

REFLEXIONES EN TORNO DE LA DEPENDENCIA LABORAL Y LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIA DE CARA A LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINAS

Mario ACKERMAN

SUMARIO: I. *Revisemos algunos conceptos.* II. *No estan todos los que son.* III. *¿Y dónde esta el piloto?* IV. *La canción es la misma (apenas cambió la versión).* V. *Agrandar la puerta, adecuar la casa y juntarse con los amigos.* VI. *Tenemos un problema.* VII. *El viento, las palmeras y los molinos.*

I. REVERSEMOS ALGUNOS CONCEPTOS

Hace un tiempo ya que dejaron de resultarme convincentes dos afirmaciones contenidas en otras tantas normas de la Ley de Contrato de Trabajo de la Argentina (en adelante LCT).

La primera es la del artículo 4o., cuando en su segundo párrafo indica que: “*El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley*”.

La segunda es la del artículo 22 el cual prevé que: “*Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen*”.

En orden a la afirmación del artículo 4o., el reproche que le dirijo es que se trata de una definición formulada desde la perspectiva del empleador, que, así, ignora cuál es el *principal objeto* de la vinculación laboral para el trabajador.

En efecto, y como otras veces expliqué, *el trabajador que busca trabajo no busca trabajo, sino salario.* Y, para ganarlo, pone su *capacidad*

de trabajo —o sea, se compromete a *trabajar*— a disposición de un empleador.

En estos términos, supone, para mi gusto, una desafortunada toma de posición: poner en un segundo plano de interés el *fin económico* perseguido por el trabajador, y especialmente el reconocimiento de la *relación de intercambio* —prestación de trabajo personal e infungible por salario— que media entre las partes.

Porque, en rigor, para esto se *celebra* el mal llamado *contrato de trabajo*. Aunque también debe observarse que el lenguaje nos muestra que quien *contrata* —al trabajador— es el empleador, y quien *es contratado* resulta ser el trabajador —en cuanto proveedor de una *actividad productiva o creadora*—, y tal vez a partir de este reconocimiento, y por aquello de la primacía de la realidad, la legislación argentina define como lo hace al *principal objeto* del *contrato de trabajo*.

Menos obvio, o más sutil, puede parecer el cuestionamiento del artículo 22 de la LCT, ya que mi objeción se dirige a la afirmación —implícita, por otra parte, en el artículo 21— sobre el carácter *voluntario* de la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios por el trabajador en favor y bajo la dependencia del empleador.

Tal supuesta *voluntariedad* en la decisión de resignar *libertad personal* a cambio de salario, parece desconocer que, normalmente, quien trabaja para otro en relación de dependencia, y consiente así someterse a los poderes de organización, dirección y disciplinario, no lo hace *voluntariamente*, esto es, como consecuencia del ejercicio libre de su voluntad, sino por *necesidad*.

E, insisto, no es necesidad de *trabajo* sino de *salario* —con las obvias excepciones que, por cierto, no pretendo desconocer, pero que en modo alguno descalifican la observación general—.

Esto fue lo que advirtió la cultura humanista y liberal del siglo XIX cuando, a partir de la convicción de que el *trabajo* —en cuanto prestación personal e inescindible de la persona que lo ejecuta— *no debe ser tratado como una mercancía* —precisamente porque en tal caso la *mercancía* no es *el trabajo* (que en realidad no existe) sino *el trabajador*—, comenzó la construcción de lo que hoy conocemos como *derecho del trabajo*.

El derecho del trabajo aparece así como un conjunto de reglas —originariamente de fuente estatal y luego también producto de la autonomía colectiva— que reconoce tanto la *falta de libertad* de quien *es contratado*

—carencia que es a su vez consecuencia de su *necesidad económica*— como la *resignación de libertad* que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador. Y, a partir de tales reconocimientos, despliega una serie de reglas y diseña un conjunto de medios técnicos jurídicos para poner límites tanto al ejercicio de la posición de supremacía del empleador como a la resignación de libertad por el trabajador.

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

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

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

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

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

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

Hoy, sin embargo —y hace un tiempo ya—, aunque sigue existiendo un mundo laboral en el que no hay dificultades para identificar a los trabajadores dependientes y a sus empleadores —ámbito éste en el que operan o pueden operar las reglas tradicionales—, aparece un cúmulo de situaciones

en las que personas que, por necesidad económica, trabajan y resignan porciones importantes de su libertad personal para procurarse un sustento, no son fácilmente encuadrables en la figura del *trabajo dependiente*.

