

CAPÍTULO 18

EL TRABAJADOR SUJETO DE UN CONTRATO DE TRABAJO COMÚN U ORDINARIO

Julio J. MARTÍNEZ VIVOT

I. En el estadio actual del desarrollo del derecho del Trabajo resulta, por lo menos teóricamente, sencillo dar una respuesta al interrogante que nos plantea el acápite, o sea el conocer quién es el trabajador sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario. Para ello bastaría con hacer un recorrido por la copiosa literatura referida al tema, entre los más notorios juslaboralistas, y asimismo, examinar los textos legislativos de los diversos países que componen esta Iberoamérica que nos reúne. Entonces, podremos advertir que la respuesta es clara y precisa, con numeroso consenso al respecto, en cuanto a una serie de contenidos necesarios y sustanciales para tipificarlo y que, en conjunto, proporcionan la imagen del trabajador de referencia, sujeto de un contrato común u ordinario y, por tanto, beneficiario de las normas previstas en el derecho del trabajo.

En efecto, allí en tales referencias encontramos la mención de que el trabajo prestado en función contractual (directa o indirecta porque la relación de trabajo lo hace presumir) debe ser cumplido por un ser humano, en forma personal, obrando voluntariamente, por cuenta ajena y en situación de dependencia respecto de quien se beneficia con tal actividad. Hay quienes agregan, además, entre tales componentes necesarios, que el trabajo de referencia debe ser remunerado, puesto que el contrato de trabajo es oneroso. Además, prácticamente, excepto en algunas legislaciones, no se hace ya diferencia respecto de si dicho trabajo es manual o intelectual, o por lo menos manifiestamente. Con lo que este trabajador, sujeto de un contrato de trabajo, puede aparecer como obrero o como empleado, sin que ello obste a tal fin, ya que ambos, sin distinción quedan cobijados por el manto de derecho laboral, aun cuando en algunos casos puedan tener normas distintas.

Asimismo, puede decirse que en el tiempo ha perdido fuerza el requisito de la exclusividad, hace años requerido, al efecto, excepto en algunos casos particulares, por la implicación especial de tal circunstancia. Es que el bene-

ficio generalizado de la reducción en la jornada diaria de trabajo, unido a la tremenda necesidad que se advierte en nuestra América por la precariedad salarial, que no alcanza muchas veces para atender los gastos elementales de una familia, ha impulsado a los trabajadores a buscar, además, otro trabajo, en virtud de que la remuneración no alcanza a cubrir el fin apuntado. Sin embargo, es dable apreciar que en el último decenio, particularmente referido en los pactos o acuerdos sociales, se restringe la posibilidad laboral a un solo empleo, pero no tanto para garantizar la salud del trabajador, sino para favorecer el empleo de otros, en un tiempo en que éste resulta el bien más precario, en la acertada expresión de Alonso Olea.

Es necesario apreciar que los elementos mencionados tienen sus particularidades, por lo que no es fácil reunir la mención teórica de los requisitos citados con la realidad de los casos concretos. Así, debe ubicárseles en cada caso individual y decidir, en la circunstancia, si aquéllos o alguno de ellos permiten calificar la situación como laboral, vinculada al derecho del trabajador y comprendida en los alcances del mismo, como una relación individual de trabajo. De allí que sea preciso situar cada una de las referidas notas en su verdadero alcance, para incluirlas o excluirlas, según las circunstancias.

Antes de cerrar esta introducción al tema en estudio, y atento a que en los párrafos anteriores nos hemos referido no sólo al contrato individual de trabajo sino también al derecho de trabajo en general, debemos efectuar una aclaración que estimamos indispensable. Ella consiste en reafirmar que dicho derecho no sólo comprende las relaciones individuales de trabajo, sino también las colectivas y aun, a criterio de algunos autores, la seguridad social laboral y, en ellas, el trabajador de mención no es el único sujeto. De allí que al efecto, y con igual valor, cabe destacar en la relación laboral individual al empleador y, en las colectivas, a sus respectivos partícipes, habiendo quedado ya superada la idea de que el trabajador es el único protagonista del derecho de referencia. Todo ello, sin perjuicio de algunas corrientes doctrinarias que admiten que en el mismo no sólo se halla comprendido como tal, quien trabaja en forma dependiente o subordinada, sino también, como lo expresara Cesarino Junior, los trabajadores autónomos, “objeto del contrato de empresa como, finalmente, el prestado al Estado, objeto del contrato de empleo público, teniendo en cuenta que entre ellos sólo existen diferencias accidentales, dado que se trata siempre de trabajo”.

Como lo recuerda Almansa Pastor, Cabanellas se pronunció en el sentido de que “un examen superficial o un enfoque poco técnico pueden encontrar sinónimas las expresiones ‘sujetos del derecho del trabajo’ y ‘sujetos del contrato de trabajo’, por no fijarse más que en el hecho cierto de que trabajadores

y patrones son los protagonistas principales de la contratación laboral y de todo el derecho de esta índole”. Por lo demás, como dicho derecho no se limita sólo a considerar las relaciones individuales, sino también las colectivas y, eventualmente, la seguridad social laboral, cabe por tanto “conjugar en la misma persona, con carácter simultáneo y sucesivo, las nociones jurídicas amplia y estricta de trabajador, sujeto del derecho del trabajo en diversas circunstancias y situaciones”.

Tras lo expuesto, y como un adelanto para su desarrollo en los párrafos posteriores, podemos afirmar entonces que ya, el concepto de trabajador, sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario, que es una persona física, que personalmente pone su actividad a disposición de un empleador, en forma voluntaria y remunerada, para que aquél la organice y dirija y, además, aproveche en su interés, total o parcialmente, los frutos de la misma.

