, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1999, núm. 1, vol. 118, p. 38.

mejora su empleabilidad y competitividad, sino que además está en mejores condiciones para ser un *trabajador-ciudadano*: para comprender y ejercer sus derechos, tomar iniciativas, participar, todo lo cual, de ser efectivamente ejercido, puede provocar —no en el plano jurídico, pero sí en el de la práctica de las relaciones laborales—, una aminoración de su dependencia fáctica.

Así, puede darse la doble circunstancia de que, para los trabajadores altamente calificados que permanecen en el *núcleo duro* de una empresa en régimen de subordinación jurídica, el grado de su subordinación real sea bajo o tenue, mientras que para otros, su alta calificación sea una especie de señuelo que aliente la tentación de vestirlos con ropajes de autonomía.

- c) *La reducción del tiempo de trabajo*, de constatarse, puede ser otro (nuevo) factor de limitación cuantitativa de la subordinación.

Mucho se habla del fin del trabajo. Más allá de esta posibilidad, lo que parece ser una eventualidad con probabilidades de concreción, es la reducción del tiempo total de trabajo. En la medida en que el avance tecnológico siga provocando la sustitución de mano de obra por tecnología, es dable suponer que disminuirá la *masa horaria* o el total de horas trabajadas.¹² Esto provocará liberación de tiempo hasta entonces dedicado al trabajo o tiempo de dependencia o subordinación jurídica del empleador, disminuyendo, así, el alcance cuantitativo de la subordinación.

- d) *Las nuevas formas de organización del trabajo* son recurrentemente mencionadas como otra —para algunos fundamental— causa de cuestionamiento de la subordinación jurídica como criterio determinante de la existencia de un contrato o relación de trabajo y, consecuentemente, de la aplicación del derecho laboral.

En efecto, las nuevas tecnologías —y especialmente la automatización y la informática— estarían generando una nueva forma de organización del trabajo sobre la base de un reducido número de trabajadores estables, altamente calificados y bien remunerados que trabajan en el establecimiento de la empresa a tiempo completo, y con el recurso a un alto número de

¹² Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 2, p. 73.

trabajadores periféricos e inestables, que son requeridos para tareas y por períodos cortos.¹³ Esta misma situación se produciría también, no por efecto de las nuevas tecnologías de avanzada —no tan generalizadas en nuestros países— sino simplemente por el afán de lucro y de competitividad que pone a las empresas *a dieta, reduciéndolas al mínimo posible*¹⁴ y expulsando a la mayoría del ámbito de la subordinación y/o del derecho laboral.

Sin embargo, puede discutirse la procedencia de este factor entre los que ponen en discusión la procedencia del concepto de subordinación jurídica. Si bien es cierto que las nuevas tecnologías, la competitividad y las nuevas formas de organización del trabajo —como por ejemplo el trabajo en equipos semiautónomos o el *teletrabajo*—, son *utilizadas* como argumentos justificativos de la *deslaboralización* de las relaciones laborales que sobre ellas recaen, revistiéndolas con formas jurídicas no laborales —como el arrendamiento de servicios o de obra y el trabajo independiente o autónomo, entre otras— no siempre ese recurso es jurídicamente procedente, constituyendo a menudo una simple tentativa de fraude o un error.

La prueba está, entre otras cosas, en que es muy frecuente encontrar formas de trabajo *ultratayloristas* y de intensa subordinación, en sectores informáticos y de alta tecnología, y en que, *desde el punto de vista estrictamente jurídico*, no está clara la diferencia entre el trabajo y el tradicional trabajo a domicilio, sobre todo lo cual volvemos en el capítulo siguiente.¹⁵

De cualquier modo, todos estos factores contribuyen —unos con más propiedad que otros— al replanteo de la crisis de la subordinación o son utilizados con tal finalidad.

IV. ELENCO DE SITUACIONES FUGADAS O EXCLUIDAS DE LA SUBORDINACIÓN Y DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Sea por necesidades impuestas por las nuevas tecnologías y formas de organización del trabajo, sea por afán de lucro y competitividad, diversas

¹³ Toffler, Alvin, *La empresa flexible*, trad. esp., Barcelona, 1990; Supervielle, Marcos y Guerra, Pablo, *De la producción en masa a la producción ajustada*, Montevideo, 1993; Hernández Álvarez, Óscar y Villasmil Prieto, Humberto, “Las nuevas tecnologías y el desarrollo del trabajo”, *Derecho y computación*, Barquisimeto, 1992, pp. 66 y ss.

¹⁴ Ugarte Cataldo, José Luis, “Los nuevos necesitados del derecho del trabajo: el rol de la subordinación jurídica”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLIV, núm. 201, 2001, p. 45.