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

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

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

II. NO ESTAN TODOS LOS QUE SON

A diferencia de lo que suele ocurrir en los manicomios que bien se precien, en el ámbito subjetivo del derecho del trabajo hoy no se produce la regla simétrica, ya que el problema normalmente no radica en que *no son todos los que están* —sin que esto ignore que algunos podrían no estar—,¹ y sí, en cambio, sucede cada vez con mayor frecuencia que *no están todos los que son*.

¹ Como bien observan Rodríguez Manzini y Fontana. Véase Rodríguez Mancini, Jorge y Fontana, Beatriz, *Sobre el objeto del derecho del trabajo; una perspectiva de cambio en los ámbitos del trabajo subordinado y autónomo*, DT, 2001-B, pp. 1065 y ss., esp. p. 1072.

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

Calificada como *crisis de abarcatividad*,² *desenfoque*,³ *fuga de sujetos*,⁴ etcétera, lo cierto es que ésta es, si no la más urgente, seguramente una de las cuestiones en torno de las cuales giran los debates que más angustian a los estudiosos y operadores del Derecho del Trabajo.

A partir de la tipología que se expone en el ya citado Documento Técnico de la OIT,⁵ una primera aproximación permite señalar tres grandes grupos de situaciones:

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

1. *No aplicación de la legislación laboral*

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

Ambos supuestos son reprochables, pero la diferencia fundamental reside en que mientras que el primero, amén de que no impide absolutamente la operatividad de la normativa laboral⁶ y abre la posibilidad de aplicación de sanciones al empleador, el segundo, es producto de una decisión gubernamental, apenas si merecerá una descalificación política, probablemente atenuada por la complicidad de los *no empleadores* beneficiados.

² Goldin, Adrián, “Las fronteras de la dependencia”, *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 16-19 de septiembre de 2001, pp. 21 y ss., esp. p. 35.

³ En la expresión utilizada en el documento técnico de base preparado por el Departamento de Administración Pública y Legislación y Administración del Trabajo, *Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (la relación de trabajo: ámbito personal)*, Ginebra, 15-19 de mayo de 2000, pp. 30 y ss.

⁴ Castello, Alejandro, “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral; una nueva tendencia de fines del siglo XX”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLI, núm. 190, abril-junio de 1998, pp. 293 y ss., esp. p. 294.

⁵ Véase nota 3.

⁶ Y tal vez sólo suponga el fracaso circunstancial de su aplicación.

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

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

Por otra parte, y amén del acto normativo estatal, la exclusión de la regulación protectora puede ser producto también de la consolidación de un criterio jurisprudencial, como ocurrió con los llamados *contratados* de la administración pública, a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Leroux de Emedé*.⁷

2. Incertidumbre en el ámbito personal de la legislación

La riqueza de los debates actuales aparece en torno de los supuestos que se han dado en calificar como de *incertidumbre en el ámbito personal de la legislación*, y que comprende también dos grandes grupos de situaciones: el *encubrimiento de la relación de trabajo* y las *situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores*, y que el ya referido documento técnico de la OIT describe como *desenfoque* de la legislación, en cuanto el trabajador queda *desplazado del ámbito de la norma*.⁸

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

Distinto es el caso de la *ambigüedad objetiva* en las relaciones de trabajo, que es producto de los cambios en el modo de trabajar generados como consecuencia de la introducción de tecnología y de la organización de las

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de abril de 1991, *Leroux de Emedé*, P. S. c/MCBA.

⁸ Véase *op. cit.*, en nota 3, 134 y ss.

empresas, y que, en la expresión de Goldín, suponen *nuevas formas de ejercicio del poder*.⁹

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

De ahí la descripción como *reenfoque*, y que tiende a promover una jerarquización de las notas de la *dependencia económica* con desplazamiento de los requisitos de la dependencia jurídica.¹⁰

3. Trabajo independiente en condiciones de dependencia

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

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

Las figuras más conocidas en esta materia, que Supiot agrupa como *tertium gens* o *trabajo de tercer tipo*¹¹ entre el salariado y la independencia, son las que en Italia —a partir de la reforma del Código Procesal producida por la Ley 533/1973— aparecen como *parasubordinados* y en Alemania —en virtud de la sección 12a. de la Ley de 1974 sobre Convenios Colectivos— se califican como *cuasi asalariados*.