II. Si bien, como dijera, hoy resulta teóricamente sencillo individualizar al trabajador sujeto de un contrato de trabajo, lo cierto es que el universo de éstos ha crecido enormemente, desde finales del siglo pasado a la fecha. Baste con recordar que la primera legislación, aún la limitada anterior a ese entonces, como fue la dispuesta para la protección de los niños, estaba dirigida a quienes trabajaban en la industria. Era allí donde aparecían ostensibles los abusos que pretendía reducir la incipiente legislación, a la que se le agregaba el aditamento de industrial. A mayor abundamiento debe recordarse que una de las primeras obras jurídicas en esta materia, el libro de Paul Pic, se llamó *Derecho industrial*.

Eran, precisamente los obreros que trabajaban en la industria sus beneficiarios, circunstancia que incidió en el cambio de denominación de aquella, que pasó a llamarse derecho obrero, con la confusión habitual de que la clase obrera era la afectada por la revolución industrial. Quien no detentara esta calidad no se sentía afectado por las nuevas estructuras, donde aquellos habían constituido los sindicatos o sociedades de resistencia clasista, para enfrentar a los empleadores. Por lo contrario, los llamados empleados, con tareas preferentemente no manuales, querían distinguirse de aquéllos, como una circunstancia necesaria vinculada a su estatus social. Recordemos que al *blue collar*, que por su vestimenta de trabajo señalaba al obrero, le correspondía entonces una condición social distinta a la de los empleados, quien afirmaban ser *white collar*, distinguiéndose por el cuello de sus camisas.

Todavía en el primer cuarto de este siglo se mantenía la legislación con dicha comprensión y una muestra de ello son las legislaciones sobre accidentes del trabajo, que protegían a los obreros en aquellas actividades industriales consideradas riesgosas. Precisamente a ellos se refería, en 1915, la primera

ley argentina conformada en el “nuevo derecho”, en la expresión de aquel precursor que fuera Alfredo L. Palacios y referida, precisamente a los accidentes del trabajo. Luego aparece el cambio, donde la legislación se extiende, relativa solamente a los trabajadores manuales. Sin embargo, en ese sentido cabe recordar, como lo hace Montoya Melgar, en su “ideología y lenguaje de las leyes laborales de España: la crisis de 1917/23”, que la Real Orden del 15 de enero de 1920, sobre jornada máxima legal, cumplió allí tal cometido. La misma procedió a extender el ámbito de aplicación personal de la misma, sin otra excepción que la de los directores, gerentes y otros altos funcionarios de la empresa, por la índole de sus tareas.

Poco a poco se van incorporando trabajadores de diferente índole y distintas actividades, comprendiéndolos en el marco reglamentario protector, en buena parte por vía legislativa, que suprimió la distinción ya referida de tareas de obreros y empleados, confundidos ya en la proletarización creciente que comprendió a todos, como también por obra de la jurisprudencia que, como lo veremos más adelante, fue ampliando el concepto de dependencia, llegando hasta los más altos niveles de la empresa, si algún atisbo de ella aparecía o bien destacando el valioso concepto de ajenidad. Aún el propio servidor doméstico quedó incluido en una protección especial, como los trabajadores rurales y otros casos particulares, aún cuando no todas las normas generales les fueran aplicables, por su especialidad, en razón de sus distintas tareas y circunstancias propias. Ellas imponen, a veces regímenes distintos, pero sin desconocer que en todos ellos existe un contrato de trabajo, sometido a un orden público laboral, sin perjuicio de su complementaria regulación por estatus o por resultado de la pertinente negociación colectiva. Todos ellos, y algunos más, quedan comprendidos en el llamado derecho del trabajo, expresión actual que superó las denominaciones anteriores.

III. Destacaremos como primera característica definitoria del concepto de trabajador al sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario, tal como lo hace la doctrina generalizada, la circunstancia de tratarse de un ser humano, persona física, natural o individual. “Solo ella es capaz de realizar el trabajo humano, que es la realidad social que el contrato de trabajo configura” (Alonso Olea). Tal referencia, además, se encuentra mencionada en forma expresa en algunas legislaciones iberoamericanas como la de México (Ley Federal artículo 8); de Brasil (Consolidacao art. 3º); de Argentina (artículo 21 LCT) y Venezuela, aunque en este se le menciona con la expresión ya expuesta de persona natural, que también utiliza Alonso Olea. Pero, en las otras esta circunstancia resulta, como lo señalan diversos autores, en forma indirecta o *a contrario sensu*, porque ellas al referirse al empleador dicen que puede “ser

persona física o jurídica y callan toda referencia al respecto cuando se refieren al trabajador”.

En consecuencia, no es posible que el trabajador sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario sea una persona jurídica. Como recuerda Amaury Mascaro do Nascimento, la protección de la ley se halla destinada al ser humano que trabaja, para atender a su vida, a su salud y a su integridad física. No es necesario resaltar, agrega, que tales valores existen en función de una persona natural. No se trata de bienes tutelables en las personas jurídicas, finaliza. Por otra parte, éstas no pueden prestar trabajo “personalmente”; sólo pueden comprometerse a prestar servicios por intermedio de personas físicas, sin que importe el vínculo en que estas personas se hallen con la persona jurídica. En estos casos la obligación de la misma no deriva de una relación jurídico-laboral, sino de un contrato de locación de servicios o de suministro de servicios (Krotoschin).

No afecta lo expuesto la circunstancia de que en algunas legislaciones se admite el contrato con una persona jurídica para la prestación laboral, con personal circunstancial, que se dedica a cumplir tareas extraordinarias o de reemplazo temporal de personal permanente en situación de licencia. Pero, por lo menos en la Argentina las personas físicas que cumplen esas tareas no son dependientes del beneficiario del trabajo, excepto que se pruebe la existencia de un fraude laboral, sino de la empresa que lo ubicó allí, para determinadas funciones temporales. Pero, al respecto, el artículo 29 *bis* de la reformada LCT dispone además, para garantía del trabajador que, sin perjuicio de que éste no tiene relación jurídica laboral con quien recibe el trabajo, se le impone una obligación de solidaridad, para responder por el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente en su beneficio.