¹⁵ *Infra*, 4.

formas jurídicas son utilizadas para sustraer a la relación de trabajo de la subordinación jurídica y/o la aplicación del derecho laboral.¹⁶

- a) *La primera de ellas es el recurso al contrato de arrendamiento de servicios*, que siempre existió respecto de algunas formas de trabajo autónomo, especialmente de algunos profesionales universitarios, pero que en los últimos años se ha vuelto mucho más frecuente, operándose lo que se calificara como *discreto retorno del arrendamiento de servicios*,¹⁷ a lo cual habría que apuntar que hoy existe un verdadero abuso de tal recurso, lo que lo ha vuelto bastante *indiscreto*.
- b) *La constitución de trabajadores como empresas unipersonales* que celebran con el empleador un contrato de arrendamiento de servicios o de obra, o algún otro tipo de contrato civil o comercial, constituye otro mecanismo de *externalización* o *exteriorización* del trabajador. Es clara la combinación de este mecanismo con el uso de una fórmula contractual *extralaboral*. En ocasiones, este tipo de *fuga* constituye un encubrimiento fraudulento de la relación de trabajo a fin de evitar los costos de aplicación de la legislación laboral¹⁸ o es alentada por las ventajas tributarias que ella puede reportar al empleador.
- c) *La constitución de cooperativas que contratan con el empleador* es otro mecanismo de salida, particularmente utilizado en algunos países que introdujeron reformas legales que lo facilitaron, como por ejemplo, Brasil y Perú. La contratación con una cooperativa que le presta determinados servicios es una forma de tercerización que objetivamente puede ser lícita y objetivamente fundada o no, pero que revela su finalidad de desresponsabilizar al empleador cuando dichos servicios son permanentes y propios del giro de la empresa empleadora y más aún, cuando la cooperativa se constituye con ex-

¹⁶ Para la consideración de esta variedad de formas y situaciones, pueden consultarse, entre otros, Raso Delgue, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, Montevideo, 2000 y Grupo de los miércoles, *Descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo, 2000.

¹⁷ Martín Valverde, Antonio, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, *Cuestiones actuales de derecho del trabajo*, Madrid, 1990, pp. 209 y ss.

¹⁸ Hernández Álvarez, Óscar, “La prestación de trabajo en condiciones de fraude o simulación”, *Estudios laborales, libro homenaje a Rafael Alfonso Guzmán*, Caracas, 1986, pp. 397 y ss., y *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 141, 1986, pp. 51 y ss.

trabajadores subordinados de la empresa, lo que sucede también, frecuentemente, con la ya referida conversión de trabajadores en empresas unipersonales.

- d) *La subcontratación*—confundida o no con formas de *intermediación*— es tan antigua como el propio derecho laboral, que siempre la vio con la mayor desconfianza, generando mecanismos que conducen a la responsabilidad solidaria, única o subsidiaria. Por más que en algunas ocasiones esté objetivamente justificada por razones técnicas o productivas, hoy es utilizada con mayor frecuencia, en tanto instrumento jurídico de tercerización, como los antes enumerados.¹⁹
- e) *La contratación a través de empresas de trabajo temporal* es una forma más moderna de intermediación o subcontratación de mano de obra, que puede justificarse cuando se le aplica a tareas verdaderamente internas y siempre que no discrimine al trabajador así contratado, en relación con los *propios* de la empresa usuaria. Objetivamente observado, el trabajo temporal prestado a través de una suministradora no es más que una intermediación que no podría dejar de hacer laboralmente responsable tanto a la empresa usuaria como a la intermediaria. No obstante, en muchos países esta figura ha sido expresamente regulada, a lo que también apunta el Convenio Internacional del Trabajo 181.²⁰
- f) *El staff-leasing y el pay-rolling* son formas degenerativas de los servicios prestados por las empresas de trabajo temporal. Consisten en colocar trabajadores en la planilla de trabajo de otra empresa, cuya única función es la de asumir el pago de los salarios y demás obligaciones derivadas de la relación de trabajo, que en rigor se entabla directamente entre el trabajador y la empresa principal o usuaria.
- g) *El teletrabajo*, entendido como el trabajo predominantemente informático realizado fuera del establecimiento de la empresa, generalmente en el domicilio del trabajador, es a menudo presentado como una forma de prestación de servicios en la cual se desdibuja la subor-

¹⁹ OIT, *Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (La relación de trabajo: ámbito personal)*, Ginebra, mayo de 2000.

²⁰ Carballo Mena, César, “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal (ETT)”, *Derecho laboral venezolano. Ensayos*, Caracas, 2000, pp. 147 y ss., y Ermida Uriarte, Óscar y Castello, Alejandro, *op. cit.*, nota 16, pp. 413 y ss.

dinación. Sin duda puede ser así, aunque no necesariamente ni en todos los casos. Por cierto, el lugar de trabajo es uno de los indicadores de la subordinación, pero no el único, a tal punto que el trabajo a domicilio requirió desde muy antaño la especial protección del derecho del trabajo, llegando a la presunción absoluta de la existencia de relación laboral.²¹

- h) *El contrato de distribución o flete* es una figura del derecho comercial que nada tendría de novedoso o particular a nuestros efectos, si no fuera porque se ha convertido, en los últimos veinte o treinta años, en una forma de *externalizar* el trabajo prestado por conductores y repartidores. En muchas ocasiones, como en Uruguay, una intervención legislativa determinó que estas tareas serían consideradas como prestadas en régimen de autonomía —sin subordinación jurídica— si el camionero, fletero o distribuidor estaba inscrito en un determinado registro y celebraba un contrato civil o comercial con la empresa que utilizaba sus servicios.
- i) *El contrato de franquicia o franchising* es, en principio, un negocio auténticamente comercial, por el cual una empresa autoriza a otra a explotar una marca o proceso de propiedad de la primera, bajo ciertas condiciones. No obstante, siempre es necesario analizar el aspecto laboral que puede ser alcanzado, en ocasiones, por los conceptos de conjunto económico, grupo de empresas, empleador único, responsabilidad solidaria, subcontratación, etcétra.²²
- j) Además de los mecanismos jurídicos que acabamos de reseñar, cabe agregar aquí la *descentralización —real o ficta— de la propia estructura productiva, con la división de la empresa en varias unidades real o presuntamente autónomas*.²³ En este caso no estamos ante la *externalización* de un trabajador o la *tercerización* de una relación de trabajo a través del recurso a una determinada forma jurídica (arrendamiento de servicios u otro contrato civil o comercial, subcontratación, etc.); aquí ya no se *disfraz*a al trabajador o a la relación laboral, sino que es la misma empresa la que es dividida en muchas empresas más

²¹ Hernández Álvarez, Óscar y Villasmil Prieto, Humberto, *op. cit.*, nota 13, pp. 71 y ss.