La expansión, inicialmente seductora, a partir del reconocimiento de una suerte de *vasallaje en la independencia*,¹² no está exenta de críticas y reservas, tanto desde los sectores empresarios como de las organizaciones sindicales de trabajadores. Los primeros reprochan la intromisión en cues-

⁹ Goldin, A., *op. cit.*, nota 2, p. 30.

¹⁰ Así, por ejemplo, Alimentì, Jorgelina, *Hacia un reconocimiento de las técnicas jurídicas de protección del trabajo dependiente*, TSS, 2001, pp. 1028 y ss.; Goldin, A., *op. cit.*, nota 2, y Rodríguez Mancini, J. y Fontana, B., *op. cit.*, nota 1, y sus importantes referencias bibliográficas.

¹¹ Supiot, Alain, *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, Informe para el VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, 13-17 de septiembre de 1999.

¹² *Idem*.

tiones comerciales y económicas. Los segundos temen, por ejemplo, la proliferación de estas figuras *menos laborales* en perjuicio de los trabajadores dependientes.¹³

III. ¿Y DÓNDE ESTÁ EL PILOTO?

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

1. *El no empleador*

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

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

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

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

¹³ Véase Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*; ponencia presentada en el IX Encuentro de Ex Becarios de Bologna, Barquisimeto, 14-16 de octubre de 2000.

2. *La empresa separada del trabajo*

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

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

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

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

Entre las primeras cabría incluir a las que responden a exigencias de la producción o de la competencia, y que Racciatti, sintetizando las categorías conceptuales de Coriat, Piore y Sabel, divide a su vez en dos tipos, que califica como de *especialización flexible* y de *flexibilidad dinámica*¹⁴.

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

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

Ficción ésta a la que no podría reprocharse falta de *sinceridad*, ya que, en lo profundo, como expresa Naomi Klein con la dureza que arrastra toda

¹⁴ Racciatti, Octavio C., “El derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLI, núm. 190, abril-junio de 1998, pp. 564 y ss., esp. p. 570.

ironía, *a medida que los antiguos puestos de trabajo se trasladan al exterior, algo más se va con ellos: la anticuada idea de que el fabricante es responsable de sus empleados.*¹⁵

De todos modos, necesaria o ficticia, sincera o falsa, la desconcentración se inscribe en un crescendo de demolición de las estructuras empresarias, cuyo núcleo queda cada vez más distanciado de la mayoría de las personas que trabajan para ellas, y que, en sus modelos extremos, ya no fabrican, no producen, no venden, y sólo *promocionan sus marcas.*¹⁶

IV. LA CANCIÓN ES LA MISMA (APENAS CAMBIÓ LA VERSIÓN)

Como bien observa Rolando Murgas, *no se trata, como es fácil advertir, de que la naturaleza de las cosas haya cambiado; es que al legislador se le ocurrió dejar de proteger.*¹⁷

La consecuencia visible es que lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: *empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores.*

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

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

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

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

¹⁵ Klein, Naomi, *No Logo; el poder de las marcas*, Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 240. Véase, además, todo el capítulo 9: *La fábrica abandonada.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Murgas, Rolando, “Problemática actual del contrato individual de trabajo; la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente”, *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., nota 2, pp. 39 y ss., esp. p. 50.

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

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

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

En estos términos, si bien la *necesidad* se traduce finalmente en una situación de *desigualdad* —primero negociar y luego en la posición en el vínculo laboral que se establece—, no sería tal *desigualdad* el fundamento final del derecho del trabajo,¹⁸ sino la ausencia de *libertad* al celebrar y ejecutar eso que mal llamamos *contrato de trabajo*.

Pero el cambio producido en la estructura de las empresas y, especialmente, el tipo de vínculo que éstas pretenden establecer con las personas que trabajan para ellas, parecen haber llevado también a la ruptura del que Racciatti califica como el *pacto implícito* del modelo fordista:¹⁹ *una parte reconoce la autoridad empresarial y su derecho de propiedad, de dirección y de organización; mientras la parte de los empleadores acepta integrarse en un esquema de promoción del bienestar de los trabajadores, en el cual el Estado juega un papel importante*.