También la misma legislación dispone que cuando una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica se obligue a la prestación de servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, en favor de un tercero, en forma permanente o exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo y cada uno de sus integrantes trabajador dependiente del tercero a quien se hubieren prestado efectivamente los mismos (artículo 102 LTC). Esta equiparación que se hace entre los integrantes de tales sociedades y el trabajo de equipos, tiende a evitar el fraude laboral por pretendida utilización externa de otra norma jurídica. Asimismo, habría que demostrar en caso de duda si la obligación asumida es propia de una relación de trabajo por equipo, para evitar la declaración de simulación de estos actos. Será esta una muestra de la vigencia del importante principio del derecho del trabajo, referido a la primacía de la realidad.

En razón de lo antes expuesto, y con el propósito de clarificación, cabe recordar que en la legislación argentina el referido contrato de equipo existe cuando un empleador celebra el contrato de trabajo con un grupo de trabajadores, que actúan por intermedio de un delegado o representante, quienes se obligan a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél y donde el mismo tiene, respecto de cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos derechos y obligaciones legalmente previstos, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y de la composición del grupo.

Al comentar esta disposición he dicho, en mi libro *Elementos de derecho del trabajo*, que en esta figura se presentan una pluralidad de contratos individuales, porque del lado de los prestadores de servicios un ente abstracto no puede ser sujeto de una relación de trabajo. La contratación, en el contrato de equipo, con el dador de trabajo la hace solamente uno o alguno de sus componentes, en virtud de mandato que es ratificado, tácitamente, por los demás en el momento que inician el trabajo. Cabe señalar que no todas las legislaciones de Iberoamérica admiten este contrato.

IV. Otra nota que caracteriza al trabajador, comprendida en un contrato de trabajo común u ordinario, es la necesidad de cumplir su prestación laboral en forma personal. Como expresa Amaury Mascaro do Nascimento, el contrato de trabajo se encuentra ajustado en función de una determinada persona y, por eso, puede considerársele celebrado *intuitu persona*. El trabajo con el cual el empleador tiene derecho a contar, para sus fines, es el cumplido por una persona determinada y no otra. Por ello, aquel no puede, por su sola iniciativa, hacerse sustituir en su prestación, sin que medie al respecto consentimiento del empleador. Termina diciendo que, cuando la sustitución se torna habitual y posible, pudiendo el pretendido trabajador ser sustituido por otros, en forma permanente, no puede hablarse ya de que existe una relación laboral, porque falta el mentado requisito de la prestación personal de la tarea. Es que no interesan al derecho de trabajo las prestaciones fungibles, en las que la persona que presta servicio es intercambiable. “A diferencia de lo que ocurre en los contratos civiles de empresa, en los que el contratista de obra no se obliga a trabajar personalmente, y a diferencia de lo que sucede en el contrato de mandato, en el que normalmente el mandante puede nombrar un sustituto que lo reemplace, en el contrato de trabajo la condición personal del trabajador es absolutamente esencial” (Montoya Melgar).

En la Argentina, el LCT además de puntualizar que el objeto principal del contrato de trabajo es “la actividad productiva y creadora del hombre en sí” (artículo 4^a 2 parr.), explícitamente refiere que aquél “tendrá por objeto la

prestación de una actividad personal infungible” (artículo 37). Esta infungibilidad significa que el trabajador no puede sustituir su prestación personal obligada, por la de otro. Como dice Justo López, “La colaboración personal con el dador de trabajo, que confiere una impronta fiduciaria a la relación, implica que del contrato surge una obligación que no puede ser válidamente cumplida por un tercero, contra la voluntad del empleador”.

Conceptos similares ha expresado Arnaldo Süsskind, quien explica que esta relación *intuitu persona* con respecto al trabajador, es una consecuencia lógica del carácter fiduciario, que le es propio. Agrega, que de allí no se sigue, en consecuencia, como pretenden algunas personas, que se establezca entre los contratantes un vínculo de naturaleza “personal”, porque ello supone un estado de poder sobre la persona. El trabajador es libre, y esa libertad no se puede afectar. Es que, si bien en la prestación del trabajo se encuentra subordinado al empleador, esta subordinación, que se funda en el contrato libremente aceptado, en el mismo contrato de trabajo encuentra sus límites. La relación de trabajo es una obligación de carácter patrimonial, y el deber de fidelidad, en que se pretende ubicar el fundamento de la naturaleza personal del vínculo, es una mera consecuencia del elemento de confianza inherente al contrato de trabajo, como a tantas otras relaciones de carácter patrimonial, como por ejemplo el mandato. Cierra aquel su expresión, afirmando que en el contrato de trabajo, como en cualquier otro del derecho privado, las partes son jurídicamente iguales.

Es que la eventual sustitución sólo será posible por el acuerdo de las partes, se habrá de admitir esta posibilidad en razón de ciertas circunstancias o a veces por expresa disposición legal. Así ocurre, por ejemplo, en la Argentina con respecto a los encargados de casas de renta o edificios en propiedad horizontal, donde se admite que la actividad del trabajador contratado a tal fin, pueda ser completada por sus familiares, que habiten en sus habitaciones, provistas a tal fin por el empleador. También en la legislación argentina, el trabajador puede ser autorizado para servirse de auxiliares, pero éstos serán considerados como en relación directa con el empleador de aquel, salvo excepción prevista legalmente, o en los regímenes legales específicos o en los respectivos convenios colectivos de trabajo (artículo 28 LTC).