²² Cfr. Raso Delgue, Juan, *op. cit.*, nota 16, pp. 294-296; Carballo, César, *El contrato de franquicia comentarios desde la óptica del derecho del trabajo*, en imprenta.

²³ Jaime, Héctor, “Los grupos de empresa”, *Trabajo y seguridad social*, Caracas, 1999, pp. 65 y ss.

o menos coordinadas. En Brasil se han dado casos relativamente recientes de

instalación de plantas (des) articuladas, *consorcios modulares o condominios industriales*, como las fábricas de camiones Volkswagen de Resende o Ford de Taboão. En éstas, menos del 20% del personal está empleado en la empresa *principal* o real: el resto pertenece a empresas formalmente independientes o autónomas que asumen cada una de las etapas del proceso de producción y venta, aunque todas ellas están instaladas en el mismo sitio industrial, actúan de conformidad con pautas técnicas y económicas fijadas y controladas por la principal, etcétera.²⁴

La cuestión aquí —como en el caso anterior— es determinar si hay conjunto económico o grupo de empresas.

- k) Cabría incluir en esta enumeración *las formas flexibles de organización de la producción, especialmente el trabajo en equipos* y su efecto supuestamente limitativo de la subordinación, así como el cuestionamiento de este efecto.²⁵

Respecto de este último aspecto, cabe consignar, como se adelantara, la persistencia de sistemas *ultratayloristas* y de intensa subordinación en sectores de alta tecnología, automatización e informáticos.²⁶ Por otra parte, en una perspectiva latinoamericana, también se pone en duda la superación del *fordismo* y la reducción de trabajo, constatándose que en nuestros países el problema no es precisamente ese, al menos por ahora.²⁷

²⁴ Ermida Uriarte, Óscar, *op. cit.*, nota 2, p. 55.

²⁵ *Supra*, 3, d.

²⁶ Tales los casos denunciados sobre el trabajo en Amazon (venta electrónica de libros) y en la planta Georges Besse de Renault-Dovai (para el primer caso, véase Halimi, Serge, “Cyberdamnés”, *Le Monde Diplomatique*, París, febrero, 2000, p. 18; para el segundo, Balbastre, Gilles, y Binhas, Stéphane, “Une usine tellement moderne...”, *Le Monde Diplomatique*, París, enero, 2000, p. 12, con una versión en español en *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, año 1, núm. 12, junio, 2000, pp. 22-23. Cabe, también, citar a Supiot: “las empresas exigen siempre mucho de su personal, mucho más incluso que antes” (*op. cit.*, nota 11, p. 39).

²⁷ Garza Toledo, de la, “Fin del trabajo o trabajo sin fin”, *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*, México, 2000, pp. 755 y ss., esp. 760-761, 765 y 767.

V. LAS NUEVAS Y RENOVADAS SOLUCIONES PROPUESTAS

1. *La ajenidad*

En el contrato de trabajo, el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena. Forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aún antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo. Esta característica de ajenidad es generalmente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia como propia del contrato de trabajo. En la doctrina española tal concepto tiene especial relevancia, pues muchos de sus exponentes ven en la ajenidad, que no en la subordinación, el elemento esencial diferenciador del contrato de trabajo y, consecuentemente, el hito fundamental que marca la frontera del derecho del trabajo con otras disciplinas. La dependencia, dice Alonso Olea, “no es un dato o carácter autónomo, sino un derivado o corolario de la ajenidad. En efecto, aquella potestad de dar órdenes no tiene otra justificación ni explicación posible como no sea la de que los frutos del trabajo pertenecen a otro”. Según él la dependencia es propia de todas las personas que restringen su voluntad sometiéndose a un contrato, razón por la cual sería un elemento esencial de todo contrato y no exclusivamente del contrato de trabajo.²⁸

Por nuestra parte, no ponemos en duda que la ajenidad es una circunstancia propia del contrato de trabajo. A nosotros siempre nos pareció que efectivamente, la ajenidad del trabajador en los riesgos de la empresa era no solamente un elemento caracterizante de la relación de trabajo, sino además su único justificativo ético-jurídico. En efecto, sólo si el trabajador, al acordar la puesta a disposición del empleador enajenaba los futuros frutos de su trabajo independientemente de la utilidad que los mismos finalmente dieran al empleador, a cambio de la percepción de una remuneración y otros beneficios laborales con total prescindencia de los riesgos de la empresa, se justificaba que aquél no fuera socio. Si la riqueza se produce por la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco

²⁸ Alonso Olea, Manuel, “Trabajo libre y trabajo dependiente”, *Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali*, Buenos Aires, Heliasta, 1979, pp. 156-157.

las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir por la ajenidad.