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

Bien entendido que, como también se ha visto, y al margen de los supuestos de *evasión, encubrimiento y deslaboralización*, las modificaciones en el trabajo y los cambios —cuando *necesarios*— en la organización

¹⁸ Como se afirma en el documento técnico de la OIT referido en la nota 3, punto 91.

¹⁹ Racciatti, O., *op. cit.*, p. 567.

de las empresas, están reclamando del Derecho del Trabajo su reconocimiento y la consecuente adecuación del *modo de proteger*.

V. AGRANDAR LA PUERTA, ADECUAR LA CASA Y JUNTARSE CON LOS AMIGOS

La mutación de los sujetos tradicionales del derecho del trabajo y la consecuente evanescencia de aquello que llamamos *relación de trabajo* nos enfrentan finalmente a la razón de ser y el ámbito personal de nuestra disciplina.

Frente al que el documento técnico de la OIT²⁰ califica como *desenfoque*, en la inteligencia de que se ha producido un desplazamiento fuera del ámbito de aplicación de la norma laboral del sujeto que debe ser protegido por ella, las mejores respuestas parecen ser las que propician poner el acento en la *dependencia económica*, antes que en la *jurídica*, para identificar al sujeto que necesita protección.²¹

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

Así, con la sustitución del *lente normal* por un *gran angular*, no será necesario desplazar el punto de enfoque —con las consecuentes nuevas exclusiones que esto provocaría—²² y sí, en cambio, se ampliará el campo enfocado.

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

²⁰ Citado en nota 3.

²¹ Véase, por ejemplo, Goldin, O., *op. cit.*, nota 2; Alimenti, J., *op. cit.*, nota 10, y Rodríguez Mancini, J. y Fontana, B., *op. cit.*, nota 1.

²² Y como se evidencia en gráfico incluido en el punto 134 del Documento Técnico citado en la nota 3.

Raso nos propone su *teoría de los círculos*²³ sucesivos y concéntricos con diferentes grados de tutela por el derecho del trabajo, pero con el complemento necesario de la seguridad social.

También a esta inteligente propuesta yo le introduciría una corrección, pues más que la idea de los *círculos* me atrae la de la *estrella irregular*, cuyos rayos de protección tendrán la extensión que reclamen las diferentes situaciones que, en un punto intermedio entre la individualización y la generalización extremas, podrían regularse.

No ignoro las muy serias críticas que se han dirigido a esta *segmentación tutelar* de la que nos previenen tanto Goldín²⁴ como Ermida Uriarte y Hernández —que temen a una *migración interna* que lleve a los trabajadores a las franjas de menor protección—. ²⁵ Pero amén de que, una vez más, el primer condicionante para esta protección diferenciada será la calidad y precisión de la estructura normativa que la instrumente, producida ésta deberán operar los medios tradicionales de control administrativo, judicial y sindical. Y, además y especialmente, deberá tenerse presente la necesaria *complementación* que podrá aportar la *seguridad social*.

En cuanto a la *moderna* estructura organizativa de las empresas, que arroja a los trabajadores extramuros de su esfera de interés y preocupaciones, la respuesta también deberá buscarse distinguiendo las responsabilidades de contenido económico —y en esta materia la técnica de la *responsabilidad solidaria* no parece inadecuada— de las obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la prestación del trabajador y los límites al ejercicio de los poderes jerárquicos por su titular directo —y tampoco aquí habría que imaginar demasiadas novedades—.

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

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

²³ Raso, Juan, “Derecho del trabajo, seguridad social y relaciones laborales: hacia una teoría de los círculos”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLI, núm. 190, abril-junio de 1998, pp. 583 y ss.

²⁴ Goldin, A., *op. cit.*, nota 2, pp. 34 y 35.

²⁵ Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., *op. cit.*, nota 13.

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

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

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

También el sistema de *fondos de garantía* podría no sólo liberar al trabajador del riesgo de insolvencia de su empleador sino, además, complementar —o sustituir— la responsabilidad solidaria de la empresa *descentralizada*.

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

Porque, en lo profundo, no estamos hablando solamente de proteger a las personas que trabajan sino, antes aún, de *distribución equitativa de la riqueza* y de la función del *Estado*.