Por todo eso, expresa De Buen que lo fundamental del trabajo personal, se pone de manifiesto cuando se trata de determinar si es laboral o no una relación jurídica, “al grado de que si el trabajador no presta él mismo los servicios, sino que lo hace por conducto de otras personas, necesariamente habrá de concluirse que la relación de que se trata no tiene naturaleza laboral”. Refiere, de inmediato que en la Ley Federal de México, para obviar incon-

venientes, también se admite que el trabajador, con consentimiento del empleador, pueda tener auxiliares. Finalmente, agrega que, para evitar fraudes laborales y consecuencias económicas negativas para el trabajador, por la acción de intermediarios, se admite la responsabilidad solidaria del principal, a quien benefician los trabajos. Cabe destacar que iguales términos encontramos en diversas legislaciones iberoamericanas, o bien ellos resultan por la acción jurisprudencial, como bien lo destaca Sala Franco, citando al efecto sentencias expresas, que flexibilizan el concepto de trabajador, con obligaciones *intuitu persona*.

V. El trabajador, sujeto de un contrato de un trabajo común u ordinario, debe cumplir su prestación o, eventualmente, su puesta a disposición del empleador, de modo voluntario, en una situación de libre decisión. Como expresa el Convenio 122 OIT, sobre política de empleo, es preciso garantizar la posibilidad del trabajador de escoger empleo. Debe destacarse, sin embargo, como lo hace Krotoschin, que esta voluntariedad se la entiende en un sentido jurídico (acto jurídico) y no en su concepción filosófica. Hay que recordar que el consentimiento es un elemento esencial del contrato, base del acuerdo recíproco, manifestación de una voluntad al efecto, no viciada por error, fraude o violencia. Como expresa Lupo Hernandez Rueda, “se trata de un trabajo libre, o cuya ejecución responde a una obligación libremente pactada, a un acuerdo de voluntades expreso o tácito, que confiere a la prestación carácter obligatorio, pero del cual se deriva todo un régimen de protección y seguridad para su ejecución y para la persona del trabajador”.

El trabajo objeto del derecho respectivo debe ser prestado voluntariamente, “como no podría dejar de ocurrir en un sistema social en el que las instituciones laborales forzosas o coactivas (esclavitud, servidumbre), han sido relegadas al pasado por la generalización del principio de libertad de trabajo, ampliamente consagrado por el derecho constitucional (así, y como derivación lógica del genérico reconocimiento de la libertad) como valor superior del ordenamiento y como derecho de la persona” (Montoya Melgar).

Esta voluntariedad o libertad, excluye de la consideración jurídico laboral al trabajador que presta servicios con carácter forzoso, como podría ser el trabajo de los penados o, inclusive, aquel que se presta como carga pública, situaciones que, de todos modos, habrán de contar con un régimen jurídico peculiar, para su regulación. Pero, ellas serán ajenas al derecho del trabajo y, sin duda, aquellas figuras no constituyen contratos o relaciones de trabajo, a pesar de que algunas normas laborales pudieran serles de aplicación.

Tampoco afecta la nota de voluntariedad referida, la circunstancia de que exista en la decisión del trabajador un cierto factor de compulsión, como es

la real necesidad del trabajador, para obtener el medio que le proporcione la posibilidad del sustento, para sí mismo y para su familia. Pero, como lo recuerda Alonso Olea, la relación de trabajo, como relación jurídica, tiene un contenido implícito de necesidad, que a la postre es lo que caracteriza el derecho, ámbito de las relaciones jurídicas necesarias, como lo ha enseñado Guasp. Más, “esta necesidad es de índole distinta, por completo, a la necesidad de hacer algo en virtud de la compulsión directa de otra persona, desde su situación jurídica preeminente”. Finalmente, y de todos modos, el trabajador siempre tendrá la opción de trabajar por cuenta ajena, o por cuenta propia, o simplemente no hacerlo. Pero la facultad de opción reside en el trabajador; con la opción adicional o clave, como sigue diciendo el autor citado, de que al propio trabajador corresponde, por lo menos teóricamente, la elección de quien vaya a ser la persona a la que los frutos habrán de ser retribuidos. Agrega, que “este es el trabajo libremente escogido y aceptado, derecho inherente a la libertad de la persona humana, según el preámbulo y el artículo 6º, párrafo I del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Políticos y Sociales” que, a su vez prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso y obligatorio.

Tampoco afecta la libertad o voluntariedad de referencia la existencia, en algunos Estados, de constituciones que proclaman la obligatoriedad de trabajar, o bien el deber de hacerlo. Estas expresiones, como lo señala Montoya Melgar, lejos de pretender imponer una actividad laboral coactiva, sirven para condenar, por afectar a la comunidad, la ociosidad improductiva y el parasitismo social.

VI. Los trabajadores en razón de un contrato individual de trabajo común u ordinario son, como ya hemos dicho, personas físicas que prestan voluntariamente sus servicios, por cuenta de otra y a cambio de una retribución, expresión de Gonzalo Dieguez. Es que el contrato referido “es un típico contrato de cambio (dicho simplificadoamente: cambio de trabajo por salario) y no el ambiguo contrato de naturaleza asociativa, al que algunos propenden” (Montoya Melgar).

Aquella retribución, llamada normalmente remuneración es un elemento esencial del contrato y expresa la finalidad por la que el trabajador cumple sus tareas, o se pone a disposición del empleador. Si ella no existe, la relación deja de ser jurídico-laboral, como ocurre en ciertos casos de trabajo familiar, del que se cumple con intención de beneficiar y de la prestación de servicios como carga pública (Krotoschin). La misma, además, tiene carácter alimentario y forma parte del núcleo del contrato de trabajo, como lo expresan Alonso García y Fernández Madrid.

La mayoría de las legislaciones hacen referencia a este requisito, ya sea en la mención del propio contrato o de la relación de trabajo o del trabajador. En la Argentina, la LCT proclama expresamente la onerosidad de este contrato, agregando en consecuencia que el trabajo no se presume gratuito. A su vez, las definiciones legales del contrato y de la relación de trabajo, imponen la exigencia de una remuneración, como contraprestación que debe recibir el trabajador por sus servicios (Coria). Además en el artículo 74 LCT, integrante del título relativo a los derechos y obligaciones de las partes, se dispone que el empleador está obligado a satisfacer el pago de remuneración debida al trabajador, en los plazos y condiciones previstos en la ley.