No obstante lo expresado anteriormente, creemos conveniente observar que la discusión, en ocasiones planteada con el ánimo de excluir la validez del criterio de la subordinación, acerca de si ésta tiene una dimensión autónoma o si es una consecuencia de la ajenidad, puede no ser esencial, pues lo cierto es que subordinación y ajenidad parecieran constituir dos caras de la misma moneda.

Ahora bien, si el concepto de ajenidad fue siempre esencial, no parece, en cambio, que hoy sea particularmente apto para capturar a los *fugados* del derecho del trabajo, ya que muchos de éstos ocultan o desdibujan la ajenidad *junto con la subordinación*. Cuando se *disfraz*a a un trabajador de autónomo, co-contratante civil o comercial, *empresa unipersonal*, socio cooperativista, etc., no sólo se intenta borrar la subordinación, sino también la ajenidad, porque se supone que ese trabajador autónomo, ese comerciante, esa *empresa unipersonal* o esa cooperativa asume todos los riesgos de su emprendimiento. Es probable que en estas hipótesis sea más factible probar la subordinación que la ajenidad, ya que la existencia de una *empresa* en lugar de un *trabajador* supone la asunción de riesgos y que no se está vendiendo trabajo sino productos o servicios terminados. En estas circunstancias pues, la ajenidad no ayudaría a reconstituir el vínculo laboral, aunque, sin duda, su alegación desnuda las connotaciones éticas negativas de estas *externalizaciones, tercerizaciones o descentralizaciones*: luego de haber legitimado su derecho a retener todas las ganancias a cambio de la asunción total de los riesgos, el empleador transfiere los riesgos, con lo cual se vacía de contenido ético la relación entre capital y trabajo.

2. *La inserción en la organización empresaria*

Tampoco es éste un criterio nuevo. En las primeras décadas del siglo XX se desarrolló, especialmente en Alemania, la denominada teoría institucional de la empresa, que concebía a ésta como una institución existente en la sociedad y que cumplía dentro de la misma objetivos precisos, configurando un particular mundo de relaciones en el cual cada uno de los sujetos participantes desempeñaba, para el cumplimiento de tales objetivos, funciones previamente determinadas. El empresario, jefe de la empresa y de quien dependen jerárquicamente sus colaboradores, tiene sus funciones ins-

titucionales, así como también la tienen los trabajadores. Esta concepción sostiene que la inserción en la organización empresaria es el hecho que otorga al trabajador, no sólo su condición de tal, sino que le proporciona la titularidad de los deberes y derechos que dentro de esta organización corresponde a los trabajadores y que, además, le hace sujeto de la especial tutela proporcionada por el derecho del trabajo. En su formulación más extrema, esta concepción llega a señalar que la relación de trabajo, como vinculación jurídica entre el empresario empleador y sus trabajadores, se conforma en función de las circunstancias fácticas de la incorporación del trabajador a la empresa y no de los acuerdos celebrados entre trabajador y empleador en ejercicio de su libertad negocial.

La posibilidad de que la inserción en la organización empresaria sea utilizada como criterio alternativo a la subordinación a los fines de la determinación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, nos mueve a dos reflexiones. En primer lugar, en puridad de las cosas, la inserción no plantea un criterio alternativo al de la subordinación, sino que ofrece una fundamentación teórica de la misma, igual que la ajenidad. En efecto, la teoría institucional no hace caso omiso de la subordinación del trabajador, sino que, por el contrario, al fundamentarla en la incorporación del trabajador en una estructura institucional en la cual prevalece la autoridad jerárquica del empresario, refuerza su intensidad, la convierte, según palabras de Perone, en un “integral vínculo de sujeción personal, una relación de señoría, donde las limitaciones de la libertad personal, ínsitas en cualquier obligación, se resuelven en una completa sumisión a la empresa”.²⁹ Por otra parte, la inserción en la organización empresaria, si bien es un elemento propio de la relación de trabajo, no es exclusivo de la misma, ya que el empresario incorpora al desarrollo del quehacer empresarial, no sólo la labor de sus propios trabajadores, sino también la actividad, continua pero autónoma, de colaboradores, que aún no siendo trabajadores, están incorporados al cumplimiento de esa actividad económica organizada que es la empresa, de tal manera que la misma no puede cumplir con los objetivos a que está destinada sin la participación de tales personas. Y si ello siempre ha sido así, lo es más en la nueva realidad empresarial, en la cual son cada vez más frecuentes las tercerizaciones contractuales o desarticulaciones organizacionales, muchas de las cuales apuntan, precisamente, a colocar al tra-

²⁹ Perone, Gian Carlo, *Lineamenti di Diritto del Lavoro*, Turín, 1999, p. 152.

bajador real o ficticiamente fuera de la organización. Por todo ello el criterio de la inserción no resulta particularmente hábil para solucionar los nuevos fenómenos.