Seguridad social no es la *negación de la solidaridad* —como lo propone e instrumenta en Argentina el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones—, ni un *negocio corporativo* —como el sistema nacional de obras sociales—, ni la atribución de *responsabilidad individual al empleador con la imposición de un seguro obligatorio en una empresa privada con fin de lucro* —como también en la Argentina lo es el sistema de la Ley sobre Riesgos del Trabajo—. No. No es eso. *Seguridad social* es *solidaridad*. Y la *seguridad social* supone un *Estado protagonista y responsable*.

Pero aun acordando sobre estas dos premisas fundamentales —acuerdo que en la Argentina, por el momento, no parece simple—, para empezar a andar el camino de la expansión y la reformulación de la protección, tendremos que superar también otros *desencuentros axiológicos*.

VI. TENEMOS UN PROBLEMA

Puestos a pensar propuestas para el diseño de un esquema de protección de las personas que trabajan, que comprenda las nuevas manifestaciones de la dependencia y se adecue a las tendencias de la organización de las empresas, pero considerando los criterios que parecen prevalecer en la legislación y en la jurisprudencia argentinas, poco de lo dicho podría ser de utilidad inmediata.

En orden a las señales enviadas desde la normativa estatal, y sin necesidad de repasar el desbarajuste producido en los últimos años, son más que significativos el reciente *veto* producido por el Poder Ejecutivo —con el decreto 1172/02— al proyecto de Ley núm. 25.609 y la *compensación* que intentó con el decreto 1174/02.

La consecuencia de estas reglas es que, mientras que el decreto 843/00 considera *servicio esencial para la comunidad la producción de agua potable y energía eléctrica y los servicios telefónicos* —artículo 2o., inciso *b* y *c*—, para limitar en esas actividades el derecho de huelga, ello no obsta a que se pueda suspender íntegramente la prestación de dichos servicios a los *establecimientos públicos de carácter asistencial, sanitario u hospitalario, de las escuelas, colegios e instituciones educacionales públicos y de las fuerzas armadas y de seguridad*, cuando éstos incurran en mora en el pago del servicio. Pago éste que —oportuno resulta recordarlo— debe ser hecho a empresas que, merced a la política de privatizaciones de los años noventa, no pertenecen a la esfera pública sino a capitales privados, mayoritariamente extranjeros.

La *aparente* contradicción surgiría, por ejemplo, si se observa que los *servicios sanitarios y hospitalarios* también son *servicios esenciales* para la limitación del ejercicio del derecho de huelga —artículo 2o., inciso *a*, decreto 843/00—, lo que lleva a que en esos ámbitos no se puede interrumpir totalmente la prestación laboral —ni siquiera por falta de pago de los salarios—, pero sí se los puede privar de agua y electricidad —lo que seguramente obligará a la paralización de sus actividades— si se registran deudas con las empresas prestadoras de estos servicios.

La *contradicción*, sin embargo, es sólo *aparente*.

En efecto, el *valor* que subyace en ambas decisiones es que el *interés privado* —de las empresas prestadoras del servicio— prevalece no ya sobre los derechos de los trabajadores —aunque éstos se sustenten en garantías constitucionales— sino, aun, sobre el *interés público*.

Y no menos impúdica ha sido la jurisprudencia.

Ya en 1993, en el caso *Rodríguez, Juan c/Embotelladora Argentina S. A. y otro*,²⁶ al hacer una interpretación restrictiva del alcance de la regla del artículo 30 de la LCT,²⁷ la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había pronunciado en favor de las necesidades del comercio y las inversiones y en perjuicio de los derechos de los trabajadores (considerandos 7 y 9), para llegar a poner bajo la sospecha de *inconstitucionalidad* a la regla de imposición de responsabilidad solidaria al comitente o empresario principal (considerando 8).

Pero como en la Argentina el transcurso del tiempo muestra que las cosas siempre pueden empeorar, la defensa del polémico apartado 1 del artículo 39 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo²⁸ ha llevado también recientemente al Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba²⁹ a afirmar que “no hay discriminación si todos los obreros son tratados por la ley en pie de igualdad”, afirmación que el Tribunal considera válida aunque esto suponga que en casos concretos se nieguen a los trabajadores derechos que, en similares circunstancias, se reconocen al resto de los habitantes.

²⁶ Fallos 316:713.

²⁷ Que en su redacción entonces vigente establecía que: “Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. En todos los casos serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado”. Expuse mi opinión sobre la referida sentencia y sobre la reforma legislativa posterior en Ackerman, Mario E., “Antes y después de «Rodríguez»; breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa”, *Revista de Derecho Laboral*, 2001-1, *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Buenos Aires, 2001, pp. 191 y ss.