VII. Como lo dijéramos al referirnos al concepto de trabajador, en razón de un contrato de trabajo común u ordinario, él mismo trabaja por cuenta ajena, lo que significa tanto como atribuir a un tercero los beneficios del trabajo. Podría afirmarse que tal trabajo es aquel en que la utilidad patrimonial se atribuye a distinta persona que el propio trabajador, es decir a su empleador. Los bienes producidos o los servicios cumplidos por el trabajador no le reportan ningún beneficio económico directo, aunque igual deberá pagársele su remuneración, aunque tal beneficio no exista para el empleador.

La ajenidad en la utilidad económica del trabajo es una consecuencia de la moderna estructura de las empresas de producción. Ajenidad que, al decir de Alonso Olea, es una expresión que aquí debe usarse con sentido jurídico estricto, próximo al de enajenación. Si no se ha usado esta palabra es para evitar errores y suspicacias, así como el término alienación, que hubiera sido lingüísticamente correcto a los fines respectivos. Esta expresión “ajenidad” no tiene, como lo destaca Gonzalo Dieguez, correspondencia en el vocabulario de otros países y fue empleada por la doctrina española al sustantivar el calificativo de la expresión “por cuenta ajena”, u otros similares. Agrega que ella significa que quien trabaja en algún modo para otro, no lo hace por su cuenta, sino por la cuenta de ese otro, que le es ajena. Por lo contrario, concluye, quien trabaja para sí, lo hace por su cuenta.

Montoya Melgar dice que en la interpretación de la noción legal de ajenidad, se han adoptado dos posiciones: *a*) la que explica tal ajenidad como un trabajar sin asumir los riesgos del trabajo (ajenidad en los riesgos) y *b*) la que lo tiene como un trabajar sin apropiarse de los frutos del trabajo (ajenidad en los frutos). Con respecto a la primera, expresa que ella no puede aceptarse ni en una interpretación estrictamente jurídica, ni en una acepción de carácter económico. Con ésta, resulta obvio que el trabajador es ajeno a los riesgos de la explotación empresarial y, precisamente, el empresario asume los riesgos de la misma, porque el trabajador actúa por cuenta ajena. En lo jurídico,

él mismo es ajeno al riesgo de pérdida del salario, por circunstancias económicas de la empresa. Podrá tal vez, en esta situación, serle difícil percibir su salario, y aun ello tornarse imposible, pero aun en tal ocurrencia no participa del riesgo de la empresa, ni su crédito podría resultar afectado jurídicamente por tal circunstancia.

También el autor antes citado objeta la tesis de la ajenidad de los frutos del trabajo, donde éstos se incorporan originaria y automáticamente al patrimonio del empleador, aunque reconoce la “indiscutible agudeza de esta teoría”. Sostiene que la propia expresión referida es inaplicable al esquema del contrato de trabajo, “pues parte de la identificación de cosas distintas, como son los productos o resultados del trabajo y los frutos”. Aquéllos, agrega, “no pueden reputarse frutos industriales derivados de un bien principal, sino que son, ellos mismos, bienes independientes y principales” y, además, porque existen relaciones jurídicas no comprendidas en el derecho del trabajo, donde existe una cesión automática de los resultados, como ocurre con los arrendamientos de servicios, mandatos, etcétera.

En consecuencia, y siguiendo con plena adhesión el criterio del profesor Montoya Melgar, entiendo el trabajo por cuenta ajena en el sentido de que la utilidad patrimonial del mismo se atribuye a persona distinta del propio trabajador. Los bienes y servicios producidos por el trabajador, no le reportan a éste un beneficio económico directo, sino que corresponde al empresario que, a su vez, compensa al trabajador con salario que debe abonárselo, aún cuando la utilidad patrimonial del trabajo fuera insuficiente al efecto.

Menciona el maestro que:

por supuesto, la ajenidad en la utilidad económica del trabajo no es sino una consecuencia de la estructura de las modernas empresas de producción. En tales empresas, no puede concebirse que los trabajadores actúen por cuenta propia ni desde el punto de vista tecnológico —pues el trabajador participa en complejos procesos productivos a los que aporta una utilidad de difícil determinación individualizada— ni menos aún desde el punto de vista económico, pues los bienes de producción al tener un elevado costo han de ser aportados por distintas personas que los trabajadores, las cuales se atribuyen, simultáneamente, la dirección de la explotación y la titularidad de los beneficios de producción.

Realmente nos hallamos ante un contrato de cambio y no de uno de carácter asociativo. El empleador aparece como el titular de la empresa, cuya dirección y organización le corresponde, y el trabajador, por lo contrario, como dice Sala Franco, “aparece subordinado jurídicamente en la conjunción de dos relaciones complementarias: una relación de dependencia laboral y una relación

salarial”. Además, agrega, “no se trata de un intercambio genérico de trabajo por retribución, sino de un intercambio específico de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad”, donde la misma constituye la condición definidora del salario y es la que cualifica al mismo como retribución específica del contrato de trabajo.

No obstará al concepto de ajenidad, así referido, la posible existencia de ciertas modalidades complementarias de la retribución, como es la participación en los beneficios o las vinculadas a resultados, como ocurre con el trabajo a destajo o referido a otras formas de rendimiento, pues siempre al trabajador le debe quedar garantizada la percepción de un salario mínimo.

Es que, en razón de su ajenidad, por su prestación laboral dependiente, percibirá del empleador, en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectado por el riesgo de ejecución de aquella, al no asumir la responsabilidad del resultado del trabajo. Dice Sala Franco, que el trabajador cumple por la simple puesta a disposición y no porque se haya producido el resultado pretendido por el empleador.

La ajenidad de los trabajadores en los resultados o en los frutos de su trabajo y la consiguiente titularidad del empleador sobre los mismos, debe ser imputada no tanto al contrato de trabajo, que en todo caso actuaría como ocasión, sino a la propiedad originaria del empleador sobre los medios de producción y a los institutos jurídicos de la accesión, suficientemente explicativos de tal fenómeno.