3. La subordinación económica

Si bien la dependencia económica tampoco es un concepto nuevo, al punto tal que compitió desde siempre con el de la subordinación jurídica, hoy es replanteado con vigor. En efecto, la subordinación económica es tratada por autores clásicos como Capitant, Durand, Deveali, De la Cueva y Caldera. Este último señala que siendo la subordinación jurídica un elemento más característico, dentro del cuadro de las relaciones de derecho del trabajo, “hay situaciones en que, siendo difícil demostrar su existencia, el caso se resuelve fácilmente hallando la dependencia económica, siempre que la remuneración que la determina se perciba como contraprestación de una típica y simple prestación personal de servicios”.³⁰

En la medida en que todas las modalidades de *fuga* tienden a desdibujar la subordinación jurídica o a enmascararla bajo formalidades de diverso tipo, la dependencia económica es más difícil de ocultar. A ello se suma la evidencia de que la razón histórica de la tutela laboral fue, sin duda, la desventaja —económica, social y por ende negociadora— del trabajador ante su empleador, por lo cual parece casi natural *volver* al criterio de la dependencia económica cuando sus manifestaciones jurídicas no resultan tan confiables. Si la función primera del derecho del trabajo es la de proteger al económico insuficiente en las relaciones entre trabajo y capital, nada más *funcional* que hacerlo aplicable a aquellas situaciones de convergencia de capital y trabajo en que éste depende de aquél, que es lo mismo que decir (casi) todas las situaciones de convergencia de capital y trabajo. De hecho, la hipótesis clásica de un trabajador jurídicamente subordinado más rico que su empleador³¹ nunca dejó de ser un *caso de laboratorio* utilizado como recurso pedagógico. Por lo demás, este replanteamiento de la subordinación económica tiene la ventaja de coincidir con recientes evoluciones del

³⁰ Caldera, Rafael, *op. cit.*, nota 5, p. 271.

³¹ Plá Rodríguez, Américo, *Curso de derecho laboral*, 2a. ed., Montevideo, 1991, t. II, vol. 1, p. 27.

derecho civil, tendientes a *la protección del contratante débil*.³² Esta propuesta se vincula con otro criterio, este sí más nuevo y elaborado en función de los cuestionamientos más recientes: la *parasubordinación*. Sin embargo, no parece que la dependencia económica pueda ser, por sí sola y de manera absoluta, un criterio unívoco para determinar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo. En efecto, no es posible ignorar que se dan casos de personas que prestan de manera verdaderamente autónoma una actividad laboral que, de alguna forma, depende económicamente de una empresa, pero que se desarrolla en condiciones tales que no permiten afirmar la existencia de una relación de trabajo. Se trata de la discutida especie de los trabajadores autónomos con dependencia económica, que ha sido recientemente objeto de interesantes estudios por parte de la OIT.³³ En este sentido, Alburquerque señala que el criterio de la dependencia económica debe ser rechazado por su vaguedad, “pues la noción de subordinación económica se refiere a situaciones sociales muy diferentes, lo que no permite solucionar con precisión las dudas que pueden presentarse en una determinada relación jurídica”, concluyendo que “es inadmisible que la naturaleza de un contrato se haga depender de un elemento extraño a la convención, como lo es la posición económica de uno de sus sujetos”.³⁴

No obstante las opiniones contrarias al criterio de subordinación económica, la legislación de Panamá, como bien lo señalamos anteriormente, señala expresamente su concepto, definiendo a la dependencia económica en los términos antes planteados. En Venezuela, el anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo presentado en 1985 incluía un artículo que decía:

La subordinación del trabajador puede ser jurídica o económica, o comprenderlas ambas. Se entenderá que hay subordinación jurídica cuando el trabajador esté obligado a cumplir las órdenes e instrucciones del patrono para la prestación del servicio, y económica, cuando la remuneración percibida por la prestación del servicio constituya la base de sustentación económica del trabajador y de su familia, o por lo menos una parte de ella. La subordinación se presumirá, salvo prueba en contrario.

La referencia a la dependencia económica fue motivo de vivas discusiones y suscitó una fuerte oposición del sector empresarial. En el transcurso

³² Raso Delgue, Juan, *op. cit.*, nota 16, p. 45.

³³ OIT, *op. cit.*, nota 19; Hernández Álvarez, Óscar y Richter, Jacqueline, *op. cit.*, nota 9.

³⁴ Alburquerque, Rafael, *Derecho del trabajo*, Santo Domingo, 1995, t. I, p. 170.

de la discusión parlamentaria tal referencia fue eliminada por recomendación del Senado.

4. *La parasubordinación*

La existencia de personas que sin estar sujetas a una relación de trabajo subordinado prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad, ha suscitado, desde tiempo atrás, el interés de los estudiosos del tema e, incluso, de algunas legislaciones. Contratos civiles o mercantiles, como el de obras, prestación de servicios profesionales, transporte, mandato, comisión, agencia, etc., pueden dar lugar a situaciones como la descrita, en la cual, quien contrata con la empresa, aún no estando en un sentido técnico jurídicamente subordinado a la misma, se encuentra en una situación de inferioridad que impide el ejercicio de una efectiva libertad negocial. Esta situación de debilidad contractual de los trabajadores autónomos que ejercen una colaboración continua y coordinada con la empresa, ha sido objeto de un particular tratamiento por parte de la doctrina italiana, que ha desarrollado el concepto de *parasubordinazione*, para referirse a esta particular situación, la cual fue objeto de una específica tutela legislativa en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1973. Su artículo 409 n.º 3 sujetó la solución extrajudicial y el trámite judicial de los conflictos de los trabajadores autónomos que desarrollen una actividad prevalentemente personal de colaboración coordinada y continua con la empresa, es decir los *parasubordinati*, a las mismas normas aplicables a los trabajadores subordinados. Esta norma tutelar, aun cuando de alcance parcial, por cuanto no pretende que todas las normas sustantivas del trabajo subordinado, es decir las del derecho del trabajo, se apliquen a los así llamados *trabajadores parasubordinados*, sino sólo algunas de ellas, ha dado lugar a un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal alrededor de la idea de la *parasubordinación*.