²⁸ En cuanto establece que: “1. Las prestaciones de esta ley eximen a los empleados de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil”. Sobre los debates en torno de la validez constitucional de esta norma y sus interpretaciones jurisprudenciales, puede verse Ackerman, Mario E. y Maza, Miguel A., *Ley sobre riesgos del trabajo; aspectos constitucionales y procesales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 72 y ss. Véase, también, *Revista de Derecho Laboral*, 2001-2 y 2002-1, Buenos Aires, 2001 y 2002, respectivamente.

²⁹ TS Córdoba, en pleno, 12 de marzo de 2002, Gangi, Salvador c/Fiat Auto Argentina S. A. y otros, DT 2002-A, p. 1327 (junio de 2002).

Y reforzó luego la Corte de Córdoba su concepción al sentenciar que “*en ciertas materias el legislador puede instituir regímenes de reparación que deroguen parcialmente el principio «nadie tiene derecho a dañar a otro y ningún daño puede quedar sin reparar»*”, aseveración ésta que, para valorar en su real dimensión, debe completarse recordando que, en este caso, el daño que queda sin reparar es la vida de la persona que trabaja, y aquel que queda liberado del deber de reparar ese daño —aun cuando fuera responsable— es *el empleador*.

Tan evidentes son los valores confrontados como obvia la opción del alto tribunal de la Provincia de Córdoba.

Otros eran los tiempos en los que la jurisprudencia, apoyándose en los aportes de la doctrina, establecía las bases del derecho del trabajo a partir del principio de protección.

De todos modos, tampoco los tribunales merecen el mayor reproche, a poco que se observan las escasas expresiones de indignación y el casi generalizado silencio —cuando no la celebración— de la doctrina nacional frente a semejantes agravios a la condición humana.

Pero éstos son los vientos que soplan en la modernidad neocapitalista de estos suburbios de Occidente, y con estos vientos habrá que lidiar.

Y hablando de vientos...

VII. EL VIENTO, LAS PALMERAS Y LOS MOLINOS

En la *mesa redonda* con la que, el 19 de septiembre de 2001, se clausuró en Lima el Quinto Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y en la que debatíamos precisamente sobre *el derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo*, un querido amigo, Guillermo López Guerra, sugirió a nuestra disciplina —y a sus cultores—, seguir el ejemplo de las palmeras que, cuando el viento arrecia, *se agachan*, para volver a erguirse no bien aquél haya amainado.

La propuesta, que pareció conformar —si no seducir— en ese momento al auditorio, no es a mi juicio atractiva.

Ocurre que sobre lo que reflexionábamos entonces, como ahora, no era sobre palmeras ni sobre otros árboles, flexibles o no, sino sobre el *derecho del trabajo*. Lo que nos obliga a advertir que si el derecho del trabajo *se agacha*, lo que en realidad se flexiona son *los derechos de los trabajado-*

res. Y cuando los derechos de los trabajadores se *flexionan*, los que terminan agachándose son ellos, esto es, *las personas que trabajan*.

Pero cuando una persona se agacha, corre varios riesgos. Y no me refiero aquí, por cierto, a los imaginables riesgos físicos, sino a uno aún mayor, que es el riesgo de *permanecer demasiado tiempo agachado, hasta acostumbrarse a vivir de rodillas*.

Y el derecho del trabajo, como las instituciones de la seguridad social, fueron concebidos y diseñados, precisamente, para que nadie, ya nunca más, deba vivir de rodillas.

Por eso también, me atrae más aquella otra observación —parcialmente ajena—, que señala y enseña que *quienes aspiran a un proyecto de vida, y no se limitan tan sólo a poner en práctica un plan de supervivencia, cuando sopla el viento no se esconden, no se agachan ni buscan refugio. Cuando sopla el viento, los que tienen un proyecto de vida se ponen de pie, se afirman en sus convicciones, y construyen molinos.*

La propuesta es, entonces, *antes de que el vendaval impiadoso e impúdico del neocapitalismo nos arrase, escrutemos en la memoria para rescatar de ella los valores de la libertad, la equidad y la solidaridad y, afirmados en ellos, construyamos molinos.*

Volvamos a construir nuestros molinos.