En las legislaciones se establece que el contrato de trabajo debe ser por cuenta ajena, o bien ello resulta en forma indirecta de las mismas disposiciones. En la Argentina se dispone en la LCT que la remuneración “no podrá ser inferior al salario mínimo vital” (artículo 103) y, particularmente, refiriéndose al trabajo a destajo, se expresa que en la formulación de sus tarifas, se tendrá en cuenta que el salario que perciba el trabajador, en una jornada de trabajo, no sea inferior al salario básico establecido en la convención colectiva aplicable o, en su defecto, al salario vital mínimo para tal jornada (artículo 112). Además, se dispone, en forma general, que todo trabajador mayor de 18 años, tendrá derecho a percibir una remuneración no inferior al salario vital que se establezca, conforme a la ley y por los organismos respectivos (artículo 117).

VIII. Finalmente, el trabajador que hemos referido, vinculado al empleador por un contrato de trabajo común u ordinario, prestará sus servicios bajo la vigilancia y dirección de éste en situación de subordinación jurídica, lo que le permitirá dirigir su labor, darle órdenes o instrucciones, o bien establecer

normas de conducta laboral, que aquél estará en la obligación de cumplir. Como dice Alburquerque, dependencia y dirección son, pues, los dos factores que conforman el estado de subordinación, en que la ley sitúa al asalariado, para permitir así el funcionamiento de la empresa. La subordinación creada por la ley tiene sus fundamentos en el derecho de propiedad sobre la empresa que tiene el empleador, que le confiere la facultad de organizarla y conducirla, con el objetivo de obtener beneficios y los otros fines que pueda pretender.

Por ello la dependencia es hoy, más una facultad de coordinación de prestaciones derivadas de varios contratos de trabajo, que un poder que se ejerza o tenga sentido respecto de cada uno de ellos aisladamente. Una consecuencia más de la división del trabajo, en la necesidad de ensamblar prestaciones parciales en una totalidad productiva (Alonso Olea). Se encuentra ligada como contrapartida al llamado deber u obligación de obediencia del trabajador, que debe acatar las indicaciones emanadas del empleador o sus representantes, actuando éstos en ejercicio del poder de dirección o de organización empresarial. Pero no importa una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador, sino que la misma se refiera sólo a las órdenes y directivas vinculadas con su trabajo (Dieguez). Como dice este autor, “la dependencia: 1) implica el acatamiento de los mandatos recibidos en relación con el propio trabajo; 2) versa tanto sobre órdenes o instrucciones personales, cuanto normas abstractas e impersonales y 3) su intensidad varía con la índole del trabajo y la posición del sujeto pasivo, dentro de la organización ‘empresaria’”.

Es acertada así la referencia de Bueno Magano, al decir que

la subordinación constituye el poder de dirección visto desde el lado del trabajador. Ese poder [agrega] se desdobra en poder directivo (propriadamente dicho), vinculado a la facultad de dar órdenes; en poder de fiscalización, que comprende la facultad de supervisar las tareas de los trabajadores, para verificar si las cumplen conforme a las órdenes, y en un poder disciplinario que lo faculta para sancionar al trabajador que no se somete al poder directivo. [Concluye expresando que la subordinación consiste en] una relación de dependencia necesaria en la conducta personal del trabajador en la ejecución del contrato, respecto de las órdenes, normas y orientaciones dictadas por el empleador, dentro de los límites del referido contrato y de las normas que lo rigen.

En la práctica, y especialmente a través de la jurisprudencia, estos conceptos se han desarrollado y particularizado, tomando en cuenta las distintas situaciones, la categoría de los trabajadores, la mayor o menor jerarquía o condición técnica de sus funciones, apreciando cada caso, siguiendo “una orientación casuística, de la cual resulta difícil, en principio, obtener directrices generales

de aplicación”. A pesar de ello, se señalan algunos criterios básicos al respecto, como son la pertenencia al círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa, siguiendo al efecto con expresiones del Estatuto de los trabajadores. Pero, agrega que la referida actividad organizada no es un elemento excluyente para encontrar un trabajador dependiente, ya que el contrato de trabajo existe, y la figura del trabajador por tanto, en la pura relación interindividual con objeto definidor, “aún cuando quien figure como empresario, carezca de la más mínima organización”.

Alonso Olea nos recuerda que la dependencia

no es un dato autónomo, sino un derivado o corolario de la ajenidad ya que, en efecto, aquella potestad de dar órdenes, no tiene otra justificación o explicación posible, como no sea la de que los frutos del trabajo pertenecen a otro, y éste otro va conformando, por así decirlo, su producción, en vela y cura de su interés contractual.

De todos modos, recuerda con Montoya Melgar que “la dependencia en suma, es una de las notas habituales de la relación laboral, pero en ningún modo se trata de un requisito definitorio suyo”.

Debe destacarse también que, en la tipificación del concepto de dependencia, hoy ya se pueden tener por superadas las teorías que vinculaban la misma, también, con una subordinación económica o técnica. La primera basada en la circunstancia de que el trabajador depende de su remuneración para sobrevivir y ella le es abonada por el empleador. La otra refería que aquél debía actuar bajo órdenes o indicaciones, pero que cuando aquél que las podía recibir tenía válidos conocimientos en su materia de trabajo, la subordinación podría ser menos intensa o desaparecer. Ambas teorías no resisten un serio análisis, puesto que se trabaja no sólo por razones económicas, y existen quienes lo hacen teniendo bienes suficientes, meramente por satisfacción, ya que el trabajo confiere “condición y estado”, en expresión de Milton Friedman. Además, aún quien tiene amplios conocimientos en su especialidad, para el cumplimiento de sus tareas puede, y seguramente estará, sujeto a las órdenes que se le impartan, las que normalmente habrán de referirse a circunstancias de producción o de ejecución de las tareas.