En relación con ella, es conveniente precisar que la doctrina y la jurisprudencia italiana predominantes no plantean este criterio como sustitutivo del de la subordinación en cuanto elemento determinante del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que requieren ser tuteladas por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa en condiciones que

evidencian una debilidad contractual por parte de quien presta el trabajo. La afirmación de que estas categorías requieren tutela legislativa no significa, en el sentir mayoritario de la doctrina italiana que es la que ha elaborado y desarrollado este criterio, que la misma deba ser otorgada por la disciplina específica aplicable al trabajo subordinado. La discusión se plantea más bien entre quienes, ateniéndose a las disposiciones del artículo 409 n. 3 del Código de Procedimiento Civil, consideran que la tutela debe limitarse a la sujeción de los conflictos a la jurisdicción del trabajo y a la exigencia de ciertos requisitos para la validez de las transacciones y quienes señalan que esta disposición legal echa las bases para la conceptuación del trabajo parasubordinado como una especie fáctica cuya tutela, basada en la debilidad contractual de quienes participan de la misma, debe ir más allá del simple sometimiento a una jurisdicción especializada.³⁵

5. *La autonomía colectiva*

Otra propuesta sustitutiva nueva es la que recurre a la autonomía colectiva: el ámbito de aplicación del derecho del trabajo será, además del legalmente definido, el que fije la autonomía colectiva. Trabajador protegido por el derecho del trabajo será el asumido como tal en la autonomía colectiva.³⁶

Esta propuesta parte del supuesto de que, así como la ley puede determinar que una determinada relación será regida por cierto régimen jurídico, lo mismo puede ser dispuesto por la autonomía colectiva.

Dos objeciones, sin embargo, pueden plantearse. *En primer lugar*, cabe preguntarse acerca de la virtualidad de la autonomía colectiva para desaplicar la legislación del trabajo —en principio irrenunciable o de orden público— en determinada situación. *En segundo término*, no deja de llamar la atención que esta función desreguladora de la autonomía colectiva, pretende serle asignada precisamente en una etapa histórica de debilidad sindical.

³⁵ Sobre *parasubordinazione*, véanse, entre otros, Santoro-Passarelli, Giuseppe, *Il lavoro parasubordinato*, Milán, 1979; Pessi, Roberto, *Contribuzione allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milán, 1989; Ghera, Edoardo, *Diritto del Lavoro*, Bari, 2000, pp. 73 y ss.; Rivas, Daniel, *op. cit.*, nota 3, pp. 61-63; Márquez Garmendia, Martha y Beñarán, Pilar, “Trabajadores parasubordinados”, Grupo de los miércoles, *op. cit.*, nota 16, pp. 253 y ss.

³⁶ D’Antona, Massimo, “Los cambios del derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano”, *Debate Laboral*, San José, año II, núm. 4, 1989, pp. 75 y ss.

6. *El abandono (total o parcial) de la subordinación y el redimensionamiento del derecho del trabajo*

La sustitución de la subordinación jurídica por otro concepto-eje (alguno de los expuestos u otro), o bien la complementación de aquélla con éstos, puede conducir a un redimensionamiento del derecho del trabajo, efecto casi inevitable, dado el carácter determinante y delimitador del concepto en cuestión.

Pero el caso es que ese redimensionamiento puede darse en muy diversas direcciones. En rigor, puede apuntar a la extensión simple del derecho del trabajo, a su extensión modulada, fraccionada o diferenciada, tanto como a su reducción o extinción.

A. *Extensión simple del derecho laboral*

Si lo que se está produciendo es una fuga más o menos injustificada del ámbito protector del derecho del trabajo, dejando carentes de tutela a sujetos que la siguen necesitando tanto o más que antes, lo natural sería *perseguir a los fugados*: extender el ámbito de aplicación del derecho laboral, traspasando el límite burlado de la subordinación jurídica. Así, a través de los criterios de la subordinación económica o social, de la parasubordinación, de la protección de todo trabajo (a secas) o de toda actividad, se produciría una extensión monolítica, en bloque, del derecho del trabajo. Es así que hoy se habla de un derecho laboral como derecho de la actividad profesional, de manera curiosamente parecida a como lo anunciaban, medio siglo atrás, Paul Durand y Mario Deveali, que señalaban la tendencia de esta rama del derecho a convertirse en el ordenamiento jurídico regulador de todo trabajo humano.³⁷ Por su parte, Rafael Caldera conceptúa al derecho del trabajo “como el conjunto de normas jurídicas que se aplican al trabajo como hecho social” y no únicamente al trabajo subordinado.³⁸ Es de destacar que esta

³⁷ Durand, Paul, “Naissance d’un Droit nouveau. Du droit du travail au Droit de l’activité professionnelle”, *Droit Social*, París, 1952, pp. 437 y ss.; Deveali, Mario, “El concepto de contrato de trabajo y la trayectoria de la legislación social”, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1950, p. 321; Plá Rodríguez, Américo, “A propósito de las fronteras del derecho del trabajo”, *Estudios sobre derecho social. Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, 1977, t. II, pp. 313 y ss.

³⁸ Caldera, Rafael, *op. cit.*, nota 5, p. 77.

concepción de Caldera informa el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, que dice que “esta Ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social”, siendo también de observar que se ha señalado que tal declaración principista no corresponde con el contenido real de la ley que, fundamentalmente y salvo algunas pocas normas particulares, está destinada a regular el trabajo dependiente.³⁹ Análogamente, en Uruguay se recuerda que la Constitución dispone la protección especial del trabajo (de todo trabajo) y no sólo del trabajo subordinado, lo cual impondría “no la reducción de la protección del trabajo subordinado, sino la elevación de la protección del trabajo autónomo, sin dejar de considerar las diferencias tipológicas existentes, que puedan justificar la diferenciación de tratamiento”.⁴⁰ Y en Chile, en las Jornadas de Derecho del Trabajo celebradas en Coquimbo en 2000, Francisco Walker y Sergio Gamonal sostuvieron que el derecho del trabajo era “el derecho del trabajo y punto, sin calificativos”.

B. *Extensión modulada, fraccionada o diferenciada*

Diversas propuestas apuntan, también, a una extensión del derecho del trabajo a las situaciones hoy *escapadas* y aun a otras que nunca estuvieron dentro de su ámbito de aplicación, como algunas formas auténticas de trabajo independiente, informal, etc. Pero a diferencia de la extensión simple, las propuestas que ahora nos ocupan se caracterizan por establecer diversos niveles o umbrales de protección para las diversas categorías diferentes al clásico —y reducido— trabajo subordinado *stricto sensu*.

³⁹ Hernández Álvarez, Óscar y Richter, Jacqueline, *op. cit.*, nota 9.

⁴⁰ Rivas, Daniel, *op. cit.*, nota 3, p. 188. En la 2a. ed., de su *Derecho del trabajo*, Barbagelata propone una redefinición del derecho laboral, entendido como el que “regula todas las formas de aplicación de las energías intelectuales y corporales consideradas socialmente trabajo y, de manera especial, las prestadas bajo una relación libremente asumida con un tercero. El cambio operado —agrega— significa que no es por extensión que el derecho del trabajo se aplica a manifestaciones de trabajo independiente, sino que la expansión es un fenómeno natural y necesario, aunque no todas las normas sean susceptibles de extenderse en la misma forma y grado” (Barbagelata, Héctor-Hugo, *Derecho del trabajo*, 2a. ed., Montevideo, 1995, t. I, vol. 1, p. 95).

En todas estas propuestas⁴¹ hay dos elementos comunes a resaltar. *En primer lugar*, se trata de superar el concepto de subordinación, para recuperar lo que Supiot denomina *ciudadanía laboral*: en la medida en que actualmente la mayor parte de las medidas de protección laboral y social dependen de la calificación del sujeto como trabajador subordinado y en que crecen las hipótesis que tienden a escapar de esa categoría, se procura mantener su inclusión o evitar su exclusión ampliando el eje determinante de la aplicación de aquéllas. Pero al mismo tiempo —*en segundo lugar*—, a esas *nuevas* categorías no resultaría aplicable el derecho del trabajo y de la seguridad social *in totum*, sino algunos de sus institutos. De ahí que en todos esos casos hablemos de extensión o aplicación parcial, diferenciada, fraccionada o modulada del derecho del trabajo.

El inconveniente de estas propuestas radica en que, al postular un derecho del trabajo modular, con diversos niveles de protección, corren el riesgo de terminar ubicando a casi todos los trabajadores en los módulos de menor protección, generando una suerte de *migración interna* en lugar de —o peor aún, además de— la ya referida emigración o fuga del derecho del trabajo.

C. Reducción o extinción del derecho laboral

Robert Castel plantea que el dilema actual del derecho del trabajo es su redespliegue (extensión) o su refundación (reforma),⁴² de algún modo, las opciones que acabamos de exponer. Pero nos parece que no puede excluirse, al menos en teoría, la tercera alternativa: la reducción o aun la extinción del derecho del trabajo. En rigor, ese es el postulado teórico de la escuela económica neoliberal, aunque en la práctica, tal extremo no se ha verificado. Aun las reformas más radicalmente neoliberales mantuvieron un Código del Trabajo o una legislación especializada con normas de orden público.

⁴¹ Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 11, y *Trabajo y empleo* (trad. esp.), Valencia, 1999; Boissonnat, Jean, 2015: *Horizontes do trabalho e do emprego* (trad. port.), São Paulo, 1998; Raso Delgue, Juan, *op. cit.*, nota 16, pp. 39-40 y “Derecho del trabajo, seguridad social y relaciones laborales”, *Derecho Laboral*, Montevideo 1998, t. 41, núm. 190, pp. 583 y ss.

⁴² Castel, Robert, “Droit du travail: redéploiement ou refondation?”, *Droit Social*, París, 1999, núm. 5, pp. 438 y ss.