La dependencia es necesariamente jurídica y deriva de las propias circunstancias del contrato de trabajo. Al celebrarlo, el trabajador reconoce en el empleador el poder de dirigir sus actividades y se somete a ella en situación de subordinación. Pero, ello no importa el sometimiento al empleador de la propia persona del trabajador, quedando aquella limitada al ámbito de ejecu-

ción del trabajo contratado. Por eso, Maranhao dice que la subordinación no crea un “*status subjectionis*, sino que establece entre las partes una situación jurídica”.

La superación del concepto tradicional de dependencia —que concebía a ésta como una estricta sumisión del trabajador al empresario, en orden al tiempo, modo y lugar de la prestación laboral, de tal manera que se entendía que ella existía cuando el trabajo se realizaba exclusivamente para un solo empleador, sometido a jornada determinada, con ciertos niveles retributivos— ha cedido su lugar a nuevos conceptos a través de la espiritualización o flexibilización de su concepto y de nuevos conceptos de mando, en ejercicio de los poderes conferidos al empleador (Montoya Melgar). Pero, cualquiera que sea su grado, ella existe si el trabajador se encuentra sujeto, en alguna medida, al poder de organización y disciplina del empleador, dando la pauta de que existe entre ellos un contrato de trabajo.

Debe reconocerse que, además de la flexibilización de referencia, como expresa Krotoschin, existe también un movimiento universal tendiente a atenuarla, pretendiendo que las decisiones del empleador no se adopten unilateralmente, como emanadas de un poder omnímodo. Surgen así a su respecto, formas de diálogo y de consenso y, particularmente, diversos métodos y sistemas de participación, que hacen necesario compartir o considerar en común con los representantes del personal algunas decisiones. Pero, es evidente que esa posible participación, que atenúa prácticas autoritarias, no significa que no persiste en el empleador su facultad de dirección o de disciplina, como función que ha reservado para sí desde la celebración del contrato de trabajo y en la admisión de la relación respectiva.

Cabe advertir con relación al contrato o relación de trabajo, en todas las legislaciones se hace referencia a la situación de dependencia o subordinación, directa o indirectamente. En algunas de ellas se la califica y, en otras, se ponen límites con relación a su ejercicio. En la Argentina, tanto al definir el contrato como la relación de trabajo en la LCT, se hace mención de la situación de dependencia que ella importa para el trabajador (artículo 21 y 22). Agrega, además, que la prestación de los servicios hace presumir el contrato de trabajo, “en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio” (artículo 23). Asimismo, en el artículo 4º, al caracterizar el trabajo a los fines de esta ley, “se habla de la actividad prestada” en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, y en el artículo 5º tipifica al empresario como quien dirige la empresa. Finalmente, en los artículos 64 a 67 se establecen límites para el ejercicio de las facultades de organización y dirección que allí se refieren, como con relación a la facultad disciplinaria.

De todos modos, un repaso por la jurisprudencia en general de los diversos países iberoamericanos, lleva a apreciar que aún existen situaciones en las que resulta difícil encontrar la dependencia o bien calificar las situaciones como tales. Sin embargo, por lo menos en Argentina la apertura ha sido amplia, fundada ya en el principio protector o en el de su primacía de la realidad, que ha llegado a comprender al personal que actúa en los altos niveles de una empresa como partes vinculadas por un contrato de trabajo, en los casos en que estos se encuentran sujetos a restricciones en sus funciones directivas, en virtud de que pueden recibir órdenes del directorio de la empresa, o depender de las decisiones de la asamblea de accionistas, o de otras instancias superiores como pueden ser las entidades multinacionales.

IX. En las páginas anteriores fueron expuestos los rasgos característicos que permiten identificar a un trabajador sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario. Sin embargo, no podemos dejar de referir algunos otros elementos definitorios exigidos por la doctrina, en particular por las circunstancias de sus propias normas locales, que incluyen o excluyen distintos requisitos, para identificar a un trabajador como el antes señalado.

Así, podríamos hacer mención de la necesaria continuidad o posibilidad de permanencia en el empleo, como un elemento característico. Sin duda que la doctrina brasileña debe excluir las situaciones de trabajos eventuales, pero al efecto debe recordarse que la Consolidação, al fijar el concepto de empleador, en su artículo 3º, dice que es “una persona física, que presta servicios de naturaleza no eventual”. Con ello la situación se explica, ya que en dicho país la continuidad y permanencia son una característica necesaria para precisar al trabajador vinculado por un contrato de trabajo común u ordinario. En cierta medida y en la intención legal, el eventual pasa a ser un contrato de trabajo de excepción. En el fondo éste es el espíritu de la mayoría de la doctrina y legislaciones, que confieren al contrato de trabajo carácter permanente, y que sólo admiten contratos temporales o de plazo fijo en circunstancias necesarias, que no afecten el sistema general impuesto.

Otros autores señalan que es necesaria la exclusividad, advertida en los últimos tiempos en pactos sociales o acuerdos colectivos. Ésta a veces resulta una exigencia legal, tendente a procurar mayores posibilidades de empleo para enfrentar la desocupación, ese grave mal que tan duramente nos afecta. Como dice Amaury Mascaro do Nascimento, puede estar perfectamente caracterizada la relación de empleo sin exigirse exclusividad, excepto que se trate de una exigencia legal o que al efecto exista una cláusula en el contrato, individual o colectivo, de trabajo, donde se impusiera tal exigencia.