VI. CONCLUSIONES O REFLEXIONES PERSONALES

A nuestro juicio, se puede seguir sosteniendo que la subordinación y la ajenidad son dos de las características más esenciales del tipo de trabajo regulado por el derecho laboral. Pero es necesario señalar que el concepto de subordinación requiere ser examinado a la luz del marco que plantean las nuevas realidades laborales, revisándose los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido empleando tradicionalmente para determinar los supuestos de hecho que la configuran. La determinación de la subordinación no debería apoyarse exclusivamente en hechos como la obligación de cumplir horarios previamente establecidos por el patrono y de prestar servicios en la sede de la empresa, atendiendo las órdenes e instrucciones emitidas por la misma a través de capataces o supervisores. Tales circunstancias se están modificando y se modificarán notablemente en un mundo industrial en el cual el teletrabajo, los sistemas de fabricación flexible y, de manera más general, la robótica y la cibernetica jugarán un importante papel, que si bien no desplazará la concentración de los trabajadores en la fábrica, creará nuevas formas laborales, en las cuales el trabajador no estará sujeto a horarios rígidos, ni obligado a asistir a la empresa o depender de las instrucciones del capataz para la realización de su trabajo. En estas situaciones la subordinación no desaparece, pero tiende a despertarse, pues el control del trabajo es efectuado por máquinas y la fuente material de instrucciones no reside en el *patrono*, titular de la empresa, sino en los programas contenidos en la computadora, algunos de los cuales son concebidos con una flexibilidad tal, que el propio trabajador tendrá posibilidades de participar más activamente en la organización de su propia actividad, tomando decisiones hasta hoy reservadas a la gerencia. Por ello, un nuevo criterio para definir la subordinación, debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física. De este modo la presencia permanente del trabajador en un lugar establecido y su sujeción a horarios de trabajo, aun cuando continúe siendo una circunstancia usualmente presente en una relación dependiente, ya no constituye requisito indispensable de la subordinación, cuya esencia se manifiesta fundamentalmente en la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono.

Así, creemos que en cuanto a los nuevos fenómenos que se presentan y, en especial, a las denominadas *fugas* del derecho del trabajo, la subordina-

ción jurídica de siempre, interpretada con la amplitud dimanante del principio protector (especialmente de la regla *in dubio pro operario*), del principio de primacía de la realidad (especialmente de las reglas de la *indiferencia de las formalidades* y de la *incompetencia de las partes para calificar el vínculo que las liga*),⁴³ basta para solucionar en sentido favorable a la tutela la mayor parte de estos casos, siempre que se le interprete con tal amplitud.

Esto dicho sin desconocer: 1) que los criterios de la subordinación económica y de protección del contratante débil son complementarios y no sustitutivos del de la dependencia jurídica;⁴⁴ y 2) que es particularmente atractiva la propuesta de extender la tutela laboral a toda forma de trabajo humano, lo que requiere, por ahora, análisis más detenidos, ya que, por una parte, no parece clara la forma en que tal extensión se produciría ni la existencia de una voluntad política capaz de impulsarla con éxito.

En efecto, la extensión pura y simple del derecho laboral a los trabajadores auténticamente independientes encierra la dificultad de que la mayor parte de la protección laboral individual está concebida en forma de derechos del trabajador exigibles ante el empleador, sobre quien pesan las correlativas obligaciones o deberes. Pero el trabajador verdaderamente autónomo —a diferencia de los trabajadores dependientes hoy disfrazados con ropajes de independientes— carece de empleador. No hay un patrón a quien exigirle el pago de un salario mínimo, el pago de horas extras, el respeto del descanso semanal o la concesión de vacaciones.

No es fácil la aplicación mecánica de las instituciones tutelares de derecho individual del trabajo a los trabajadores en verdad autónomos.

En rigor, esas instituciones no pueden ser trasplantadas, aunque tal vez puedan ser reconstruidas a través, por una parte, del derecho colectivo y por otra, de la seguridad social.

Por cierto, a diferencia de ese carácter predominantemente obligacional, bilateral o relacional del derecho laboral individual, otra cosa sucede en materia de derecho colectivo del trabajo alguna de cuyas instituciones —notoriamente los derechos de acción sindical y de huelga— se ejercen como derechos públicos subjetivos y no sólo como derechos potestativos ejercitables únicamente ante el empleador. En efecto, los trabajadores verdaderamente

⁴³ Raso Delgue, Juan y Fernández Brignoni, Hugo, “Formas de protección de los trabajadores precarios”, *XI Jornadas Rioplatenses de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Libro de ponencias*, Montevideo, 2000, p. 170.

⁴⁴ Rivas, Daniel, *op. cit.*, nota 3, p. 84.

autónomos pueden organizarse en sindicatos y desarrollar así su autotutela y eventualmente la creación de normas de protección.

Claro que buena parte de esa acción colectiva se dirigirá al Estado, el que tarde o temprano deberá garantizarles ciertos derechos y beneficios, posiblemente a través de la seguridad social u otras políticas análogas. El ejemplo más notable y previsible es el de la implantación de un ingreso mínimo garantizado a todo ciudadano. Ello requerirá, sin duda, una extensión y reestructuración de la seguridad social, que deberá despegarse del trabajo subordinado tanto como de las contribuciones previas calculadas sobre el salario.

De tal forma que una *primera conclusión* apuntaría a resaltar la *validez de la subordinación* como uno de los criterios determinantes de la aplicación de la tutela laboral clásica, a condición de que aquélla sea *interpretada con amplitud, agresividad y creatividad*, para alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga.

La *segunda conclusión* constataría el interés de las propuestas de extensión de la tutela laboral a los trabajadores auténticamente autónomos e independientes pero necesitados de ciertas garantías. Esa extensión, a pesar de su interés, no podría consistir en el trasplante mecánico y masivo de los institutos de derecho individual del trabajo, sino en su reconstrucción o adaptación, la que debería apoyarse en el derecho colectivo del trabajo y en la seguridad social.