Tampoco es necesario el requisito de la profesionalidad que, como recuerda Alonso García, se vincula muy estrechamente a un sentido de continuidad y habitualidad en la realización de los servicios. La profesionalidad, dice Cabanellas, indica una función ejercida por el trabajador y que se realiza cuando su admisión en el empleo se opera en virtud de su capacidad. Bueno Magano expresa que debe considerársele como la aptitud específica para el ejercicio de una determinada actividad y que, a su criterio, que compartimos, no parece que pueda ser tenida en cuenta como elemento esencial integrante del contrato de trabajo. Agrega que, si así fuese, en los países de escasa formación profesional, que son aquellos en vías de desarrollo, la mayor parte de los trabajadores no podrían celebrar un contrato de trabajo. Por otra parte, debe advertirse que un trabajador expresamente capacitado para una función, o tarea, puede obligarse por contrato de trabajo a cumplir otras distintas. Y, lamentablemente, con el subempleo se observan casos de profesionales que cumplen tareas distintas de aquellas para las que fueron capacitados, pero que las aceptan y realizan por la necesidad de obtener un trabajo, necesario para su sustento.

En la doctrina italiana también se habla de la colaboración como nota definitoria del contrato de trabajo, en razón de lo referido en el artículo 2094 del Código Civil. Según Mazzoni, citado por Bueno Magano, la colaboración significa la obligación jurídica del trabajador de contribuir, mediante una actuación obediente, diligente y fiel, a la realización de los objetivos de la empresa e, implícitamente, para la satisfacción de su propio interés. Al respecto puede observarse que en muchas legislaciones se impone al trabajador el deber de colaboración. En la Argentina así lo establece el artículo 89 de la LCT. Pero sin duda, como dice el ya citado Bueno Magano, la colaboración no constituye un presupuesto para la existencia del contrato de trabajo.

X. Mediante las referencias de los párrafos anteriores hemos pretendido, con la valiosa colaboración de la doctrina, tipificar los requisitos necesarios para ubicar a un trabajador como sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario, aportando al efecto valiosos elementos, en aras de una mayor seguridad jurídica. Sin embargo, como lo señala Sala Franco, el problema de la calificación se hace extremadamente difícil por una serie de razones, entre las que destacan las siguientes:

a) La circunstancia de que los elementos constitutivos o configuradores del contrato de trabajo resultan poco concretos. Entre ellos, el mismo concepto de dependencia que, al decir de Rodríguez Piñero, no es un concepto cierto e inconfundible, sino que tiene un cierto carácter indeterminado, como ocurre también con el de ajenidad.

b) La coexistencia jurídica del contrato de trabajo con una serie de contratos vecinos, que originan en la práctica las llamadas zonas grises, de difícil tipificación.

c) La frecuente presencia de una voluntad maliciosa en las partes contratantes, que busca desplazar el contrato de trabajo, disfrazándolo de otra figura jurídica, para eludir responsabilidades u obligaciones, en un evidente fraude laboral.

Estas circunstancias explican, por sí solas, la importancia que tiene el poder establecer con un criterio limitador, específico y concreto, cuando nos hallamos ante un trabajador vinculado por un contrato de trabajo común u ordinario.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBURQUERQUE, Rafael, *Reglamentación del trabajo*, Santo Domingo, Ed. Cornupio, 1993.
- ALMANSA PASTOR, José Manuel, “El Concepto del Trabajador”, *Derecho del trabajo en España* (coordinado por de la Villa Gil y Sagardoy Bengoechea), Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981; y en *Estudios de derecho individual de trabajo, Homenaje a Mario L. Deveali*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1979.
- ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho del trabajo*, 71 ed., Madrid, Ariel, 1980.
- ALONSO OLEA, Manuel, “Trabajo libre y trabajo dependiente”, *Estudios de derecho individual de trabajo, Homenaje a Deveali*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1979.
- y Casas Baamande, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 12a. ed., Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991.
- AMORIN DE SOUZA, Ronald, *Direito do trabalho*, São Paulo, Ed. LTr., 1985.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *O Direito do Trabalho na Latino America* (trad. Gilda Morais Meyer Russomano), Río de Janeiro, Ed. Forense, 1985.
- BUEN, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1979.
- BUENO MAGANO, Octavio, *Manual de direito do trabalho*, São Paulo, Ed. Ltr, 1981.
- CABANELLAS, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968.
- CALDERA, Rafael, *Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo*, Caracas, Congreso de la República, 1985.

- CAVAZOS FLORES, Baltasar, *35 Temas de derecho laboral*, México, Trillas, 1982.
- CORIA, Juan Carlos, “El trabajador”, *Estudios de derecho individual del trabajo. Homenaje a Mario L. Deveali*, Buenos Aires, Heliasta, 1979.
- DE LA VILLA, Gil y Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio, *El derecho del trabajo en España*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981.
- DEVEALI, Mario L., *Lineamientos de derecho del trabajo*, 2a. ed., Buenos Aires, TEA, 1956.
- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, *Estudios de derecho del trabajo*, Santo Domingo, Universidad Central del Este, 1982.
- KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado Práctico de derecho del trabajo*, 4a. ed., Buenos Aires, De Palma, 1981.
- LÓPEZ, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, *Ley de contrato de trabajo*, 2a. ed., Contabilidad Moderna, 1987.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Ideología Jurídica y Contrato de Trabajo”, *Derecho del trabajo en España* (coordinada por de la Vila Gil y Sagardoy Bengoechea), Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., *Elementos de derecho del trabajo*, 3a. ed. corr. y act., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.
- MASCARO DO NASCIMENTO, Amaury, *Iniciacao au direito do trabalho*, 12a. ed., São Paulo, LTr, 1986.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1981.
- , *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917/23*, Murcia, Estudios Sociales, 1977.
- POZZO, Juan, *Manual teórico práctico de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1967.
- RUSSOMANO MOZART, V., *Comentarios a CLT*, 13 ed., Río de Janeiro, Ed. Forense, 1990.
- SALA FRANCO, Tomás y otros, *Derecho del trabajo*, Valencia, Ed. Tirant le Blanch, 1991.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, Maranhao Delio y Vianna Segadas, *Instituições de dierito do trabalho*, 13a. ed. rev. y amp., São Paulo, LTr, 1993.
- WALKER ERRAZURIZ, Francisco, *Derecho del trabajo y relaciones de trabajo*, Santiago de Chile, Ed. Ediar Conosur, 1989.